

LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL VASCO

THE SOURCES OF BASQUE CIVIL LAW

José Ángel Torres Lana
Catedrático Emérito de Derecho civil

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2020
Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2020

RESUMEN: La presente aportación analiza el sistema de fuentes del Derecho vasco, tal y como resulta de la reciente ley 5/2015 de 25 de junio de Derecho civil vasco. De acuerdo con ella, las fuentes del Derecho civil vasco son las disposiciones de la propia ley, la costumbre y los principios generales del Derecho vasco. No lo es, en cambio, la jurisprudencia, cuya misión es depurar e integrar los preceptos del Derecho civil vasco. El Código civil español es el Derecho supletorio en defecto de ley o de costumbre foral aplicable.

ABSTRACT: This paper analyses the Basque system of sources of the Law, as it has been settled by the recently approved Ley 5/2015, of June 25, de Derecho civil vasco. According to this Act, the sources of Basque Civil Law are the rules of the same Act 5/2015, the Custom and the General Principles of Basque Civil Law. Jurisprudence is not a source of Basque Civil Law, but its aim is to refine and complement the rules of it. The Spanish Civil Code is the supplementary Law in the case of a legal loophole, that is to say when a legal rule or a custom do not exist or are not applicable to the case.

PALABRAS CLAVE: Fuente del Derecho, ley, costumbre, principios generales del Derecho, jurisprudencia, Derecho supletorio, Código civil.

KEYWORDS: Sources of law, Law, custom, general principles of Law, jurisprudence, supplementary Law.

SUMARIO: 1. Planteamiento; 2. El sistema de fuentes del Derecho civil vasco; 3. Análisis del sistema de fuentes creado; 4. Prelación de fuentes en el Derecho civil vasco; 5. Valor y función de la jurisprudencia; 6. El Derecho supletorio.

1. PLANTEAMIENTO

La investigación sobre un tema del llamado Derecho civil foral o especial supone ingresar en una realidad que plantea, de principio, la rica temática de su producción y manifestación. Ello es consecuencia de la particular organización del Estado español, cuyo carácter plurilegislativo alcanza incluso al Derecho civil, apartándose del modelo unificador que formalmente se ha venido siguiendo desde la constitución de Cádiz. Ahora bien; una realidad plurilegislativa carece de sentido sin medios propios de producción jurídica. Reiterar esta obviedad ya no es necesario en la actualidad. Pero ello es así porque hace ya algún tiempo que cristalizó un proceso de signo contrario, iniciado hace tres siglos, que no sólo suprimió normas e instituciones propias de diferentes regiones españolas, sino que cegó también su sistema de producción jurídica, acreditando que ya entonces había consciencia de que la unificación jurídica de un país era un problema, entre otros, de fuentes del Derecho.

En el orden civil, la recuperación de la plenitud de las competencias en las regiones con Derecho propio no logró alcanzarse hasta la aprobación de la Constitución de 1978. A partir de ese momento, la producción jurídica autonómica de carácter civil ha experimentado un aumento exponencial; en algunos casos, desmesurado o, por mejor decir, desaforado.

No ha sido éste precisamente el caso del País Vasco, cuya producción normativa de carácter civil ha estado presidida por una innegable prudencia, a la que no ha sido ajeno el propio carácter plurilegislativo de su sistema jurídico civil interno. En él, en efecto, llegan a coexistir con muy diferente ámbito territorial de aplicación hasta cuatro sistemas diferentes, de los que uno, además, es heterónimo.

Ello, no obstante, tanto su ámbito institucional como su propia expresión formal han experimentado un más que notable crecimiento desde la Compilación de 1959 hasta la Ley actualmente vigente. La Compilación de Derecho civil vasco fue la primera en promulgarse. Anudada al Congreso de Zaragoza de 1946, que sustituyó el sistema de apéndices al Código civil por el de Compilaciones, presenta todavía un cierto carácter apendicular, que comparte con las otras compilaciones de la primera hornada (acaso todas, menos la aragonesa y la navarra). Desde luego, carecía de un sistema de fuentes propio.

No es de extrañar, por ello, que la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil vasco, ampliase notablemente su ámbito institucional, basado ya en el art. 149.1, 8ª, de la CE, y, especialmente por lo que nos importa, contuviese un sistema propio de fuentes del Derecho. La Ley de 1992 había sido fruto de un tenso proceso que enfrentó a quienes pretendían la unificación del Derecho civil vasco y quienes pretendían la conservación de la personalidad

territorial de sus instituciones¹. Incluso el sistema de fuentes diseñado en el art. 1 se resintió a consecuencia del poder de esta fuerza centrífuga.

Sea como fuere, el sistema de fuentes que aparece instalado en el art. 1 de la Ley de 1992 es muy similar al actual. Junto al mismo, la regulación fue crecedera respecto a la Compilación de 1959, pero desigual. Se optó entonces por una estructura rígidamente territorializada, de manera que cada uno de los tres Libros de que esta Ley se componía se dedicaba en exclusiva regular el Derecho de cada uno de los Territorios Históricos y sólo de éste. El ladillo de cada Libro subrayaba esta rigidez: “Del fuero civil de...” y aquí el nombre de cada Territorio Histórico. La desigualdad aparecía con nitidez en la distribución del contenido de cada uno de los Libros. La parte del león se la reservó el Derecho de Vizcaya, mientras que el Libro III, dedicado a Guipúzcoa, quedaba en un puro embrión, integrado por un solo artículo (el 147). En medio, con apenas docena y media de artículos, quedaba el Derecho de Álava (recogía el fuero de Ayala y el régimen aplicable a Llodio y Aramayona). La Ley 3/1999, de 26 de noviembre, equilibró el problema, añadiendo un nuevo Libro III, de mayor enjundia y recorrido, y ampliando de forma notable el ámbito institucional de la Ley, aunque sin poder disimular que se trataba de una operación de parcheo en la que se echaba en falta el esperado y deseable elemento integrador. La Ley de 1992 se completaba con un Título preliminar dedicado a las fuentes del Derecho, en el que el sistema actualmente vigente se ha inspirado muy directamente.

Si hubiera que destacar alguna característica singular de la regulación derogada por la Ley 5/2015, ésta sería seguramente la cuidadosa fijación y determinación del ámbito territorial de aplicación de cada uno de los libros que integraban la norma. El cuidado es especial en lo referente al Fuero de Vizcaya. Se dedicaron, en efecto, a esta cuestión los arts. 5 a 11, con referencias incluso a la delimitación y calificación urbanística del suelo según el planeamiento vigente de cada núcleo urbano (art. 7). Tanta atención era seguramente necesaria para desembrollar la madeja establecida por la Compilación de 1959 en sus arts. 2 y 3, pero el problema radicaba no tanto en la articulación técnica de la solución cuanto en el hecho de la coexistencia de dos sistemas jurídico civiles sobre el mismo Territorio Histórico: el aplicable en el Infanzonado, regulado en la Ley, y el aplicable en las villas no aforadas – también la ciudad de Orduña y el término municipal de Bilbao de entonces –, sometidas a la legislación civil general (art. 6). La atención se reiteró respecto al fuero de Álava en los arts. 131 y siguientes y 146, con referencia a los municipios de Llodio y Aramayona, regidos desde siempre por el Fuero de Vizcaya. Por el contrario, la Ley 3/1999, como anteriormente lo hizo el art. 147, determinó la equivalencia exacta entre la aplicación del Fuero de Guipúzcoa y el correspondiente Territorio Histórico (art. 148).

¹ *Vid.*, sobre el mismo, la excelente aportación de C. ASÚA-J. GIL-J. J. HUALDE, “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho civil vasco”, en J. SIMANCAS-R.. BERCOVITZ (Dirs.) *Derechos civiles de España*, I, Madrid, 2000, págs. 131 y sigs., en especial, 145 y sigs.

