

Dictamen de Consejo de Estado

Número de expediente: 1537/1992 (ADMINISTRACIONES PÚBLICAS)

Referencia: 1537/1992

Procedencia: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Asunto: Adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía del PAIS VASCO de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral.

Fecha de Aprobación: 27/5/1993

TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día de la fecha, emitió, por mayoría, el siguiente dictamen:

"El Consejo de Estado, en cumplimiento de la Orden de V.E. ha examinado el expediente relativo a la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral.

De antecedentes resulta:

Primero.- En el Boletín Oficial del País Vasco fue publicada la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Consta de una Exposición de Motivos, 147 artículos, una disposición adicional, cuatro transitorias, una derogatoria y otra final.

En la Exposición de Motivos se señala que el Parlamento Vasco que, conforme al artículo 10.5 del Estatuto, tiene libertad para señalar el ámbito de aplicación de las instituciones forales, no puede hacerlo arbitrariamente, y; aunque en el futuro -según los estudios lo aconsejen y la sociedad lo reclama- podrá hacer modificaciones y seguramente deberá hacerlas, en esta primera elaboración de nuestro derecho, a la que se llega tras profunda meditación de la Ley, se limita a hacer la necesaria adaptación del Derecho a nuestros tiempos, eliminando algunos anacronismos que la Compilación de 1959 aún mantenía y restaurando instituciones muy arraigadas de las que prescindía.

La estructura de la Ley es la siguiente:

- Título Preliminar: De las fuentes del Derecho Foral (artículos 1 a 4)
- Libro I: Del Fuero Civil de Bizkaia:
- Título I: De la aplicación de las normas forales. Comprende los siguientes Capítulos:
- Capítulo I: ámbito de aplicación (artículos 5 a 15)

- Capítulo II: De los conflictos de leyes (artículo 16)
- Título II: De la troncalidad (artículos 17 a 26)
- Título III: De las sucesiones. Un primer epígrafe se refiere a las disposiciones generales e incluye los artículos 27 y 28. Comprende los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I: De la Sucesión testada (artículos 29 a 52).
 - Capítulo II: De la sucesión forzosa (artículos 53 a 66).
 - Capítulo III: De la sucesión "ab intestato" (artículos 67 a 73).
 - Capítulo IV: De los pactos sucesorios (artículos 74 a 83).
 - Capítulo V: Disposiciones comunes a las distintas formas de suceder (artículos 84 a 92).
- Título IV: Del régimen de bienes en el matrimonio, de la comunicación foral. Comprende los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 93 y 94).
 - Capítulo II: De la comunicación foral de bienes (artículos 95 a 103)
 - Capítulo III: De la disolución del régimen de comunicación de bienes (artículos 104 a 111).
- Título V: De la saca foral y demás derechos de adquisición preferente (artículos 112 a 127).
- Título VI: De las servidumbres de paso (artículos 128 a 130).
- Libro II Del Fuero Civil de Álava:
 - Título I: Del Fuero de Ayala. Comprende los siguientes Capítulos:
 - Capítulo I: Ámbito de aplicación (artículos 131 a 133).
 - Capítulo II: (artículos 134 a 145).
 - Título II: Del derecho civil foral aplicable en Llodio y Aramaio (artículo 146).
- Libro III Del Fuero Civil de Guipuzkoa (artículo 147)

Segundo.- Figuran en el expediente los siguientes informes y propuestas:

1º. Informe de la Dirección General de Régimen Jurídico del Ministerio para las Administraciones Públicas, de 5 de noviembre de 1992, en el que se indica que la

Comisión de Seguimiento de los Actos y Disposiciones de las Comunidades Autónomas, en su reunión de 1 de octubre de 1992, propuso la impugnación ante el Tribunal Constitucional de la Ley del País Vasco 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral. Los artículos objeto de impugnación serían los siguientes:

a) En primer lugar, los que establecen las reglas relativas a la determinación de la vecindad civil, pues la misma es el determinante de la sujeción al derecho civil común o al especial o foral, competencia del Estado por formar parte de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. La Ley Vasca crea un nuevo supuesto de vecindad civil foral al crear la vecindad civil vizcaína no aforada. Por tal motivo se propone la impugnación de los artículos 11; 12; 13; 14, párrafo segundo; 30 y 94 de la Ley 3/1992.

b) En segundo lugar, los preceptos en los que se prevé la ampliación o extensión del ámbito territorial de vigencia del Derecho Foral Vasco. El artículo 10.5 del Estatuto del País Vasco que atribuye a éste la competencia para la fijación del ámbito territorial de vigencia del Derecho Foral ha de enmarcarse dentro de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución, por lo que no faculta a dicha Comunidad para la fijación en abstracto de dicho ámbito territorial, sino que la habilita para la conservación, modificación y desarrollo de las previsiones que en relación con esta cuestión se recogen en la Compilación. Por estos motivos se propone la impugnación de los artículos 6, párrafo segundo, inciso "salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero"; artículo 10; artículo 11; y 132 de la Ley 3/1992.

c) En tercer lugar, los preceptos que inciden en el régimen jurídico de los testamentos notariales y demás instrumentos públicos. Tales preceptos invaden la competencia estatal sobre la ordenación de los instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE y Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1989, de 21 de abril). Por tal motivo, se propone la impugnación del artículo 14, párrafo primero, y del artículo 30 de la Ley 3/1992.

d) En cuarto lugar, los preceptos de la Ley Vasca que afectan al ámbito de la legislación procesal reservada con carácter exclusivo al Estado por el artículo 149.1.6 de la Constitución. Por este motivo, se propone dirigir el recurso contra los artículos 102, segunda 2, y 123, párrafos segundo y tercero.

2º. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia

Considera que el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco debe ser necesariamente entendido en relación con el artículo 149.1.8ª de la Constitución, "de forma que la omisión en él de toda referencia a aquellos ámbitos de competencia estatal exclusiva (aplicación y eficacia de las normas jurídicas, etc.), no puede ser interpretada sino por la no necesidad de reiterar en sede de Ley Orgánica principios y preceptos ya sancionados en sede constitucional".

La referencia del Estatuto a la fijación del ámbito territorial de vigencia del Derecho Foral se debe al problema de la dualidad legislativa. Esta cuestión se abordó en la Compilación de 1959 en la que se dispuso que el derecho civil de Vizcaya rige en el Infanzonado o Tierra Llana de Vizcaya que comprende la actual provincia. Se exceptúan de esta aplicación y se someten al Derecho común las villas de Bermeo,

Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ondárroa, Ochandiano, Portugalete, Plencia, Valmaseda, la ciudad de Orduña y el término municipal de Bilbao. Esta distribución territorial obedece al hecho de que históricamente Vizcaya nunca llegó a tener unidad legislativa civil. El artículo 10.5 del Estatuto sólo puede entenderse, pues, en relación con la expresión "allí donde existan" recogida en el artículo 149.1.8ª de la Constitución. Estando desde 1959 definido el ámbito territorial del Derecho Foral y del derecho civil en Vizcaya, no puede procederse a ampliar la vigencia territorial del Fuero vizcaíno a la zona no aforada de la provincia de Vizcaya. Así las cosas, no habría obstáculo que plantear al contenido de los artículos 7, 8 y 9 de la Ley Vasca en cuanto pretenden una racionalización y una ordenación más lógica del hecho de la convivencia territorial de dos legislaciones civiles, pero sí a la expansión territorial que prevé el artículo 10.

El artículo 6º de la Ley del País Vasco determina la aplicación de sus principios e instituciones fuera de su ámbito territorial natural (el Infanzonado). La propia Ley contempla algunos supuestos concretos de esta previsión como los artículos 13, 30 y 112. Ello supone la expansión unilateral del Fuero fuera de su ámbito histórico de vigencia y sin que, en este caso, la Ley Vasca justifique o pretenda justificar esta ampliación en supuestos de vigencia histórica de normas más o menos obsoletas. Este artículo resulta inconstitucional, ya que la expresión "allí donde existan" del artículo 140.1.8ª de la Constitución significa que donde no existan tales especialidades forales regirá sin excepción el derecho común, no pudiendo una Ley autonómica superponerse a éste y ampliar sin más el ámbito de eficacia de aquél.

El artículo 10 contempla una ampliación de futuro del ámbito territorial de aplicación del Derecho Civil Foral, lo que en modo alguno resulta permitido por la Constitución ni por el Estatuto de Autonomía del País Vasco, "sin que quepa aducir aquí la obsoleta aplicación de la Concordia de 1630, que devino ineficaz al aprobarse la Compilación de 1959, y, en todo caso, con las previsiones al respecto contenidas en las normas constitucionales y estatutarias". No cabe interpretar que el artículo 10.5 del Estatuto permita extender el ámbito de aplicación del Fuero a municipios que se han venido regulando por el derecho común. Y ello por diversas razones:

a) En primer lugar, la expresión de fijación del ámbito territorial que se contiene en el Estatuto debe interpretarse, no en su simpleza literal, sino en el adecuado contexto constitucional en que se enmarca la competencia de la Comunidad Autónoma, que no permite la regulación "in toto" del Derecho Foral del País Vasco sino en lo concerniente a su "conservación, modificación y desarrollo"; que en lo que afecta al ámbito espacial supone producir las delimitaciones contenidas en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley Vasca, como contrapunto de las previsiones establecidas en los artículos 3 y 4 de la Compilación de 1959, pero no una indefinida ampliación del ámbito de vigencia de aquél.

b) Entenderlo de otro modo es tanto como interpretar que la competencia en la materia por parte del País Vasco alcanza a la posibilidad de regular dentro de su Derecho Foral cualquier instituto jurídico del orden civil, lo que evidentemente comportaría un exceso competencial siempre que el aspecto a normar no se integre en los precedentes normativos del Derecho Foral, constituyendo una ampliación sustantiva equiparable a la territorial que con el precepto objetado se pretende lograr.

c) Del contenido del artículo 1 de la Ley Vasca y de la elaboración de la misma se desprende que el propio legislador vasco no tiene claro el sentido interpretativo del artículo 10.5 de su Estatuto en los términos antes explicitados. Y ello porque si la finalidad de dicho precepto fuera claramente la de posibilitar una ampliación del ámbito territorial de vigencia del Derecho Foral no sería necesario acudir a la obsoleta Concordia de 1630 ni a la disposición adicional primera de la Constitución, bastando para ello con prever su ampliación a través de un acto legislativo del Parlamento Vasco, con el exclusivo apoyo del citado precepto estatutario, tal y como se preveía en la disposición adicional segunda de la Ley Vasca en fase de proyecto y que, por cierto, desapareció del texto aprobado.

El artículo 11 incurre en vicio de inconstitucionalidad porque prevé una causa de obtención de la vecindad civil foral, cuya regulación corresponde al Estado, competente para establecer las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

El artículo 13 contraviene las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 16 del Código Civil, que proclaman la vecindad civil como determinante de la ley personal del individuo, y ser ello una regla relativa a la aplicación de las normas jurídicas a la par que una norma resolutoria del conflicto de leyes, de exclusiva competencia estatal según el artículo 149.1.8a de la Constitución.

El artículo 14 interfiere la competencia exclusiva del Estado relativa a la ordenación de los instrumentos públicos (artículo 149.1.8 CE), en la medida en que establece con carácter general determinados aspectos de obligada integración de éstos. El párrafo segundo se superpone a la competencia exclusiva del Estado para establecer las reglas relativas a la aplicación de las normas jurídicas así como para dirimir los conflictos de leyes (art. 149.1.8 CE), que tiene su reflejo en cuanto a la materia en cuestión en los artículos 14 y 16 del Código Civil.

El párrafo segundo del artículo 15 resulta contrario a la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los instrumentos públicos proclamada por el artículo 149.1.8 de la Constitución.

El artículo 16 infringe la competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes. No cabe excepcionar la generalidad de su aplicación mediante la expresión "a falta de normas especiales" que se contiene en este precepto. El párrafo segundo contraviene lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil y, por tanto, la competencia del Estado para establecer las reglas relativas a la aplicación de normas jurídicas. El artículo 30 invade la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los instrumentos públicos. Merece la misma observación que se hizo al artículo 6.

El artículo 66, al imponer a los sucesores del causante la obligación de prestar alimentos a los descendientes de éste, siempre que no exista otro obligado conforme a la legislación general, invade la competencia del Estado en materia de legislación civil, por cuanto del instituto de los alimentos entre parientes o existe el menor vestigio en el Derecho Foral Vasco, no pudiendo integrar, por tanto, la competencia del País Vasco relativa a la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho Civil Foral y especial. La normación desarrollada contradice los principios contenidos en los artículos

142 y siguientes del Código Civil que no contempla la obligación de alimentos, sino entre personas ligadas por vínculo de parentesco.

