

# EL CODIGO CIVIL Y SU APLICACION EN EL DERECHO CIVIL BALEAR

MIGUEL MASOT MIQUEL  
CATEDRATICO DE ESCUELA  
UNIVERSITARIA,  
PROFESOR TITULAR DE  
DERECHO CIVIL EXCEDENTE

**SUMARIO:** I. CONNOTACIONES HISTORICAS. EL PROCESO CODIFICADOR VISTO DESDE LAS ISLAS BALEARES. 1. El proyecto de 1851. 2. El Real Decreto de 2 de febrero de 1880. 3. El proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885. 4. La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y los artículos 12 y 13. II. RELACION DEL CODIGO CIVIL CON EL DERECHO CIVIL BALEAR. 1. Normas de aplicación. 2. Aplicación directa del Código civil: A) Las disposiciones del título preliminar: a) Fuentes de Derecho. b) Interpretación de las normas. B) Las disposiciones del título IV del libro I. 3. Aplicación del Código Civil por remisión: A) Consideraciones generales. B) Las remisiones contenidas en la actual Compilación. C) Examen pormenorizado de las remisiones que efectúa la Compilación: a) La del artículo 5.º, según la cual la dote se regirá por la ley común. b) La del artículo 24 en cuanto al derecho de acrecer. c) La remisión del artículo 51 en materia de sucesión intestada. d) La remisión del artículo 54, párrafo 2.º, relativa al dret d'estatge. e) Las remisiones en materia de censos y alodios. f) La remisión del artículo 67, relativo a Ibiza y Formentera, en materia de dote. g) La remisión que efectúa el artículo 70 al declarar que pueden ordenar heredamiento quienes tienen capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales. D) Las remisiones que se contienen en el proyecto de revisión: a) Las remisiones de carácter general. b) Las remisiones a instituciones ajenas al Derecho civil balear e incluso contrarias a sus principios. 4. Aplicación del Código civil como Derecho supletorio. A) Consideraciones generales. B) La falta de norma jurídica aplicable en el Derecho civil balear. La costumbre. La tradición jurídica balear. C) La adecuación de la norma supletoria a las normas y principios del Ordenamiento jurídico balear. D) La naturaleza del Código civil como Derecho supletorio.

# I. CONNOTACIONES HISTORICAS. EL PROCESO CODIFICADOR VISTO DESDE LAS BALEARES

## 1. El proyecto de 1851

No puede decirse, como es notoriamente conocido, que el proceso de codificación del Derecho civil a lo largo del siglo XIX contemplara con especial interés y consideración los Derechos forales. La Constitución de Cádiz de 1812, al establecer que los Códigos civil y penal y de comercio serían unos para la monarquía, suponía el germen del cual arrancaban las ideas centralistas de superación y, en definitiva y a la larga, de abolición de los fueros; ideas que cristalizaron en el llamado proyecto de 1851, en el que tuvo intervención decisiva García Goyena, autor de las conocidas «Concordancias, motivos y comentarios» en los que glosa el articulado del proyecto.

Sabido es que dicho proyecto, adaptado fundamentalmente a la sistemática, e incluso al articulado, del Código civil francés, cae en el error de desconocer y olvidar la existencia de los Derechos forales, lo cual, en definitiva, fue el motivo determinante de que no llegara a convertirse en ley, pues su uniformismo no podía encajar con una realidad jurídica variopinta cual la española que presentaba importantes y diferenciadas instituciones civiles, particularmente familiares y sucesorias, que eran omitidas y silenciadas en el proyecto del texto legal.