La Ley 5/2015, de tramitación meteórica y con una sorprendente escasez de enmiendas, ha modificado sustancialmente los criterios que acabo de exponer. Podría decirse que ha sido esta vez la corriente unificadora la que ha salido triunfante, al menos parcialmente triunfante. De ahí la configuración de la vecindad civil vasca –general, pero compatible con la local-- y también la sencillez con la que define su propio ámbito territorial de aplicación (art. 8) Ello no obstante, una segunda delimitación de dicho ámbito territorial de aplicación respecto a determinadas instituciones sigue presentando una importancia especial, expresiva de un reparto institucional entre los Territorios Históricos. Así se aprecia en la regulación de la troncalidad (arts. 61 y 65 de la Ley, en el que hay también una referencia a planos elaborados por las Juntas Generales de Vizcaya de 1994, acreditativa de que el problema sigue sin ser de fácil solución); así también respecto a la aplicación del Fuero de Ayala y la libertad de testar (art. 88) o las normas sobre ordenación del caserío, aplicables en Guipúzcoa (arts. 96 y siguientes).

En cualquier caso, una primera aproximación sugiere que la tendencia unificadora se ha apoyado con mayor intensidad en el antiguo Fuero civil de Vizcaya, bastantes de cuyas instituciones se han expandido hasta adquirir una aplicabilidad general en los tres Territorios Históricos.

La reflexión sobre las fuentes del Derecho civil vasco exige también una reflexión sobre el Título Preliminar. Sólo el primero de los Capítulos en los que se divide se refiere a las fuentes del Derecho, pero el segundo, en el que se enumeran los sedicentes principios inspiradores de la Ley civil vasca se encuentra en íntima relación, en la medida en que tales principios se incardinan dentro del sistema de fuentes. Junto a ello, el Título I reitera el tema, dedicándose a la regulación de los que llama principios de Derecho patrimonial. Unos y otros generan dudas a la hora de integrarlos dentro del sistema de fuentes, por lo que no es fácil evitar la tendencia a entrar en su análisis.

Por otro lado, una visión general del Capítulo I del Título Preliminar pone de relieve que, de alguna manera, desborda el contenido expresado por su ladillo “De las fuentes del Derecho civil vasco”. En efecto; en él hay más que una mera enunciación de las fuentes. Incluye también una no fuente –la jurisprudencia-- y un principio general, cuya sede, posiblemente hubiera debido ser el Capítulo II. No incluye, en cambio, al menos no expresamente, un orden de prelación de fuentes, aunque sí determina el Derecho supletorio, al hilo del cual podría reconstruirse este orden de prelación. La cuestión es importante no sólo por la transcendencia del Derecho consuetudinario en la regulación sobre todo de las sucesiones, sino también por la que se ha querido atribuirles a los principios que conforman el contenido del Capítulo II.

2. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO CIVIL VASCO

El texto vigente del art. 1 de la Ley se inspira muy directamente, como ya he indicado, en el art. 1 de la Ley 3/1992. Influyó decisivamente en los diversos anteproyectos de los que el texto vigente es un precipitado. La redacción de éstos era similar a la de la Ley derogada, sin otros cambios, como podrá apreciarse inmediatamente, que el de la denominación atribuida al territorio sometido a su régimen.

El primero de estos anteproyectos, de 1999, proponía la siguiente redacción del art. 1:

“1. Constituyen el Derecho civil foral del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran, de acuerdo con su tradición foral. -- 2. La ley civil puede ser modificada, completada y desarrollada por el Parlamento Vasco. -- 3. La costumbre que no sea notoria deberá ser probada.”

El Anteproyecto de 2000 alteró levemente la fórmula del número 2 del artículo, es decir, la referida a la competencia del Parlamento vasco tanto sobre su aprobación como sobre su modificación y desarrollo posteriores.

“1. Constituyen el Derecho civil foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco las disposiciones de esta Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran.-- 2. Corresponde al Parlamento Vasco la aprobación de esta Ley, así como de las modificaciones y desarrollos posteriores y su acomodación a las disposiciones de carácter general que establezca la Unión Europea. -- 3. La costumbre que no sea notoria deberá ser probada.”

La redacción se mantuvo inalterada en el Anteproyecto de 2007. La llamada Propuesta de ley civil vasca de 2012 elaborada por la Academia Vasca de Derecho se limitó a suprimir el vocablo “foral” del número 1.

Sin embargo, la redacción finalmente aprobada por el Parlamento vasco fue algo distinta. Suprimió venturosamente el desafortunado número 2, redundante, innecesario y hasta cierto punto timorato, justificativo acaso de unas indiscutibles e indiscutidas competencias de la Comunidad Autónoma vasca sobre su propio Derecho civil.

El precepto ahora comentado establece, pues, el sistema de fuentes del Derecho civil vasco. Y lo hace, como acabo de indicar, siguiendo la estela dejada por su predecesora, con un mero cambio formal —el de “Territorios Históricos” por “Comunidad Autónoma”— y otro de mayor enjundia, la supresión del inciso final del número 1 del artículo: “de acuerdo con su tradición”.

Tanto el vigente art. 1.1, como su antecedente, el art. 1.1 de la Ley 2/1992 presentan un paralelismo innegable con el art. 1.1 del CC. Ciertamente, el precepto ahora comentado reconoce las mismas fuentes del Derecho que el CC: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Pero la mera lectura de la norma hace destacar dos extremos que llaman particularmente la atención. El primero es la expresión “disposiciones de esta ley”, frase que, a mi juicio, exige un análisis más detenido que llevaré a cabo en el epígrafe siguiente. El segundo, que el sistema de fuentes queda incompleto en este artículo, porque, como he dejado indicado en el epígrafe anterior, falta su jerarquización, es decir, el orden de prelación de las fuentes. Puede entenderse que el orden en el que aparece en el número 1 del artículo comentado es expresivo de la prelación. Pero evidentemente esto no es suficiente. Un orden de enunciación no es *per se* un orden de prelación. Por ello, el sistema queda cojo, pues hubiera exigido ser completado añadiendo alguna indicación al respecto, idéntica o similar a la contenida en los arts. 1.3 y 1.4 del CC. Pero la Ley no lo ha llevado a cabo en el art. 1.1. Y no es por un problema competencial. El art. 149.1, 8ª, de la CE es lo suficientemente expresivo al respecto. El respeto a las normas de Derecho civil foral o especial que constituye la proposición final del precepto autoriza no sólo a establecer un sistema de fuentes propio, sino también a jerarquizarlas, es decir, a determinar su orden de prelación. Eso sí; la Ley se refiere al Derecho supletorio en el art. 3, y la redacción del mismo permite enlazar el tema con el de la prelación de fuentes, es decir, con su orden.

Por ello, y por más razones que se verán en su momento oportuno, el sistema adolece de un cierto disloque tanto formal como material. Pero, en este punto, puede contribuir a establecer la necesaria armonía una luminosa expresión de la Exposición de Motivos de la Ley en la que se establece que su “texto debe ser interpretado junto al Código civil español”, remisión que en el tema que ahora nos ocupa conviene tener particularmente presente.