El artículo 94 vulnera la competencia exclusiva del Estado sobre solución de conflictos de leyes y, en concreto, las previsiones del artículo 16.3 en relación con el 9.2 del Código Civil.

El artículo 132 otorga al Derecho Foral una auténtica posición de prevalencia frente al derecho común, imbuyéndole de una clara "vis expansiva" que todo lo impregna y preservando su vigencia en aquellos supuestos en que la racionalidad del precepto demandaría su postergación en favor de la normativa común. Para llevar a cabo semejante extensión territorial no alude la Ley Vasca a la competencia que le otorga el artículo 10.5 del Estatuto, ni a la disposición adicional primera de la Constitución, ni a Concordia alguna, tal y como se vio en la necesidad de hacer en el artículo 10. Evidencia un exceso competencial porque la conservación, modificación y desarrollo no puede suponer ampliación y, además, no se compagina con las propias previsiones de la Ley Vasca cuando en su artículo 9 afirma que "las modificaciones administrativas en los límites de los términos municipales de Vizcaya no alterarán el derecho civil aplicable a los territorios afectados".

La disposición adicional en su último párrafo atribuye de forma indirecta el ejercicio de una función al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en cuanto éste deberá adoptar las medidas oportunas para que las copias de los planos remitidos puedan ser consultadas por los interesados. Tal previsión supone no sólo una intromisión en la competencia del Estado sobre la materia, sino que también contraviene el artículo 117.4 de la Constitución que no permite a los Juzgados y Tribunales ejercer funciones distintas a las jurisdiccionales, salvo que expresamente se les atribuya en una ley en garantía de un derecho.

Finalmente, se refiere a los preceptos procesales y, tras enunciar todos los que cuentan con algún aspecto procesal, considera que quedan fuera del marco de distribución competencial contenido en la Constitución los artículos 102, 107, 111 y 123. Los artículos 95, 99 y 106 tampoco son admisibles al no concurrir en ellos la nota de la "inevitabilidad" a que hace referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La Ley analizada no viene a configurar ex novo instituciones, sino a regular modernizándolas, las existentes. La comunicación foral, como modalidad de régimen económico de la sociedad conyugal, ya estaba prevista en la Compilación de 1959 y ninguna necesidad existe de configurar ahora especialidades procesales cuando las mismas no han sido necesarias para depurar la litigiosidad que ha existido en la materia hasta ese momento.

Tercero.- Según certificación del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, en el acto del Consejo de Ministros celebrado el 6 de noviembre de 1992 figura la aprobación de un acuerdo por el que se solicita del Presidente del Gobierno la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (artículo 6, párrafo segundo, inciso "salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero"; artículo 10; artículo 11; artículo 12; artículo 13; artículo 14; artículo 30; artículo 94; artículo 102, segunda, punto 2; artículo 123, párrafos segundo y tercero; y artículo 132), con expresa

invocación del artículo 161.2 de la Constitución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a fin de que se produzca la suspensión de los preceptos de la Ley objeto del recurso. El Presidente del Gobierno dispuso la interposición del recurso de inconstitucionalidad en los términos en que se manifiesta la solicitud del Consejo de Ministros.

Finalmente, el Gobierno acordó que por el Ministro de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno se dé traslado de lo anteriormente acordado al Director General del Servicio Jurídico del Estado para que por dicho Servicio se interponga la correspondiente demanda ante el Tribunal Constitucional, en virtud de la decisión del Presidente del Gobierno adoptada a solicitud del propio Gobierno.

Cuarto.- Por providencia de 11 de noviembre de 1992 (Boletín Oficial del Estado de 18 de noviembre de 1992), el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2685/1992, planteado por el Presidente del Gobierno contra el inciso final del párrafo segundo del artículo 6 ("salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero"), los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 30 y 94, la regla o punto 2 del artículo 102, segunda, los párrafos segundo y tercero del artículo 123 y el artículo 132, de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Mediante esta providencia se hace saber que por el Presidente del Gobierno se ha invocado el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados, desde la fecha de interposición del recurso para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros.

En tal estado el expediente, ha sido remitido al Consejo de Estado para consulta.

A la vista de los anteriores antecedentes, el Consejo de Estado formula las siguientes consideraciones:

I.- El asunto sometido a consulta se refiere al planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, por entender que no se ajusta al orden de competencias establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado informa preceptivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.6 de su Ley Orgánica de 22 de abril de 1980.

II.- La cuestión suscitada en el presente expediente consiste en determinar si existen fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los artículos 6, párrafo 2º; 10; 11; 12; 13; 14; 30; 94; 102, segunda, 2; 123.2 y 3; y 132 de la Ley sobre Derecho Civil Foral del País Vasco.

Centrada así la cuestión, procede examinar previamente los preceptos constitucionales y estatutarios relacionados con el caso. La Constitución dedica el artículo 149.1.8ª a la delimitación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas respecto del derecho civil. Dice así:

"El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

8ª. Legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, 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, con respeto, en este último caso, a las normas del Derecho Foral o especial".

La disposición adicional primera de la Constitución, contiene lo que se ha calificado como una auténtica "garantía institucional de la foralidad" al decir 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".

Sobre la base del reparto constitucional de competencias, el Estatuto de Autonomía del País Vasco establece en su artículo 10.5 lo siguiente:

"La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...)

5. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia".

En el Estatuto se contienen otras apelaciones al Derecho Foral o especial como las del artículo 14.1, que en su apartado a), al tratar de la competencia en el orden civil de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco, menciona las materias del "Derecho Civil Foral propio del País Vasco", y en el apartado e), al tratar de los recursos sobre calificación de documentos que deban tener acceso al Registro de la Propiedad, se refiere al "Derecho privativo vasco".

El artículo 20.6 establece que, "salvo disposición expresa en contrario, todas las competencias mencionadas en los artículos anteriores y otros del presente Estatuto se entienden referidas al ámbito territorial del País Vasco".

La disposición adicional del Estatuto dice que:

"La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico".

IV.- A la luz de los preceptos constitucionales y estatutarios es preciso analizar la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

En primer lugar, hay que destacar que la Comunidad Autónoma, al dictar esta Ley, ha ejercitado su competencia sobre el desarrollo del derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y sobre la fijación del ámbito territorial de su vigencia. La Ley 3/1992, de 1 de julio, deroga expresamente la Ley de 30 de julio de 1959 sobre Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava y la Ley del Parlamento Vasco de 18 de marzo de 1988 de Modificación parcial del Derecho Civil Foral especial.

Como ya se puso de relieve por el Consejo de Estado en sus dictámenes 50.452, de 7 de mayo de 1987, 51.040, de 7 de abril de 1988, 52.372, de 30 de marzo de 1989, 55.463, de 23 de mayo de 1991 y 1.134/91, de 27 de febrero de 1992, "hay que partir del dato de que la Comunidad Autónoma puede, en ejercicio de sus competencias sobre "conservación, modificación y desarrollo" del Derecho Civil Foral y especial, regular en determinados casos instituciones no contenidas en la vigente Compilación, sin que ello pueda suponer que tal regulación pueda extenderse a "todo" el derecho civil".

El ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma no queda, así, rígidamente limitado por la Compilación, sino que podrá extenderse a:

- a) Las instituciones civiles que puedan identificarse históricamente en la tradición jurídica vasca, aún no compiladas, cuando mantengan su vigencia al margen de la Compilación por no haber sido recogidas en ella.
- b) Las instituciones conexas con las ya reguladas, que presenten posibles perfiles propios respecto del derecho general.

La cuestión esencial radica, por consiguiente, en determinar el alcance que ha de tener el "desarrollo del derecho civil foral o especial", sin que el límite de la competencia autonómica pueda ser tan sólo el constituido por las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución reserva "en todo caso" al Estado; está limitado también por los términos en que se define la "conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial", fuera de cuyo ámbito la competencia corresponderá al Estado, en cuanto "legislación civil", todo ello sin menoscabo del carácter supletorio que, además, en términos generales, tiene la legislación estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Constitución.

Pero, a la vista de las consideraciones anteriores, tampoco cabe restringir la competencia autonómica sobre la "conservación, modificación y desarrollo" del derecho civil foral o especial al derecho contenido en la Compilación en la redacción vigente en el momento de promulgarse la Constitución, de modo que sólo fuera constitucionalmente admisible una mera modificación de cada uno de sus artículos, dentro del ámbito material de lo regulado en los mismos, convirtiendo así a la Compilación en la "medida" de la competencia autonómica sobre el Derecho Foral, que quedaría reducido al puro derecho escrito vigente en tal momento histórico.

Tal interpretación resultaría contradictoria con el carácter preponderantemente histórico de los derechos forales y con la propia literalidad del artículo 149.1.8 de la Constitución, que no utiliza el término "legislación civil" para referirse al derecho propio de las Comunidades Autónomas, sino el de "derecho civil, foral o especial", al

igual que el Estatuto de Autonomía del País Vasco que utiliza la expresión Derecho civil foral y especial.

Por consiguiente, el límite al desarrollo del derecho civil foral o especial, que opera desde los términos en que se formula la propia competencia autonómica, no sólo está constituido por la reserva estatal absoluta sobre las materias referidas en el segundo párrafo del artículo 149.1.8, sino también por el respeto a la identidad histórica del derecho civil especial de la Comunidad Autónoma.

Esta parece ser la interpretación del Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias de 27 de julio de 1982, de 26 de julio de 1984, de 31 de enero de 1986 y 19 de octubre de 1989, en cuanto ponen de manifiesto que la competencia estatal comprende la legislación civil, sin que se reduzca a las concretas materias reseñadas en el segundo párrafo del artículo 149.1.8 de la Constitución, quedando a salvo la propia de la Comunidad Autónoma en el ámbito del derecho civil foral o especial, competencia que existe dentro de los límites a que antes se hizo referencia, recogidos en reiterados dictámenes de este Consejo de Estado.

Las posteriores Sentencias del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre, sobre la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos, y 182/1992, de 16 de noviembre, sobre la Ley de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia, no contradicen la doctrina antes señalada del Consejo de Estado. La primera de ellas afirma que la salvedad de los "Derechos civiles forales o especiales" permite entender que alcanza, no sólo a aquellos derechos forales 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 sus Estatutos respectivos.

La Sentencia 182/1992, de 16 de noviembre, analiza la posibilidad de regulación de instituciones fuera de la Compilación. Dice el Tribunal Constitucional que la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del propio derecho civil puede dar lugar a "una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico".

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1993, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, señala expresamente que la Constitución permite que los derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto "no ya de "conservación" y "modificación", sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales". "La noción constitucional de "desarrollo" permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de "modificación". El "desarrollo de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse

rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho Foral".

Las consideraciones anteriores acerca de las competencias reconocidas por el artículo 149.1.8 se recogen en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1993, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear.

Sobre estas premisas habrán de analizarse los artículos de la Ley 1/1992, de 1 de julio, sobre Derecho Civil Foral del País Vasco, objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, tratando separadamente de las distintas materias a que se refiere el citado recurso:

- a) La determinación del ámbito territorial del Derecho Foral o especial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- b) La regulación de aspectos relativos a la vecindad civil.
- c) La presencia de testigos en los testamentos otorgados ante Notario.
- d) La regulación de aspectos procesales contenida en los artículos 102, segunda, 2 y 123, apartados segundo y tercero.

1.- La determinación del ámbito territorial del Derecho Foral o especial del País Vasco.

El primer motivo de impugnación de la Ley sobre Derecho Civil Foral del País Vasco es la fijación del ámbito de aplicación del Derecho Foral que hacen esencialmente los artículos 6, 10, 11 y 132 de la Ley.

El artículo 6º, tras determinar en su párrafo primero que el Infanzonado o Tierra Llana designa a todo el territorio histórico de Bizkaia con excepción de la parte no aforada de las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugaleta y Plentzia, de la ciudad de Orduña y del actual término municipal de Bilbao, establece en su párrafo segundo que "el territorio exceptuado se regirá por la legislación civil general, salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero".

El artículo 10 de la Ley permite, a los municipios en los que rige la legislación civil general, optar por la aplicación de este Fuero Civil en todo su término, en virtud de la Concordia de 1630 y de conformidad a lo establecido en la disposición adicional primera de la Constitución y el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, cumpliendo los siguientes requisitos:

- a) Acuerdo de la Corporación adoptado por mayoría simple.

b) Audiencia de las Juntas Generales de Bizkaia.

c) Aprobación de los vecinos, por mayoría simple de los votos válidamente emitidos, mediante consulta convocada por el Ayuntamiento.

d) Aprobación por Ley del Parlamento Vasco.