Es de destacar, y en honor a la verdad así hay que decirlo, que el propio Gobierno de la nación, que debía presentar el proyecto a las Cortes, fue consciente del gravísimo defecto apuntado y por ello buscó una retirada honrosa del proyecto, que tuvo lugar a través de la Real Orden de 12 de junio de 1851, en la cual, tras reconocer que era un grave obstáculo para una obra codificadora cual la realizada, «la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no sólo en determinados territorios de la monarquía, que en otro tiempo formaron estados independientes, sino también hasta en no pocos pueblos pertenecientes a provincias en los que por lo general se observan los códigos de Castilla», y tras dar las más expresivas gracias a la comisión redactora por el celo e inteligencia con que habían cumplido el encargo, se dispone:

1.º Que se inserte el texto del proyecto citado y se publique en un solo número del periódico mensual titulado EL DERECHO MODERNO, a fin de facilitar su examen y estudio.

2.º Que se excite el celo de todos los Tribunales del fuero común para que expongan lo que estimen conveniente y hagan las observaciones que su

ilustración les sugiera acompañando al mismo tiempo las noticias y datos prácticos en que se funden las observaciones.

3.º Que se excite también el celo de los demás Tribunales especiales, de las autoridades a cuyas atribuciones pueda referirse de alguna manera el proyecto, de los colegios de Abogados, de las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades y demás personas que puedan ilustrar con sus luces y conocimientos las diversas materias que comprende el Código, y

4.º Que las observaciones estén reunidas en el Ministerio de Gracia y Justicia al 1 de enero de 1852.

No es extraño el naufragio del proyecto García Goyena por que el siglo XIX, en particular en su segunda mitad, había conocido un florecimiento del regionalismo y, en particular, de los Derechos forales; se consideraba que el Derecho era, juntamente con la lengua, uno de los elementos diferenciales característicos de los pueblos. Los postulados de la Escuela Histórica del Derecho, introducidos en nuestro país a través de la obra y las enseñanzas de Durán y Bas, habían puesto de relieve la importancia de la costumbre como primera fuente popular de creación del Derecho y la consideración de éste como una de las más importantes manifestaciones del espíritu de cada pueblo, revelado a través de sus instituciones vividas, sentimientos, tradiciones y, en definitiva, modo de resolver los conflictos. Habida cuenta, pues, de todo este bagaje, no era pensable un Código civil en el que se intentara recoger y sistematizar el Derecho español si se pecaba de olvido y omisión de los Derechos forales.

## 1. El Real Decreto de 2 de febrero de 1880

Por ello, la labor codificadora posterior al proyecto de 1851 no quiso caer en el mismo error. Y es clara muestra de ello el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, expresivo de que «si bien todos los gobiernos nacionales habían mostrado vivos deseos de llevar a cabo la obra de la codificación española, ninguno lo había alcanzado, porque eran parte a estorbarla el natural afecto que varias provincias tienen a los fueros que las rigen y sus fundados temores de que antiguas y respetadas instituciones que afectan a la manera como en ellas está constituida la familia o la propiedad, desapareciesen por completo o se resintiesen profunda y dolorosamente en aras del principio unitario en todo su rigor aplicado».

No podía, pues, prescindirse de los Derechos forales, ni tampoco podía detenerse, en aquellos momentos el proceso histórico de unificación del Derecho civil español; y entonces, partiendo de la base de que no supondría gran sacrificio para los naturales de Castilla el aceptar algunas de las instituciones fora-

les que pudiera ser conveniente introducir en la legislación general para vigorizar la familia, ni sería tampoco gran sacrificio para las provincias forales prescindir, en obsequio a la unidad, de lo que para ellas no sea fundamental, es por lo que se agregó a la Comisión general de Códigos un representante letrado por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, Provincias Vascongadas, Islas Baleares y Galicia, quienes habrían de redactar en el término de seis meses una memoria acerca de los principios e instituciones de Derecho foral que debían incluirse en el Código civil de la nación con carácter de excepciones, para que rigieran tan sólo en las respectivas regiones forales concretando su pensamiento en artículos.