3. ANÁLISIS DEL SISTEMA DE FUENTES CREADO

Resulta chocante, según he dicho, que la referencia a la ley como fuente del Derecho vasco se haya realizado con la expresión que el art. 1 emplea. En efecto; si se entiende literalmente –primer criterio interpretativo aplicable, de acuerdo con el art. 3.1 del CC-- el resultado es terriblemente reduccionista, pues prohibiría la producción civil con rango legal –por otra parte, la única posible-- por parte de otras leyes, vascas o no. Naturalmente, esto no puede ser así. Sería un auténtico y ególatra sinsentido, contradictorio con el tenor del art. 149.1, 8ª, de la CE, y del 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco. Por eso, esta redundante y reduccionista expresión se

ha considera piadosamente como un peculiar *lapsus calami legislatoris* y se ha entendido el sistema de fuentes compuesto –como debe ser– por la ley –cualquier Ley, no sólo la 5/2015–, la costumbre y los principios generales del Derecho². Tal conclusión aparece reforzada por la propia Exposición de Motivos de la Ley, que afirma en el párrafo final de su epígrafe I que “no pretende esta ley agotar ahora todo el posible campo de desarrollo del Derecho civil foral vasco, que será paulatinamente ampliado a nuevos campos por otras leyes”. De hecho, una ampliación ya se había producido con anterioridad a la propia ley. Me refiero a la ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Y otra se ha producido posteriormente, mediante la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Por otro lado, la mención a la ley suscita el problema de si la misma se refiere solamente a las normas emanadas del órgano legislativo del País Vasco o, por el contrario, abarca también, en un sentido más amplio, la normas escritas provenientes de los poderes públicos, por contraposición a las consuetudinarias. La cuestión implica reproducir aquí la planteada en su momento en relación con el art. 1.1. del CC, pero en este caso la respuesta negativa se impone. La enumeración de fuentes se reduce a la materia civil y, en todo caso, podría incluir los Decretos legislativos y los Decretos dictados para desarrollo y ejecución de normas civiles³.

Por su parte, la referencia a la costumbre se queda, a mi juicio, corta. Es cierto que ha merecido una norma especial, la contenida en el número 2 de este art. 1, pero posiblemente hubiera merecido un tratamiento de mayor enjundia. No hace falta, desde luego, definirla porque su concepto es ya suficientemente conocido y ha merecido la atención de autores y tribunales en todo tiempo y lugar. Basta por ello por comenzar con el análisis de la referencia realizada por la Ley en el número 2 del art. 1. La prueba de la costumbre –es decir, de su existencia y de su contenido– se reduce a la costumbre que no sea notoria. La fórmula es prácticamente la misma que la usada por el Fuero Nuevo de Navarra en el párrafo segundo de su ley 3. Esta última norma exige no sólo la prueba de la costumbre sino también su alegación. Hay que entender, sin embargo, que aquella no puede concurrir sin ésta. La exigencia de prueba es consecuencia necesaria del carácter resbaladizo de la costumbre; se trata, sí, de una norma jurídica, pero de escasa fijeza y menos todavía en un ámbito de libertad civil. Por ello, en el ámbito del CC, queda totalmente fuera del aforismo *iura novit curia*. Es decir, aunque sea Derecho, procesalmente funciona como si fuera un hecho. Hay que entender, por tanto, que, tras su oportuna alegación, la vigencia y contenido de la costumbre puede ser acreditada en el proceso por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, es decir, por los establecidos por los arts. 299 y siguientes de la LEC.

² J. GIL RODRÍGUEZ, en GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 48.

³ J. GIL RODRÍGUEZ, *Manual...*, cit., pág. 51.

Le Ley 5/2015 modifica el sistema establecido en el CC. El número 2 del art. 1 exige la prueba tan sólo de la costumbre que no sea notoria. En consecuencia, la costumbre que sí lo sea está excluida de su alegación y prueba o, dicho de otro modo, está incluida en la máxima *iura novit curia*, lo que significa que el tribunal tiene la obligación de conocerla. En realidad, esta norma no resuelve el problema por completo. Sencillamente lo desliza hacia la consideración de un nuevo elemento: la notoriedad de la costumbre. La cuestión –nada baladí– es también resbaladiza y todavía es susceptible de matizarse más. Por ejemplo, el conocimiento de la vigencia y contenido de la costumbre por el tribunal ¿es suficiente para dispensar de la alegación y prueba de la misma y aplicarla de oficio? O, dicho de otro modo, el conocimiento por el tribunal ¿hace notoria, a los efectos del art. 1.2 de la Ley 5/2015, la costumbre aunque socialmente no lo sea? En última instancia, ¿quién decide que la costumbre es notoria? O, mejor, ¿cuándo es notoria una costumbre? La introducción de este nuevo elemento, la notoriedad, parece desplazar la alegación y prueba precisamente a esta nota. De esta suerte, si se prueba la notoriedad la consecuencia será que la norma consuetudinaria caiga dentro del ámbito del aforismo *iura novit curia* y ya no habría que probar su contenido.

En realidad, la cuestión termina siendo puramente escolástica porque la más elemental estrategia procesal aconseja alegar y probar la vigencia y el contenido incluso de las costumbres reconocidamente notorias. La omisión de estos dos pasos procesales puede dar lugar a que el tribunal, aunque deba conocer y aplicar la costumbre, no lo haga y altere, por ello, el resultado natural y previsible del proceso.

Decía más arriba que la costumbre hubiera debido merecer un tratamiento legal más enjundioso, plasmado seguramente en una norma específicamente dedicada a ella, a su noción y a su juego y eficacia. Dos buenas razones abonan esta opinión. En primer lugar, el hecho de que, como se ha dicho, el Derecho consuetudinario sea la “masa madre” del ordenamiento civil vasco⁴. En segundo, el de que la costumbre constituye una herramienta decisiva en la formulación del principio de libertad civil y de sus consecuencias. Y ello realmente no encaja nada bien con la atribución a la costumbre de un papel subordinado en el escalafón de las fuentes jurídicas. La Ley vasca no presenta en este punto la deseable claridad. El contenido de los artículos 3 y 4 así lo acredita.

Y resta la tercera fuente, los principios generales del Derecho. Su mención cierra el elenco de las fuentes del Derecho civil vasco. Se ha suprimido en el texto vigente la referencia a la tradición foral, que figuraba en el Anteproyecto de 1999, acaso por inercia del texto de 1992, porque no añadía nada; por el contrario el inciso podía entenderse como un obs-

⁴ G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario al art. 1”, en A. M. URRUTIA BADIOLA (Dir.), *Le Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Bilbao, 2016, pág. 24.

táculo a la admisión de principios que no estuviesen enraizados en la tradición foral, pero fuesen tan válidos como aquellos. Ciertamente la conexión entre los principios generales y la tradición jurídica ha sido y es muy intensa. Pero en la actualidad hay que reconocer también que la concepción sobre aquellos desborda a ésta. Por ello, se han clasificado los principios en tradicionales y políticos. Los primeros son fruto de un precipitado histórico varias veces secular que no conviene ignorar; los segundos, no, por lo que pueden haber sido objeto de reconocimiento reciente. Son, como se ha dicho, “normas que no han encontrado formalización ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad”⁵. Esta noción es universal, válida para cualquier principio sea cual fuere su naturaleza u origen. El principio de libertad civil es un buen ejemplo de principio tradicional, que, por cierto, no está incluido en el Capítulo II del Título Preliminar, sino en el I. Pero el de protección al consumidor, elevado a general del Derecho por el art. 1 de la LCU, en relación a los arts. 51.1, 51.2 y 53.3 de la CE, carece de enlace tradicional. Es de los llamados principios generales de carácter político; sin embargo es imposible desconocer su vigor actual. Es más. En el mismo texto de la Ley 5/2015 se encuentran ejemplos que difícilmente pueden considerarse tradicionales, dejando aparte, además, su defectuosa formulación y expresión técnica (arts. 12 y siguientes e incluso alguno de los incluidos en los arts. 5 a 7).

Por otro lado, conviene precisar desde ahora que la enumeración de los arts. 5 a 7 no es exhaustiva. No puede serlo. Y no precisamente porque su nota característica sea, precisamente, su falta de formulación positiva. Hay numerosos casos en los que el Derecho positivo sí ha recogido y expresado tales principios: por ejemplo, el *favor consummatoris*, recién mencionado, el de autonomía privada, proclamado en el art. 1255 del CC, o el de buena fe, recogido en el art. 7.1. E incluso existen otros que pueden localizarse de forma implícita o interpretando algunas normas *a sensu contrario*, como el que proscribía el enriquecimiento sin causa (art. 1901 del CC). Es evidente que estos principios, y otros no mencionados, lo son también del Derecho civil vasco. No es imaginable que el Derecho civil vasco insularice su propio catálogo de principios generales de tal modo y a tal nivel que rechace los que no haya positivado una ley vasca o no formen parte de su tradición jurídica. Y en la misma medida en que lo son, estos principios generales asimismo constituyen fuentes del Derecho civil vasco.