Añade que la iniciativa, en caso de no prosperar, sólo podrá reiterarse transcurridos cinco años.

Por su parte, el artículo 132 establece que:

"1. La incorporación de uno o más Municipios a algunos en los que se aplica el Fuero de Ayala supondrá la extensión del mismo al municipio incorporado.

2. La incorporación de un municipio aforado a otro no aforado, o la segregación de parte de su término municipal, no afectarán al derecho civil que era aplicable en el terreno incorporado o segregado.

3. Si alguno de los municipios aforados se fusiona con otro u otros no aforados, el Fuero de Ayala será de aplicación en el municipio resultante".

Estos artículos vienen a permitir la aplicación de normas propias del derecho civil foral al territorio de Vizcaya en el que rige o ha regido el derecho civil general, a través del ejercicio, por parte del Municipio sometido al régimen del derecho civil general, de la opción de someterse en su integridad al derecho civil foral mediante el procedimiento regulado en el artículo 10, con el consiguiente cambio de la vecindad civil de sus habitantes (artículo 11).

El artículo 132 establece unas reglas para determinar el sometimiento o no al Fuero de Ayala, en los casos de incorporación de un Municipio en el que no rige dicho Fuero a alguno de los Municipios en que sí rige (y viceversa) y en los casos de fusión de un Municipio en el que sea aplicable dicho Fuero con otro en que no resultase aplicable.

La impugnación se fundamenta, según los informes que figuran en el expediente, en que la Constitución, al reconocer la competencia de las Comunidades Autónomas para la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales o especiales "allí donde existan", se ciñe al concreto ámbito territorial en que tuviese vigencia el Derecho Foral en el momento de aprobarse el texto constitucional, debiendo interpretarse que la competencia reconocida por el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (sobre "la fijación del ámbito territorial" de vigencia del Derecho Foral) se refiere a la conservación, modificación y desarrollo de las previsiones que en relación con esta cuestión se recogen en la Compilación de 1959, lo cual impide no sólo la ampliación del ámbito territorial del Fuero Civil de Vizcaya, sino también del de Ayala.

La Comunidad Autónoma fundamenta su competencia en los artículos 149.1.8 y disposición adicional primera de la Constitución, 10.5 de su Estatuto (preceptos todos ellos citados en la Exposición de Motivos de la primera Ley del Parlamento Vasco dictada en materia del derecho civil, Ley 6/1988, de 18 de marzo, de modificación

parcial del derecho civil foral) y también, respecto de este punto, en la Concordia de 1630 que, según la Exposición de Motivos de la Ley de 1992, autorizaba a las Villas de Vizcaya a reclamar la vigencia de la Ley Foral en su territorio.

La determinación del alcance de las competencias de la Comunidad Autónoma Vasca sobre la fijación del ámbito territorial de aplicación de las normas de derecho civil foral exige recordar la evolución histórica de esta cuestión.

Como es sabido, en el territorio de Vizcaya y en materia de derecho civil no ha habido uniformidad en el régimen civil aplicable; han convivido dos legislaciones -la común y la foral- y han pervivido normas consuetudinarias. Tradicionalmente se ha distinguido la aplicación del Fuero de Vizcaya en el llamado "Infanzonado o Tierra Llana" y la aplicación del derecho civil de Castilla a las villas, territorio discontinuo inicialmente integrado por veintiuna villas y una ciudad.

El origen del diferente régimen jurídico privado aplicable en cada uno de estos territorios radica en la forma de fundación de las poblaciones. Las villas eran fundadas por los señores en tierras adquiridas legítimamente de los vizcaínos para constituir unas poblaciones; las cartas de fundación les conceden el Fuero de Logroño (salvo Orduña que tenía el de Vitoria) y posteriormente se les aplicó el Ordenamiento de Alcalá y el Fuero Real. En la Tierra Llana (por la inexistencia de murallas o fortificaciones de defensa, como se pone de manifiesto en las leyes 2ª y 3ª del título XXIV del Fuero de Vizcaya, que contraponen la "casa llana" a la "casa fuerte"), las poblaciones constituían asentamientos antiguos en los que regían las costumbres y después (1452) el Fuero. Estaba constituida por merindades, de las que más tarde formarían parte las llamadas anteiglesias, y se extendió a territorios que inicialmente no formaban parte del Señorío de Vizcaya (la llamada Vizcaya nuclear, territorio comprendido entre los ríos Nervión y Deva), como el Duranguesado y el de las Encartaciones. La diferencia entre villas y tierra llana se expresaba en los Fueros (así en el Título XXX, Ley 1ª del Fuero de Vizcaya) y también aparecería en el artículo 10 del Código Civil, cuyo último párrafo (introducido en la edición reformada de 24 de julio de 1889) decía: "los vizcaínos aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya" (fue suprimido con la reforma del Título Preliminar del Código Civil efectuada por la Ley de 17 de marzo de 1973 y Decreto del 31 de mayo de 1974).

Entre las villas y la tierra llana se produjeron frecuentes conflictos; como la retirada de las villas del gobierno del Señorío mediante el capítulo de 22 de junio de 1487 que acabarían con la Escritura de Unión y Concordia de 11 de septiembre de 1630, aprobada por Real Cédula de Felipe IV de 3 de enero de 1632, en cuyo capítulo primero permitía a las villas acogerse al Fuero. Decía así:

"Que las villas y ciudad vengan a esta unión en el estado en que se hallan en sus gobiernos particulares, gobernándose como hasta aquí y con las mismas leyes; y que si alguna de dichas villas y ciudad quisiere dejar alguna ley de las que ha tenido y tomar otras de las que usa el Señorío, pidiendo al Señorío en Junta General haga las leyes que se pidieron conformándose con las del Fuero, lo hayan de hacer, y las apelaciones de sus pleitos vayan ante los Señores Corregidores y Diputados Generales, así del Señorío como de sus villas y ciudad y de los dichos diez mil maravedíes arriba, los dichos

señores Corregidor y Diputados Generales de la misma forma que de las apelaciones de las anteiglesias del dicho Señorío".

El capítulo cuarto de la Concordia disponía que las villas y ciudad "entraran en las elecciones de oficios de Diputados Generales, Regidores, Síndicos, Secretarios y Tesoreros, cada uno con su voto; y el Señorío y merindad con los que tiene como hasta aquí, para elegir y ser elegidos, y sin diferencia de Señorío o villas; porque todo ha de ser una república, sin ninguna distinción en sólo dos que tiene el Señorío, y en los llamamientos, asientos y puestos, se le ha de observar la forma acostumbrada".

El capítulo XV declaraba extinguidos todos los pleitos generales que había entre el Señorío, las villas y la ciudad, en el momento en el que el Rey aprobaba la Concordia.

Este privilegio de acogerse al Derecho Foral fue utilizado en las siguientes ocasiones:

1º) La villa de Elorrio en 6 de julio 1712 pidió y le fue concedido usar en la sucesión de bienes, de las leyes del Fuero.

2º) El 17 de julio de 1734 dos anteiglesias de la jurisdicción de Bermeo, San Pedro de Baquío y Albóniga, solicitan regirse por el Fuero en los contratos intervivos, actos mortis causa y pleitos que pudieran ofrecer, concediéndoseles en similares términos.

3º) Ochandiano en 1818 obtiene la manera foral de suceder.

4º) Villaro en 1825 y 1829 obtiene usar en la sucesión, en cuanto a bienes raíces, muebles, semovientes y créditos, de las leyes forales.

Estas opciones parciales por el Derecho Foral, esencialmente referidas al derecho de sucesiones, plantearon numerosos problemas en torno a si el Derecho Foral, a partir de dicha opción, había de aplicarse en todo caso o si el sometimiento al mismo era voluntario; prevaleció el carácter obligatorio del mismo.

La dualidad legislativa ha planteado siempre la cuestión de la concreta delimitación de los territorios sometidos al Derecho Foral y al derecho civil común; cuestión que se agravó en los casos de anexiones y segregaciones de lugares aforados a las villas y en los casos de las llamadas caserías censuarias. En las villas el derecho común regía sólo en el núcleo urbano, lo que daba lugar a numerosos problemas; se decía que había casas en Bilbao en que una de las fachadas daba a territorio sometido al derecho común y la opuesta se regía por el Fuero de Vizcaya. La Ley de Ensanche de 7 de abril de 1861 establecía que "si no conviniese algunas de las anteiglesias en ceder el terreno de su actual jurisdicción que por efecto del ensanche se conceda a Bilbao, pasará con todo su territorio y con todos sus derechos y obligaciones a formar parte de la citada villa, en cuyo caso continuará rigiéndose como hasta aquí por las Leyes del Fuero en materia de contratos, troncabilidad de bienes y heredamientos y demás derechos civiles". Las anexiones a Bilbao de determinadas anteiglesias, como las de Abando (1890), Begoña y Deusto (1924) y Erandio (1940), entre otras, se produjeron conservando el Derecho Foral propio.

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en su Base sexta, previó la existencia de apéndices del Código Civil en los que se contuviesen las instituciones forales que convenía conservar. En el proyecto de Apéndice del Derecho Civil de Vizcaya, elaborado por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya y luego sometido a informe del Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao, uno de los temas más discutidos era el relativo a las reglas de determinación de la vigencia territorial del Derecho Foral. Así, en el proyecto elaborado por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya se contenían reglas a aplicar en los casos de anexionaciones parciales y totales con supresión de un pueblo o por fusión. En el artículo 5º de dicho proyecto se mantenía la posibilidad de que las villas y ciudad de régimen general pudieran optar en cualquier tiempo por el régimen foral de conformidad con lo dispuesto por la Concordia de 1630 que se consideraba vigente. Esta posibilidad de opción se pretendió ampliar en dicho informe en sentido inverso, admitiendo que los municipios de la tierra llana pudieran pedir la legislación civil, como muestra del respeto a la libertad de los pueblos. La aplicación de este criterio de reciprocidad en la opción dio lugar a una gran controversia ya que estaba excluida por la propia Concordia de 1630.

La Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, aprobada por Ley de 30 de julio de 1959, también se hizo eco del problema de la dualidad legislativa y de la consiguiente delimitación territorial. Su Exposición de Motivos reconoce que "la eficacia funcional del derecho vizcaíno sigue estando gravemente comprometida por o que, históricamente, ha constituido la debilidad interna del propio sistema: la imprecisión de la base territorial del Fuero, la permanente colisión de los dos regímenes jurídico-civiles coexistentes en el territorio". Añade lo siguiente:

"Ciertamente, esa falta de adecuación del derecho a su auténtica base territorial constituye una tara íntima y consustancial del Estatuto foral vizcaíno, porque, originariamente concentrado el Derecho común en el recinto urbano de las villas no aforadas, el lento proceso de interpolación de lo urbano en el espacio rural circundante provoca una automática colisión del Código y el Fuero, trastornando, permanentemente, tanto la condición objetiva troncal de los bienes raíces como el estatuto personal sucesorio y económico-matrimonial de los aforados.

Con mayor fuerza perturbadora ha contribuido a crear esa incertidumbre jurídica un error histórico permanente: el de subordinar el derecho privado a las fluctuaciones topográficas del derecho municipal, desarraigando el fuero de las zonas rurales conquistadas por la expansión administrativa de las villas no aforadas.

Problemas son éstos ante los que no puede inhibirse el arbitrio legislativo en la coyuntura que le depara la promulgación de la Compilación foral, sin riesgo de dejar abandonada la vitalidad institucional del Derecho vizcaíno a un proceso de paulatina desintegración".

Según el artículo primero de la Compilación, las disposiciones del Libro Primero rigen en el Infanzonado o tierra llana de Vizcaya que el artículo segundo define como "todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, excepción hecha de las doce villas de Bermeo, Durango, Ermúa, Guernica y Lumo, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandio, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Balmaseda, la ciudad de Orduña y todo el

término municipal de Bilbao", añadiendo que el territorio exceptuado se regirá por el Código Civil.