Visto el proceso codificador desde la óptica del Derecho civil balear, interesa destacar, ante todo, la buena acogida del Real Decreto de 2 de febrero de 1880 y los buenos propósitos y generosos sacrificios que el mismo, como contrapartida, suscitaba. Una obra clásica en la materia —La Memoria de Pedro Ripoll y Palou— nos da las más expresivas muestras de todo ello. Comienza el autor por felicitarse ante el hecho de que, por medio del susodicho Real Decreto de 2 de febrero de 1880, «se hayan alejado los recelos que inspiraban la tendencia de sobreponer de una manera inconsciente los principios de la legislación general al derecho de las provincias que, regidas por leyes especiales, han conservado a través de los siglos instituciones respetables; y de que con tal alta garantía se ofrezca hoy incluir en el futuro Código civil la parte más importante de las mismas, cuya desaparición causaría gravísimos trastornos en sus territorios. Esta generosa oferta —sigue diciendo Ripoll—, no hay que dudarlo, nos obliga a responder al acto oficial con un espíritu de recíproca concordia y levantado sentimiento de fusión y homogeneidad, procurando tan sólo salvar lo puramente fundamental de nuestros fueros, que sin una verdadera violencia no pueda renunciarse, sofocando toda exigencia de amor propio local y penetrados, según han dicho centros científicos dirigidos por iniciativa propia en puntos de complicada y vasta legislación especial, de que los grandes progresos y hondas transformaciones de la humanidad se realizan tan solamente a expensas de generosas transacciones y de acomodamientos tan prudentes como fecundos, entre el pasado que se resiste a desaparecer orgulloso con tantos intereses creados a su sombra y el presente que reclama sus conquistas con natural, pero muchas veces prematura e irreflexible impaciencia»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Pedro RIPOLL Y PALOU, *Memoria sobre las Instituciones del Derecho civil de las Baleares*, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, edición Palma 1885, pág. 7. El gran jurisconsulto RIPOLL Y PALOU manifestaba hallarse animado de este espíritu conciliador creyendo poder afirmar, «que con él interpreta los levantados sentimientos de este país. Así como no puede haber lesión de intereses al renunciar ciertos usos y prácticas que, con más o menos tesón, hemos hasta el presente sostenido, sometiéndonos sin reserva a una ley general, hay, por otra parte, instituciones tan encarnadas en nuestra vida y elementos familiares tan fecundos en armonía y moralidad que lejos de poder abandonarse deben sostenerse con entusiasmo y salvarse con la misma resolución con que se salva toda necesidad social y de conveniencia pública.

### 3. El proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885

Sin embargo, pronto se reveló que no era tarea fácil ni mucho menos la empresa de incluir en un Código civil de la nación «los principios e instituciones de carácter foral, que con carácter de excepciones, debían regir en los territorios aforados», por lo cual, el proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885 se pronunciaba, lisa y llanamente, por el respeto y la declaración de subsistencia de «las instituciones, leyes, usatjes, recopilaciones, fueros y costumbres, desarrolladas y desenvueltas en las provincias de derecho foral como regímenes especiales, y no se excluían al derecho romano ni al canónico, en cuanto estos cuerpos legales completan instituciones forales o desenvuelven en armonía de principios su sentido, sirviendo el Código de derecho supletorio para aquellos territorios exceptuados a fin de que resolviera las dudas que en los elementos constitutivos del derecho foral no tuvieran solución prevista», debiendo continuar entre tanto el estudio y reconocimiento de las legislaciones especiales con el objeto de codificarlas cuando haya llegado su sazón y oportunidad.

En definitiva, pues, quedaba sin efecto la idea primaria de unificación del Derecho civil español, entre otras cosas porque resultaba muy difícil, en los términos en que estaba planteada la labor codificadora, el conocimiento profundo de los Derechos forales y el tratar de tender puentes entre los mismos y el Código civil; tal era el criterio de Francisco Silvela quien afirmaba que «el derecho foral es un derecho difícil y oscuro; aún para los que más se han dedicado a este estudio, en el que conserva grandísima importancia el elemento consuetudinario, delicadísimo de tocar, porque es el que más enlaza con la vida, pero por modo modesto y silencioso, ocupando menos que otro alguno a los autores y a los tribunales»<sup>2</sup>.

