

ESTUDIOS

LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL BALEAR: ARTÍCULO 1 DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES

POR MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Prof. Titular de Derecho Civil Universidad Islas Baleares

SUMARIO: 1. *La delimitación de las Fuentes de producción del derecho civil balear. Artículo 149.1.8 CE; artículo 50.2 EAIB. 1.1 Concepto de Derecho civil balear. 1.2 Conceptos de vigencia y aplicabilidad del Derecho. El doble ámbito de vigencia: la vigencia exclusiva del Derecho civil balear y la vigencia compartida, con el resto de España, del Código civil.—2. El sistema de fuentes en el artículo 1.3 CDCB. 2.1 Ideas generales 2.2 El artículo 1.3 CDCB, ¿enuncia la jerarquía de fuentes del Derecho civil balear? 2.2.1 Los principios generales del derecho: su doble función. 2.2.1.1 Función de los principios generales, como forma de condicionar la aplicación supletoria del Derecho estatal, (art. 1.3 in fine CDCB). 2.2.1.2 La atribución, a los principios generales, de una segunda función: ser límite de la competencia legislativa. 2.3 La fuentes de aplicación del Derecho civil balear. El párrafo primero del artículo 1 CDCB. El criterio de aplicación de las normas: aplicación directa; aplicación preferente y aplicación supletoria; aplicación por remisión. 2.3.1 La «aplicación directa-obligatoria» del Código civil 2.3.2 El concepto de «aplicación preferente» del Derecho civil balear y supletoria del Cc. 2.3.3 Concepto de aplicación por remisión. 2.4 El sistema de colmar las insuficiencias normativas. El criterio de la autointegración (artículo 1.2 CDCB). La supletoriedad del Derecho estatal (art. 1.3 CDCB). 2.4.1 El sistema de colmar las insuficiencias normativas. La constatación de la insuficiencia. 2.4.2 El criterio de la autointegración como mecanismo de suplir las insuficiencias normativas, (art. 1.2 CDCB). 2.4.2.1 La integración mediante la tradición jurídica balear 2.4.2.2 El mecanismo de la integración a la luz de los antecedentes legislativos. 2.4.2.3 La iuris continuatio, ex disposición final primera CDCEB 1961 y CDCB 1990. 2.4.3 La supletoriedad como criterio de heterointegración. La supletoriedad del Código civil. 2.4.4 El nuevo concepto de supletoriedad.*

Índice de abreviaturas

CE	Constitución Española
EAIB	Estatuto de Autonomía de las Illes Balears

Cc	Código civil
CDCB	Compilación del Derecho Civil de Baleares (1990)
CDCEB	Compilación del Derecho civil especial de Baleares (1961)
CDCC	Compilación del derecho civil de Cataluña
CCAA	Comunidades Autónomas
LO	Ley Orgánica
STSJB	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares
EM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento Jurídico
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional

1. La delimitación de las fuentes de producción del derecho civil balear. Artículo 149.1.8 CE; artículo 50.2 EAIB

La dificultad de sistematizar el artículo 1 de la Compilación del Derecho civil de Baleares, es la razón de este estudio, que, forzosamente, tengo que poner en relación con otro trabajo necesario para su completo entendimiento, referido al estudio de los antecedentes históricos en materia de fuentes ⁽¹⁾. Porque en materia de fuentes del derecho civil balear se tiene que tener muy presente que *sequentia declarantur per proecedentia* ⁽²⁾ como analizaremos más adelante.

El término fuentes es multievocador de conceptos distintos; ahora nos vamos a referir a dos conceptos distintos: 1) a fuentes de producción del derecho y 2) fuentes de aplicación del derecho.

1.º Al referirnos a las fuentes de producción del Derecho, forzosamente acudimos al texto constitucional que configura la estructura del ordenamiento jurídico nacional en un Estado de las Autonomías organizado mediante la distribución competencial de materias, que en materia de fuentes, la segunda parte de la regla octava del artículo 149.1 otorga, «*en todo caso*», la competencia exclusiva al Estado en la determinación de las fuentes del Derecho, con una excepción, «*con respeto, a las normas de derecho foral o especial*». La misma redacción la encontramos en el artículo 50.2 (antes art. 47) del EAIB cuando dice: «*En la determinación de las fuentes del Derecho Civil de las Illes Balears se respetarán las normas que en el mismo se establezcan*».

Sin entrar en la oscuridad de la norma constitucional, que también reproduce la autonómica y que ha dado pie a distintas interpretaciones por parte de la doctrina ⁽³⁾, sólo diremos:

– que el reconocimiento del sistema de fuentes formales lo encontramos establecido en la Constitución en cuanto garantiza el principio de legalidad y jerarquía normativa (art. 9.3 CE).

⁽¹⁾ Consultar mi trabajo *La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la soberanía*. Colección *Materials*, núm. 6. Edicions UIB, Palma 2001.

⁽²⁾ Consultar SALVADOR CODERCH, Pablo, *La Compilación y su histórica. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*. Barcelona 1985, pp. 372 y ss.

⁽³⁾ Ver las distintas opiniones en ROCA TRIAS, Encarna, *L'Estructura de l'ordenament civil espanyol*. RJC 1983, pp. 125 y ss. BADOSA COLL, Ferran *La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les CCAA en Dret civil* Y en opinión contraria LASARTE, Carlos, *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*. Madrid 1980. Como posición intermedia a DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *La potestad legislativa de la Generalitat de Catalunya sobre el Derecho civil catalán*. En *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Barcelona 1982, pp. 39 y ss.

– Que el Estado no tiene competencia exclusiva en materia de fuentes, al poder determinar, los respectivos Parlamentos autonómicos con competencia en Derecho civil propio, las fuentes de su propio sistema jurídico ⁽⁴⁾ ya sea creándolas o modificándolas.

– Dado que la Constitución establece un sistema plural de fuentes, es el Derecho del Estado el que organiza su concurrencia mediante el criterio de competencia, como consecuencia de la estructura del sistema jurídico nacional al tratarse de fuentes del mismo origen y sobre las mismas materias. Consecuencia de esta organización constitucional plural, la Constitución otorga competencia a las CCAA con Derecho civil propio para organizar su propio sistema de fuentes y en la medida que sea asumida, dicha competencia, por los Estatutos de Autonomía, así lo encontramos en el artículo 50.2 EAIB. Es materia de competencia exclusiva del Estado la organización de la concurrencia plural de ordenamientos ⁽⁵⁾.

Es así que podemos decir que es competencia del Parlament de las Illes Balears la formulación de las fuentes del Derecho civil balear, porque el Derecho del Estado no puede incidir en la estructura interna de los ordenamientos civiles autonómicos que tengan atribuida y asumida dicha competencia ⁽⁶⁾.

La aparente interferencia derecho estatal-derecho autonómico, en materia de fuentes, se tiene que explicar sobre la base de la estructura del ordenamiento jurídico español y es por ello que la competencia exclusiva del Estado, en el sistema de fuentes, tiene que entenderse en cuanto a la organización de las relaciones entre el Estado y las CCAA con competencia en derecho civil propio. La determinación de las fuentes de cada ordenamiento civil territorial corresponderá a cada Parlamento Autonómico de acuerdo con las competencias atribuidas y asumidas.

2.º El otro concepto que calificábamos de fuente de aplicación, es consecuencia de la concurrencia de distintos ordenamientos civiles territoriales en el Estado español. Es así que se determinará la aplicación preferente de un ordenamiento jurídico civil sobre otro ordenamiento civil ⁽⁷⁾ y las relaciones entre ellos.

También se arbitran unos mecanismos para suplir la insuficiencia normativa, a la hora de aplicar sus fuentes, insuficiencia propia de los ordenamientos civiles territoriales ⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ Escribía sabiamente, don Amadeo de FUENMAYOR, «la mayor novedad en la consideración que hoy merecen estos Derechos civiles especiales, procede de haberse abierto camino una idea defendida con tesón y con acierto –aunque, a veces, con explicable exageración– por los foralistas. Me refiero a la idea de que estos Derechos no constituyen una suma o amalgama de preceptos o normas inconexas, sino que sus elementos componentes se hallan dotados de una interna articulación, es decir, existe, entre ellos conexiones propias de un sistema de Derechos». *La interpretación comparativa del Código y de las Compilaciones civiles*, en Estudios Homenaje al Profesor Castán, Tomo IV, pág. 401.

⁽⁵⁾ En este sentido Díez PICAZO, LUÍS, dice: «los derechos forales o especiales podrán establecer su propio sistema de fuentes y su propio orden de fuentes que el Estado deberá respetar, pero ese especial sistema de orden de fuentes que el Estado deberá respetar, sólo tendrá aplicación interna, dentro de los específicos ordenamientos forales y no podrá nunca modificar el sistema de relaciones entre el derecho foral, el Derecho general del Estado y el derecho común» *Constitución y Fuentes del Derecho*. En *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Vol I, Madrid 1979, pág. 658.

⁽⁶⁾ En este sentido ROCA TRÍAS, Encarna, *L'estructura de l'ordenament jurídic espanyol* RJC 1983, pág. 158.

⁽⁷⁾ En opinión de MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni «una regla de preferencia se da en un contexto de fuentes de aplicación del Derecho y no en el de fuentes de producción del Derecho. Una regla de esta clase se caracteriza por dos elementos: determinar una relación de aplicación prioritaria de las normas de un ordenamiento jurídico respecto a las normas de otro u otros ordenamientos jurídicos y, por otro lado, marcar las relaciones entre los ordenamientos afectados». *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Vol.I, Barcelona 1990, comentario al artículo 26,1 y 2, p.383.

⁽⁸⁾ BADOSA COLL. Ferran, *Compendi de Dret civil català*. Barcelona 1999, p.71.

Estudiaremos el artículo 149.3 CE y la redacción que formula el artículo 50.1 y 3 del EAIB, de aplicación preferente del Derecho civil balear sobre cualquier otro derecho, también vigente en Baleares, y la regla de supletoriedad del derecho estatal. También estudiaremos el artículo 1 y las disposiciones finales de la Compilación de Derecho civil de Baleares.

Antes de entrar, específicamente, en el tema que nos ocupa, se nos plantean dos cuestiones previas:

Nos hemos propuesto el estudio sobre el sistema de fuentes en el artículo 1 de la Compilación de Derecho civil de Baleares y lo primero que debemos acotar, si quiera brevemente, es el concepto de Derecho civil balear.

En segundo lugar, dado que el Derecho civil balear es de aplicación preferente sobre cualquier otro derecho vigente en el territorio balear, ello nos conduce a delimitar los conceptos de vigencia y aplicabilidad.

En tercer lugar entraremos en el estudio, propiamente, de las fuentes del derecho civil balear.

1.1 CONCEPTO DE DERECHO CIVIL BALEAR

¿Qué entendemos, hoy, por Derecho civil balear?. Inicialmente lo podemos definir⁽⁹⁾ como el Derecho, en materia civil, que sea el exclusivamente vigente⁽¹⁰⁾ y se aplique en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma.

Decimos que es el Derecho en materia civil, porque la materia civil es única, en tanto que la norma jurídica es plural, por esto, en España la misma materia es susceptible de ser regulada por los distintos derechos civiles territoriales de forma distinta, lo que conlleva la posibilidad de producir un conflicto de leyes (art. 16.1 Cc). Esta posibilidad de regulación distinta hace que la «materia civil» regulada, se convierta en el «derecho civil territorial», potencialmente distinto, en cada territorio donde sea exclusivamente vigente⁽¹¹⁾.

Estamos acotando no sólo el Derecho en cuanto a la materia que regula, la materia civil, sino que además queremos acotarlo en cuanto a su vigencia territorial, esto es, el Derecho civil que sea exclusivamente vigente en un determinado territorio, como es en nuestro caso en las Islas Baleares.