El artículo tercero señala que, en la denominación de villa, respecto de las doce no aforadas, se comprende todo el territorio incluido en el perímetro actual o futuro de sus respectivos núcleos urbanos, y que las heredades y tierras inmediatamente contiguas a los núcleos urbanos de las doce villas no aforadas se presumen anexas a los mismos por subordinación o destino y estarán regidas, por tanto, por el Código Civil, salvo que, constituyendo pertenecidos de un caserío, respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo. También presume anejos al núcleo urbano de las doce villas no aforadas y regidas por el Código Civil:

a) Las construcciones y espacios de terrenos enclavados en su término municipal, cuando estén destinados a una explotación industrial, a usos o actividades distintas de las meramente agrícolas o no constituyan pertenecidos de un caserío.

b) Los espacios de terreno enclavados en su término municipal afectados por planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo.

Añade que estas reglas se aplicarán también a la ciudad de Orduña.

El artículo cuarto recoge el criterio, ya admitido por la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1927, según la cual "las modificaciones administrativas en los límites de los términos municipales de Vizcaya no alterarán el derecho civil aplicable a los territorios afectados".

La regulación de los límites territoriales de vigencia del Derecho Foral de Vizcaya contenida en la Compilación no estuvo exenta de críticas, fundamentalmente por la ampliación de los territorios no aforados como consecuencia del crecimiento de las villas, por la variación del régimen civil que suponían las modificaciones de los planes urbanísticos y que tenía como fundamento la incompatibilidad entre Derecho Foral y concentración urbana y por la imposibilidad de desarrollo del Derecho Foral que se consideraba como una pura reminiscencia histórica a conservar. No obstante, dicha delimitación territorial del ámbito foral de la propia Compilación tuvo que reconocer que el Derecho Foral también podía afectar a los vizcaínos no aforados, recogiendo, en parte, la Ley 15 del Título XX del Fuero de Vizcaya de 1526 que proclamaba el principio de territorialidad ("que los vecinos de las villas que tuvieren bienes en la Tierra Llana guarden el Fuero en disponer de ellos"), que fue aplicada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de junio de 1874 y que, como se dijo anteriormente, figuraba expresamente en el último párrafo del artículo 10 del Código Civil. En este sentido, la Compilación, en su artículo 10, establecía que "los vizcaínos, aunque residan en territorio distinto del foral de Vizcaya, si hubiere parientes tronqueros, sólo podrán disponer a título gratuito inter vivos o mortis causa de los bienes troncales en favor de aquéllos".

A la vista de esta variable y difícil determinación del ámbito territorial de aplicación del derecho de Vizcaya, el alcance territorial de la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha de interpretarse partiendo del artículo 149.1.8 de la Constitución y de

la propia asunción de competencias en la materia contenida en el Estatuto de Autonomía. Según el artículo 10.5 de éste, la Comunidad Autónoma tiene competencia sobre la "conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco, y la fijación del ámbito territorial de su vigencia". No parece, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en especial, de la reciente Sentencia de 15 de marzo de 1993, que pueda tomarse en consideración, a efectos competenciales, la invocación que la Exposición de Motivos y el artículo 10 de la Ley hacen de la disposición adicional primera de la Constitución puesto que, según aquel Alto Tribunal, su sentido "no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el artículo 149.1.8 y en la disposición adicional segunda C.E.), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídicas-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación".

El problema de la determinación del alcance del Derecho Civil Foral del País Vasco radica en la falta de coincidencia entre el ámbito territorial de aplicación del Derecho Foral compilado, a la entrada en vigor de la Constitución, y el territorio de la Comunidad Autónoma. Y aún más, porque en el País Vasco ni el régimen foral es único, ni la foralidad se extiende a todo él.

Es necesario, en consecuencia, fijar el alcance de la expresión "allí donde existan", contenida en el artículo 149.1.8 de la Constitución. Dicha expresión aparece como un presupuesto de la competencia autonómica, de modo que la subsistencia de algún Derecho Foral, aun consuetudinario, es un requisito imprescindible para la propia asunción de la competencia. Pero cabe preguntarse si actúa no sólo como presupuesto de la asunción -y, por lo tanto, del ejercicio- de la competencia sino, según parecen entender los informes que obran en el expediente, como un límite territorial de su vigencia, como criterio delimitador y medida de la competencia autonómica, de suerte que si en un territorio determinado no existe Derecho Foral escrito o consuetudinario no cabe su "conservación, modificación o desarrollo". Para resolver esta cuestión es importante recordar que la subsistencia del Derecho Foral se tuvo en cuenta en nuestra historia legislativa. El artículo 5 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 decía que "las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral lo conservarán por ahora en toda su integridad", fórmula que pasaría en similares términos al artículo 12 del Código Civil que, en su redacción reformada de 24 de julio de 1889, añadió, al referirse al régimen jurídico foral, la especificación "escrito o consuetudinario". El artículo 6 de la Ley de Bases, al tratar de los apéndices del Código Civil, establecía que en ellos habrían de contenerse "las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen". La Base 7a de la Ley de 17 de marzo de 1973 se refería al "pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes", palabras que se recogieron en el artículo 13.2 del actual Título Preliminar, aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974.

En estas normas se trataba únicamente de conservar el Derecho Foral en un sistema de unidad legislativa. No existía problema alguno competencial puesto que había un único legislador. Ahora no se trata sólo de conservar o respetar el Derecho Foral subsistente, sino también de modificarlo y desarrollarlo más allá del Derecho Foral vigente a la

entrada en vigor de la Constitución, más allá, por tanto, del puro derecho compilado, como ha declarado el Tribunal Constitucional en las tres sentencias recientes anteriormente citadas, por lo que algún ámbito ha de tener la posibilidad de recuperación y crecimiento del Derecho Foral que la Constitución reconoce precisamente como competencia de cada Comunidad Autónoma en la que exista tal derecho.

El Tribunal Constitucional, desde un punto de vista material, ha reconocido que la expresión "allí donde existan", a que se refiere el artículo 149.1.8 de la Constitución al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho Foral en su conjunto que a instituciones forales concretas. Parecería lógico entender también, en lo que hace al ámbito territorial del Derecho Foral, que aquella expresión constitucional se refiere, no al concreto ámbito territorial de una institución foral, sino a la totalidad del territorio autonómico, si bien dentro de ciertos límites.

Sólo así tiene cabal sentido una previsión de desarrollo del Derecho Foral. Si se considerara que el ámbito territorial de una institución foral existente a la entrada en vigor de la Constitución es inmutable, la propia capacidad de desarrollo del Derecho Foral se vería limitada a un desarrollo meramente orgánico.

Sólo admitiendo que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia para, dentro del territorio de la Comunidad, fijar el límite territorial de la vigencia del Derecho Foral, puede desplegar todos sus efectos el último inciso del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Por otra parte, es una cuestión regulada por la propia Compilación vigente a la entrada en vigor de la Constitución, forma parte del Derecho Foral de Vizcaya y, por tanto, se conecta con la propia competencia sobre el Derecho Foral.

Todo ello no significa que tal competencia para la fijación del ámbito de aplicación del Derecho Foral sea ilimitada y pueda ser ejercitada de cualquier modo por parte de la Comunidad Autónoma. Al igual que la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral o especial, desde un punto de vista material o sustantivo, requiere cierta vinculación con el sentido y los principios informadores del Derecho Foral, también la extensión o modificación del ámbito territorial necesitará una patente conexión con las singularidades identificadoras del derecho civil foral o especial. Esto es lo que la Constitución en su artículo 149.1.8 pretende garantizar.

Desde esta perspectiva, por consiguiente, habrán de analizarse los artículos de la Ley del Parlamento Vasco que se refieren al ámbito territorial de su vigencia.

A juicio del Consejo de Estado, la solución adoptada -establecer la posibilidad de opción- ha tenido históricamente una prolongada vigencia, hasta el punto de que figuraba en el anteproyecto de Apéndice al Código Civil, y responde a la conveniencia de clarificar el ámbito territorial de aplicación del Derecho Foral y a la tendencia expansiva propia del mismo. Es una fórmula que resulta conforme con el Derecho Foral de Vizcaya, ya que fue la primera solución arbitrada para la cuestión de la dualidad legislativa. Por otra parte, no debe olvidarse que el Derecho Foral se ha venido aplicando en parte de las villas sometidas al derecho común. Así, hasta la entrada en vigor de la Compilación, las anteiglesias de Bermeo de Albóniga, Zubiaur y San Pelayo

mantenían su sometimiento al Derecho Foral en aplicación de la Concordia de 1630 y en Bilbao regía el Fuero en Deusto, Arandio y parte de las anteiglesias de Abando y Begoña. También regía el Derecho Foral en Lumo y en Ajanguiz, incorporadas a Guernica, en el barrio de Barinaga de Marquina, en determinados barrios de Ochandio y de Plencia, y en la anteiglesia de Yurreta de Durango, entre otros. Además, la aplicación del artículo 4º de la Compilación de 1959 ha servido para mantener la dualidad legislativa en villas sometidas a derecho común. Así, por ejemplo, en Bilbao se mantiene el Derecho Foral en los territorios que ocupaban los municipios de Derio, Lujua, Sondica y Zamudio; en Guernica se aplica en Arrazua, Contézubi, Forua, Murueta y Navárniz; en Marquina rige en Cenarruza y en Ondárroa en Barriatúa.

Por lo que se refiere a la determinación de los criterios de aplicación del Fuero de Ayala en los casos de anexión, fusión o segregación de municipios con diferente Fuero, no parece plantear problema alguno competencial. La tierra de Ayala ocupaba el territorio de la antigua Hermandad de Ayala que formaba parte de la cuadrilla de Ayala que comprendía también las Hermandades de Arceniega, Llodio, Arrastaria y Urcabustaiz y comprendía las cuadrillas de Sopena (con los pueblos de Respaldiza, Maroño, Aguiñiga, Madaria, Salamantón, Menoyo, Oceca, Lejarzo, Añes, Sojo, Ervi y Lujo), de Lezama (con los pueblos de Barambio, Astóviza, Larrimbe, Lecamaña, Saracho, Echegoyan, Lezama e Izoria), de Amurrio (con los pueblos de Olávezar, Murga, Luyando y Amurrio), de Llanteno (con Quejana, Menagaray, Retes de Llanteno, Costera, Mendieta, Retes de Tudela, Sojoguti, Santa Coloma y Llanteno) y de Oquendo (con Beótegui, Valle de Zuaza y Oquendo). Posteriormente, las cuadrillas de Lezama, Amurrio y Oquendo pasaron a ser municipios con el mismo nombre; el municipio de Ayala se formó con la cuadrilla de la Sopena y con los pueblos de Beótegui, Zuaza, Echegoyen e Izoria, Olávezar, Murga, Retes de Llanteno, Costera, Menagaray y Quejana; por su parte, los pueblos de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti pasaron a formar parte del municipio de Arceniega.

En la Compilación de 1959, el artículo 61 se limitaba a enumerar los términos municipales ("Ayala, Amurrio, Lezama y Oquendo") y pueblos ("Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti del término municipal de Arceniega, pero no esta villa y caserío de su término") en los que regía el Fuero de Ayala, sin que hubiera norma alguna similar a las contenidas en los artículos tercero y cuarto de la Compilación respecto de la aplicación del derecho civil de Vizcaya. No cabe duda, aun desde las tesis más restrictivas, que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia para dictar las normas relativas a los límites de aplicación del Fuero de Ayala en los casos de incorporación o fusión de Municipios, aun cuando para ello se parta de la fuerza expansiva del Derecho Foral. Precisamente, algunos de los artículos no impugnados de la Ley 3/1992 del Parlamento Vasco cumplen una función similar a la del artículo 132, en relación con la delimitación de las villas sitas en el territorio histórico de Vizcaya; así, los artículos 7, 8 y 9 respecto de los cuales se afirma, en alguno de los informes que figuran en el expediente, que "pretenden una racionalización y una ordenación más lógica del hecho de la convivencia territorial de dos legislaciones civiles".

2.- La regulación de aspectos relativos a la vecindad civil contenida en los artículos 11, 12, 13, 14 y 94.

Las consideraciones anteriores no excluyen, desde el punto de vista competencial, que esta cuestión haya de examinarse con atención a otros aspectos. Ello se pone de manifiesto advirtiendo que algunos de los artículos impugnados lo son no sólo por afectar a la fijación del ámbito territorial de aplicación del Derecho Foral, sino también por la relevancia sobre ellos de otros títulos competenciales. No puede olvidarse que, según el artículo 149.1.8 de la Constitución, corresponde al Estado la competencia exclusiva "en todo caso" sobre "las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas" y sobre las "normas para resolver los conflictos de leyes".