### 4. La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y los artículos 12 y 13

Tras diversos avatares legislativos, y de acuerdo con las ideas expuestas, se publicó en la «Gaceta» de 22 de mayo la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, cuyo artículo 5.º hacía referencia a la cuestión foral para señalar que «en las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del código en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los es-

---

<sup>2</sup> Puede verse referido con detalle todo ello en MOUTON Y OCAMPO, *Código civil Enciclopedia Jurídica Seix*, edición 1.ª, pág. 15.

tatutos y reglas generales para su aplicación será obligatorio para todas las provincias del reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.<sup>a</sup> relativa a las formas de matrimonio».

Este artículo 5.<sup>o</sup> de la Ley de Bases dio lugar al artículo 12 del Código civil con la sola modificación de añadir las palabras «escrito o consuetudinario» tras la expresión de «actual régimen jurídico», aditamento importante dada la trascendencia de la costumbre en las regiones forales que, obviamente, no habían compilado por aquel entonces sus normas especiales. Como dice Lacruz, estas palabras «escrito o consuetudinario» califican de modo inequívoco la conservación inalterada de su «actual régimen jurídico»<sup>3</sup>.

Necesario es, empero, en este punto, hacer una referencia al siguiente precepto —el antiguo 13 del Código civil— que proclamaba la vigencia del Código civil en Aragón y en las Islas 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. De esta forma se reconocía en Aragón y Baleares al Código civil como derecho supletorio de primer grado, en situación similar a lo que ocurría en Vizcaya, Alava y Galicia —dada la ausencia de especial derecho supletorio— en contraposición a Cataluña y Navarra, habida cuenta la existencia del *ius commune* y del Derecho romano, respectivamente, como Derecho supletorio en cada una de estas regiones forales.

Este precepto, que, se ha dicho, es fruto del espíritu pactista de Aragón y de las Islas Baleares e «hijo de un espíritu conciliador», lo cierto es que nunca fue visto con agrado y especial complacencia en Baleares.

Pascual González lo expuso acertadamente y con palabras ciertamente expresivas: «los representantes de Mallorca y Aragón admitieron de buena fe (y con sobrada dosis de ingenuidad, justo es decirlo) la fórmula del artículo 13 de acuerdo con unos antecedentes de clarísima significación y no es justo suponer que el poder legislativo quisiera, a través de una redacción más o menos acertada, verificar un escamoteo o una poda en la parte del derecho foral que deseaban conservar las dos regiones más propicias a la unificación legislativa, Aragón y Mallorca. Sería contrario a la equidad y la estricta justicia equiparar el artículo 13 a una trampa para hacer desaparecer paulatinamente el derecho de Mallorca. Y los autores que examinan con lupa su redacción y toman pie de ella para lucir sus dotes de ingenio y sus condiciones dialécticas se olvidan que no tratan temas abstractos, sino que sus teorías e interpretaciones —a veces brillantes y originales— afectan al organismo jurídico vivo y palpitante de un pueblo. En cuanto a esto, hemos de observar que para llenar honestamente la función de estudio y exégesis de los artículos 12 y 13 es imprescindible ha-

---

<sup>3</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, Parte General*, Barcelona, 1982, pág. 92.

berse impuesto de sus antecedentes y documentado a fondo en la materia foral resultando siempre poca toda cautela y ponderación. Por esto la tendencia jurisprudencial a la asimilación de los artículos 12 y 13 nos parece exacta y racional, así como de estricta justicia la admisión de la vigencia del derecho romano en Mallorca, que es su más antigua legislación propia»<sup>4</sup>.