Sin embargo es necesario concretar más el concepto de Derecho civil balear, porque el calificativo de «balear» nos da la pista del concepto del Derecho civil propio, al acotarlo a nuestro concreto ámbito territorial; así, el Derecho civil balear será el vigente, exclu-

⁽⁹⁾ Sigo la opinión de BADOSA COLL, Ferran, *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Vol I, cit. Comentario al artículo 7.1, pp. 269 a 298.

⁽¹⁰⁾ «La regla de pertenencia o vinculación territorial del Derecho fue explícitamente establecida en la Ley de Bases del Cc, 11 de mayo 1888,5, para todos los Derechos civiles «forales o especiales». Ver, también nota 5, en BADOSA COLL, F. *Comentarios sobre...* cit. Pág. 274.

⁽¹¹⁾ En opinión de BADOSA COLL, Ferran, y siguiendo su razonamiento, «El Cc congruent amb la distinció entre «matèria civil» única i «norma jurídica» plural la va elevar a categoria general. N'ha remarcat no sols la validesa externa en la relació entre normes estatals sinò la validesa interna. Hom parteix del fet que a Espanya la matèria civil «única» és regulada per «diferents» Drets civils de manera que poden entrar en el mateix «conflicte» que els Drets estatals (Base 2.ª, art. 14 der i explícitament art. 16.1 vigent Cc «Los conflictos de Leyes»). *La recent jurisprudència...* cit. p. 13.

sivamente, en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y dictado por nuestro Parlament autonómico.

Resulta extraño que la reciente modificación del Estatuto de Autonomía de Baleares, Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 2/1983, de Estatuto de Autonomía de les Illes Balears, en su artículo 1.5, que modifica el artículo 7, suprimiendo, como no podía ser de otro modo, la palabra «especial», que calificaba al Derecho civil de Baleares, mientras el resto del texto del artículo permanece con idéntica redacción⁽¹²⁾.

Siendo así, ¿qué significado puede tener, hoy, distinguir 1) las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, de 2) el Derecho Civil de Baleares?, tal como sigue redactado el artículo 1.5 de la antes citada Ley. Posiblemente es un problema de inercia y el legislador no ha pensado que en 1990 el Derecho civil balear, se «balearizó», no tanto en su ámbito territorial⁽¹³⁾ de vigencia, cuestión que no se ha modificado respecto a la situación anterior⁽¹⁴⁾, sino por la competencia legislativa y su actuación, es decir, norma emanada del Parlamento autonómico balear en el marco de las competencias que le reconoce la Constitución (art. 149.1.8.^a) y el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (art. 10.23 y art. 50.2). En efecto, el artículo 25 de la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, dice que «[S]e autoriza al Govern de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears para aprobar, mediante Decreto Legislativo, un Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, en el plazo de seis meses».

Dicho lo cual, no cabe duda que la distinción que se hace mediante los términos «su derecho civil» (que por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares), a los que alude el artículo 7 del EAIB como concepto diferenciado de las «normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma», no se puede seguir manteniendo porque tan derecho autonómico es uno como otro.

¿Qué debemos entender por Derecho civil de Baleares? La respuesta parece clara, es el Derecho civil exclusivamente vigente en Baleares. Se define así por la materia, la civil, y por su exclusivo ámbito territorial de vigencia, Baleares, y podemos distinguirlo de un concepto más amplio, que es el del derecho civil aplicable en Baleares, que englobaría el derecho estatal, en su aplicación general y directa, y supletoria.

Otra precisión que podemos señalar es que el Derecho civil vigente en las Baleares no coincide con el denominado «Derecho civil de las Illes Balears». En Baleares, como en los demás territorios con derecho civil propio, están vigentes dos derechos diferentes (ex art. 1.1 CDCB): el Derecho civil de las Illes Balears, que nuestro Estatuto de Autono-

⁽¹²⁾ Artículo 7 «Las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su derecho civil, tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por otras normas extraterritoriales». El término «eficacia» tendría que sustituirse por «vigencia».

⁽¹³⁾ Así como personal, si bien referido por la pertenencia a un territorio: la vecindad civil balear. El concepto de ámbito territorial no ha cambiado, no es un concepto nuevo, ya lo teníamos en la Compilación y en el Código civil. Ver COCA PAYERAS, Miguel, *Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal*. RJC 1981.

⁽¹⁴⁾ Concretamente por la redacción dada al artículo 2 CDCB por Ley 7/1993, de 20 de octubre, del Parlament Balear, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1983 que declaró nulo el inciso del artículo 2 que haciendo referencia a la eficacia de las normas de la Compilación al territorio de la Comunidad Autónoma, el texto era «y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil».

mía denomina «derecho propio» (art. 50.3, antes 47), que tiene acotado su ámbito y a la vez su límite de vigencia al territorio de las Illes Balears; y por otra parte, el Derecho civil estatal, tanto en su aplicación directa, como en su aplicación supletoria, como veremos más adelante.

Siendo así, entendemos por Derecho civil balear (*ex art. 7 EAB*): 1) el derecho que es exclusivamente vigente en Baleares, y 2) creado por el poder público balear, por tanto excluimos el Derecho que, también siendo vigente en Baleares, lo es en toda España (art. 13 Cc).

1.2. CONCEPTOS DE VIGENCIA Y APLICABILIDAD DEL DERECHO. EL DOBLE ÁMBITO DE VIGENCIA: LA VIGENCIA EXCLUSIVA DEL DERECHO CIVIL BALEAR Y LA VIGENCIA COMPARTIDA, CON EL RESTO DE ESPAÑA, DEL CÓDIGO CIVIL

Hemos utilizado los conceptos de vigencia y de aplicabilidad del Derecho, sobre los que vamos a insistir.

Sabemos, que una norma es vigente en un determinado territorio cuando los Tribunales que tienen jurisdicción en el mismo ámbito espacial tienen el deber de aplicarla (art. 1.7 Cc.)

Así, el concepto de vigencia debe, necesariamente, ponerse en relación con dos categorías que le son inseparables: los conceptos de territorio (art. 13.2 Cc) y de tiempo (art. 2 Cc).

El concepto de vigencia con el elemento «territorio» lo encontramos también en el citado artículo 7 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (*Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero*): «*Las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Illes balears y su derecho civil, tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por otras normas extraterritoriales*».

En este precepto, los términos «eficacia territorial» son sinónimos de vigencia⁽¹⁵⁾, porque se utilizan, en este artículo, con independencia de la actitud del sujeto y de su utilización efectiva por el Poder judicial⁽¹⁶⁾.

Este precepto contempla, «las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma» y «su derecho civil», el de Baleares, que tienen vigencia exclusivamente en el territorio de Baleares, por lo que son aplicables en este territorio. Excepcionalmente y de acuerdo con el estatuto personal y las normas de derecho interregional pueden ser aplicables las normas civiles balears en el resto del Estado español (extraterritorialidad), siendo así que, en tal caso, no estaremos ante el concepto de vigencia, porque la norma sólo es vigente en Baleares, sino ante el concepto de aplicabilidad y el fundamento de esta aplicabilidad no está en la vigencia, sino que lo encontramos en la norma estatal que llama a la norma balear.

(15) BADOSA COLL, Ferran, dice al respecto: «la eficacia del EAC 7.1 se refiere a una cualidad intrínseca de la misma norma y, por lo tanto, independiente de la actitud del sujeto y de su utilización efectiva por el Poder judicial. Significa la aptitud reguladora de la norma, derivada de su mera existencia. Es de cir, la vigencia». *Comentarios sobre el EAC*. Vol. I, Barcelona 1990. p. 288.

(16) BADOSA COLL, Ferran *Comentarios sobre el EAC...*, Vol.I. pág.284, dice: «la traducción procesal del principio de «territorialidad» es que el Poder judicial juzga el caso que le es sometido según el Derecho vigente en el territorio de su jurisdicción.

Esta extraterritorialidad es recíproca. Significa que si bien se tendrá que aplicar derecho balear en territorios en que no sea vigente, en Baleares también se aplicará derecho no vigente conforme al estatuto personal ⁽¹⁷⁾.

Es así que en el territorio de las Islas Baleares nos encontramos ante un doble ámbito de vigencia: la vigencia exclusiva del Derecho civil balear y la vigencia compartida, con el resto de España, del Código civil.

Es esta dualidad de vigencias la que implica, lógicamente, un conflicto de aplicaciones entre ambos derechos, «dicho conflicto se ha regulado mediante la generalización a todo el Derecho autonómico y estatal (CE 149.3) del sistema originariamente pensado para los respectivos Derechos Civiles (CC 12.2 originario y 13.2 vigente). Es la dualidad *aplicabilidad inmediata* para el Derecho que tiene el territorio como ámbito exclusivo de vigencia, *aplicabilidad "supletoria" o "defectiva"* («regirá el Código civil como Derecho supletorio, en defecto») para el Derecho vigente en todo el territorio del Estado» ⁽¹⁸⁾.

Por tanto nos encontramos con dos tipos de soluciones:

1) Una solución que fue originaria de la codificación: la *supletoriedad*, que es la que propugnó los derogados artículos 12.2. Cc. y para Baleares el artículo 13 Cc. Hoy queda regulado en el vigente artículo 13.2 Cc.

Esta solución, encauzada a través de la *supletoriedad*, pretende ordenar la aplicación de ambos derechos: la Compilación de Baleares y el Código civil.

2) Una solución en razón de las competencias, que tiene su origen en la Constitución de 1978 y en el establecimiento del Estado de las Autonomías, con sus propios Parlamentos autonómicos, que conforme al artículo 149.1.8 CE y al artículo 10.23 EAIB, otorgan al Parlament de les Illes Balears competencia para legislar sobre la materia civil, y su artículo 149.3 constitucionaliza ⁽¹⁹⁾ el artículo 13.2 Cc.. Como también supone un cambio del originario concepto de supletoriedad, como consecuencia de la posibilidad de ejercitar la competencia legislativa que otorga la Constitución y nuestro Estatuto de Autonomía.

Estos conceptos de vigencia y aplicabilidad los plasmaremos al estudiar los conceptos de preferencia y supletoriedad en las fuentes de aplicación del derecho civil balear.

⁽¹⁷⁾ Estas situaciones que debe regir el estatuto personal o bien otras normas extraterritoriales, siguiendo a Badosa las referiremos a dos supuestos: primero «la de otorgar aplicabilidad "inmediata" en Cataluña a normas carentes por sí mismas de esa cualidad, sea porque no tengan vigencia territorial: los Derechos Civiles «extranjeros» o «no españoles»(en sentido del CC 12.2) y los Derechos Civiles «españoles» «especiales o forales»(CC 13.2), sea porque teniendo vigencia territorial «también» en Cataluña, esta vigencia se produce sólo por aplicación «supletoria»: el Código civil (CC 13.1). Correlativamente, la de «suspender» la aplicación del Derecho civil catalán; dicha función «suspensiva» es la que explica la mención que se hace en el artículo 7.1 *in fine*. En *L'Àmbit del dret civil català. En materials a les Segones Jornades de Dret civil català a Tossa, 1982*, pág. 11 dice que «El Codi civil en tenia dos nivells: un d' immediat (que en Silvela anomena «total vigor» i un altre supletòria. Doncs bé, en el primer nivell era un dret especial (novament el testimoniatge d'en Silvela: «los límites territoriales que abarca el llamado Derecho de Castilla no son difíciles de fijar en cada caso y, por tanto, la extensión que comprenderá en su total vigor el nuevo Código ofrecerá duda...») i com a tal, la seva aplicació extra-territorial estarà sotmesa a l'esmentada base 2.ª». Y también de BADOSA COLL, F. *Comentarios sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña*. Barcelona 1990, pp. 293-294.