Con base en estos títulos competenciales, se impugnan parte de los artículos que regulan la eficacia territorial del Derecho Civil Foral vasco y otros preceptos de la Ley del Parlamento Vasco. Los informes que figuran en el expediente consideran que los artículos 11, 12, 13, 14.2, 30 y 94 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, infringen las competencias estatales derivadas del artículo 149.1.8 de la Constitución y, en especial, por lo que se refiere a la vecindad civil, criterio determinante de la sujeción al derecho civil común o al especial o foral, cuando se trata de cuestiones afectadas al estatuto personal, de conformidad con el artículo 14.1 del Código Civil.

Como ya se dijo en el dictamen nº 55.463, de 23 de mayo de 1991, la vecindad civil constituye un elemento básico para resolver los conflictos de leyes, puesto que se configura como punto de conexión en los conflictos interregionales en los casos en que haya de aplicarse la ley personal de alguna de las partes, de conformidad con el citado artículo 14.1 del Código Civil y con el artículo 16.1.1 del mismo cuerpo legal que establece que en tales conflictos "será ley personal la determinada por la vecindad civil".

En efecto, ésta es la función esencial de la vecindad civil y, por ello, aparece regulada en el Título Preliminar del Código Civil (que lleva por rúbrica "de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia") y, dentro de él, en su capítulo V dedicado a regular (artículos 13 a 16) "el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional", siendo de "aplicación general y directa en toda España", según el propio artículo 13 del Código Civil. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que la mayor parte de los preceptos que integran el título preliminar del Código civil son aplicables a todo el ordenamiento y sólo por tradición histórica conservan su encaje normativo en dicho Código (Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, fundamento jurídico 8º).

Por consiguiente, ha de considerarse que la vecindad civil, al constituir un punto de conexión en los conflictos interregionales de leyes en los casos en que deban resolverse en función de la ley personal de alguna de las partes, forma parte de la competencia estatal para resolver tales conflictos; competencia que se extiende al régimen de adquisición y pérdida que, en todo caso, habrá de ser uniforme.

El problema, una vez más, radica en que, dentro del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en particular de Vizcaya, coexisten diversos regímenes jurídicos aplicables según el lugar de que se trate, con los consiguientes conflictos de leyes internas, en el seno de una misma Comunidad Autónoma.

Junto a una vecindad civil general del territorio histórico de Vizcaya, puede distinguirse una vecindad local especial o subvecindad de "aforado o infanzón" (la de los vecinos de la Tierra Llana) y otra subvecindad civil de vizcaíno no aforado (la de quienes no se encontrasen en la situación anterior). Esta distinción de "subvecindades" civiles dentro del territorio de Vizcaya, de vizcainías, no es nueva; la propia Compilación, como se ha indicado anteriormente, distinguía entre ambas al no ser equiparable la condición de vizcaíno no aforado y la de vecino de un territorio de derecho común. El artículo 10 de la citada Compilación sometía a las leyes de la troncalidad, en lo relativo a sucesión a título gratuito inter vivos y mortis causa, a los vizcaínos no aforados en aplicación del principio de territorialidad. En principio al menos, no puede, pues, decirse que la aplicación de algunas normas de Derecho Foral a los vizcaínos no aforados constituya una innovación y resulte, por lo tanto, contraria al orden constitucional de competencias.

Para examinar los artículos impugnados por contradecir el régimen estatal general de vecindad civil habrá también de tenerse en cuenta cuál es el punto de conexión que ha de regir ante un determinado conflicto, puesto que la vecindad civil funciona como punto de conexión sólo cuando el conflicto haya de resolverse, como se ha dicho, atendiendo a la ley personal de alguna de las partes y no en todo caso; se plantea, además, el subsiguiente problema competencial acerca de si la Comunidad Autónoma, con un sistema plural intracomunitario, puede regular los conflictos internos de normas, es decir, los producidos en el seno del ámbito territorial del País Vasco.

Al respecto, ha de recordarse que la última Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1993, al analizar la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.8a de la Constitución sobre "las normas para resolver conflictos de leyes" en relación con la vecindad civil, ha señalado que se refiere al sector del ordenamiento integrado por el derecho interregional y el Derecho Internacional privado, que "preserva, muy destacadamente, la seguridad jurídica en el tráfico interregional" y no permite alterar la unidad del régimen jurídico relativo al punto de conexión determinante de la ley personal en los conflictos interregionales. El legislador estatal, en el derecho interregional, ha basado la aplicación de la ley personal en la noción de vecindad civil (art. 16.1.1 del Código Civil) y, a este fin, ha establecido un régimen legal específico de su adquisición y pérdida (arts. 14 y 15 del mismo Código).

a) El artículo 11 de la Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco.

Como se ha dicho, este artículo establece que, cuando a consecuencia del ejercicio del derecho de opción regulado en el artículo anterior, el Fuero en su integridad pase a regir en el territorio no aforado de una Villa, los vecinos de la misma, por tal hecho, "ganarán de inmediato la vecindad civil foral". Los párrafos segundo y tercero abordan los efectos del cambio de legislación en las distintas relaciones matrimoniales, personales y sucesorias de los afectados.

En este precepto, más que una nueva causa de adquisición de la vecindad foral, se regula la consecuencia del sometimiento de un territorio determinado a un nuevo régimen jurídico. Vecinos de dicho territorio (titulares de la vizcainía no aforada, como vecindad civil propia adquirida por las causas generales de adquisición de la vecindad civil, no simplemente la vecindad administrativa), seguirán siendo los que con

anterioridad lo fueren, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Código Civil, que se limita a declarar quiénes tienen vecindad civil en territorio de derecho común o en uno de los de derecho especial o foral y presupone un determinado ámbito territorial de aplicación para el Derecho Foral. La norma autonómica afecta sólo a los vizcaínos que pasan de una subvecindad civil no aforada a una aforada. No cambia la causa en virtud de la cual se adquirió dicha vecindad civil, ni la función de la vecindad civil como punto de conexión; lo que ocurre es que el régimen jurídico aplicable a los vizcaínos no aforados se sustituye por el de los vizcaínos aforados y como tales pasarán a considerarse a partir del ejercicio de ese derecho de opción.

A juicio del Consejo de Estado, partiendo de la posibilidad, dentro de los límites anteriormente reseñados, de alteración del territorio sometido al Derecho Foral vizcaíno, cabe admitir también esta norma en cuanto consecuencia natural de tal alteración, sin incidencia sobre el régimen jurídico básico de la vecindad civil y de los conflictos de leyes interregionales.

b) El artículo 12 de la Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco.

El artículo 12 establece que, a los efectos del Fuero Civil, son vizcaínos quienes tengan vecindad civil en el Territorio Histórico de Bizkaia y que, "Aforado o Infanzón es quien tenga su vecindad civil en territorio aforado".

Este artículo presupone una vecindad civil común foral de todo vizcaíno que tenga la vecindad civil en el territorio histórico de Vizcaya, identificando en el segundo párrafo a los vizcaínos aforados o infanzones que son quienes tienen la vecindad civil en territorio aforado (como se ha dicho, una vecindad foral local en el interior de la propia Comunidad Autónoma). Puede afirmarse que el precepto considerado constituye un presupuesto del propio artículo 14 del Código Civil, que determina la forma de adquisición de la vecindad civil en función de que se trate de un territorio sometido al derecho común o a uno de los de derecho especial o foral.

c) El artículo 13 de la Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco.

El artículo 13 de la Ley de referencia establece que "los vizcaínos no aforados podrán testar mancomunadamente y por comisario, con arreglo a las disposiciones de este Fuero".

Este precepto atañe, pues, a quienes carezcan de la vecindad civil vizcaína. Como se ha dicho repetidamente, una norma foral aplicable a vizcaínos no aforados no es una novedad en el derecho civil foral vizcaíno, pues el artículo 10 de la Compilación también se aplicaba a los no aforados. Esta norma tampoco altera el régimen de vecindad civil del Código Civil y respeta las normas de conflicto establecidas en el mismo, pues responde a la regla "locus regit actum" que rige las formas testamentarias, según el art. 11.1 del Código Civil adaptada al interior del territorio de Vizcaya.

d) El artículo 14 de la Ley 3/1992 sobre Derecho Civil Foral del País Vasco.

El artículo 14.1 establece que "en los instrumentos públicos que otorguen los vizcaínos se hará constar su vecindad civil, su carácter de aforado o no, y, en su caso, el régimen de bienes por el que se rige su matrimonio, según resulte de sus manifestaciones".

El artículo 14.2 dispone que, "a falta de manifestación, se entenderá, salvo prueba en contrario, que la vecindad civil del otorgante es la que corresponde al lugar de su nacimiento, y el régimen de bienes del matrimonio el legal en el lugar del último domicilio común de los cónyuges, y, a falta del mismo, del lugar de celebración del matrimonio".

Este artículo, en su primer apartado, fija unos datos que habrán de constar en los instrumentos públicos que otorguen los vizcaínos. Si lo establecido se reputara una regla propia de tales instrumentos públicos, podría cuestionarse la competencia de la Comunidad Autónoma para dictarla, puesto que "la ordenación de los registros e instrumentos públicos" constituye, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución, un límite absoluto de la competencia del legislador autonómico en materia de derecho civil, formando parte tal ordenación de la competencia exclusiva del Estado.

Pero el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 74/1989, de 24 de abril, ha declarado que la "reserva al Estado de la ordenación de los instrumentos públicos tiende al aseguramiento de un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados, y, por tanto, de las escrituras públicas, uniformando a tal fin el régimen de su naturaleza y contenido, de sus requisitos internos y formales, de su validez y eficacia y, en general, de todos aquellos aspectos que comprometan la unidad de su disciplina jurídica, de modo que una regla definitoria de las reglas ordenadoras de los instrumentos públicos, y, por tanto, de las escrituras públicas, ha de ser la de servir, en relación de necesidad, al establecimiento y uniformidad de su régimen jurídico".

En este sentido, en la reciente Sentencia de 6 de mayo de 1993, el Tribunal Constitucional ha afirmado en relación con esta competencia estatal que "el intérprete ha de cuidar aquí de salvar la concordancia entre la exclusiva competencia del Estado en este ámbito y la que pueda ostentar determinada Comunidad Autónoma para legislar sobre institutos integrados en su Derecho civil propio, o conexos con el mismo, lo que significa, ante todo, que no será aceptable un entendimiento tan lato de aquella competencia estatal que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el sólo argumento que unos u otros pueden o deben formalizarse mediante instrumentos públicos".

Por tanto, en el presente caso, puede considerarse que la regla sobre los instrumentos públicos contenida en la Ley del País Vasco responde a la propia diversidad de regímenes jurídicos civiles aplicables en el interior de Vizcaya y que no es relevante para el régimen de la naturaleza y contenido de los instrumentos públicos ni para la disciplina de los requisitos y condiciones de su validez y eficacia, aspectos que sólo en el caso de resultar afectados serían determinantes, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, para considerar que la competencia prevalente ejercitada es precisamente la relativa a la ordenación de los instrumentos públicos que corresponde al

Estado. Pero la norma de que se trata no altera ni el régimen específico de los instrumentos públicos ni el de adquisición, conservación y pérdida de la vecindad civil.

Podría pensarse que el artículo 14, en su apartado segundo, afecta a la prueba de la vecindad civil. El Consejo de Estado, en el dictamen núm. 55.463, de 23 de mayo de 1991, consideró que la prueba y presunción de la vecindad civil formaba parte de la competencia estatal "en todo caso" sobre "las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas" y sobre las "normas para resolver los conflictos de leyes", en tanto la vecindad civil es, como se ha dicho, un punto de conexión en los conflictos interregionales de leyes en los que haya de aplicarse la ley personal de alguna de las partes, por lo que su prueba afectará de modo esencial al estatuto personal. La existencia de diferentes presunciones en torno a la vecindad civil produciría numerosos conflictos en la propia aplicación de las normas de resolución de los conflictos de leyes.

No obstante, debe advertirse que las presunciones acerca de la vecindad civil establecidas en este artículo no se refieren a los conflictos interregionales, sino a los que puedan producirse en el interior de la propia Comunidad dada la existencia de diversos regímenes de derecho civil. Desde esta perspectiva, tales normas resultan necesarias para la aplicación del propio Derecho Foral y presuponen el régimen general común, por lo que no infringen el orden constitucional de competencias.

e) El artículo 94 de la Ley 3/1992 sobre Derecho Civil Foral del País Vasco.

El artículo 94 establece que, "a falta de pacto, se entenderán sujetos a comunicación foral los matrimonios en que ambos contrayentes sean vizcaínos aforados o, a falta de vecindad común, si fijan la residencia habitual común inmediatamente posterior a su celebración en la Tierra Llana, y, a falta de dicha residencia común, si en ella ha tenido lugar la celebración del matrimonio".