Hoy en día empero, y como es sabido, ha variado sustancialmente el marco legislativo en que se ubican los Derechos forales. Dada la nueva redacción de los artículos 12 y 13 del Código civil, la incidencia de los principios constitucionales, en especial la disposición adicional 1.<sup>a</sup>, en cuanto establece el respeto a los derechos históricos y forales, y el artículo 149.1.8, en cuanto sanciona la posibilidad de asunción de competencias legislativas por las comunidades autónomas sobre conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales allá donde existan; y habida cuenta, de otra parte, el artículo 10.22 del estatuto de autonomía de las Islas Baleares, aprobado por Ley Orgánica de 25 de febrero de 1983, que confiere a la comunidad autónoma competencia exclusiva en dichas materias, todo ello abona la conclusión de que el Derecho civil de las Islas Baleares se configura como un sistema jurídico autónomo, dentro del marco evidente del ordenamiento jurídico español y con sujeción, por tanto, a sus principios constitucionales, provisto de un sistema de fuentes propio y con elementos de autointegración y desarrollo a través de los principios generales que dan cohesión al sistema.

Es, por tanto, en este nuevo marco histórico jurídico en el que hay que situar la relación del Código civil con la Compilación del Derecho civil de Baleares y la aplicación de aquél dentro del Derecho civil balear.

## II. RELACION DEL CODIGO CIVIL CON EL DERECHO CIVIL BALEAR

### 1. Normas jurídicas de aplicación

Aparte de los artículos 12 y 13 del Código civil, cuya redacción sobradamente conocida se hace innecesario reproducir, y los preceptos constitucionales

---

<sup>4</sup> PASCUAL GONZALEZ, *Derecho civil de Mallorca*, edición Palma, 1979, pág. 55. Tratando del artículo 13 nos dice este autor que fue redactado con la firme creencia de que en previsible plazo aparecerían los anunciados apéndices. «Constituyó una solución transaccional transitoria, acogida con satisfacción general y, particularmente, por las personas de ideas liberales partidarias del uniformismo, tan en boga en extensos campos políticos en la segunda mitad del pasado siglo. Al prolongarse esta solución provisional más allá de uno o dos años, y alcanzar la avanzada edad de doce lustros ha producido unos resultados en disonancia con la satisfacción que motivó: problemas insolubles, incertidumbre en el derecho aplicable y confusión en importantes y delicadas áreas de nuestro derecho. Éstas son las secuelas que la magistratura y el foro mallorquín han padecido —y padecen aún— a consecuencia de la redacción del artículo que examinamos y de su antecedente y complemento el artículo 12».

les a los que se acaba de hacer referencia, es necesario tener en cuenta, en este punto, el juego que proporcionan varios preceptos de la Compilación de 19 de abril de 1961 y del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, aprobado mediante Ley Orgánica de 25 de febrero de 1983, al objeto de deducir de la combinación de los mismos las diversas conclusiones que puedan establecerse en la materia<sup>5</sup>.

Destacamos por tanto los siguientes preceptos de la Compilación del Derecho civil de Baleares:

*Artículo 2.º* De conformidad con lo establecido en el Código civil las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal.

Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrinas de que aquéllos se derivan.

*Disposición final 1.ª* Las normas del Derecho civil Especial Balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella.

*Disposición final 2.ª* 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.

Del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, intenta destacar los siguientes preceptos:

---

<sup>5</sup> Forzosamente hay que hacer referencia al Proyecto de revisión de la Compilación que, desde hace ya demasiado tiempo, está pendiente de ultimar su trámite parlamentario en el Parlament balear. Los preceptos actualmente en vigor aparecen con importantes modificaciones, según puede verse a continuación:

*«Artículo 1.º:* El Derecho civil de las islas Baleares regirá con preferencia al Código civil y demás leyes estatales, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de las normas de carácter civil que, según la propia Constitución, sean de aplicación directa y general.

El Derecho civil de las islas Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas.

En defecto de leyes y costumbres del Derecho balear se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico.»

Se mantiene la disposición final 1.ª, modificándose la disposición final 2.º —al haberse incorporado su doctrina al artículo 1.º del proyecto— que pasa a ser del tenor literal siguiente:

*«Disposición final 2.ª:* Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código civil se entienden hechas en su redacción actual.»



*Artículo 10.22.* En cuanto establece la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma.

*Artículo 47.* 1. En materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Islas Baleares es aplicable con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en el Estatuto.