⁽¹⁸⁾ BADOSA COLL, Ferran, *Comentarios sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña*, pp. 289-290

⁽¹⁹⁾ Es este el sentido que da BADOSA COLL, F. y aboga por la interpretación en el mismo sentido normativo «referit al dret existent en un moment donat en contraposició a les llacunes legals de l'ordenament autonòmic. No en termes de competència del Estat: ni atribuint-l'hi en defecte del seu exercici per la CA, ni tampoc limitant-l'hi sobre el seu propi dret amb el pretext de la supletorietat» *Compendi de Dret Civil català*. Marcial Pons, Barcelona 1999, p. 61

2. El sistema de fuentes en el artículo 1.3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares

2.1 IDEAS GENERALES

El sistema de fuentes, tal como clásicamente lo conocemos, no se enuncia de forma clara en la Compilación, sin que esto quiera decir que nuestra Compilación no regule un sistema de fuentes. La Compilación balear no nos procura un artículo del tenor del artículo 1.1 Cc, donde, claramente, se ordenan jerárquicamente las fuentes del ordenamiento civil balear, como sistema completo que permita dar cumplimiento al apartado 7 del citado artículo 1 Cc. Falta, en el texto compilado, lo que denominamos una norma que determine la jerarquía normativa de sus fuentes.

La Compilación balear (después de indicarnos en el párrafo 1 del artículo 1 los criterios de aplicación del derecho civil balear, debido a la vigencia de dos ordenamientos jurídicos en un mismo territorio) dice en el párrafo tercero que «en defecto de ley y costumbre del Derecho balear...», se aplicará, supletoriamente, el derecho del Estado⁽²⁰⁾.

2.2 EL ARTÍCULO 1.3 CDCB, ¿ENUNCIA LA JERARQUÍA DE FUENTES DEL DERECHO CIVIL BALEAR?

Es de fácil interpretación la primera parte del párrafo tercero del artículo 1 CDCB al decir «*en defecto de ley y costumbre del Derecho balear se aplicará...*», ya que no dice otra cosa que las fuentes del Derecho civil balear son, y por este orden, la ley y la costumbre.

Si seguimos leyendo el párrafo tercero («...*supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su ordenamiento jurídico*»), podemos deducir que la tercera fuente del ordenamiento civil balear son los principios generales que lo informan. Esta última afirmación merece un comentario más detenido. Si bien no presenta ningún problema la referencia a la ley, no ocurre lo mismo con la costumbre y, especialmente, los principios generales.

2.2.1 *La Ley.*—La referencia a la ley debemos entenderla como a las normas contenidas en la Compilación de Derecho civil de Baleares, y las que, en un futuro, emanen de nuestro Parlamento Autonómico. Como la reciente Ley 18/2001 de Parejas Estables, de 19 de diciembre, («BOE» de 16 de enero de 2002, núm 14)

También tienen la categoría de ley, las costumbres que con la publicación de la Compilación de 1961 se incorporaron como normas escritas, como veremos en el punto siguiente.

2.2.2 *La costumbre.*—Más oscura es la referencia a la costumbre⁽²¹⁾, al atribuirle el artículo 1.3 CDCB la consideración de segunda fuente del Derecho. Vamos a intentar despejar esta situación:

⁽²⁰⁾ Dice Badosa que «la «supletorietat» era conseqüència de l'acceptació pel Cc de la subsistència del sistema de fonts dels Drets «forales»: l'anomenat «su actual régimen jurídico» (artículo 5.º L. Bases i 12.2 Cc der. que la 2.ª ed. va preëisar com «escrito o consuetudinario»). Aquest «règim» era plural i ordenat primer les normes pròpies escrites («sus leyes especiales» artículo 13.2 Cc.) 0 consuetudinàries i, en segon lloc, el Dret aliè «supletori» designat com a tal «por sus leyes especiales». La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les CCAA en Dret civil. Iuris. Quaderns de Política Jurídica 1994, p. 15

⁽²¹⁾ Siendo como es de suma importancia el derecho consuetudinario, don Amadeo de Fuenmayor nos indica el valor de este derecho en las Compilaciones civiles de España, que reproduzco por su claridad: «en relación con este tema, que juzgo de primordial

1) Podríamos entender que las costumbres anteriores a la entrada en vigor de la Compilación de 1961 quedan imposibilitadas de ser llamadas, a falta de ley, como segunda fuente del Derecho, consecuencia de la disposición final 1.^a («*las normas del Derecho Civil Especial Balear escrito o consuetudinario...vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan substituidas por las contenidas en ella*»), porque al quedar substituido el derecho consuetudinario, pasarían a formar parte de la «tradición jurídica balear»⁽²²⁾. Esta disposición final primera pasa a la Compilación de 1990. Es así que su aplicación quedaría reducida al mecanismo de integración mediante la aplicación de la «tradición jurídica balear»⁽²³⁾.

Sin embargo, esta afirmación no es totalmente correcta. Es evidente que, de la dicción de la vigente disposición final primera, se deriva la anterior interpretación, pero también es cierto que debemos interpretar los preceptos atendiendo a sus antecedentes legislativos. Es así que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre Compilación del Derecho Civil de Baleares núm. RE 502/86, («BOPIB» de 27 de marzo de 1986, núm. 59) después de recordarnos que la disposición final primera «*es substancialmente idéntica a la del texto de 1961...*», más adelante nos proporciona un criterio de interpretación al decir «*ha de tenerse en cuenta, además, al interpretar esta Disposición Final, lo dicho al tratar del artículo 1.º; es decir, que la «sustitución» de las antiguas normas escritas o consuetudinarias vigentes a la promulgación de la Compilación de 1961 y, si en su día llegan a convertirse en Ley, de las reformas que ahora se proponen, no implica, en modo alguno, la «derogación» de costumbres integrantes de la tradición jurídica de las islas, singularmente las ya referidas sobre servidumbres, arrendamientos rústicos y aparcerías*».

Este fragmento de la Exposición de Motivos pasa al Proyecto núm. RE 775/87 («BOPIB» de 18 de septiembre de 1987, núm. 2) y, definitivamente, a la EM de la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre Compilación del Derecho Civil de Baleares («BOCAIB» de 17 de julio de 1990, núm. 86).

Además, la citada Exposición de Motivos de la Ley 8/1990⁽²⁴⁾, al justificar el artículo 1 de la Compilación, dice (EM, 8): «*respecto al apartado 3 cabe añadir que recoge en su articulado algunas costumbres convirtiéndolas, por tanto, en preceptos escritos*⁽²⁵⁾, pero que indudablemente existen fuera de su normativa muchas costumbres en Baleares que por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando, por

importancia, pienso que deberán distinguirse cuatro cuestiones particulares: a) la redacción escrita que ha dado el legislador a muchas costumbres locales, convirtiéndolas en norma legal de las Compilaciones; b) la consideración de las costumbres anteriores como elemento interpretativo de las normas de las Compilaciones; c) la referencia expresa a las costumbres todavía no escritas como Derecho vigente; d) la admisión de la costumbre «como fuente originaria de Derecho para lo venidero», (reproduce la expresión de J. Costa). Más adelante desarrolla el primer punto y dice: «todas u cada una de las Compilaciones hasta ahora promulgadas, han procurado incorporar a ellas, como Derecho escrito, buena parte de las costumbres que se estmaron subsistentes, y lo han sido especialmente aquellas que venían siendo modeladas por la albor notarial». *La interpretación comparativa*, cit. pp. 396-397.

⁽²²⁾ Ver epígrafe 2.4.2.3.

⁽²³⁾ Los Derechos forales contienen un importante acervo de normas consuetudinarias, ya advertía Joaquín Costa de la importancia de la costumbre, al tiempo de la codificación, diciendo que «sería incompleto un Código que se desentendiera de las costumbres vigentes al tiempo de su redacción, máxime si desgraciadamente dominara en sus autores la equivocada idea de que no debe admitirse la costumbre como fuente originaria de derecho para lo venidero, y desautorizara por anticipado las evoluciones internas de la legislación causadas por la fuerza creadora del espíritu colectivo». *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*. Madrid, 1883, p. 148.

⁽²⁴⁾ El texto es el mismo que se propuso en la EM de los dos antecitados Proyectos.

⁽²⁵⁾ Son las costumbres que el legislador compilador de 1961 convirtió en Ley, como ya hemos visto.

consiguiente, plenamente vigentes sin que puedan considerarse derogadas por la Disposición Final Primera de esta Ley, en cuanto que forman parte de la tradición jurídica de las islas e integran su Ordenamiento jurídico, siempre que no se opongan a los principios generales del mismo, de acuerdo con este artículo 1 que se está justificando. Entre estas costumbres deben destacarse las referentes a servidumbres —especialmente la de medianería-arrendamientos rústicos y aparcerías; muchas de ellas de continua aplicación por los Tribunales de las islas».

Es así que estas costumbres que, en términos de la Exposición de Motivos, «subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo», formaron el bloque de lo que denominaremos las «antiguas costumbres» que se siguieron practicando, sin solución de continuidad, después de la Compilación de 1961 hasta la vigente Compilación de 1990.

2) La Compilación mantiene, como segunda fuente, las costumbres a las que llama expresamente (a modo de ej. el art. 64.4 *in fine*; 66.5; 86.1), en cuyo caso hay una remisión expresa a la costumbre, con independencia de su ámbito temporal, y tan sólo se tendrá que probar su existencia actual.

También tendrán la consideración de costumbre, fuente del Derecho, aquellas que se hayan formado desde la entrada en vigor de la Compilación, esto es, desde 1961. Es en este grupo que, entiendo, podemos incluir las antes llamadas «*antiguas costumbres*», siempre que se hayan seguido practicando, sin solución de continuidad, desde 1961 y en el momento de alegarlas ante los Tribunales de Justicia pueda probarse su «actual» vigencia⁽²⁶⁾.

Esta interpretación es, seguramente, la más acorde con la realidad y el propio concepto de costumbre, y con la voluntad del compilador⁽²⁷⁾, al disponer en el artículo 2 del Proyecto de Compilación de 1949, que «...ante el silencio o la insuficiencia de éstos (se refiere a sus preceptos), se atenderá supletoriamente a la legislación escrita, sea romana o foral de donde dimanen aquéllas, o al uso y a la costumbre cuando se trate de instituciones consuetudinarias, siendo por tanto obligada la observancia de dichas leyes y costumbres como fuente de derecho supletorio de este Apéndice para todas las materias en él recogidas o mencionadas».

Volviendo a la lectura del párrafo tercero del artículo 1 CDCB, que, como hemos dicho, si bien parece que enuncia un sistema de fuentes del Derecho Civil balear a la imagen

⁽²⁶⁾ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1964 (Repertorio Aranzadi núm. 4494/1964), en su considerando cuarto dice: «para la región mallorquina, tampoco es admisible la pretendida aplicación que se intenta en el recurso, del Derecho romano, especialmente el justinianeo, de una manera global y subsidiaria, ya que a partir de la publicación del Código civil y en virtud de lo establecido en su artículo 13 “este Código empezará a regir en Aragón y en Baleares, al mismo tiempo que en las Provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes” y si antes de dicha publicación del Código Civil, es evidente que aquel Derecho romano se aplicaba en Mallorca como reiteradamente puso de manifiesto la jurisprudencia de esta Sala, especialmente contenida en las SS. de 12 de octubre de 1868, 12 noviembre 1872 y 8 marzo 1879, entre otras, e incluso después de aquella publicación, como se hizo en los fallos de 6 de junio de 1905, 21 diciembre 1921, 28 diciembre 1923 y 8 mayo 1925, ello no podía en modo alguno significar que fuese considerado en su verdadero sentido de Derecho romano o supletorio, sino más bien con el carácter de consuetudinario con que se invoca o aplica, como hecho cierto e indudable, al margen por completo de que concurren o no los requisitos exigidos para su valoración como tal Derecho consuetudinario, porque desde el momento que no constaba la negativa expresa del Soberano, cabía al menos estimar existente su aprobación tácita para su válida admisión como costumbre, que no iría en contra de lo establecido en el artículo 5.º del CC en cuanto no supondría derogación de ninguna ley anterior, sino simplemente, suplencia de las mismas regidas consuetudinariamente y reconocidas por el artículo 13 del propio CC como Derecho típico de Mallorca...». Esta sentencia eleva a la categoría de segunda fuente, el derecho «substituído» (que no derogado, *ex* disposición final 1.ª CDCB), y remarca que no se trata de una norma consuetudinaria *contra legem*. También pone de manifiesto que se trata de una norma «que se invoca o aplica, como hecho cierto e indudable».