El precepto constituye claramente una norma de conflicto que contiene diversos puntos de conexión subsidiarios para la aplicación del régimen de comunicación foral de bienes, es decir, de los efectos económicos del matrimonio. Se trata de una materia regulada en el artículo 16.3 del Código Civil según el cual "los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil. En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación".

El artículo 9 del Código Civil, al que se remite el 16.3, establece, en su apartado 2, que "los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio".

El artículo 94 de la Ley del País Vasco sólo contiene, pues, una norma de resolución de los conflictos que coincide exactamente con el juego de puntos de conexión establecido en el Código Civil con carácter general. Cabe admitir una interpretación constitucional

de la misma, considerando que su aplicación ha de producirse dentro de la propia vecindad civil foral, es decir, no sería una norma de resolución de los conflictos interregionales, sino de los propios conflictos que pudieran suscitarse por la diversidad de regímenes jurídicos civiles existentes en el País Vasco. Desde este punto de vista, no se aprecian fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad.

3. La presencia de testigos en los testamentos otorgados ante Notario regulada en el artículo 30.

El artículo 30 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, establece que "en ningún testamento notarial otorgado en todo el territorio de Bizkaia será precisa la intervención de testigos, salvo que expresamente lo requieran el testador o el Notario autorizante".

Los informes de la Comisión de Seguimiento de Actos y Disposiciones de las Comunidades Autónomas y de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia consideran que esta disposición está viciada de incompetencia por regular una materia que afecta a la competencia estatal exclusiva sobre la ordenación de los instrumentos públicos.

La primera cuestión que se plantea en torno a este tema es, pues, como ya se dijo en el dictamen nº 55.463, de 23 de mayo de 1991, al examinar la nueva redacción dada al artículo 52 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares por la Ley 8/1990 de dicha Comunidad Autónoma, la de determinar cuál es el título competencial afectado. A juicio del Consejo de Estado, la cuestión no puede centrarse en el título competencial relativo a la ordenación de los instrumentos públicos que el artículo 149.1.8 atribuye "en todo caso" al Estado, pues, si así se hiciese, toda disposición autonómica acerca de esta materia resultaría, por ello, inconstitucional cualquiera que fuese su contenido.

Para las diferentes clases de testamentos se establecen diversos requisitos formales (cada vez más simplificados) atendiendo a las condiciones de tiempo y lugar en que se encuentra el testador y tratando de asegurar la veracidad y autenticidad de la última voluntad de aquél y de facilitar la libre expresión de la misma. La determinación de los requisitos formales que corresponden a cada una de las distintas modalidades testamentarias es una materia que forma parte del derecho civil, regulada en el propio Código Civil y en los Derechos Forales, y que no incide de modo directo en la ordenación de los instrumentos públicos en sí mismos considerados ni interfiere la competencia exclusiva estatal cuya atribución tiene como finalidad, según la Sentencia 74/1989, de 24 de abril, del Tribunal Constitucional, asegurar un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados.

Así resulta de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, que, tras regular los instrumentos públicos, establece en su artículo 29 que "lo dispuesto en los artículos que preceden, relativamente a la forma de los instrumentos y al número y cualidad de los testigos y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos y demás disposiciones mortis causa en las cuales regirá la ley o leyes especiales del caso". En el mismo sentido, el artículo 143 del Reglamento Notarial prescribe, en su párrafo segundo, que "los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la

legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos".

Por otra parte, ya se planteó una cuestión similar, acerca de si determinada modalidad testamentaria afectaba a la legislación civil o a la ordenación notarial, con motivo de la entrada en vigor de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. La Real Orden de 15 de diciembre de 1863 declaró la subsistencia en Cataluña del privilegio mencionado en la Real Provisión de 29 de noviembre de 1736, en cuya virtud los Curas, Rectores o sus Tenientes, en el antiguo Principado de Cataluña, pueden otorgar testamentos o últimas voluntades cada uno en su distrito o feligresía, no habiendo en ella Escribano Real o Numerario,

"Considerando que el derecho o privilegio foral de que se trata se halla fuera del alcance de la citada Ley (del Notariado), porque, limitada ésta a determinar las funciones propias del Notario, a establecer el régimen y organización del ejercicio notarial, no es aplicable a aquellos actos que como el presente pueden celebrarse válidamente con arreglo a la legislación especial de Cataluña, sin la intervención de aquel funcionario. Considerando que la testamentifacción, tanto respecto del derecho como del modo, inseparable de aquél, es de la competencia exclusiva de la ley civil, por lo cual, cualesquiera que sean las razones que pudieran alegarse en contra de la conveniencia del privilegio de que se trata, nunca habría lugar a tomarlas en consideración sino al reformarse esa parte del derecho".

El dictamen del Pleno del Consejo de Estado número 18.952, de 9 de diciembre de 1863, acerca de la citada Real Orden, indicaba igualmente que el artículo 29 de la Ley del Notariado demuestra y reconoce "no ser de su incumbencia el innovar ni estatuir acerca de un punto peculiar del Derecho Civil", consignando "su respecto a lo existente en lo relativo a la materia de instrumentos y últimas voluntades que para su forma se rigiesen por leyes especiales". En el mismo sentido se manifestó la jurisprudencia del Tribunal Supremo al aplicar determinadas especialidades forales tras la vigencia de la Ley del Notariado (Sentencias de 21 de junio de 1909, 27 de junio de 1917, 18 de diciembre de 1934 y 24 de marzo de 1937, entre otras).

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 6 de mayo de 1993, al analizar la nueva redacción del artículo 52 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, referido, precisamente, a la supresión, con carácter general, de la presencia de testigos en los testamentos otorgados ante Notario, afirma que "ni en nuestra tradición jurídica, ni en nuestro ordenamiento actual ha formado parte dicha regulación (la intervención de testigos en los testamentos notariales) de la legislación notarial ni, por tanto, de la ordenación de los instrumentos públicos, ello sin perjuicio de que no todos y cada uno de los contenidos de tal regulación notarial, en su actual contenido, deban estimarse comprendidos en la norma competencial aquí considerada" (ordenación de los instrumentos públicos).

Por consiguiente, dado que la Comunidad Autónoma del País Vasco no ha procedido a ordenar los instrumentos públicos, sino a determinar los casos en que es necesaria la presencia de testigos en los testamentos notariales otorgados en Vizcaya, como materia propia de la legislación civil, la cuestión habrá de centrarse en el alcance de la competencia autonómica respecto del derecho civil foral o especial. Habrá de

determinar si puede considerarse que la regulación de las formalidades testamentarias forma parte del Derecho Civil Foral de Vizcaya que puede ser objeto de "conservación, modificación o desarrollo", conforme al reparto constitucional y estatutario de competencias en la materia. Es decir, si la regulación de la presencia de testigos en el testamento notarial puede identificarse históricamente como una materia que, aun no compilada, mantiene su vigencia al margen de la Compilación o guarda conexión con las ya reguladas.

Para ello, basta analizar las normas sobre las formas testamentarias contenidas en la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava aprobada por Ley de 30 de julio de 1959. El Título tercero del Libro primero de la Compilación, bajo la rúbrica "De las formas de los testamentos", dedica los artículos 13 a 20 sustancialmente a la regulación del testamento "il-buruko" y el testamento por comisario.

El primero de estos artículos, el 13, contiene una disposición de carácter general no integrada ni en el capítulo primero ni en el segundo del Título III del que forma parte. Dice así: " Además de las formas de testar que regula el Código Civil, se admiten en el Infanzonado el testamento il-buruko y el testamento por comisario, llamado también poder testatorio".

Tal disposición supone una remisión a la regulación sobre formas testamentarias contenida en el Código Civil, lo cual viene a significar que se incorpora a la Compilación un determinado contenido normativo, desde la perspectiva de que se trata de una materia propia del Derecho Civil Foral. La propia Compilación de 1959 reconoce expresamente como una forma especial de testar el llamado testamento "il-buruko" (a la cabecera de la muerte) a que se refería el Capítulo CXXVIII del Fuero Viejo de Vizcaya y la Ley 4a del Título XXI del Fuero de 1526 (bajo el epígrafe "Del testamento que se hace sin Escribano"), según la cual dicho testamento no requería la intervención de Notario, sólo la presencia de tres testigos, "dos hombres buenos, varones, y una mujer, que sean de buena fama, rogados y llamados para ello..." El artículo 14 de la Compilación que integra el capítulo primero del Título III del Libro primero, regula esta forma de testar en los siguientes términos: "El que se hallare en peligro de muerte, alejado de población y de la residencia del Notario público, podrá otorgar testamento ante tres testigos, bien en forma escrita o de palabra. La validez de este testamento quedará subordinada al cumplimiento de las formalidades de su adveración prevenidas en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

No son éstas las únicas normas referidas a las formas de los testamentos contenidas en la Compilación. Así, el artículo 16, relativo al testamento por comisario (regulado en la Ley 127 del Fuero Viejo y en la Ley 4a del Título XXI del Fuero de 1526), establece que el nombramiento de comisario únicamente se podrá hacer en testamento ante Notario, pudiendo los cónyuges nombrarse, recíprocamente, comisarios en la escritura de capitulaciones.

Se observa, por consiguiente, que la regulación de las formas testamentarias ha sido y es materia propia del Derecho Foral Civil o especial de Vizcaya, cuya conservación, modificación o desarrollo forma parte de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma del País Vasco en el artículo 10.5 de su Estatuto de Autonomía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución.

4.- La regulación de aspectos procesales contenida en los artículos 102, segunda, 2 y 123, apartados segundo y tercero.

La impugnación de estos dos preceptos se fundamenta en la vulneración de la competencia estatal exclusiva sobre la "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas", a que se refiere el artículo 149.1.6 de la Constitución.

El artículo 10.6 del Estatuto de Autonomía establece que corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia exclusiva sobre "normas procesales y de procedimiento administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco".

El primero de los preceptos impugnados establece que "la adjudicación de los bienes por disolución de la comunicación foral se llevará a cabo, en pieza separada, en el mismo procedimiento de ejecución, por las normas establecidas para la partición de las herencias".

El artículo 123, en sus párrafos segundo y tercero, establece lo siguiente:

"Cuando se diere lugar a la saca, el tronquero deberá consignar en el Juzgado el precio en que se valore la raíz, sobre el cual tendrá el comprador preferencia respecto de cualquier otro acreedor del vendedor para reintegrarse del precio de compra con sus intereses".

"Las cuestiones entre el vendedor y el comprador, relativas a la responsabilidad por daños y perjuicios, serán resueltas en período de ejecución de sentencia, y en pieza separada, por los trámites de los incidentes".

El Tribunal Constitucional ha indicado, en relación con el artículo 149.1.6a de la Constitución, que responde a la necesidad de salvaguardar "la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales" (Sentencia 56/1990, de 29 de marzo). En cualquier caso, no es aceptable una interpretación que suponga vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el artículo 149.1.6a de la Constitución.

Como indica la expresión "necesarias especialidades", se tienen en cuenta tan sólo las que inevitablemente se deduzcan, desde el punto de vista de la defensa judicial, de las regulaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del derecho creado por la propia Comunidad Autónoma (Sentencias del Tribunal Constitucional 83/1986, de 26 de junio, y 121/1992, de 28 de septiembre).

A juicio del Consejo de Estado, en el presente caso la norma autonómica se limita a designar las normas procesales aplicables a dos instituciones civiles forales -la comunicación foral de bienes y la saca foral- sin alterar la propia ordenación procesal general. Del mismo modo que en el Código Civil existen normas procesales adheridas al régimen sustantivo en materia de régimen económico matrimonial (artículos 1394 o 1410) y en materia de compraventa en el saneamiento por evicción (1482), parece

admisible que la Comunidad Autónoma pueda determinar el procedimiento aplicable y establecer normas análogas a las que en el Código Civil regulan el régimen de disolución de la sociedad de gananciales o particularidades procesales indisolublemente ligadas a instituciones civiles. No cabe, por consiguiente, apreciar fundamentos jurídicos suficientes para impugnar estos dos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, por mayoría, es de dictamen:

Que no existen fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco."

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO PERMANENTE DON MIGUEL VIZCAÍNO MÁRQUEZ AL DICTAMEN N°1.537/92, RELATIVO A LA ADECUACIÓN AL ORDEN DE COMPETENCIAS DERIVADO DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DEL PAÍS VASCO DE LA LEY 3/92 DEL DERECHO CIVIL FORAL.