La Ley 5/2015 no dice nada al respecto, pero la interpretación coordinada con el CC mencionada por la Exposición de motivos conduce a afirmar que los principios generales del Derecho civil vasco participan de la doble función que el CC atribuye a los mismos en su art. 1.4: por un lado la función de aplicación directa, pero subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre; por otro, la función informadora del ordenamiento jurídico. La aplicación directa de

⁵ Cfr. L. DÍEZ PICAZO, “Comentario al art. 1”, en L. DÍEZ PICAZO-R. BERCOVITZ-C. PAZ ARES-P. SALVADOR (Dirs), *Comentario del CC*, reimp., Madrid, 1993, pág. 9.

los principios generales es consecuencia lógica de su carácter de fuente del Derecho. No serán frecuentes los casos de aplicación directa de los mismos. La norma positiva tiene en general pretensiones de absorción de la totalidad de los supuestos regulables en una determinada institución o ámbito, lo que eliminaría de suyo la aplicación directa del principio. Pero lógicamente ésta no puede excluirse pues siempre pueden existir o generarse lagunas normativas que la aplicación directa del principio general puede colmar. Y además, su función informadora permanece siempre viva, orientando, al menos como *desiderátum*, no sólo la producción de normas positivas, sino también la interpretación y aplicación de las mismas.

4. PRELACIÓN DE FUENTES EN EL DERECHO CIVIL VASCO

El art. 1 de la Ley civil no establece el orden de prelación de las fuentes del Derecho civil vasco. A mi modo de ver, no esclarece el tema porque el mismo contiene simplemente un elenco de fuentes que, de suyo, no implica orden jerárquico, es decir, no conlleva una prelación entre las mismas. Efectivamente; la fórmula elegida por el legislador vasco podía haber sido más explícita.

En la Ley vasca se echa en falta una norma que aborde y resuelva definitivamente el tema estableciendo de manera clara el orden de prelación de las fuentes del Derecho. Podría haberse realizado perfectamente porque el art. 149, 1, 8ª de la CE concluye expresando de forma palmaria el respeto al sistema de fuentes del Derecho foral o especial.

Dos tipos de precedentes podían haber servido de inspiración en este sentido. En primer lugar, el CC, que establece meridianamente que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable (art. 1.3) y que los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre (art. 1.4) y es el guía que ha inspirado normas similares en otros ordenamientos autonómicos⁶. Con la misma claridad e incluso mayor contundencia formal el Fuero Nuevo de Navarra contiene una Ley que, bajo el ladillo “Prelación de fuentes”, dice lo siguiente:

“En Navarra la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente: 1.- La costumbre; 2.- Las leyes de la presente Compilación; 3.- Los principios generales del Derecho navarro; 4.- El Derecho supletorio”.

La ausencia de un precepto similar a los citados supone una pérdida de oportunidad que aconseja la indagación que sigue.

⁶ Vid., art. 111-1 del Código catalán; el 1 de la Ley de Derecho civil gallega y el 1 del Código foral de Aragón.

Es forzoso reconocer que hay una multiplicidad de señales que resaltan la importancia de la costumbre en el Derecho tradicional del País Vasco. La Exposición de motivos de la Ley reconoce que, salvo alguna excepción puntual, como el Fuero de Ayala o el régimen de la troncalidad, el Derecho sucesorio del País Vasco “fue siempre consuetudinario”. La doctrina moderna ha proclamado esta importancia de forma expresa y casi entusiástica. En este sentido, se ha afirmado que la raíz de todo el Derecho civil vasco está en la costumbre que los fueros se limitaron a recoger y que el Derecho guipuzcoano no perdió nunca su carácter consuetudinario⁷. La idea se ha reiterado, resaltándose el hecho de que la costumbre es la base y fundamento del Derecho civil vasco y que la pervivencia consuetudinaria del Derecho guipuzcoano se ha mantenido “luchando muchas veces contra la ley”⁸, afirmación algo etérea. De todos modos, no hay vestigios –al menos que yo sepa-- de una institución similar al “pase foral”.

Con mayor distanciamiento y un cierto sentido crítico GIL RODRÍGUEZ ha reconocido “el papel preponderante” de la costumbre, pero a continuación la ha calificado de “modo elemental de generar mandatos normativos en estadios históricos previos”⁹.

A las opiniones anteriores podría añadirse el hecho de que el art. 2.1 de la Ley civil al establecer el Derecho supletorio emplea la disyuntiva “o” entre ley y costumbre, expresión que se antoja neutra y, desde luego, no sirve a mi juicio para establecer un orden de prelación entre ellas. Y aún podría sumarse –ya lo he dejado indicado-- el art. 4 y la proclamación que contiene del principio de libertad civil, y su corolario, la presunción del carácter dispositivo de las leyes, porque uno y otra constituyen la herramienta básica para generar costumbre.

Todo ello podría conducir a la opinión de que la costumbre, como sucede en el Derecho navarro, se constituya en la primera fuente del Derecho vasco. Sin embargo, no es así. Los mismos autores que han destacado su importancia, tanto histórica como actual, reconocen su condición de segunda fuente del Derecho. CELAYA IBARRA ha afirmado que la costumbre contra ley no tiene validez, pero que la historia ha demostrado que en muchas ocasiones el deseo del legislador de que la ley predomine no se ha conseguido, porque se acudía a la costumbre para oponerse a la arbitrariedad del poder, aunque también ha reconocido la dificultad actual de producir nuevas costumbres¹⁰; hay que entender contra ley, porque den-

⁷ Cfr. A. CELAYA IBARRA, en “Comentarios a la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, en M. ALBALADEJO-S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XXVI, Madrid, 1997, págs. 45 y 46.

⁸ Así, F. J. SERRADILLA HERNANDO, en “El sistema de fuentes del País Vasco”, en R. BERCOVITZ-J. MARTÍNEZ SIMANCAS (Dir.), *Derechos civiles de España*, I, Elcano, 2000, pág. 174. También, G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 24.

⁹ *Manual de Derecho civil vasco*, cit., pág. 51.

¹⁰ “Comentarios...”, cit., pág. 46. Le sigue F. J. SERRADILLA HERNANDO, “El sistema de fuentes...”, cit., pág. 175.

tro del ámbito de la ley pueden generarse sin mayores dificultades. En esta línea, también se ha puesto de manifiesto que históricamente han existido prácticas consuetudinarias *contra legem*, como el plazo para ejercitar el poder testatorio o la transmisión *mortis causa* del caserío en Guipúzcoa¹¹. Finalmente, GIL RODRÍGUEZ abunda en el carácter subordinado a la ley de la costumbre y apunta la idea de que, a pesar de que la Ley no diga nada al respecto, en el País Vasco la moral y el orden público constituyen también límites a la validez y eficacia de la costumbre, de manera similar a la establecida por el CC (art. 1.3) o por la Compilación navarra (ley 3 del Fuero Nuevo)¹².

Por tanto, en opinión unánime de la doctrina, el elenco de fuentes del Derecho vasco realizado en el art. 1 de la Ley resulta ser expresivo de un orden en el que la costumbre ocupa el segundo nivel¹³. De acuerdo con el mismo, los principios generales del Derecho ocupan el tercer lugar en la escala de fuentes y pueden y deben ser aplicados en su caso de forma directa, aunque subsidiaria. En este punto su función es similar a la establecida por el art. 1.4 del CC: en defecto de ley o costumbre. Entiendo que esto debe ser así, a pesar del llamativo silencio del artículo que ahora comento, sobre este tema. Ya lo he dejado dicho en el epígrafe anterior.