⁽²⁷⁾ Lo estudiaremos con más detenimiento al tratar de la integración a la luz de los antecedentes legislativos.

del sistema de fuentes del Código civil (ley, costumbre y principios generales del Derecho), es una afirmación que, cuando menos, resulta oscura, porque la Compilación añade que, a pesar de ello, nos podemos encontrar con un vacío legal, una laguna que impediría a los Tribunales de Justicia dictar sentencia, y es por esto que establece el recurso al Derecho supletorio, recurso propio de los ordenamientos incompletos, que permite acudir a un ordenamiento extraño, como es el Cc., proporcionando la cláusula de cierre, que en el Código civil se encuentra en su propio sistema de fuentes dando entrada a los principios generales del derecho a falta de norma escrita y de costumbre alegada y probada.

Es la *supletoriedad* el recurso utilizado, históricamente, por los derechos civiles territoriales, a causa de su propia insuficiencia, que les permitía acudir, para suplir sus lagunas, a un derecho extraño, en nuestro caso, como en el de Cataluña, el *ius commune*, que era un derecho técnicamente más perfecto.

Ahora bien, esta cláusula de cierre, que permite acudir al Cc como derecho supletorio, para colmar las insuficiencias normativas, no es un mecanismo tan automático como podamos suponer, sino que la propia Compilación, en el párrafo segundo del artículo 1, además de procurarnos un sistema para interpretar la norma aplicable, función que siempre va implícita en la aplicación del derecho, nos proporciona un sistema de autointegración de la norma mediante la tradición jurídica balear, que es un sistema que permite, al aplicador del Derecho, utilizar un mecanismo que podríamos calificar de semejante a la *analogia legis*. Es decir, la integración mediante la tradición jurídica balear no es más que un sistema de aplicar la primera fuente que es la ley, porque este mecanismo permite acudir al derecho histórico que no fue derogado por nuestra Compilación, sino que fue sustituido (*ex disposición final primera*).

2.2.3 *Los principios generales del derecho: su doble función.*—Nos vamos a detener en la averiguación de la función de los principios generales del derecho ⁽²⁸⁾, que quizá sea la cuestión más oscura. Analizaremos si es posible considerar los principios generales del derecho como fuente del Derecho civil balear.

2.2.3.1 *Función de los principios generales como forma de condicionar la aplicación supletoria del Derecho estatal* (art. 1.3 *in fine*).—En la redacción del artículo 1 de la Compilación de 1990 se ha dado entrada a los principios generales que informan nuestro ordenamiento civil, como forma de condicionar la aplicación supletoria del Código civil, desde una doble vertiente: 1.ª, Porque el Cc. nunca puede aplicarse *contra principia* (se aplicará en la medida «*que no se oponga a los principios*») dice el párrafo tercero del artículo 1 CDCB. Es la llamada «función negativa de los principios generales» ⁽²⁹⁾. Esto significaría que hay un principio general, porque si no podemos acudir al derecho supletorio por ser contrario a los principios, es que se constata su existencia, en cuyo caso el juez lo debería aplicar cuando falte ley y no se haya alegado y probado la costumbre, antes que acudir al derecho supletorio, pero por lo que se desprende de la redacción del artículo 1.3 no lo aplica.

Y 2.ª, porque no se dará entrada al Cc., como supletorio, sino después de haber »interpretado e integrado« nuestro derecho civil *secundum principia*», esto es «*tomando en consideración los principios generales que lo informan...*», como dice el párrafo 2 del ar-

⁽²⁸⁾ Voy a razonar esta cuestión siguiendo la tesis del prof. Badosa en «la recent...», pp. 7 y 8.

⁽²⁹⁾ Ver BADOSA COLL, Ferran *La recent jurisprudència...*, p. 7, que dice «però dotats de valor «negatiu» per excloure el Dret supletori.

título 1 CDCB. Son, también, estos principios los que canalizan la «interpretación e integración» de las «leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina de los doctores» que conforman la tradición jurídica balear.

Parece que estamos hablando de una doble función de los principios generales del derecho: 1) función positiva: aplicación por integración *secundum principia*; 2) función negativa: impedir la aplicación del derecho supletorio, *contra principia*. Sin embargo nos movemos en una concreta función: la función de fuente de aplicación del derecho.

¿Qué valor tienen los principios generales en nuestra Compilación? Como dice el prof. Badosa⁽³⁰⁾, los principios generales que se presentan en la disposición final cuarta de la Compilación de Cataluña⁽³¹⁾, son unos principios que «*ni fan ni deixen fer*», porque no tienen valor positivo ya que no sirven para llenar la laguna, pero están dotados de valor negativo al permitir excluir el derecho supletorio, incluso, podríamos añadir, constituyen un elemento que puede impedir la integración de la norma mediante la «*tradición jurídica balear*».

Esta interpretación nos llevaría a la existencia de una laguna imposible de colmar, porque si después de intentar integrar la norma con la tradición jurídica balear (art. 1.2), acudimos al derecho supletorio (artículo 1.3) y resulta que es contrario a los principios, nos impediría aplicarlo y nos conduciría a un vacío normativo irremediable o definitivo⁽³²⁾.

Es evidente que esta solución no puede ser la correcta, porque nuestro derecho constituye un Ordenamiento jurídico⁽³³⁾, (*ex art. 1.3 in fine*)⁽³⁴⁾, y una de las características del ordenamiento jurídico es que es completo.

Es por esto que debemos decir que los principios generales del derecho tienen la función de fuente del derecho en tanto que cubren vacíos normativos, a falta de ley y costumbre, como nos aclara la STSJB de 3 de septiembre de 1998, que en su FJ 2.º dice:»*una tercera cuestión, en esta última hipótesis, sería la de constatar si existe, o no, costumbre o principio informador del Derecho Balear que regular el caso, ya que éstos —la costumbre y los principios informadores baleares— constituyen el Derecho supletorio aplicable en primer lugar (art. 1, apartados segundo y tercero de la Compilación) en defecto de la Ley; mien-*

⁽³⁰⁾ BADOSA, *La recent jurisprudència...*, p. 7.

⁽³¹⁾ Para SALVADOR CODERCH, Pablo, la disposición final cuarta matiza el alcance del artículo 1 CDCC, «al señalar que el Código y leyes generales sólo rigen en las condiciones antedichas, está diciendo a la vez que no lo hacen en otras *ni como* fuente de aplicación directa porque esto lo excluye el artículo 1.1. Comp. en relación con los arts. 9.2 y 26.1 Est.) ni como fuente de aplicación subsidiaria (porque lo excluye la DF 4.ª en relación con el artículo 26.3 Est). *La Compilación...* cit. p. 357.

⁽³²⁾ «La solució de referir-s a principis diferents: manquen els principis «psoiitius», però n'hi d'altres de «negats» tampoc no és satisfactoria perquè faria definitiva la llacuna legal». *La recent jurisprudència...*, p. 7.

⁽³³⁾ Ver COCA PAYERAS, Miguel, *Aproximación a un concepto técnico del ordenamiento civil* Cuadernos de la Facultad de Derecho 1983, núm. 5, pp. 29 y ss., y especialmente p. 39 donde deja apuntado el tema.

Es importante la calificación que hace Badosa de la expresión Ordenamiento jurídico:» ordenamiento jurídico no es una realidad concreta: les «normes» ja existents, sinó una designació o categoría abstracta: les normes en general que puguin qualificar-se com a jurídiques. No és cap normativa preexistent sinó un àmbit de competència. Desde el punt de vista de la competencia orgánica la «norme» no és el pressupòsit o punt de pareça sinó el seu mtjà d'exercici («la legislació codificada») en grau de «preparación». *La recent jurisprudència...* cit. p. 5.

⁽³⁴⁾ En efecto, si tomamos, además del citado artículo 1.3 CDCB, como referencia el artículo 1 del CC. donde se recoge, por vez primera los términos de Ordenamiento jurídico, refiriéndose al ámbito civil, lo podemos calificar como un sistema de normas vigentes, por tanto aplicables, en un determinado territorio, que tiene como notas consubstanciales las de completud, unicidad y creatividad, siguiendo a BADOSA COLL, Ferran, *L'àmbit del dret civil català*, en *Materials de les Segones Jornades de Dret Català a Tossa*, 1982., pp. 17 y ss. y en p. 29 que dice:» no hi ha dubte que forma part de l'Ordenament jurídic espanyol a partir de la consideració de l'Estatut com a «norma institucional bàsica» (art. 1,1 Est. que recull l'article 147.1 Const.) integrada en l' «Ordenament jurídic de l'Estat» (art. 147,1 Const.) el que comporta que tal integració s'exten a tot el Dret derivat de l'Estatut».

tras que el Código Civil –es necesario destacarlo– está relegado al último lugar, como Derecho supletorio (según resulta claramente del recién citado artículo 1 de la Compilación)».

Una correcta lectura parece indicarnos, por un lado, que el artículo 1.2 de la Compilación integra las fuentes ley y costumbre con los principios generales informadores, y por otro, el párrafo tercero del artículo 1 nos dice que los principios generales propios se aplican a falta de ley o costumbre, con dos requisitos: 1) que sean principios generales «propios» (también denominados «informadores», «peculiares»), y 2) que sean contrarios al derecho supletorio que se pretende aplicar, *ex* artículo 1.3.

Esto parece significar que no son fuente del derecho civil balear los principios generales, que no sean «propios», sino que, como su nombre indica, son generales: por ej. los constitucionales. Esto implicaría que a falta de ley y costumbre y de principio general «propio» contrario al Código civil, se debería aplicar el Código civil, antes que acudir a un principio general no propio, porque éste, el principio general no propio se aplica, según el artículo 1 Código civil, a falta de ley y costumbre alegada y probada, es decir, de acuerdo con su jerarquía normativa.

2.2.3.2 *La atribución, a los principios generales, de una segunda función: ser límite de la competencia legislativa.*—Averiguaremos esta apariencia de atribución de una segunda función, a los principios generales, de limitación a la competencia legislativa, que en todo caso se trata de una desviación de su propia función.

A los principios generales se le ha atribuido una función dentro del ámbito legislativo⁽³⁵⁾, que se enmarca en el artículo 149.1.8 CE.

En una ponencia, cuyo título era el «Artículo 149.1.8 de la Constitución» que se presentó en el Congreso de Jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución, en Zaragoza en 1981, decía en la conclusión segunda que los derechos civiles territoriales eran una legislación «informada por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración» y añadían que «hasta donde lleguen estos principios informadores llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas»⁽³⁶⁾.

Esta función legislativa no deja de tener sus problemas y más si le añadimos la doctrina del Tribunal constitucional, en el tercer párrafo del FJ 3.º, de la STC 88/1993 de 12 de marzo, que dice: «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».