2. En la determinación de las fuentes del Derecho civil especial de las Islas Baleares se respetarán las normas que en el mismo se establezcan.

3. En todo aquello que no esté regulado por el Derecho propio de las Islas Baleares será de aplicación supletoria el derecho del Estado.

De acuerdo con esta normativa que se acaba de exponer, la aplicación del Código civil de las Islas Baleares tendrá lugar a consecuencia de alguna de las tres posibilidades que a continuación se reseñan:

1. Aplicación directa del Código civil por imperativo del artículo 13 Cc.
2. Aplicación del Código civil por vía de remisión.
3. Aplicación del Código civil como derecho supletorio del Ordenamiento Civil Balear.

Paso a tratar separadamente cada uno de estos tres conceptos:

## **2. Aplicación directa del Código civil**

Como es sabido, el artículo 13 Cc establece que «las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España».

Se contienen, por tanto, en el precepto dos tipos de normas del Código civil, que serán de aplicación directa y general en todo el territorio nacional, las cuales paso a exponer por separado.

### **A. LAS DISPOSICIONES DEL TÍTULO PRELIMINAR**

De entrada, es absolutamente certera la matización que sobre el particular hace la doctrina al señalar que la aplicación general y directa de las normas del título preliminar solamente tiene lugar «en cuanto determinan los

efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación», por lo que hay ciertas materias contenidas y reguladas en el título preliminar en que no se da esta aplicación general y directa<sup>6</sup>.

Dada la actual división en capítulos del nuevo título preliminar, habría que concluir, en base a la titulación de estos mismos capítulos, que la materia a que se refiere el artículo 13 es la contenida en el capítulo II, titulado «Aplicación de las normas jurídicas», y en el capítulo III, titulado «Eficacia general de las normas jurídicas», pues se ajustan a la terminología utilizada en el artículo 13 del Código civil.

Obviamente serán de aplicación general y directa las normas de Derecho internacional privado, dado que en las mismas, se contempla como Ordenamiento de referencia el Derecho español, situándose, por tanto, en un contexto distinto respecto del Derecho civil balear.

También lo serán las normas sobre vecindad civil y Derecho interregional, pero debiéndose tener en cuenta la reforma que el Estatuto de Autonomía ha introducido en materia de adquisición de la vecindad civil, en cuanto a que los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las Islas Baleares, adquieran la nacionalidad española, quedarán sujetos al Derecho civil especial de las Islas Baleares mientras mantengan esta vecindad y salvo el caso de que manifiesten su voluntad en sentido contrario, norma constitutiva del artículo 6.2 del Estatuto de autonomía que hay que entender deroga claramente lo dispuesto en el artículo 15.1 del Código civil, en virtud del principio fundamental de que ley posterior deroga la anterior.

Aparte lo expuesto, es conveniente hacer referencia separada a las siguientes materias:

#### a) Fuentes del derecho

En puridad, el artículo 13 Cc no se refiere a ellas, pues los preceptos del Código civil sobre fuentes del Derecho están ubicados en el capítulo 1.º, a diferencia de los preceptos sobre aplicación y eficacia de las normas, claramente agrupados en los capítulos II y III.

Hay que creer que tal omisión es ciertamente intencionada, pues responde al deseo de respetar el sistema de fuentes de los Derechos forales, algunas de cuyas Compilaciones —art. 1.º 1 y 2.º de la Compilación aragonesa y Ley 2 de la navarra— presentan un sistema de fuentes propio. En este sentido hay que entender que la norma del artículo 13 es congruente con lo que se dispone en el párrafo 2.º del precepto en cuanto al respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que estén vigentes, pues este respeto

---

<sup>6</sup> Luis PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, edición Barcelona, pág. 224.

debe pasar, evidentemente por no tratar de imponer a los mismos un sistema de fuentes distinto del que les es propio.

Sin embargo, en la Compilación balear, al igual que en la catalana, no se contiene norma que haga una relación expresa a las fuentes del Derecho civil balear, y, de otra parte, la disposición final 1.<sup>a</sup> parece tajante al afirmar que las normas del Derecho civil especial balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de la Compilación quedan sustituidas por las contenidas en ella.