El dictamen precedente de la Comisión Permanente del Consejo de Estado llega a la conclusión, sin reserva alguna, de que no existen fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 3/92 del Derecho Civil Foral del País Vasco.

Por dicho recurso se impugnan:

Artículo 6 de la Ley, párrafo 2º. El territorio exceptuado se regirá por la legislación civil general "salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero". Artículo 10. Por el que se reconoce opción a los municipios para adoptar por la aplicación del Fuero en todos sus términos, en virtud de la Concordia de 1630 y de conformidad a la Disposición Adicional Primera de la Constitución y artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco. Artículo 11. Aplicación del Fuero en su integridad al territorio no aforado por la voluntad de los vecinos de un municipio.

Artículo 12. Que define quienes son vecinos y aforados. Artículo 13. Sobre la facultad de testar mancomunada- mente sobre los vizcaínos no aforados. Artículo 14. Sobre la vecindad civil en relación con los instrumentos públicos que otorguen los vizcaínos. Artículo 30. Sobre la no intervención de testigos en los testamentos notariales. Artículo 94. Sobre la comunicación foral de los matrimonios, cuando ambos contrayentes sean vizcaínos aforados o, a falta de vecindad común. Artículo 102. Sobre comunicación foral de bienes en el matrimonio. Artículo 123, párrafos 2ºy 3º. Relativos al deber del tronquero y a las cuestiones y responsabilidad por daños entre el vendedor y el comprador. Artículo 132. Sobre la extensión del Fuero de Ayala por incorporación de uno o más municipios.

El Consejero que suscribe considera que se ha producido una invasión de competencias del Gobierno Vasco que afecta a la legislación civil, en la parte que es de competencia exclusiva del Estado, y que existen fundamentos jurídicos suficientes para mantener el

recurso de inconstitucionalidad, dicho sea con el máximo respeto para el dictamen mayoritario.

Consideraciones de carácter general

La lectura de la exposición de motivos de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco refleja de forma clara el punto de partida en los objetivos que se señalan en orden al desarrollo del Derecho Foral del País Vasco.

"Al modo que el viejo Derecho Común español se modernizaba, en el Código Civil y las numerosas leyes posteriores era obligada la acomodación a las técnicas y a las necesidades de una sociedad actual del Derecho Foral". "Allí donde exista, el precepto constitucional", y existe en el País Vasco, en unos territorios en forma escrita, como en Vizcaya y Álava y en otros, como en Guipúzcoa, en forma consuetudinaria, con unos usos muy similares, en muchos aspectos, a los del resto del país, que se mantienen pese a las dificultades que plantea un Derecho Común inspirado en principios opuestos. El legislador vasco tiene, por tanto, la tarea de dar forma nueva, adaptada al mundo de hoy, del viejo Derecho Foral que, en Vizcaya y Álava es derecho escrito y en Guipúzcoa es derecho consuetudinario como se ha dicho. El Parlamento Vasco, que, conforme al artículo 10.5 del Estatuto, tiene libertad para señalar el ámbito de aplicación de las instituciones forales no puede hacerlo arbitrariamente, aunque en el futuro, según los estudios aconsejen y la sociedad le reclame, podrá hacer modificaciones y seguramente deberá hacerlas en esta primera elaboración de nuestro derecho. Se apunta la posibilidad de alcanzar síntesis más perfectas en el futuro con Europa. Al hablar de "denominación" Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, se dice, Civil porque se limita al Derecho Privado; Foral para distinguirla del Derecho Común y no porque resucite instituciones antiguas y del País Vasco por su ámbito de aplicación aún cuando existan territorios de Derecho Común.

De la lectura de la exposición de motivos y, particularmente de los puntos expuestos, parece que se hace caso omiso, para el futuro, de la existencia de la Legislación Civil en los territorios no aforados de las provincias de Vizcaya y Álava, y con las referencias de un derecho consuetudinario en la provincia de Guipúzcoa, se da la sensación de que, el Derecho Civil vigente en las provincias citadas estará constituido por el Derecho Civil Foral.

Partiendo de la expresión "allí donde existan" parece llegarse a una solución maximalista por lo que, basta que en una provincia o territorio exista Derecho Foral, como en Vizcaya o en Álava o en Guipúzcoa Derecho Consuetudinario, para llegar a reconocer la potestad de la Comunidad para regular las relaciones civiles quedando desvirtuado el principio de la competencia exclusiva del Estado en los términos definidos en el artículo 149.1.8 de la Constitución.

La cuestión de la aplicación de la norma 8a del artículo 149.1.8 competencia exclusiva del Estado en "legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificaciones y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", preocupa y divide a la doctrina y se repite a medida que las Comunidades en las que existe el Derecho Foral trata de su aplicación y desarrollo. Se puede decir que las distintas interpretaciones van desde una posición restringida a otra

amplia o maximalista. En una se pone el acento en la "conservación del derecho foral" reduciendo su alcance a los términos "conservación y desarrollo".

La concepción amplia a la que responde la Ley de referencia, muy consolidada en la doctrina por los territorios forales, entiende que del precepto constitucional se deriva una atribución de competencia legislativa extensiva a las comunidades autónomas que tengan reconocido el Derecho Civil propio con las excepciones que en el propio artículo se recogen a favor del Estado.

Del tenor literal del artículo 149.1.8 de la Constitución se desprende:

Artículo 149.1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

8ª "Legislación Civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, 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, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial."

Hay una regla general: competencia exclusiva del Estado en materia de Legislación Civil.

Una especialidad, con la misma fuerza de obligar, a la regla general: la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral o Especial allí donde exista.

A continuación se establece una excepción a lo expuesto :

El Estado tiene competencia sobre:

- Aplicación y eficacia de la norma jurídica.
- Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio.
- Ordenación del registro e instrumentos públicos.
- Bases de las obligaciones contractuales.
- Normas para resolver los conflictos de leyes y,
- Determinación de la fuente del derecho, con la salvedad al respecto de las normas del Derecho Foral o Especial.

Estas cuestiones no agotan la excepción a la excepción, ya que el párrafo correspondiente se inicia "en todo caso", lo que indica que es un contenido mínimo indeclinable de la competencia estatal. El ordenamiento civil español lo forman:

a) Los subordenamientos que forman las legislaciones civiles de las Comunidades Autónomas con el Derecho Civil propio y el del Estado en las Comunidades no aforadas.

b) Las normas estatales que desarrollan la materia que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye a la competencia exclusiva del Estado.

Es de significar, además, que la Constitución ha tenido en cuenta el hecho que debe tenerse presente siempre la subsistencia de los Derechos Civiles, Forales o Especiales, "allí donde existan". La tesis maximalista encontraba ajuste adecuado en la previsión constitucional del año 1.931, pero no resulta conforme a los preceptos de la Constitución según puede deducirse recordando la elaboración legislativa hasta llegar a la redacción vigente del repetido precepto. En las regiones autónomas se atribuía la competencia en materia civil, con independencia de que en ella hubiera o no un Derecho Civil propio persistente, lo que no ocurre en la Constitución de 1.978. Cualquier interpretación del artículo 149.1.8, debe situar en su justo valor la atribución exclusiva de competencias en materia civil del Estado en cuanto a la modificación o desarrollo. Hay que partir de que tales modificaciones se correspondan con instituciones que tengan alguna regulación propia en la Legislación Foral, incluso extendiéndose a instituciones conexas o colindantes, con cuanta amplitud sea conveniente o necesaria para el respeto debido al Derecho Foral y facilitar su desarrollo a nivel de las exigencias sociales de cada momento.

La Constitución de 1931 en su artículo 15 reservaba al Estado la "legislación penal, social, mercantil y procesal y en cuanto a la legislación civil la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España" y conforme al artículo 16, en las materias no comprendidas en los dos artículos anteriores, podrá corresponder a la competencia de las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos aprobados por las Cortes. En el artículo 14, materias de la exclusiva competencia del Estado, no se comprendía la legislación civil.

Los conceptos citados de la Constitución de 1931 han tenido su reflejo literal en la vigente Constitución, si bien con un sentido distinto y para el examen de su contenido interesa tener en cuenta las vicisitudes de su redacción en el proceso parlamentario.

En el proyecto de Constitución, artículo 137, se decía: "la regulación y administración de las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución, podrá corresponder a los Territorios Autónomos, en virtud de sus respectivos

Estatutos. Las materias no asumidas expresamente en los Estatutos por el territorio autónomo se entenderán, en todo caso, como de competencia propia del Estado, pero éste podrá distribuir o transmitir las facultades por medio de una "ley", añadiendo en el artículo siguiente que "a los efectos de lo prevenido en el precedente artículo se entienden como de la exclusiva competencia del Estado las siguientes materias: ... 7. Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio; ordenación de los registros e hipotecas; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los

Estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España".

Puede observarse la coincidencia del proyecto con la Constitución de 1931, de que la legislación civil, con carácter general, corresponde a las Comunidades Autónomas, salvo en las materias que se especifican y que son las de la regla 1ª del artículo 15 de la Constitución del 31. Todas podrían ser de la competencia de las Comunidades Autónomas y todas, tuvieran o no Derecho Foral o Especial, podrán legislar en materia civil, salvo en aquellas cuestiones excluidas expresamente en dicho precepto. El proyecto se cambia introduciendo la expresión inicial de que la legislación civil corresponde en exclusiva al Estado y la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales es atribución de las Comunidades Autónomas "allí donde existan". En vista de este giro se ha podido afirmar que se pasó del autonomismo en materia civil al foralismo.

Por primera vez en un texto constitucional se hace un reconocimiento expreso de los Derechos Forales o especiales y en un párrafo no exento de complicación. Se trata de una referencia un tanto amplia, a la legislación civil como competencia exclusiva atribuida al Estado y se atribuye a las Comunidades Autónomas la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos Civiles Forales o Especiales "allí donde existan".

A los efectos del presente voto particular y sin olvidar la distinta orientación y lo que representan históricamente las disposiciones de 1959 y la Ley 3/1992, sí conviene recordar lo expuesto en la exposición de motivos de las de 1959 en relación con algunas materias que son objeto de nueva regulación.

"La Ley de Bases de 11 de mayo de 1988 dispuso, en su artículo 5º, que las provincias y territorios en que subsistía el Derecho Foral lo conservarían por ahora en toda su integridad, sin que sufriera alteración su régimen jurídico por la publicación del Código Civil, "que regirá tan solo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales..." "El estudio de la vigencia y aplicabilidad de las normas reguladoras de las instituciones en los territorios no aforados no plantea problema sustancial en Vizcaya y Álava, por cuanto su derecho privado conserva el más profundo arraigo en la entraña económica, familiar y social del país...". "La promulgación de la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava no cumpliría con eficacia su cometido si se limitara a inventariar y articular en un cuerpo orgánico aquellas instituciones tradicionales de su Derecho privado que, conservándose intactas en la práctica jurídica del país, permanecen actualmente al servicio de su peculiar organización económica, familiar y social. La eficacia funcional del derecho vizcaíno sigue estando gravemente comprometida, por lo que, históricamente, ha constituido la debilidad interna del propio sistema, la imprecisión de la base territorial del Fuero, la permanente colisión de los dos regímenes jurídico-civiles coexistentes sobre el territorio. Ciertamente, esa falta de adecuación del derecho a su auténtica base territorial constituye una tara íntima y consustancial del Estatuto Foral Vizcaíno, porque originariamente concentrado el Derecho común en el recinto urbano de las villas no aforadas, el lento proceso de interpolación de lo urbano en el espacio rural circundante provoca una automática colisión del Código y el Fuero, trastornando permanentemente tanto la condición objetiva troncal de los bienes raíces como el estatuto personal

sucesorio y económico matrimonial de los aforados. Con mayor fuerza perturbadora ha contribuido a crear esa incertidumbre jurídica un error histórico permanente el de subordinar el derecho privado a las fluctuaciones topográficas del derecho municipal, desarraigando el Fuero de las zonas rurales conquistadas por la expansión administrativa de las villas no aforadas...". "Pero esa misma sumisión a la idea central del Fuero impone un examen especial de la expansión urbana de Bilbao, villa que ha avanzado sin solución de continuidad hasta los límites de su actual término municipal. Todo el término de la capital es urbano en el sentido técnico de la palabra, y lo que no lo es ha perdido la esencia de su ruralidad y está impregnado de urbanismo por su inmediación o su inminente destino. En todo el término ha desaparecido, pues, la razón de ser del fuero. Y, sin embargo, a pesar de la importancia de su capitalidad, del ritmo de su expansión inmobiliaria y del enorme desarrollo de su economía industrial, toda la intensa vida jurídica bilbaína sigue descansando sobre el movedizo terreno de la dualidad legislativa, cuyas fronteras han pasado a ser meros vestigios entregados a la conjetura y a la imaginación. Cabe, pues, declarar, excepcionalmente, de Derecho común todo el término municipal de Bilbao, porque no hay aquí retroceso alguno del Fuero, ya que en todo el término municipal ha desaparecido la razón de ser de su existencia. Y para completar las medidas de estabilización que se condensan en el título primero, el artículo 4º cierra definitivamente el paso a toda posible intromisión administrativa en la jurisdicción del Fuero. Aunque por razones de técnica legislativa aparezca el Derecho foral vizcaíno polarizado en torno a instituciones de configuración autónoma, como la troncalidad, la libertad testatoria y la comunicación foral, debe reconocerse que, en el fondo, el principio supremo de la concentración patrimonial invade y preside, con idéntica fuerza, todo el ámbito del Derecho civil de Vizcaya, agotándolo exhaustivamente, ya que todos los preceptos del Fuero deben servir directamente a aquel principio central, y los que no lo sirven quedan al margen del equilibrio interno del sistema".