Aunque el TC no lo diga expresamente, a los principios generales se les otorgaría una función de límite legislativo, con toda la problemática que puede suponer concretar cuáles son estos principios informadores que tienen el calificativo de «peculiares»⁽³⁷⁾, según apun-

⁽³⁵⁾ Siguiendo a BADOSA COLL, Ferran, que indica como los principios generales se han llevado al ámbito de la legislación. Y los problemas de la función legislativa de los principios que «deriven de la seva pròpia indefinició i del requisit de la «peculiaritat» que els afegeix el TC». *La recent jurisprudència...*, cit. p. 7.

⁽³⁶⁾ BADOSA COLL, Ferran, *La recent...* cit. p. 7.

⁽³⁷⁾ Apunta Badosa, que los principios son «indefinidos» y añade que «el legislador, tant estatal com català, quan ho ha fet els ha exposat amb tanta generalitat que són tècnicament inutilitzables» y pone de ejemplo, la EM de la L.3/1973 «de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil», donde se dice el «expreso reconocimiento de algunos principios generales, cuales el de la buena fe, el de la prohibición del abuso de derecho y el de la sanción del fraude a la Ley» Añade que el panorama es semejan-

ta el propio TC, porque podrá ser peculiar una determinada institución, por ej. la *diffinitio*, pero en los principios, generalmente, encontraremos una raíz uniforme, pensemos en los constitucionales⁽³⁸⁾ y los romanistas; esta interpretación nos conduciría a impedir cualquier «desarrollo» de nuestro ordenamiento.

2.3 LA FUENTES DE APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL BALEAR. EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1 CDCB. EL CRITERIO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS: APLICACIÓN DIRECTA; APLICACIÓN PREFERENTE Y APLICACIÓN SUPLETORIA; APLICACIÓN POR REMISIÓN

Al estudiar la vigencia y aplicabilidad de las normas, hemos dicho que el problema de concurrencia de vigencias de normas no compatibles desemboca en una colisión que se produce entre los diversos ordenamientos jurídicos donde están integradas las normas, y esto nos conduce a buscar la solución de su aplicación por medio de criterios de solución de conflictos de normas.

Esta situación no es otra que la que nos ofrece el artículo 1 CDCB, en sus párrafos 1 y 3, en cuanto a las fuentes de aplicación del Derecho civil balear.

En efecto, el artículo 1, en su primer párrafo, no es un artículo que enumera las fuentes del derecho civil balear, sino que se preocupa de organizar los criterios de solución de aplicaciones de las normas debido a la concurrencia de vigencia de distintos ordenamientos civiles en un mismo territorio⁽³⁹⁾, es por esto que estamos ante las fuentes de aplicación de las normas.

Es así que en este contexto de las fuentes de aplicación del Derecho debemos determinar los criterios de solución que nos procura la propia Compilación.

La Compilación de Derecho civil de Baleares, exclusivamente vigente en nuestra Comunidad Autónoma, al concurrir con el Código civil, también vigente en Baleares, arbitra unos criterios para los conflictos de aplicaciones. «Es la dualidad *aplicabilidad inmediata* para el Derecho que tiene el territorio como ámbito exclusivo de vigencia, *aplicabilidad «supletoria»* o *«defectiva»* («regirá el código civil como supletorio, en defecto») para el Derecho vigente en todo el territorio del Estado»⁽⁴⁰⁾.

Vamos a estudiar las reglas que nos proporciona la Compilación en cuanto a las fuentes de aplicación.

En la Compilación de 1961⁽⁴¹⁾ podíamos encontrar tres conceptos de aplicación de las normas: 1) aplicación «directa» del Código civil; 2) aplicación «preferente» de la Compi-

te en el Derecho civil catalán, en el «Préamb. De la L. 13/1984 parla dels «principis de moderació beniginitat i humanitat que han caracteritzat, amb un calr sentit ètic i progressiu, el Dret català». *La recent...* cit. p. 7 y 8.

⁽³⁸⁾ SALVADOR CODERCH, Pablo, siguiendo a Enterría, dice que «Los principios que informen a ambas normativas, la autonómica y la estatal pueden ser diferentes aunque encuentren un ámbito de coincidencia en la Constitución». *La Compilación...* cit. p. 361 y nota 68.

⁽³⁹⁾ BADOSA COLL indica que debido a que el Derecho catalán sólo es vigente en Cataluña en tanto que el Derecho estatal también es vigente en Cataluña, «esta concurrencia de vigencias referida a la «cualidad» de «aplicabilidad» de las normas se traduce en un conflicto de aplicaciones cuando se presenta el «hecho» de la aplicación efectiva al caso. Dicho conflicto se ha regulado mediante la generalización a todo el Derecho autonómico y estatal (CE149.3) del sistema originariamente pensado para los respectivos Derechos Civiles (CC 12.2 originario y 13.2 vigente)» *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, cit. Pág.289

⁽⁴⁰⁾ BADOSA utiliza el término «aplicación inmediata» porque «dicha expresión se refiere al Derecho excluyentemente vigente en un territorio, no al Derecho vigente «en primer lugar», que comporta su compatibilidad con la vigencia de otros Derechos». *Comentarios sobre el Estatuto...* cit. p. 290.

⁽⁴¹⁾ También los podemos encontrar en el Código Civil, así los conceptos 1) y 2) los encontramos en el artículo 12 originario y en el artículo 13 vigente.

lación y «supletoria» del Cc.; y 3) aplicación por «remisión» del Código civil, cuya materia, regulada por el mecanismo de la «remisión», tiene la consideración de derecho balear, aún siendo la regulación de la norma del Código civil, porque no estamos ante un supuesto de laguna normativa. Además en nuestro caso, el mecanismo de la remisión se complica con la aplicación por «remisión» de Libro a Libro, como consecuencia de la estructura de la Compilación, estructura que sigue manteniendo la reformada de 1990.

2.3.1 *La «aplicación directa-obligatoria» del Código civil.*—Cuando hablamos de aplicación «directa» significa que sobre esta materia existe un solo derecho vigente en todo el territorio español y que en su regulación tiene competencia el Estado, exclusivamente.

El concepto de la aplicación directa, a la publicación de la Compilación de 1961 (que en el párrafo quinto de la Exposición de Motivos ⁽⁴²⁾ llama «*derecho en primer grado*»), lo tenemos que encontrar en el originario artículo 12 Cc. «*Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias, en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del tit.4.º, libro 1.º*». Así el originario artículo 12.1 Cc llamaba de aplicación «*obligatoria*», término que toma del artículo 5 de la Ley de Bases de 1888. La actual redacción del Cc (modificado el Título Preliminar por Ley 3/1973, de 17 de marzo. Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil. Y Decreto 1836/1974, de 31 de mayo) denomina «*aplicación general y directa*» (art. 13 Cc).

La aplicación «obligatoria» del Cc. implicaba e implica una aplicación imposible de eludir. Se trataba de una aplicación «en todo caso».

Sobre la materia de aplicación obligatoria sólo existe un Derecho vigente, que no es el de Baleares, sino el Código civil. Significa que es el Estado el competente para legislar (era el único a la publicación de la Compilación), y es el Derecho del Estado (el Código civil) el único vigente y por ello, el único aplicable.

La reforma de la Compilación balear de 1990 se enmarca en una nueva situación, cuyos puntos de referencia son: La modificación del Título Preliminar del Cc. 1974, con la nueva redacción del artículo 13 Cc que dice: «*aplicación general y directa*» (es la derogada «*aplicación obligatoria*») y, muy especialmente, la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Es esta situación que se plasma en la nueva redacción de su artículo 1.1. (que copia los términos del art. 13 Cc «*aplicación directa y general*») y tiene que leerse según dispone el artículo 149.1.8 CE.

2.3.2 *El concepto de «aplicación preferente» del derecho civil balear y supletoria del Cc.*—La CDCEB 1961 dispone en el derogado primer párrafo del artículo 2 que «*de conformidad con lo establecido en el Código Civil, las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal*». Significa que las normas de derecho civil balear se aplicarán prioritariamente en Baleares, desplazando la aplicación del derecho estatal.

Es este el sentido de los párrafos 7, 8 y 9 de la Exposición de Motivos de la CDCEB 1961, especialmente el párrafo 8, cuando dice que se han incorporado a la Compilación las fuen-

⁽⁴²⁾ En el párrafo quinto de la Exposición de Motivos de la CDCEB de 1961, se lee que «la Compilación implica, por definición, la caducidad de los derechos supletorios regionales... (y añade *in fine*), pues las materias que carezcan en él de precepto aplicable entrarán en la órbita del Código civil vigente como derecho de primer grado». Le llama «derecho en primer grado».

tes romanas vigentes en las Islas y añade «introduciendo en éstas los desarrollos técnicos necesarios para cerrar así, en lo posible, aquellas lagunas que, de otro modo, habrían de ser colmadas con la aplicación directa de las normas del Código».

El vigente artículo 1.1 CDCB establece la preferencia del Derecho Civil de las Islas Baleares «al Código Civil y demás leyes estatales, de conformidad⁽⁴³⁾ con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía⁽⁴⁴⁾, sin perjuicio de las normas de carácter civil que, según la propia Constitución, sean de aplicación directa y general». Es así que el artículo 50.1 del Estatuto de Autonomía determina «en matèries de competència exclusiva de la comunitat autònoma, el dret propi de les illes Balears és aplicable dins el seu territori preferentment a qualsevol altre, segons els termes prevists en aquest Estatut».

La idea complementaria de la relación de preferencia es la supletoriedad. La relación de preferencia significa desplazamiento de un ordenamiento, el que no se aplica, pero no pérdida de vigencia, puesto que la pérdida de vigencia es un efecto de la derogación, pero no de la preferencia.

La supletoriedad significa que el ordenamiento sobre el que se debe actuar supletoriamente no es completo. Por ello, en los supuestos de laguna o vacíos normativos se acude a otro derecho para completarlo. Es la manera que tenían los derechos civiles territoriales para completarse acudiendo al derecho supletorio (en nuestro caso era el *ius commune*, porque no podían autointegrarse).

Publicado el Código civil, y posteriormente las Compilaciones, las insuficiencias y lagunas de los derechos civiles territoriales se completarán con el Código civil, si bien una vez agotados todos los mecanismos que proporciona la Compilación para la autointegración (art. 1.2 CDCB). Es así que el párrafo 3 del artículo 1 CDCB establece la aplicación supletoria del Código civil.

La regulación del artículo 1.1 de la vigente Compilación balear, como la del artículo 1.1. de la Compilación catalana en opinión de Badosa⁽⁴⁵⁾, es errónea, porque se preocu-

⁽⁴³⁾ Me remito a SALVADOR CODERCH, Pablo, que hace dos posibles lecturas del término «De conformidad...» *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*. Barcelona 1985, pp. 323-325.

⁽⁴⁴⁾ Para la comprensión de estos términos me remito a Badosa Coll que, por otra parte, no comparte los sentidos de la expresión «De conformidad...» que da SALVADOR, en *Comentarios sobre el EAC...* cit., pág. 290 y concretamente cuando dice «la cláusula «De conformidad con lo que establecen la Constitución y el Estatuto de autonomía...», la «preferencia» de la CDCC 1.1 se da sólo entre normas civiles; por tanto la «conformidad» continúa siendo con el Cc 13.2 (como decía la primitiva redacción de CDCC 1.1 refiriéndose a CC 12 derogado)».

⁽⁴⁵⁾ Siguiendo al profesor BADOSA transcribo toda la argumentación «l'errònia redacció de l'article 1 Comp. (tant vell com nou) que contempla la Compilació com a llei civil «preferent», a Catalunya, en relació al Codi civil (si altres disposicions generals)». Es a dir, que atribueix al Codi civil «vigència» a Catalunya, esmenant l'originari article 13.2 Cc. que correctament, distingia entre la «vigència» que a Catalunya només corresponia al Dret Català (amb els seus supletoris) i l'«aplicabilitat» a Catalunya del Codi civil, que d'aquesta manera quedava com a supletori del Dret Català. Com ja he assenyalat altres cops, l'article 1 Comp. ve a considerar al Dret Català com a «excepcional» del Codi civil. *Comentaris a les Reformes del dret Civil de Catalunya*. Volum I. Barcelona 1987. p. 352.