Debe hacerse notar, además, que esta aplicación directa y subsidiaria de los principios generales se extiende no sólo a los específicos del Derecho vasco, sino a los generales de cualquier orden. Dicho de otra forma: existen principios generales específicos del Derecho vasco; pero existen también principios generales inherentes a cualquier ordenamiento jurídico: el de buena fe, el de autonomía privada, el de respeto a los propios actos, el de prohibición de abuso del Derecho, etc. Por ello, entiendo que las referencias hechas a los principios generales por la Ley civil vasca han de considerarse como omnicomprendivas. Es impensable que no se aplique, en su caso, el principio de solidaridad, propio del Derecho vasco, porque tal inaplicación, cuando venga exigida por la naturaleza del supuesto enjuiciado, generaría una injusticia; pero también ocurriría lo mismo cuando se inaplicase el de prohibición del enriquecimiento sin causa o el de protección al consumidor, por poner un ejemplo de principio histórico tradicional y otro de reciente formulación política. De todos modos, siempre queda en el aire la manera de aplicación de los principios generales que no sean los tradicionales y propios del Derecho vasco: ¿directamente?; ¿a través de su positivación en leyes vascas?; ¿antes que el CC?; ¿a través del CC?. Posiblemente cualquiera de estos procedimientos será correcto mientras queden respetados tanto el orden de prelación de las fuentes propias como el lugar reservado al Derecho supletorio.

¹¹ G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentarios a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 24.

¹² *Manual de Derecho civil vasco*, cit., págs. 51-52.

¹³ Del mismo modo que se ha establecido en los preceptos autonómicos citados, acaso con la excepción del Derecho aragonés, en el que el art. 2 de su Código foral establece que el valor de la costumbre sólo cede ante la Constitución y las normas imperativas del Derecho aragonés.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del CC y en otros ordenamientos autonómicos, la Ley vasca se ha preocupado de recoger y enunciar una multiplicidad de principios generales que ha agrupado en dos categorías: principios inspiradores de la Ley civil vasca y principios de Derecho patrimonial. No corresponde proceder a analizarlos en este lugar, porque ello supondría extender desmesuradamente la presente reflexión sobre las fuentes del Derecho vasco. Pero sí suscitar alguna idea al respecto. En primer lugar, respecto a su propia formulación. Por ejemplo, el ladillo del art. 6 debería corregirse porque el principio no es la persona, sino el respeto a la misma o a su dignidad como bien expresa el contenido de la norma. Igualmente, no parece que las lenguas cooficiales constituyan un principio en sí mismas, sino nuevamente el respeto a ambas. En estos puntos, pues, se ha producido una discordancia entre el ladillo y el contenido del precepto correspondiente. Por su parte, el examen de los llamados principios de Derecho patrimonial pone de relieve que no se trata propiamente de principios, sino más bien de instituciones jurídicas específicas del Derecho vasco.

Finalmente, conviene insistir en el hecho de que, aunque el elenco de principios que recogen los arts. 5 y siguientes de la Ley no incluya expresamente a los principios que he venido llamando principios generales de todo ordenamiento –acaso con la excepción del de libertad civil, homologable en principio, con el de autonomía privada–, ello no significa que no existan en el Derecho vasco que no existan en el Derecho vasco y, por tanto, que no sean aplicables en su ámbito. Lo contrario sería ilógico e injusto. Y la lógica y la justicia son dos valores que cualquier ordenamiento jurídico, sea de la clase que sea, ha de acoger y respetar.

5. VALOR Y FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

El art. 2, bajo el ladillo “La jurisprudencia”, regula el papel que se atribuya a la misma dentro del ordenamiento jurídico vasco.

Éste es su tenor:

“1. La jurisprudencia depurará la interpretación e integrará los preceptos del Derecho civil vasco. -- 2. Por jurisprudencia, a los efectos del Derecho civil vasco, se ha de entender la doctrina reiterada que en su aplicación establezcan las resoluciones motivadas de los jueces y tribunales con jurisdicción en el País Vasco. -- 3. La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco será la encargada de unificar la doctrina que de éstos emane, a través de los recursos pertinentes que en cada momento establezca la legislación procesal”.

Esta redacción se introdujo en la proposición de ley de Derecho civil vasco de 19 de enero de 2015, publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de 8 de mayo. Constituyó entonces una brusca desviación tanto de la redacción anterior de la Ley 3/1992 como de los anteproyectos, todos los cuales se apoyaban directamente en el texto legal entonces vigente, sin otra modificación que la sustitución del inciso final –“al interpretar y aplicar aquel”-- por otro –“que en su aplicación”-- intercalado tras la expresión “doctrina reiterada”.

El precepto no ha salido favorecido con la modificación. Es cierto que el paralelismo que el texto anterior presentaba con el art. 1.6 del CC se ha difuminado. Pero la norma resultante no sólo no resulta más clara o más precisa que la anterior, sino que, al contrario, plantea problemas que ésta o los anteproyectos no suscitaban. Resuelve, eso sí, la cuestión acerca de la naturaleza y función de la jurisprudencia. Claramente se aprecia que para la Ley vasca no es fuente del Derecho. Dos razones avalan esta primera conclusión. En primer lugar, su propia colocación sistemática, fuera del precepto dedicado a establecer el elenco de fuentes, aunque paradójicamente siga dentro del Capítulo I dedicado precisamente a ellas. En segundo lugar, el análisis del papel que la Ley le atribuye que, como se verá más abajo, no es el de producir Derecho, sino otro diferente. Autores muy autorizados han defendido la opinión contraria, con referencia a la redacción del texto legal de 1992¹⁴. Pero creo que el tenor del art. 3.1 es tan claro y expresivo que actualmente no cabe dudar de que la jurisprudencia no está considerada fuente del Derecho vasco por la Ley de 2015. En este punto, la Ley vasca se alinea con el art. 1.6 del CC.

Un examen meramente formal del art. 3 de la Ley denota, en primer lugar, que se trata de una norma de carácter mixto, pues el número 3 presenta un marcado aroma procesal, lo que aconseja analizar primeramente este número y seguir luego el orden inverso. La norma del número 3 es, en efecto, una atribución competencial, seguramente reiterativa e innecesaria, hábilmente enmascarada con la utilización de una expresión inusual, para atribuir a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco la tarea de unificar la doctrina. Me refiero, claro está, a la palabra “encargada”, cuando la expresión usual y mucho más técnica es “competente”. De todos modos, como acabo de indicar, la norma es reiterativa y seguramente innecesaria. Ello es así como consecuencia de la letra del Estatuto de Autonomía del País Vasco, cuyo art. 14.1, a), atribuye a sus órganos jurisdiccionales la competencia de todas las instancias y grados incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias del Derecho Civil Foral propio del País Vasco. El art. 377.3, segundo párrafo, de la LEC coadyuva poderosamente a esclarecer el problema, atribuyendo subliminalmente a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para crear o unificar doctrina allí donde no existiera; obviamente, aunque la Ley no lo exprese, hay que entender que en

¹⁴ Así A. CELAYA IBARRA, que la califica de “fuente complementaria del Derecho”, en “Comentarios...”, cit., pág. 47-48. Igualmente, F. J. SERRADILLA HERNANDO, en “El sistema de fuentes del País Vasco”, en R. BERCOVITZ-J. MARTÍNEZ SIMANCAS (Dir.), *Derechos civiles de España*, I, Elcano, 2000, pág. 175.

materias de su Derecho civil propio. El juego de ambos preceptos es lo suficientemente poderoso como para haber podido prescindir del número 3. Pero si el legislador hubiere querido remachar esta cuestión hubiera podido acudir a fórmulas más correctas e incluso más expresivas. Por descontados, la referencia a los recursos pertinentes sobra incluso más que el resto del número.