Como resumen de lo expuesto conviene recordar la conclusión del Congreso de Juristas de Zaragoza de 1981, lo siguiente:

"Las leyes que al efecto emanen de las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de su competencia, tienen el mismo rango y fuerza que las leyes de las Cortes Generales, y están sólo sujetas a la Constitución y a los preceptos de sus respectivos Estatutos de Autonomía."

Las Comunidades Autónomas podrán desarrollar el Derecho Foral hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código Civil.

La Constitución garantiza la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, entendiéndolo no ya como un problema, sino como un bien enriquecedor.

La Constitución de 1978, a diferencia de otras disposiciones anteriores, no establece como un "desideratum" la unificación del Derecho civil. La Constitución es garantía y límite de los Derechos civiles forales o especiales como lo es del resto del ordenamiento jurídico español.

Las leyes de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil están subordinadas a los preceptos constitucionales y sujetas al control de constitucionalidad en los mismos términos que las emanadas de las Cortes Generales. La eficacia derogatoria de la Constitución respecto de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella alcanza a las Compilaciones y a las nuevas disposiciones vigentes, del mismo modo que a las demás leyes españolas. La disposición adicional primera de 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.

La realidad histórica es que en España nunca llegó a producirse la unidad jurídica en el mundo del Derecho privado y, por tanto, hay que estar a las consecuencias de esta diversidad de raíces históricas, indiscutibles y con una gran base consuetudinaria. Se ha dicho: "Si hubo fueros es porque existía Derecho común". La consecuencia inmediata de la disposición adicional es la derogación definitiva, en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, de las leyes de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876 en lo que pudieran afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, sin que de lo anterior puede derivarse una negación absoluta de todo lo acaecido durante siglo y medio pasado. Se trata de una vuelta pura y simple al estado de cosas anterior a estas fechas. La disposición derogatoria no pretende resucitar un pasado anterior a 1839, ni tampoco prescindir de él, ya que todo este pasado contiene partes irrenunciables y elementos imprescindibles para el desarrollo de las disposiciones constitucionales citadas, vigentes en la Constitución en su disposición adicional y en el Estatuto de Autonomía y de ambas hay que partir para la actualización general del régimen foral. No se trata de alcanzar la recuperación de las normas derogadas y cuando la Constitución asume los derechos históricos de los territorios forales, se refiere al contenido actualizado de los mismos, ajustado todo ello a la Constitución y al Estatuto. El principio general de respeto a los derechos históricos, por lo que se refiere a los derechos civiles se concreta en el artículo 149.1.8 y no se puede al amparo de la disposición adicional dar nueva vida a principios de Derecho Foral histórico que han dejado de existir.

1.- La determinación del ámbito territorial del Derecho Foral o Especial del País Vasco.

La fijación del ámbito de aplicación del Derecho Civil Foral es la base del recurso de inconstitucionalidad a que se refiere el expediente. El artículo 6, en cuanto que establece en su segundo párrafo que "el territorio exceptuado se regirá por la legislación civil general, salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero"; el artículo 10, por el que se autoriza al municipio en que rige la legislación civil general para optar por la aplicación del Fuero en todos sus términos, por aplicación de la Concordia de 1.630, estableciendo los requisitos al efecto. El artículo 132, por el que se prevé la incorporación de uno o más municipios al Fuero de Ayala, son la base de la impugnación en razón a que al reconocer la competencia de las Comunidades Autónomas, para la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales o especiales, "allí donde existan", se ciñe al concreto ámbito territorial en que tuviese vigencia el Derecho Foral cuando se aprueba el texto constitucional, teniendo presente, en todo caso, que la existencia del Derecho Foral es mas amplia, a juicio del que suscribe, que los límites señalados en la Compilación de 1.959.

La Constitución y el Estatuto de Autonomía determinan la atribución de competencias "allí donde existan" los derechos civiles, forales y especiales, terminando el número 5 del artículo 10 del Estatuto con la frase: "y la fijación del ámbito territorial de su vigencia". Los artículos referenciados de la Ley 3/92 del País Vasco, plantean la cuestión trascendente de fondo, la de saber si la Comunidad Autónoma con Derecho Foral vigente puede extender su competencia a otras zonas del mismo territorio, en las que no teniendo Derecho Civil propio o habiéndolo tenido haya desaparecido, por aplicación del artículo 10.5 del Estatuto.

No puede mantenerse que el concepto "desarrollo" se refiere tanto a la materia como al término territorial o zona geográfica en las que existan los derechos forales o especiales; "donde existan" no puede comprender a todo el Derecho Civil histórico y no puede ser de aplicación en cuanto a tal derecho histórico la disposición adicional de la Constitución. Hay que estar al tenor literal de los preceptos y a su finalidad. La disposición adicional no se refiere directamente a los derechos civiles forales sino al régimen que afecta a los derechos históricos de los territorios forales en el orden político y administrativo. El respeto a los derechos civiles viene declarado en el artículo 149.1.8 de la Constitución y la disposición adicional no puede llegar a resucitar disposiciones que tuvieron su vigencia en la historia y que han quedado modificadas por la propia Constitución y el Estatuto, o perdieron su valor en el tiempo. Los derechos existen cuando están vigentes y los derechos forales lo son en cuanto han seguido actuales y vivos y pueden ser objeto de conservación, modificación y desarrollo. El concepto desarrollo tiene como contenido propio el de los derechos civiles forales existentes.

La atribución final del número 5 del artículo 10 del Estatuto Vasco "la fijación del ámbito territorial de su vigencia" no supone por sí atribución y competencia para extender la aplicación del Derecho Foral o territorio en el que hoy se aplica la legislación civil general. La Comunidad Autónoma puede conservar, modificar y desarrollar el Derecho Foral donde exista: Infanzonado, Tierra Llana de Vizcaya, Llodio y Aramayona y la Tierra de Ayala, pero no puede llegar a territorios donde no exista Derecho Foral, extendiéndolo, por ejemplo, al territorio municipal de Bilbao o a otras zonas de Álava o Guipúzcoa. El Estatuto autoriza para especificar los límites territoriales a los que afecta la legislación foral, pero por amplia que sea su aplicación no puede, por ejemplo, afectar al municipio de Bilbao, cambiando su Derecho Civil pero sin fijar sus límites en relación con villas. La fijación del límite no supone el extender la legislación foral de allí donde exista a donde no exista.

En la exposición de motivos se hace la declaración de que la experiencia de ordenamientos civiles muy diversos en Europa, algunos de ellos mas cercanos a nuestras Instituciones vizcaínas y vascas, es una realidad enriquecedora, y el hecho de que algunas Instituciones se mantengan diferenciadas respecto al Código Civil es una nota de contraste que, en el futuro permite esperar síntesis mas perfectas. Es cierto que, tanto la legislación civil, como la general, han de tener en cuenta los movimientos en la Comunidad Europea y demás países, pero no quiere decir que en materia de la competencia exclusiva del Estado en la legislación civil, puedan admitirse reformas que no vengan a través del Código Civil o legislación de esta naturaleza, de la competencia exclusiva del Estado.

La impugnación de los artículos 6, 10, 11 y 132, tiene su fundamento porque afecta a la determinación del ámbito territorial que viene determinado por la expresión: "allí donde existan" del artículo 149.1.8 de la Constitución en concordancia con el principio de las competencias exclusivas del Estado.

2.- La regulación de aspectos relativos a la vecindad civil, artículos 11, 12, 13, 14 y 94.

Conforme al artículo 149.1.8. de la Constitución corresponde al Estado "en todo caso" la competencia exclusiva sobre las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas" y sobre las "normas para resolver los conflictos de leyes", en razón a este mandato se impugnan los artículos referidos de la Ley 3/1992 del País Vasco, por considerar que infringen la norma de competencia de los preceptos constitucionales y por lo que se refiere a la vecindad civil, conforme además con lo dispuesto en el artículo 14.1 del Código Civil. Como se dice en el dictamen mayoritario, la vecindad civil aparece regulada en el título preliminar del Código Civil, "de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia", y en los artículos 13 y 16 se regula "el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional", siendo de "aplicación general y directa en toda España", según el artículo 13. La vecindad civil constituye un punto de conexión en los conflictos interregionales de leyes, en los casos que deban resolverse en función de la ley personal de algunas de las partes y corresponde al Estado la resolución de tales conflictos, competencia que se extiende al régimen de adquisición y pérdida que, en todo caso, habrá de ser uniforme. Dentro del territorio vasco, existen a su vez diversos regímenes jurídicos aplicables, según el lugar que se trate, con los consiguientes conflictos de leyes a que se refieren los artículos epigrafiados. El artículo 14 del Código Civil dispone: "La sujeción al Derecho Civil Común o al Especial o Foral se determina por la vecindad civil y en él se dispone la forma de adquirir la vecindad civil, común o foral, siendo ésta determinante de la aplicación de uno u otro derecho".

Al disponer la ley autonómica que un determinado hecho supone la inmediata obtención de la vecindad civil foral está invadiendo una competencia exclusiva del Estado y, por tanto, incurre en vicio de inconstitucionalidad. En el artículo 15.4 del Código Civil se dice que la dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad general o propia o distinta dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, se regirá por la disposición de este artículo y las del anterior, precepto de aplicación general que no puede ser modificado por la Ley Foral.

Por lo que respecta al artículo 13 de la Ley Vasca, se refiere a personas no aforadas y es consecuencia del párrafo segundo del artículo 6 de la propia Ley, que ha sido objeto de observación en el número anterior y que permitiría aplicar normas forales en territorios de Derecho Común, en contra de lo dispuesto en los artículos 14 y 16 que regulan la vecindad civil como determinante de la ley personal.

Las normas relativas a la aplicación de las normas jurídicas son de la competencia exclusiva del Estado. El texto de los artículos 14 y 15 del Código Civil responden a los criterios que se derivan del artículo 149.1.8 de la Constitución y regulan materias, normas para resolver los conflictos y leyes que son de la competencia exclusiva del Estado.

Igualmente interfiere la competencia exclusiva del Estado el artículo 14 por lo que se refiere a la vecindad civil en orden al otorgamiento de instrumentos públicos y a sus efectos en cuanto a la celebración del matrimonio. La vecindad civil se regula, como se ha dicho, con las normas establecidas en los artículos 13 a 16 del Código Civil.

El artículo 94 viene a regular los criterios para dirimir los posibles conflictos de leyes en cuanto a los efectos económicos del matrimonio, en razón a que los contrayentes, sean vizcaínos aforados o, a falta de vecindad común. Precepto que es contrario a la previsión contenida en el artículo 16.3, en relación con el artículo 9.2 del Código Civil, que determina las relaciones personales entre los cónyuges. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal o de la residencia de cualquiera de los contrayentes, y, cuando falta la elección, operarán el resto de las presunciones. El precepto de la Ley Vasca puede generar una situación contradictoria con las presunciones del Código Civil, y, en definitiva, se trata de materia reservada a la competencia exclusiva del Estado

Por lo que respecta a los artículos 30 de la Ley Foral, procedencia de los testigos en los testamentos, 102, deudas de los cónyuges y 123, normas procesales, el Consejero que suscribe muestra su conformidad a lo expuesto en el dictamen mayoritario.

En virtud de lo expuesto el Consejero que suscribe es de dictamen:

Que existen fundamentos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 30/92, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, en sus artículos 6, 11, 12, 13, 14, 94 y 132

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 13 de julio de 1993

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.