En otro trabajo dice: «a partir de, como mínimo, esta dualidad de vigencias, la de cuyo derecho se habla y la de aquel respecto del cual es preferente, se pueden hacer las observaciones siguientes a la CDCC 1.1. en primer lugar, que tratándose de una norma básica sólo tendría que contemplar la vigencia de las normas que encabeza, no la de las normas ajenas, que atañe a éstas (CE 149.3; CC 13.2 «En lo demás, y con pleno respeto... regirá el Código Civil»). En segundo lugar, no es cierta, por excesiva, la cláusula «De conformidad con lo que establecen la Constitución y el Estatuto de Autonomía...»; la «preferencia» de la CDCC 1.1. se sólo entre normas civiles; por lo tanto, la «conformidad» continúa siendo con el CC 13.2 (como decía la primitiva redacción de CDCC 1.1 refiriéndose a CC 12 derogado). En tercer lugar, porque la «preferencia», al presuponer la dualidad de las normas vigentes, es signo de Derecho «especial», ya sea por razón de la materia (CDCC 296;319), o del territorio...» *Comentarios sobre EAC...* cit. p. 290

Esta situación que proviene de considerar la «superioridad» del llamado derecho «común», respecto del derecho de aplicación «inmediata» o preferente. Así BADOSA, en un reciente trabajo, respecto al citado artículo 1.1 CDCB y del artículo 1.1. de la Com-

pa más de asegurar la vigencia (a través de la supletoriedad) del Código civil que del propio Derecho Balear. Los artículos antes citados de ambas Compilaciones, tendrían que preocuparse, exclusivamente, de regular su derecho propio y olvidarse de un derecho ajeno.

2.3.3 Concepto de aplicación por remisión.—La CDCEB de 1961 llama al Código Civil «por remisión» en múltiples artículos⁽⁴⁶⁾, así como en el seno de la propia Compilación lo hace ésta, también, de Libro a Libro (vgr. Art. 65 CDCB). En el párrafo 16 de la Exposición de Motivos CDCEB 1961 leemos los siguientes términos: «*Se da definitivo estado de derecho a la aplicación del Código Civil en materia de sucesión abintestato*».

Estas remisiones al Código Civil que hacía la originaria Compilación balear de 1961, persisten en la vigente Compilación (pensemos en los arts. 24,2; 54,2; 55,1; 70). Además, la remisión es una técnica legislativa (y no hay que olvidar que estos llamamientos por «remisión» se hacen, por la vigente Compilación de 1990, de manera estática, es decir, al contenido normativo vigente al tiempo de la promulgación de la Compilación, *ex* disposición final segunda).

En efecto, no podemos confundir la técnica de la «remisión» o «llamamiento» de una norma, con la determinación de la norma aplicable en los supuestos de conflicto interregional por razón de la ley personal. En este caso no hay incorporación de la norma llamada para resolver el litigio de acuerdo con su ley personal, sino que su interpretación y aplicación se llevará a cabo con pleno respeto de los principios que informan el ordenamiento jurídico del que forma parte la norma llamada.

Por el contrario, por la «remisión» hay «incorporación» mediante la cual el legislador autonómico, siempre en el marco de sus competencias (arts. 149.1.8 CE y 10.23 EAIB), legisla con esta técnica, que consiste «no [estableciendo] una regulación nueva sino que acepta, integra o recibe el contenido de una o varias normas estatales vigentes [o incluso derogadas]»⁽⁴⁷⁾.

Como tampoco podemos confundir la técnica de la «remisión» con la «supletoriedad».

— En la «remisión», la norma, que se baleariza por su incorporación, lo es en su redacción al tiempo de la entrada en vigor de la Compilación (*ex* disposición final segunda CDCB). Por el contrario, el Cc entra como derecho supletorio en la redacción actual, la que tiene en el momento de utilizar el mecanismo de la supletoriedad.

Otras son las diferencias que podemos apuntar entre «remisión» y «supletoriedad»:

1) Como técnica legislativa, entiendo que el legislador autonómico sólo puede utilizarla respecto de normas vigentes al tiempo de establecer el mecanismo de la remisión. Esto supone que la norma ha sido publicada, ha entrado en vigor y no ha sido derogada⁽⁴⁸⁾. Si

pilación catalana, argumenta que estos artículos se han ocupado más de indicar la «aplicabilitat del Codi civil i les lleis «generals» «vinculant-la» a la Compilació. Pero, sobre tot, han presentat la respectiva Compilació com a Dret «excepcional» envers el Codi civil, és a dir, com un «límit» a l'aplicabilitat d'aquest en establir la seva aplicació «preferent». *La recent jurisprudència constitucional sobre les competencies de les CCAA en Dret Civil*. Cit. p. 10.

⁽⁴⁶⁾ Es suficiente citar los llamamientos de los artículos, 5: 24.2; 51; 54.2; 55; 63.3; 67; 70.2.

Hoy, Comp. 1990: 24.2; 53; 54,2; 55,1; 70.

⁽⁴⁷⁾ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. I Cívitas, Madrid, 1982, p. 416. También consultar *Las potestades legislativas de las Comunidades autónomas*. 2.ª ed. Madrid 1981, pp. 98 y ss.

⁽⁴⁸⁾ En este sentido MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas...*, cit., p. 92.

bien a la hora de actuar la «remisión», la norma puede ser vigente o derogada (*ex* disposición final segunda CDCB).

La supletoriedad al no ser una técnica legislativa, no es competencia del legislador, sino del aplicador del Derecho. Es el juez que utilizará o excluirá, la aplicación de la norma supletoria y siempre se actuará sobre las normas vigentes.

2) Sólo se pueden incorporar por remisión normas de otro ordenamiento jurídico vigente en el territorio donde se incorpora. Esto acota la remisión al Cc e impide la remisión a otros ordenamientos civiles territoriales.

Por la supletoriedad no se incorporan [las normas] sino que el mecanismo consiste en la aplicación de normas de otro ordenamiento, que también debe ser vigente en el territorio donde se aplica.

3) La remisión debe realizarse de manera estática, porque de lo contrario se incorporaría una norma incierta y con este mecanismo «baleariza» las normas que incorpora por la remisión. En cambio la supletoriedad llama a la norma actualmente vigente.

4) En uno y otro caso, su interpretación y aplicación se hará dentro del marco de los principios que informan el derecho civil balear.

El legislador autonómico puede ejercer la competencia que le otorga la Constitución y el Estatuto de Autonomía, a fin de llenar las insuficiencias de nuestra Compilación, legislando sobre materia no regulada, siempre que esté dentro del ámbito de su competencia. Sin embargo, el legislador autonómico también puede actuar la competencia por medio de otra técnica, la «remisión» a las normas estatales a las que llama e incorpora. Con este mecanismo «baleariza»⁽⁴⁹⁾ las instituciones que incorpora por la remisión. Tan es así que no permite ninguna modificación al legislador estatal, ya que el llamamiento, incorporando la norma, es a la redacción del momento en que se dictó la norma que llama a la incorporación. Estos son los términos de la Disposición Final segunda de la CDCB «las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley».

Esto viene a colación porque la utilización de la técnica de la «remisión» no significa que el legislador autonómico renuncie a legislar sobre la materia que incorpora⁽⁵⁰⁾, sino que es una forma de ejercicio de la potestad de legislar⁽⁵¹⁾, y en cualquier momento puede legislar sobre esta materia, ya sea regulándola, desarrollándola, derogando la norma de remisión etc., como puede hacerlo en cualquier otra materia de su competencia «conservando, modificando o desarrollando» tal materia.

⁽⁴⁹⁾ Para BADOSA COLL, Ferran, en el Estado Autonómico «la «catalanitat del dret procedeix no sols del se àmbit de vigència sinó de la competència normativa de la Generalitat (art. 7.1, un cop tot el *dret civil català* ha esta recollit en lleis catalanes; art. 9.2 i 26.1 EAC). Amés aquesta competència no es atorgada sino presuposada per la CE (art. 149.1.8 «*sin perjuicio*». *Compendi...* cit., p. 72.

⁽⁵⁰⁾ Ver SALVADOR CODERCH, Pablo, *La Compilación...* cit., pp. 348 y ss., donde expone las distintas posiciones doctrinales respecto al «alcance normativo de la incorporación».

⁽⁵¹⁾ MUÑOZ MACHADO, S., dice, «cuestión distinta es que la Comunidad Autónoma utilice la técnica de la remisión o reenvío a la ley estatal (a una ley estatal concreta y determinada o a algunos preceptos de ella) para regular una materia. Existiría en este caso un efectivo ejercicio de la potestad legislativa que la Comunidad tiene atribuida, concretada estrictamente a la operación de reenvío; si esto ocurre, la ley estatal quedaría fijada e incorporada al ordenamiento regional como derecho propio, de lo que resultaría que el ulterior uso de sus potestades legislativas por el Estado para modificar su ley no pueda alterar el Derecho de la Comunidad Autónoma en el que dicha norma seguirá considerándose vigente. Todo ello, desde luego, si la norma de remisión de la Comunidad Autónoma no ha contemplado este supuesto de sustitución de normas y aceptado la aplicación del Derecho estatal vigente en cada momento». *Las potestades legislativas de las Comunidades autónomas*, Madrid, 1979, p. 92.

2.4. EL SISTEMA DE COLMAR LAS INSUFICIENCIAS NORMATIVAS. EL CRITERIO DE LA AUTOINTEGRACIÓN (art. 1.2 CDCB). LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL (art. 1.3 CDCB)

2.4.1. *El sistema de colmar las insuficiencias normativas. La constatación de la insuficiencia.*—El sistema que adoptó el originario Cc. para colmar las insuficiencias normativas de los *iura propria*, que eran derechos calificados de fragmentarios e imperfectos fue el mecanismo de la supletoriedad, si bien, todos recordamos que esta solución codificada perseguía extender la vigencia del Código civil (Derecho de Castilla) a todo el territorio nacional (a territorios con derecho civil propio).

La solución competencial que deriva de la Constitución de 1978, implica un nuevo contenido a la supletoriedad, porque, recurrir al mecanismo de la supletoriedad dependerá de la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos competentes en la legislación de su propio derecho civil («*allí donde existan*»).

La aplicación supletoria del derecho estatal, en los supuestos de insuficiencia normativa, viene regulada en la Constitución de 1978. El artículo 149.3⁽⁵²⁾ dice que «*el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*». Este artículo 149.3 CE es la constitucionalización del artículo 13.2 Cc. Además, la Disposición Transitoria cuarta EAIB dispone en su primer párrafo: «*las leyes del Estado relativas a materias transferidas a la Comunidad Autónoma seguirán en vigencia mientras el Parlamento no apruebe una normativa propia. Corresponderá al gobierno de la Comunidad o, en su caso, a los Consejos insulares, la aplicación de aquéllas*».

En la actual situación, ¿cuál es la razón de dar entrada al derecho estatal como derecho supletorio?, ¿tiene razón de ser pretender el mantenimiento de la vigencia del Código civil en el ámbito estatal, como se pretendió al tiempo de la codificación, mediante la supletoriedad⁽⁵³⁾?

Es evidente que la supletoriedad es el mecanismo para colmar las insuficiencias del derecho de aplicación preferente o «inmediata». El fundamento de la supletoriedad es la insuficiencia, no el conflicto de normas⁽⁵⁴⁾.

Ante la imposibilidad de poder colmar la insuficiencia entra la aplicación defectiva del derecho llamado a suplirla.