El número 2 del art. 3 especifica qué se entiende por jurisprudencia “a los efectos del Derecho civil vasco”. El tenor de la norma hace pivotar el concepto sobre la idea de “doctrina reiterada”. Pero no sólo en ella, como enseguida veremos.

La norma es cuestionable por varias razones. En primer lugar, porque contradice una inveterada posición científica según la cual el legislador no ha de definir, sino que ha de abandonar la definición de las instituciones a la doctrina y –precisamente- a la jurisprudencia.

En segundo lugar, porque el propio concepto es discutible. Efectivamente, por jurisprudencia, en estricto sentido técnico, se ha entendido tradicionalmente la doctrina reiterada emanada de las sentencias del Tribunal Supremo. Lo que en la antigua LEC se denominaba doctrina legal y, si era infringida por tribunales inferiores, autorizaba a corregir tal infracción mediante recurso de casación “por infracción de ley o doctrina legal” (art. 1687 de la LEC de 1881).

Ciertamente, el concepto de “doctrina legal” constituía una noción resbaladiza. Pero el escenario en el que actuaba la jurisprudencia terminó clarificándose casi por completo, al menos desde el plano teórico, tras más de un siglo de decantación práctica.

Bastan dos sentencias para recordarlo:

--STS de 17 de julio de 2007: “A los efectos de fundamentar el recurso de casación ‘sólo se considera jurisprudencia, en el sentido de complemento del ordenamiento jurídico que proclama el art. 1.6 del CC, la que emana del Tribunal Supremo y de la Sala correspondiente a la materia de que se trata (...), rechazándose en todo caso la cita de sentencias de Audiencias Provinciales, por no constituir jurisprudencia’ (SSTS de 11 de octubre de 1994 y de 9 de noviembre de 1998, entre otras)”.

--STS de 29 de abril de 2005: “Para el correcto planteamiento de esta infracción se requiere, además de la cita de al menos dos sentencias contestes –expresivas de un criterio uniformemente reiterado-, que se exprese cuál es la doctrina que de ellas emana y en qué sentido ha sido vulnerada por el Tribunal de apelación”.

Alejándose de estas ideas, la norma vasca es rica en sorpresas. Veámoslas una por una.

En primer lugar, abarca todas las resoluciones motivadas. Este último vocablo no sólo sobra, sino que resulta contraproducente. En efecto; la expresión “resoluciones motivadas” rectamente entendida, de acuerdo al canon interpretativo literal que establece el art. 3.1 del CC, debería considerarse extendida no sólo a las sentencias, sino también a los autos. Esto es así porque según el art. 206.1 de la LEC los autos constituyen una especie del género “resoluciones judiciales” y, de acuerdo con el 208.2 de la misma ley “los autos y las sentencias serán siempre motivados”. Desde luego, no parece que la intención de la ley sea la de incluir los autos como creadores de doctrina a efectos de considerarla jurisprudencia, susceptible por tanto de recurso de casación. Otro *lapsus calami* del legislador.

En segundo lugar, el ámbito de las resoluciones que la ley considera jurisprudencia se ha ampliado más que notablemente, ya que ahora –siempre según el tenor literal del precepto– abarca las resoluciones de todos los jueces y tribunales que conforman la planta del País Vasco, no sólo las de las Audiencias Provinciales. Esto sí que constituye, como se ha dicho, una absoluta novedad en el Derecho español¹⁵. Y nada justificada, a mi juicio; al contrario, severamente criticable. Es cierto que el término “jurisprudencia” es susceptible de entenderse en un sentido amplio comprensivo de las sentencias de las Audiencias Provinciales, bajo el amable calificativo de “pequeña jurisprudencia”. Es cierto también, que hasta la propia LEC ha suavizado el rigor técnico del vocablo en su art. 477.2 cuando se refiere a jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Pero esa misma norma se cuida de distinguirla de la “doctrina jurisprudencial” que mantiene su alto rango de parte del ordenamiento jurídico cuya infracción da lugar a la estimación, en su caso, del recurso de casación. Esta distinción es la que se echa en falta en el número 2 del art. 3, porque de esta manera la norma enlazaría sin crujir con la materia casacional.

En tercer lugar, finalmente, la dificultad técnica de localizar, sistematizar y extraer doctrina reiterada sobre una materia de la multiplicidad de órganos judiciales unipersonales existentes en el País Vasco se antoja difícilmente superable. Todavía hay otro problema más, enlazado tanto a esta extensión de la noción de jurisprudencia a las resoluciones de los “jueces” y a la idea de reiteración, que la norma ahora comentada también menciona y exige. En efecto, con sentido del humor no exento de ironía, se ha apuntado si la confirmación por un tribunal superior de la sentencia de otro inferior, o incluso de un juzgado unipersonal, bastaría para entender “reiterada” la doctrina conforme establecida por las dos sentencias recaídas en un mismo proceso¹⁶. Esto es, evidentemente, una auténtica *reductio ad absurdum*.

¹⁵ J. GIL RODRÍGUEZ, en J. GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 57.

¹⁶ J. GIL RODRÍGUEZ, en J. GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 58.

dum, pero es forzoso reconocer que se encuentra propiciada por la torpeza de la redacción legal.

Por otro lado, la expresión “jueces y tribunales” es casi una cláusula de estilo utilizada por los legisladores en una pluralidad de normas; pero en normas dictadas en otro tipo de leyes –acaso de planta– y, desde luego, con otra finalidad. No debe, pues, ser utilizada para definir arriesgadamente la jurisprudencia por los peligros que encierra y que acaban de denunciarse. De ahí que sea aconsejable interpretar la norma comentada de forma correctora y entenderla referida solamente a las sentencias, como resoluciones que ponen punto final al proceso, y de éstas solamente a las que provengan de los órganos judiciales colegiados.

Por último, el número 1 del artículo 2 se encarga de perfilar la función que la jurisprudencia, así definida, es decir, a efectos del Derecho civil vasco, debe desempeñar. En este punto conviene recordar que la redacción de la norma es inequívoca; deja poco lugar a la duda. La jurisprudencia no es fuente del Derecho vasco. NI está incluida en el elenco del art. 1 de la Ley ni tiene como función la creación del Derecho; tiene otras diferentes.

Éstas son, como expresa el art. 2.1, las de depurar e integrar los preceptos del Derecho civil vasco. El tenor literal de la norma suscita al menos las dos siguientes cuestiones: en primer lugar, qué deba entenderse por depurar e integrar; en segundo lugar, qué debe entenderse por Derecho civil vasco.

Respecto a la primera cuestión, hay que hacer observar que el tenor literal del precepto se aparta de los modelos usuales. El art. 1.6 del CC atribuye a la jurisprudencia la función de “complementar” el ordenamiento jurídico con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las fuentes del Derecho, es decir, ley, costumbre y principios generales. Pero el CC no indica en qué consiste esta función complementaria. Una indagación sobre este punto ha conducido a establecer que la jurisprudencia puede desempeñar las siguientes funciones: la de interpretación de las normas, estableciendo su alcance, inteligencia y significación; la de interpretación integradora de las normas, para responder a las exigencias de coherencia sistemática dentro del ordenamiento y la de consagración de los principios generales, extrayéndolos y aplicándolos mediante procesos de concreción¹⁷. Esa triple función encaja bien con la de integrar que utiliza el número 1 del art. 2. La expresión “depurar”, por el contrario, resulta más enigmática. De las cuatro acepciones que el Diccionario de la lengua atribuye al vocablo solamente una se aproxima a algo parecido a una función jurídica. Se trata de la primera: “Limpiar, purificar”. Las restantes son claramente improcedentes. Pero no parece que la función de la jurisprudencia deba ser la de limpiar o

¹⁷ Cfr. L. DIÉZ PICAZO, “Comentario al art. 1”, en L. DIEZ PICAZO-R. BERCOVITZ-C. PAZ ARES-P. SALVADOR (Dirs), *Comentario del CC*, reimp., Madrid, 1993, pág. 12.

purificar un ordenamiento jurídico o una norma; es decir, privarla de elementos extraños que oscurezcan o alteren su sentido y significación. Esta tarea ha debido realizarse con anterioridad, en el proceso de elaboración de la misma y, si no se ha realizado, los cuerpos extraños han pasado a formar parte del sistema. En consecuencia, parece que de nuevo ha de realizarse una interpretación teñida de un cierto sesgo corrector, para entender que depurar la interpretación debe referirse a buscar el apropiado entendimiento de la norma y su integración con el resto del sistema, es decir, la búsqueda de la coherencia del mismo.