Habida cuenta de ello, es obvio que inmediatamente se nos plantean dos cuestiones: en primer lugar, la consideración de cuáles sean las fuentes del Derecho civil balear y, en particular, si ha desaparecido o no la costumbre como fuente dentro de nuestro Ordenamiento; y en segundo lugar la cuestión de si tiene o no tiene en la actualidad el Parlamento Balear competencia para legislar en materia de fuentes del Derecho civil balear.

Dejando para más adelante el estudio de la primera de estas cuestiones, y entrando, por tanto, en la segunda de ellas, hay que decir de entrada que este respeto de que venimos hablando al sistema de fuentes de los Derechos forales lo encontramos en el artículo 149.1.8 de la Constitución española que, al atribuir al Estado competencia en materia de determinación de las fuentes del Derecho, hace de nuevo una llamada de respeto a las normas de Derecho foral o especial.

Como es sabido, la doctrina ha tratado profusamente la cuestión de si la excepción propugnada —que, como es sabido, y en el contexto general del artículo 149.1.8, es llamada la excepción de la excepción de la excepción— es aplicable solamente a los Ordenamientos jurídicos que tienen un precepto que trata explícitamente de la cuestión, cual ocurre en Aragón y Navarra, o es ampliable a todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Indudablemente, y de entrada, ya se muestra del todo incompatible con el respeto proclamado a los Derechos forales y con la consideración de los mismos como Ordenamientos jurídicos propios, vedar la posibilidad de que los Organos legislativos de las correspondientes comunidades autónomas sean competentes para legislar sobre el sistema de fuentes, donde radica, precisamente la esencia y la entraña de los Derechos forales.

Es claro que el contenerse o no una norma sobre fuentes del Derecho en los textos compilados es fruto, tan sólo, de oportunidad histórico-legislativa, ya que las primeras Compilaciones en aparecer apuntaban una timidez impuesta por las condiciones políticas de la época que, incluso, funcionaban también como autocensura de los proyectos. En definitiva, lo que está fuera de toda duda es que, históricamente, tenían los Derechos forales su propio sistema de fuentes, sistema que, por el respeto que la propia Constitución proclama a los Derechos históricos o forales, tiene que ser mantenido, y que de-

termina la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para legislar sobre el mismo<sup>7</sup>.

Ha incidido en este punto el artículo 47.2 del Estatuto de Autonomía, cuyo texto se ha relacionado líneas atrás.

Ciertamente el precepto supone, como he tenido ocasión de decir, una precisión que los redactores de los Estatutos de Autonomía se vieron obligados a hacer, para que no se entendiera que, en esta importantísima materia, se hacía dejación de competencia al Estado, sino que, antes al contrario, se reclamaba la misma para la Comunidad Autónoma<sup>8</sup>.

En este sentido, se trasluce del precepto la necesidad de respetar las normas que se introduzcan en el Derecho civil balear sobre fuentes del Derecho; normas que, por cierto, se contienen ya en el proyecto de revisión, dada la declaración que el artículo 1.º in fine hace sobre la materia, conformando un sistema de fuentes basado en la trilogía de ley, costumbre y principios generales del Derecho balear.

#### b) Interpretación de las normas

Las normas sobre interpretación del artículo 3 Cc, de indudable aplicación al Derecho civil balear, no pueden dejar sin efecto la llamada que el artículo 2 Compilación hace a la tradición jurídica balear como elemento interpretativo, convirtiéndose la misma, por la dinámica propia del Derecho civil balear, en elemento de integración, ante la existencia de lagunas del texto compilado que no pueden colmarse acudiendo al Cc por tratarse de instituciones no reguladas por éste o por ir los preceptos del Cc contra los principios generales del Derecho balear<sup>9</sup>.

El proyecto de revisión se hace indudable eco de estas ideas, en el artículo 1.º, párrafo 2.º, según se ha visto.