Esta actuación no es automática, sino que requiere una previa labor de constatación de la insuficiencia⁽⁵⁵⁾ y la necesidad de cubrir la insuficiencia, no fuera a tratarse de un supuesto de hecho que el legislador autonómico no quiere regular.

⁽⁵²⁾ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, dice que «el contenido del artículo 149.3 de la Constitución podría y debería haber sido objeto de un precepto independiente, puesto que su relación con el resto del articulado es meramente ocasional». *La materia civil desde el punto de vista competencial: algunas precisiones*. RJC 1983, p. 186.

⁽⁵³⁾ BADOSA COLL, Ferran, dice que la cualidad que se atribuyó al Cc. de derecho común, le fue «atribuida ex novo ja que no la tenia el Dret civil que substituïa que nomès era «el Derecho civil llamado de Castilla» (la Base 27 i l'artículo 1976 «llamado derecho civil...» segons la 1.ª ed. Cc.). Además «no li va ésser atorgada directament per l'artículo 5.º L. Bases de 11-V-1888 (i artículo 12.2 der.) sinò indirectament. El mitjà fou la supletorietat envers els Drets de vigència territorial limitada «que regirà tan solo como supletorio...». Era una supletorietat «segona» («...en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales») i, per tant, inútil des del punt de vista de l'aplicació efectiva». *La recent jurisprudència...* cit. p. 15. Esta situación no fue la de Baleares, que, como consecuencia del artículo 7 LB 1888 y artículo 13 Cc der., no se le conservó su propio derecho supletorio.

⁽⁵⁴⁾ BADOSA COLL, Ferran, *La recent jurisprudència...* cit. p. 15.

⁽⁵⁵⁾ BADOSA COLL, Ferran, (copiar pág. 10)???? *La recent jurisprudència...* cit. p. 10.

El derecho estatal suple «*en todo caso*» (art. 149.3 CE) las insuficiencias que el Parlamento autonómico no haya procedido a colmar, siempre que no se trate de un vacío legal voluntario, y por supuesto con los límites tradicionales que no suponga ir contra los principios que informan el ordenamiento autonómico. Es el valor negativo que se da a los principios generales para excluir la aplicación supletoria del Derecho del Estado.

Esto nos llevará a estudiar:

- cuándo se produce una laguna legal que requiere de la aplicación supletoria del Código civil,

- o si por el contrario se trata de un vacío legal ⁽⁵⁶⁾ porque el legislador autonómico no quiere tomar en consideración el supuesto de hecho, para atribuirle una consecuencia jurídica, en cuyo caso no requerirá la aplicación supletoria.

No podemos llamar al derecho estatal cuando exista un vacío querido por el legislador autonómico, por tratarse de materia extraña a su derecho civil propio, sino que sólo actuará en los supuestos de lagunas legales.

La actual situación supone la crisis del mecanismo de la supletoriedad, o puede suponerla, ya que la imposibilidad de colmar las insuficiencias dependerá de la actividad legislativa autonómica.

Veamos los mecanismos para suplir las insuficiencias normativas: la autointegración (art. 1.2) y la heterointegración mediante la supletoriedad del Cc. (art. 1.3 CDCB, arts. 149.3 CE y 13.2 Cc).

2.4.2 *El criterio de la autointegración (art. 1.2 CDCB) como mecanismo de suplir las insuficiencias normativas.*

2.4.2.1 *La integración mediante la tradición jurídica balear.*—La situación de insuficiencia normativa para resolver el litigio, encuentra su solución, en primer lugar, en el propio sistema jurídico de la Compilación. Antes de declarar que existe una laguna y acudir a la aplicación supletoria del Cc, es preceptivo acudir al criterio de autointegración, porque el párrafo 2.º del artículo 1 CDCB nos procura un sistema de integración de la norma mediante la tradición jurídica balear, que es un sistema que permite al aplicador del derecho encontrar la solución dentro del propio sistema jurídico, esto es dentro de sus fuentes, antes que acudir al mecanismo externo que es la aplicación supletoria de otro derecho.

Hemos calificado el mecanismo de la autointegración como un sistema semejante a la *analogía legis*, porque es un mecanismo que consiste en aplicar la primera fuente, que es la ley, y también la costumbre acudiendo al derecho histórico que no fue derogado por nuestra Compilación, sino sustituido (*ex* disposición final primera).

Este mecanismo de la integración se circunscribe a las instituciones reguladas en la Compilación que, ante la posible regulación parcial, permite completar la regulación a efectos de su aplicación, mediante lo que constituye la tradición jurídica balear. En consecuencia no podemos integrar la Compilación, mediante la tradición jurídica balear, en aquellas instituciones no reguladas en la Compilación.

⁽⁵⁶⁾ Ver mi trabajo en la RCDI (mayo junio 2001) La problemática de la aplicabilidad del artículo 1320 del Código civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la Sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSJB).

2.4.2.2 *El mecanismo de la integración a la luz de los antecedentes legislativos.*—Esta afirmación, que hemos hecho anteriormente, podemos fundamentarla, en primer lugar, en una breve referencia a los antecedentes legislativos:

El artículo 2, del Proyecto de Apéndice aprobado el 22 de febrero de 1949 que toma como base los Proyectos de 1903 y 1920, alude a las fuentes del Derecho balear y queda redactado del siguiente tenor: *»Las instituciones, especialidades y singularidades forales o territoriales recogidas en el presente Apéndice se regirán directa y principalmente por sus preceptos, pero ante el silencio o la insuficiencia de éstos, se atenderá supletoriamente a la legislación escrita, sea romana o foral de donde dimanen aquéllas, o al uso y a la costumbre cuando se trate de instituciones consuetudinarias, siendo por tanto obligada la observancia de dichas leyes y costumbres como fuente de derecho supletorio de este Apéndice para todas las materias en él recogidas o mencionadas».*

En el Informe justificativo del artículo 2 del citado Proyecto podemos leer: *»se atiende a la solución del problema de la insuficiencia o de las lagunas de los preceptos del Derecho Foral, las cuales han de llenarse, a nuestro juicio, con sustancia dimanada de las mismas fuentes de donde aquéllos proceden y no de otras extrañas, por estimadas que sean».*

Cuando se propone la redacción del artículo 2 del Proyecto de 1949, y especialmente los términos *«siendo por tanto obligada la observancia de dichas leyes y costumbres como fuente de derecho supletorio»*, todavía no se había procedido a la modificación de los artículos 12 y 13 del Código civil, y el originario artículo 13 aplicaba a Baleares el Código civil salvo *contra principia*. Sin embargo la entrada al derecho supletorio propio, marginando el Código civil, se producía sólo en todas aquellas materias *«recogidas o mencionadas»* en la Compilación, y no en las *«no previstas»*, como veremos en la disposición final 2.^a de la Compilación de 1961.

Esto significa que este artículo 2 está regulando la autointegración, y no la supletoriedad mediante propio derecho supletorio en detrimento del Cc, porque llama al derecho histórico para integrar y no para suplir.

En el *Proyecto de trabajo por la Sección especial de la Comisión general de codificación* ⁽⁵⁷⁾, podemos leer: *«una tendencia armonizadora de los derechos nacionales en el seno de la Comisión general de codificación, se orienta hacia la supresión de todo derecho supletorio subsidiario de las legislaciones forales, que no sea el propio Código civil, que entrará a regir como derecho aplicable en primer grado en defecto del literalmente expresado en las Compilaciones, tanto para suplir instituciones no reguladas, como para llenar lagunas que ofrezcan las que fueren objeto de regulación, con lo que se pone de manifiesto la perentoria necesidad que surge de integrar cuidadosamente en nuestra Compilación todas las instituciones que deban sobrevivir y de configurarlas con los rasgos completos que las caracterizan».*

La Comisión llega a esta afirmación después de decir que *«es el derecho justinianeo derecho escrito de Baleares, aplicable directamente y en primer grado, si bien por vía consuetudinaria, en la totalidad de las disposiciones que completan el ámbito institucional de la sucesión hereditaria y del régimen conyugal»* ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ La transcripción de este texto lo podemos ver en ZAFORTEZA DE CORRAL, *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, documentos y actas*. Publicacions UIB. Palma 1992, p. 109.

⁽⁵⁸⁾ ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, en *La Compilación...*, cit. p 109.

Es así que se califica, por los miembros de la Comisión, al derecho supletorio propio de derecho «*aplicable directamente y en primer grado*».

En la Exposición de Motivos de la Compilación de 1961 se dice: «*La Compilación implica por definición, la caducidad de los derechos supletorios regionales, que pasan a fundirse con las fuentes del derecho principal, con el mismo rango que éstas, en un cuerpo escrito de aplicación directa y primaria, que ha de contener, taxativa y exhaustivamente, en todo lo que sea el derecho peculiar de cada región, pues, las materias que carezcan en él de precepto aplicable, entrarán en la órbita del Código civil, vigente como derecho de primer grado*».

También hay que precisar el significado de los términos «*pasan a fundirse con las fuentes en un cuerpo escrito de aplicación directa y primaria*», términos sinónimos a «integrarse» en las fuentes de aplicación «*directa y primaria*», es decir de aplicación preferente, porque de no ser así, dice la EM que las materias que carezcan de precepto aplicable, se debe entender que se refiere a las instituciones no reguladas en la Compilación, entrarán en «*la órbita del Código civil*».

2.4.2.3 *La iuris continuatio, ex Disp. Final 1.a CDCEB 1961 y CDCB 1990.*—La Disposición Final Primera de la Compilación de 1961 decía: «*Las normas del Derecho Especial Balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella*».

Los juristas de la Comisión compiladora, siguiendo la tendencia catalana⁽⁵⁹⁾, seguramente no estaban dispuestos a admitir la derogación de nuestro derecho histórico, como derecho supletorio. Es así que la citada Disposición Final primera de la Compilación de 1961 decía que el derecho histórico «*queda sustituido*» por la Compilación. Los compiladores no quisieron derogar el derecho histórico, como ocurrió con el artículo 1976 del Cc, sino que se propone la *iuris continuatio* mediante la sustitución. Esta disposición final primera sigue vigente en el texto refundido de nuestra Compilación de 1990.

La otra disposición a tener presente es el párrafo segundo del artículo 2 de la Compilación de 1961, donde se establece que la nueva Compilación deberá interpretarse según su viejo derecho, según el derecho histórico, según nuestra tradición jurídica balear: las antiguas leyes, la costumbre y la doctrina de los doctores⁽⁶⁰⁾.

Aún manteniendo el Código civil la redacción del originario artículo 13, la Compilación no renuncia a su propio derecho supletorio, si bien lo canaliza por la vía de la «interpretación» por parte del aplicador del Derecho, y se redacta tímidamente con la frase que «para interpretar» «se tomará en consideración», y que posteriormente, en la redacción del párrafo segundo del artículo 1 de la vigente Compilación, abrió ya, claramente, la posibilidad de actuar el derecho histórico a través de la «integración», que impide acudir al derecho supletorio antes de integrarlo con nuestra tradición jurídica balear⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Ver por todos SALVADOR CODERCH, Pablo, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*. Bosch Casa Editorial Barcelona 1985. pp. 330 y ss.

⁽⁶⁰⁾ Los párrafos 7, 8 y 9 de la Exposición de Motivos de la Compilación de 1961 son claros. El citado párrafo noveno dice: «Esta concentración operada, sobre todo en el campo del derecho positivo sucesorio y económico-conyugal mallorquín, en el texto de la compilación, no significa la postergación absoluta de las fuentes históricas, a las cuales deberá remontarse el juzgador para la interpretación del Derecho Civil Especial de Baleares».