La segunda cuestión es qué debe entenderse por Derecho civil vasco. Parece más sencilla que la anterior si se atiende estrictamente a la fuente formal de producción del mismo. En este sentido, la respuesta sería que el generado por el Parlamento vasco de acuerdo con la atribución competencial del art. 10.5 del Estatuto de autonomía. Dicho de otro forma, sería el Derecho civil de producción autónoma o, mejor, de origen autonómico. No hay que olvidar, sin embargo, que junto al sistema civil que la Ley 5/2015 instaura existe otro, de distinto origen, pero que, en este sentido, debe considerarse también Derecho vasco, aunque su producción sea heterónoma. Se trata, claro está, del sistema del CC, que se aplica en las zonas no aforadas de Vizcaya, cuyo distinto origen sustrae también el conocimiento último de los conflictos al Tribunal Superior del País Vasco. No existen en la Ley de 2015 unas normas similares a las contenidas en los arts. 6 y 7 de la Ley de 1992. Antes bien, el art. 8, ya citado, respondiendo a las pretensiones de generalidad y unificación, establece un estricto criterio de territorialidad de la norma sobre toda la Comunidad autónoma. Parece así haber quedado alterado el sistema anterior, acentuando el carácter supletorio del CC, patente ahora no sólo en el art. 3, sino también, en otros (vg., en el art. 61.2).

6. EL DERECHO SUPLETORIO

Este importante tema, que cierra –o debe hacerlo– el sistema de fuentes del Derecho en cualquier ordenamiento, está regulado en el art. 3 de la Ley civil vasca. Pero su texto no es especialmente acertado ni resulta particularmente favorecido de la comparativa con el homólogo de 1992. Aquel era más claro y menos problemático, como enseguida se verá. Fue el Anteproyecto de 1999 el primer intento de precisar el significado y alcance de la supletoriedad y de la remisión implícita en ésta, de acuerdo al siguiente tenor:

“1. En defecto de norma foral aplicable regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones de carácter general actualmente vigentes.” -- 2. Las futuras modificaciones de estas leyes se aplicarán cuando no sean contrarias a los principios inspiradores del Derecho Civil Vasco, sin perjuicio de que una ley vasca pueda

elaborar disposiciones distintas. -- -- 3. En todo caso, la aplicación del Derecho supletorio deberá acomodarse a los principios generales del Derecho vasco”.

Como puede apreciarse, el texto, en su pretensión de aclarar y precisar el alcance de la remisión establecida en el número 1, introdujo realmente un elemento de discordia: por un lado, subrayó el carácter estático de tal remisión al CC y demás disposiciones y, por otro, creó, en el número 2, un elemento de “dinamización” de esa misma remisión, dejando el número 3 en términos muy parecidos a los vigentes.

Por su parte, el Anteproyecto de 2007 ofreció el texto siguiente:

“1. En defecto de ley o de costumbre foral aplicable regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales vigentes. -- -- 2. Las futuras modificaciones de estas leyes se aplicarán cuando no sean contrarias a los principios inspiradores del Derecho civil vasco, sin perjuicio de que una ley vasca pueda elaborar disposiciones distintas”.

GIL RODRÍGUEZ ha puesto de relieve las diferencias más notables entre ambos textos: sustitución de la palabra “norma” por las de “ley o costumbre” y supresión del número 3, precisamente el referido a la “dinamización” de la remisión realizada en el número 1, aunque sujeta al acomodo a los principios generales del Derecho vasco¹⁸.

Sin embargo, el texto de la Ley 5/2015, al suprimir la palabra “vigentes” ha introducido un elemento discordante, porque mezcla de una forma confusa las dos cuestiones que pretendía regular y –es de suponer-- aclarar: la referente al Derecho supletorio y la relativa a la naturaleza de las remisiones realizadas. Uno y otro tema serán tratados enseguida.

Por lo demás, una primera ojeada a este precepto, art. 3 de la Ley civil vasca, suscita alguna cuestión de interés, que paso a exponer. Para empezar, la norma no establece un orden de prelación de las fuentes del Derecho civil vasco, como ya se ha visto. Para seguir, la supresión del término “vigentes” resulta más problemática de lo que parece. Y, para terminar, es sorprendente el papel –casi podría decirse el triste papel-- que la norma comentada atribuye a los principios generales del Derecho.

Como acabo de indicar, la Ley 3/1992 utilizaba la expresión “norma foral” para diseñar el primer escalón del sistema de supletoriedad, mientras que la vigente utiliza los vocablos “ley o costumbre”. Aquella expresión era omnicomprendensiva; se refería a cualquier fuente del Derecho civil propio, proclamando dos cosas: su hermetismo, puesto que dejaba intacto e intangible su propio sistema de prelación de fuentes, y la preferencia de la aplicación del

¹⁸ *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 61.

Derecho civil vasco –de todo él, es decir, ley, costumbre y principios enraizados en la tradición-- sobre el Derecho que la norma configuraba como supletorio.

La sustitución en el texto vigente de las palabras “norma foral” por las de “ley o costumbre” cambia, a mi juicio, sustancialmente el sistema. No me parece que se trate, como se ha afirmado, de un sistema completo y autointegrado¹⁹. Y creo que no lo es porque la norma ha incurrido en una clamorosa omisión, que ha sido denunciada ya por la doctrina²⁰. En efecto; en este primer número del artículo ahora comentado no se mencionan en absoluto los principios generales del Derecho. Sí son mencionados en el segundo número, aunque con referencia, según creo, a otro tema. En otras palabras, el precepto parece haber olvidado el carácter de fuente del Derecho de los principios generales y de la doble función que le otorga tal condición, a saber, la de ser aplicados subsidiariamente, en defecto de ley o de costumbre, y la de informar la totalidad del ordenamiento civil. Se echa en falta, consecuentemente, una norma igual o similar a la existente en el art. 1.4 del CC, que no sólo proclama la aplicación subsidiaria, pero directa, de los principios generales en defecto de ley o de costumbre, sino también su función informadora del ordenamiento jurídico. Es necesario, además, tener presente que, aunque falte en el elenco de fuentes del Derecho realizado por el vigente art. 1 de la Ley la referencia a la tradición jurídica vasca, los principios a los que ese precepto se refiere son indudablemente los propios del ordenamiento civil vasco. Y no precisamente como Derecho supletorio, cuerpo extraño, en definitiva, sino como Derecho propio.