⁽⁶¹⁾ Como dice SALVADOR CODERCH, «el ordenamiento supletorio ejerce una continuada presión sobre el preferente. El legislador de éste tiene que prever cuidadosamente sus propios mecanismos de interpretación e integración con el fin de evitar una inadecuada aplicación del derecho supletorio (cfr. Para esto el párrafo segundo del art. 1 Comp.). *La Compilación...* cit. p. 356.

Es así que tiene la consideración de fuente de aplicación, ya que supone aplicar la *Compilación integrada*, en los vacíos de las instituciones reguladas, con la tradición jurídica balear. Sólo en el supuesto de fallar la integración se procederá a la aplicación supletoria del derecho estatal ⁽⁶²⁾. Como indicaba la disposición adicional segunda de la *Comp. de 1961*, «*En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general*», que hoy encontramos en el párrafo tercero del artículo 1.

2.4.3 La supletoriedad como criterio de heterointegración. La supletoriedad del Código civil.—El mecanismo que se utiliza para llenar un vacío normativo es la supletoriedad. Sabemos que un ordenamiento jurídico tiene como nota esencial que es «completo» ⁽⁶³⁾, porque se basa en el sistema de fuentes. En el derecho histórico se acudía al derecho supletorio para evitar las lagunas, hoy es el sistema de fuentes el que le da la seguridad que no existirá vacío normativo, sin necesidad de tener que acudir a un Derecho extraño ⁽⁶⁴⁾.

Teniendo el Ordenamiento civil balear pretensión de completud ⁽⁶⁵⁾ y su propio sistema de fuentes, como hemos visto, en los supuestos de insuficiencia normativa se manda acudir al Código civil para llenar las lagunas. Esto implica que el Código civil es derecho vigente en todo el territorio español y potencialmente aplicable cuando otro ordenamiento, que tiene sus propias fuentes productoras de normas, lo llama.

Esta es la diferencia entre los Derecho civiles territoriales y el Código civil en cuanto a la vigencia en el ámbito espacial. Los ordenamientos civiles territoriales son vigentes exclusivamente en el ámbito de su territorio (arts. 13.2 Cc y 149.3 CE), pero tienen que acudir a un derecho extraño, el Código civil, para suplir sus lagunas en tanto no las llene ⁽⁶⁶⁾ el legislador autonómico mediante el desarrollo legislativo de sus competencias.

⁽⁶²⁾ La cláusula de supletoriedad del Código Civil, dice SALVADOR CODERCH, Pablo, «carece de alcance general». En efecto, siguiendo su argumentación existe un doble motivo para tal afirmación, en primer lugar por cuanto hay legislación estatal de aplicación directa (ex art. 149.1.8.ª CE). En segundo lugar porque los preceptos del Código civil rigen supletoriamente en cuanto no se opongan al ordenamiento jurídico catalán, *La Compilación...* cit. p. 356.

⁽⁶³⁾ MARTÍN BALLESTEROS, ya escribía: «Una vez más hemos de repetir y proclamar que los Derechos forales son sistemas de Derecho completos, autóctonos, que responden a unos principios y desarrollan unas consecuencias, aunque este desarrollo, por la antigüedad de los mismos y la época en que fueron cegadas sus fuentes, se manifiesta imperfecto». *La unificación del Derecho privado en España*. ADC, 1956 IX, p. 519.

⁽⁶⁴⁾ BADOSA COLL, Ferran, dice: «si en el Dret precodificar aquesta pretensió de completessa s'assolia mitjançant el recurs a drets aliens: els supletoris, en la Codificació l'ordenament jurídic exclou aquesta solució consistent en una normativitat extrínseca, tot acudint, sigui a legitimar un criteri integrador (vgr. art. 1 Codi civil suís) o a una normativa que essent extra-positiva es pugui reconduir al propi Ordenament: els anomenats principis generals». *L'àmbit del dret...*, cit. p. 18.

⁽⁶⁵⁾ Ver COCA PAYERAS, Miguel, *Aproximación a un concepto técnico del ordenamiento civil* Cuadernos de la Facultad de Derecho 1983, núm. 5, pp. 29 y ss., y especialmente p. 39 donde deja apuntado el tema.

Es importante la calificación que hace BADOSA de la expresión Ordenamiento jurídico: «ordenamiento jurídico no es una realidad concreta: les «normes» ja existents, sinó una designació o categoria abstracta: les normes en general que puguin qualificar-se com a jurídiques. No és cap normativa preexistent sinó un àmbit de competència. Desde el punt de vista de la competència orgànica la «norme» no és el pressupòsit o punt de pareça sinó el seu mitjà d'exercici («la legislació codificada») en grau de «preparación». *La recent jurisprudència...* cit. p. 5.

⁽⁶⁶⁾ SALVADOR CODERCH, Pablo, explica el sistema de la «incorporación» de normas civiles estatales por parte del legislador autonómico y cita a MUÑOZ MACHADO, en *Derecho Público de las Comunidades I*, (núm. 49) p. 415, donde el autor refiriéndose a la legislación estatal posttestamentaria dice «siendo válida, está, sin embargo, sometida a una condición suspensiva, ya que su cesación de la producción de un evento *incertus an et quando* como es la generación de las normas autonómicas que la sustituyan». *La Compilación*, cit. p. 349.

ROCA TRÍAS, Encarna dice, basándose en Muñoz Machado, que «el Dret de l'Estat és supletori en el supòsit que les Comunitats autònomes no hagin fet ús encara de la seva potestat legislativa... (per estar ajustat a) allò establert en la disposició transitòria 2.ª de l'Estatut de Catalunya, quan estableix que «mentre les Corts generals no elaborin les lleis a les quals aquest Estatut es refereix, i el Parlament de Catalunya legisli sobre les matèries de seva competència, continuaran en vigor les lleis i disposicions de l'Estatut que es refereixen a les dites matèries sense perjudici que el seu desenvolupament legislatiu, si s'escau, i la seva execució es duguin a terme

Para que tengamos que proceder a la aplicación supletoria del Código civil tienen que concurrir las siguientes condiciones:

- 1) Que exista una verdadera laguna del ordenamiento jurídico civil balear.
- 2) Que la norma supletoria aplicable no contradiga los principios generales del Derecho civil balear ⁽⁶⁷⁾.
- 3) Que no se trate de un vacío normativo voluntario.

2.4.4 *El nuevo concepto de supletoriedad.*—El mecanismo de la supletoriedad puede evitarse, hoy, mediante la labor legislativa de los Parlamentos autonómicos, situación que desde el Decreto de Nueva Planta resultaba inviable. Por esto entendemos que el concepto de supletoriedad hoy ha cambiado, porque está en manos del legislador autonómico llenar los vacíos normativos.

Es así que podrán existir vacíos que no serán una laguna legal que admita la aplicación supletoria del Cc, sino que se tratarán de supuestos de hecho que el legislador autonómico no ha querido tomar en consideración, al ser una opción de política legislativa.

Cuando un litigio no puede resolverse por no encontrarse la norma aplicable, conforme al sistema de fuentes, sea escrita o consuetudinaria y no pueda autointegrarse con la tradición jurídica balear (*ex art. 1.2 CDCB*), estaremos ante una laguna y, en tal caso, se debe acudir supletoriamente al Código civil, porque para recurrir al derecho supletorio se tiene que haber agotado la jerarquía de fuentes ⁽⁶⁸⁾ que formula el derecho principal.

Ahora bien, existen, hoy, lagunas debido a que el legislador autonómico no ha colmado, todavía, las insuficiencias propias de los derechos territoriales ⁽⁶⁹⁾. Desde 1978, con la organización constitucional del Estado en Comunidades Autónomas con potestad legislativa en el marco de sus competencias, es posible evitar la existencia de lagunas y por tanto no tener que acudir a la regulación contenida en el Código Civil para resolver las cuestiones que se planteen ⁽⁷⁰⁾.

Ya Carnelutti ⁽⁷¹⁾ distinguía las lagunas voluntarias de las involuntarias, según fuera o no imputable al legislador el vacío normativo. Así, el vacío involuntario ⁽⁷²⁾ provocaría una

per la Generalitat en els supòsits previstos en aquest Estatut». *Les competències legislatives en matèria civil de la Generalitat de Catalunya i la seva influència en la competència del futur Tribunal Superior*, p. 193.

⁽⁶⁷⁾ Es posible que en tal caso se presente una nueva situación, que determinaría la aplicación supletoria de los principios generales, porque si se condiciona la aplicación de la norma supletoria a la no contradicción de los principios generales quiere decir que éstos podrían ser aplicados por lo que no estaríamos ante una verdadera laguna. Ver el apartado 2.2.1.1. de este trabajo.

⁽⁶⁸⁾ BADOSA COLL afirma que en la supletoriedad hay una jerarquía, en el sentido que la aplicación «del segon Dret serà «defectiva» o prèvia constatació de la insuficiència de totes es fonts del primer: llei (art. 1.1. CDCC) i principis generals (D.F. 4.^a)». *La recent...* cit. p. 10.

⁽⁶⁹⁾ En sentido contrario, tenemos el ejemplo del legislador catalán, que está terminando el proceso de cerrar las insuficiencias de su Ordenamiento civil.

⁽⁷⁰⁾ Según opinión de SALVADOR CODERCH, Pablo, *La Compilación...*, cit., p. 163.

«Tras la Constitución de 1978 no cabe ya hablar de los derechos civiles “forales o especiales” como de un conjunto de instituciones a considerar a modo de privilegios o excepciones a un pretendido derecho común (arg. ex art. 149.1.8.^a Const.). La supletoriedad del derecho estatal (art. 149.3 Const.) es, estrictamente hablando, *eventual*, pues depende del *defecto de derecho propio*...», en efecto, tras la Constitución de 1978 la Compilación Balear ha perdido la «especialidad», así en su Exposición de Motivos, en el párrafo 5, dice: «ya que se ha considerado oportuno suprimir el calificativo de «especial» que adjetivaba a nuestro Derecho civil...». Incluso añadiría que no podemos hablar en Mallorca de «forales» ni antes ni después de la Constitución porque no hemos tenido Fueros, cosa que sí ocurría en Valencia y en Aragón.

⁽⁷¹⁾ *Teoría General del Derecho*, 1941 p. 106

⁽⁷²⁾ ROCA TRÍAS, Encarna lo denomina «conjunt buit» y lo diferencia de la laguna legal, *Les competències legislatives en matèria civil...*, *Les competències legislatives en matèria civil de la Generalitat de Catalunya i la seva influència en la competència del*

laguna legal que tendría que ser llenada mediante el derecho supletorio. En tanto que el vacío voluntario, al ser querido por el legislador, sería una opción de política legislativa ⁽⁷³⁾.

Los Derechos civiles territoriales son, por tanto, temporalmente incompletos hasta que los legisladores autonómicos, en el ejercicio de sus competencias, llenen las lagunas existentes mediante la producción *legislativa*.

futur Tribunal Superior» Primeras Jornades sobre l'Administració de Justícia a Catalunya. Barcelona 1983 (Departament de Justícia de Catalunya), p. 195.

BAYOD LÓPEZ, M. C., también denomina conjuntos vacíos a los supuestos en que «la institución no existe en el derecho aragonés, por ser contraria al sistema previsto por el legislador competente». *El artículo 149.3 CE: La supletoriedad del Código civil como derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho civil aragonés)*. RDCA 1999-V, núm. 2, p.124.

⁽⁷³⁾ Argumentaba en otro trabajo mío que si el legislador autonómico no tipificaba una determinada materia podía obedecer a dos criterios distintos: 1) que todavía no hubiera procedido a actuar la competencia legislativa que le atribuye la Constitución (art. 149.1.8 CE y art. 10.23 EAIB), o 2) porque el legislador autonómico no quería tipificar el supuesto de hecho por tratarse de una institución extraña a nuestro sistema jurídico. *La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la soberanía*. Publicacions UIB. Palma 2001, p. 157.