El art. 3.1 establece la supletoriedad del CC y de las demás disposiciones generales. La norma no dice, pero hay que entender que dichas disposiciones han de ser de carácter civil, evidentemente. En este punto, resulta curioso el resultado que se obtiene de superponer la norma que ahora comento y el art. 13 del CC. Éste, como es sabido, recoge en lo sustancial la regla contenida en el art. 12 anterior a la reforma de 1974 y establece que el CC es supletorio en las provincias y territorios con Derecho civil propio “en defecto del que lo sea en cada una de aquellas según sus normas especiales”. El CC reconoce así un posible cuerpo de Derecho supletorio distinto de él en cada sistema de Derecho civil propio. Es, pues, como se ha hecho ver “el último derecho supletorio”²¹. O, si se quiere, un Derecho supletorio de segundo grado. Sin embargo, el art. 3.1 de la Ley civil vasca dice otra cosa que parece ajustarse más a la tradición jurídica propia, puesto que, como se ha afirmado, el Derecho supletorio del País Vasco –hay que entender que el propio-- ha sido siempre el Derecho de Castilla²². De esta suerte, la norma vigente ha elevado el nivel, pero no sólo del CC sino de las

¹⁹ G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 26.

²⁰ J. GIL RODRÍGUEZ, en J. GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 62.

²¹ F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2ª ed., Madrid, 1949, pág. 258.

²² Cfr. A. CELAYA IBARRA, en “Comentarios...”, cit., págs. 49-50. Así también, G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 25.

demás disposiciones especiales, atrayendo su aplicación *ad casum* de forma inmediata, en defecto de ley o costumbre, es decir, transformándolo en Derecho supletorio de primer grado, aplicable justo después de las fuentes propias.

La cuestión de la supletoriedad enlaza con la de las remisiones. El Derecho supletorio tal como queda establecido por el número 1 del precepto ahora comentado, no deja de ser un cuerpo extraño al ordenamiento propio. Por tanto su aplicación plantea dos problemas: el de su ajuste al sistema al que complementa e integra y el del contenido, es decir, si se realiza al texto actualmente vigente de la norma asumida o al que en el futuro pueda modificarse, en su caso.

Ni el texto de 1992 ni el de la Ley 5/2015 contienen en su número 1 la palabra “vigentes”. Ello conduce a considerar que la remisión realizada al CC y a las demás normas es una remisión dinámica. Sin embargo, el número 2 del precepto en la versión de 2015 parece desvirtuar esta primera conclusión, como veremos enseguida. Pero antes conviene tener presente los antecedentes de la norma para apreciar cómo desde aquel primer texto se llega al actual.

El texto del art. 3 en 1992 presentaba una estructura clara y sencilla: determinaba el Derecho supletorio con una remisión dinámica (número 1) y establecía una defensa del sistema (número 2). El Anteproyecto de 1999 añadió un número más al texto del artículo y un matiz importante: en el número 1 añadió la palabra “vigentes”, con lo que transformó la remisión dinámica en remisión estática. El número 2 “dinamizó” la remisión para el futuro, admitiendo la aplicación de las futuras modificaciones tanto del CC como de las demás leyes si no contrariaban los principios inspiradores del Derecho civil vasco y estableciendo una reserva competencial. El número 3 reforzaba la defensa del sistema imponiendo una adecuación de las normas supletorias a los principios generales del Derecho vasco, refuerzo que podía aplicarse casi de forma indistinta tanto a los textos vigentes como a las modificaciones futuras de las normas supletorias. Finalmente, el Anteproyecto de 2007 reducía de nuevo a dos los números del artículo y mantenía en el número 1 el carácter estático de la remisión al mantener la palabra “vigentes”. El número 2 mantenía la “dinamización” de la remisión, conservando la defensa del sistema y mantenía también la reserva competencial. La lectura del texto de 2007 suscita dos reflexiones: la primera es que el carácter estático de la remisión del primer número implicaba que previamente se había realizado satisfactoriamente el control de adecuación a los principios del Derecho vasco. Por ello resultaba coherente su establecimiento expreso para las modificaciones futuras, porque el mismo, como es evidente, no habría podido realizarse todavía al no conocerse el contenido de tales modificaciones.

La fórmula de 2007, aunque eficaz, resulta algo compleja. Sorprende que no se haya seguido la pauta marcada por la Ley 3/1999, reguladora del Derecho civil de Guipúzcoa, cuya disposición transitoria 2ª contiene una norma sencilla y diáfana: “Las remisiones que en el Libro III de la presente ley se hacen al articulado del Código civil se entenderán hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de aquél”. Con esta redacción la defensa del sistema es tan patente que no necesita mayor explicación.

Sin embargo, el criterio seguido por el texto vigente del art. 3 no ha sido ni éste ni el fijado en el Anteproyecto de 2007, sino el establecido en la llamada Nueva Propuesta de Ley Vasca de 2012, cuya redacción ha incorporado literalmente. La supresión de la palabra “vigentes” podría hacer pensar que la remisión operada ha pasado de ser estática a ser dinámica²³. Sin embargo, la redacción del número 2 del artículo aconseja proceder con más cautela, porque mantiene la defensa del sistema, aunque es verdad que reservada sólo para las modificaciones futuras de las normas supletorias.

La confusa redacción puede conducir a pensar que solamente las futuras modificaciones de las normas supletorias deben pasar por el control de adecuación a los principios vascos. ¿Es esto lo querido por el legislador? Evidentemente no. Lo que hay que entender, a mi juicio, es que el texto vigente de las normas supletorias ha pasado ya ese control y que lo ha hecho satisfactoriamente. De ahí el carácter general de la remisión realizada. Dicho de otro modo, habría que entender que la palabra “vigentes” sigue figurando, aunque sea subliminalmente, en el texto del número 1. La remisión, pues, sería estática: sólo a la redacción vigente. Pero el juego del número 2 introduce ese elemento dinamizador de la misma al que me he referido repetidamente más arriba. Como se ha dicho con acierto, las remisiones se presumen estáticas solamente en el caso de que la nueva versión de la norma supletoria contraríe algún principio inspirador del Derecho civil vasco²⁴.

Finalmente, resta sólo por dilucidar a qué clase de principios se refiere la norma. El tenor literal de la misma es meridiano. Parece, por tanto, indudable que la adecuación o el acomodo ha de referirse exclusivamente a los principios vascos, es decir, a aquellos propios y peculiares del ordenamiento civil vasco. Aún puede suscitarse otra duda como es la de averiguar si tales “principios inspiradores” equivalen o se identifican con los principios generales del Derecho vasco, es decir, con la fuente jurídica con ese nombre. El Anteproyecto de 1999 utilizó las dos expresiones con un carácter que se antoja indistinto. El de 2007 se decantó por la expresión que ha llegado el texto legal vigente. Pero ésta subraya el carácter informador inherente a los principios generales, función que era innecesario explicitar si se

²³ Y así lo sostiene G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 26.

²⁴ Cfr. J. GIL RODRÍGUEZ, en J. GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, cit., pág. 64.

utilizaba la otra expresión. Todo ello permite corroborar esa significación indistinta. Ciertamente hubiera sido preferible el empleo de esta última, porque enlaza con la terminología utilizada en el art. 1 y despeja toda duda respecto a su significado.

BIBLIOGRAFÍA

--AIZPURÚA ONDARO, G., “Comentario a los artículos 1 a 4”, en A. M. URRUTIA BADIOLA (Dir.), *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Bilbao, 2016.

--ASÚA, C-GIL, J.-HUALDE J. J., “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho civil vasco”, en J. SIMANCAS-R. BERCOVITZ (Dir.) *Derechos civiles de España*, I, Madrid, 2000.

--CELAYA IBARRA, A., “Comentarios a la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, en M. ALBALADEJO-S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XXVI, Madrid, 1997.

--DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, I, 2ª ed., Madrid, 1949.

--DÍEZ PICAZO, L., “Comentario al art. 1”, en L. DÍEZ PICAZO-R. BERCOVITZ-C. PAZ ARES-P. SALVADOR (Dir.), *Comentario del CC*, reimp., Madrid, 1993.

--GIL RODRÍGUEZ J., en GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016.

--SERRADILLA HERNANDO, F. J., “El sistema de fuentes del País Vasco”, en R. BERCOVITZ-J. MARTÍNEZ SIMANCAS (Dir.), *Derechos civiles de España*, I, Elcano, 2000.