El propio tenor literal del Decreto de 31 de mayo de 1974 reformador del título preliminar, coadyuva al reconocimiento de la tradición jurídica balear como primer elemento de interpretación e integración de las normas compiladas, al establecer el artículo 2.º del mismo que «el presente texto articulado

---

<sup>7</sup> ¿Cabe pensar —señala el profesor LACRUZ— que la Constitución haga valer frente a unos territorios la pérdida de su sistema tradicional de fuentes por obra de un ordenamiento que no pudo aprobar la población afectada? ¿Sería justa la diferencia de trato entre unos y otros países por la circunstancia más o menos fortuita o táctica de haberse adelantado o retrasado la redacción del Derecho propio? LACRUZ, *op. cit.*, pág. 108.

<sup>8</sup> MASOT MIQUEL, *Tratamiento del Derecho civil de las islas en el Estatuto de Autonomía, Estudis Balearics*, edición Palma, 1983, pág. 25.

<sup>9</sup> MASOT MIQUEL, *El Derecho civil de Mallorca después de la Compilación*, edición Palma, 1979, pág. 503. «La interpretación de que habla el artículo 2.º Compilación —decía— tiene que ser considerada como una auténtica interpretación integradora, ya que en ello radica la única posibilidad de que nuestro Derecho no muera asfixiado por la estrechez de la Compilación».

del Cc no altera lo regulado en las Compilaciones de los derechos especiales o forales». Lo cual no impide la toma en consideración de los demás elementos interpretativos del artículo 3 Cc, sin que exista especial relación de jerarquía entre ellos.

## B) LAS DISPOSICIONES DEL TÍTULO IV DEL LIBRO I

Antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975, reformadora del título IV del libro I del Cc, la doctrina había puesto de relieve el absurdo que suponía la aplicación directa y general del título en cuestión, ante el hecho de contenerse en el mismo normas totalmente contradictorias con el régimen de separación de bienes, cuales eran los antiguos artículos 59 (que confería al marido el cargo de Administrador de la Sociedad conyugal), 57 (sancionador de la obediencia de la esposa al marido), 60 y 61 (relativos a la licencia marital, etc.)<sup>10</sup>.

La afrenta era tanto más considerable si se tenía en cuenta que el artículo 5.º de la ley de bases de 1888 señalaba, tan sólo, como de aplicación directa y general, las disposiciones que se dicten en el desarrollo de la base 3.ª relativa a *las formas de matrimonio*; sin embargo, el Cc no se conformó con ello sino que reguló en este título el régimen de licencia marital, que, obviamente, chocaba frontalmente con la separación de bienes catalana y balear.

Pero, a Dios gracias, la propia evolución legislativa ha resuelto el agravio. De una parte, porque la Ley reformada de 2 de mayo de 1975 se llevó consigo —entre otras antiguallas— la licencia marital, de otra —y esencialmente—, por el hecho de que el nuevo y actual artículo 10 Cc excepciona de la aplicación directa y general —a pesar de su encuadre en el título IV del libro I— las normas relativas al régimen económico matrimonial, y de otra, por el hecho de que la Ley de 7 de julio de 1981, al dar nueva redacción al título IV del libro I, incluye, tan sólo, en el capítulo «de los derechos y deberes de los cónyuges» una serie de declaraciones de tipo exclusivamente personal —no patrimonial— que se pueden considerar, en su mayoría, derivación de los principios constitucionales de igualdad y protección a la familia, no presentando, en definitiva, obstáculo para su aplicación generalizada.

## 3. Aplicación del Código civil por remisión

### A) CONSIDERACIONES GENERALES

La Compilación balear nos presenta los siguientes casos de remisión al Cc:

— La del artículo 5.º, según el cual la constitución de dote será siempre voluntaria y se regirá por la ley común.

<sup>10</sup> Aunque algunos artículos de la Ley de 2 de mayo de 1975 seguían siendo contradictorios con los principios del régimen de separación, en particular los artículos 59, 60 y 65. Puede verse sobre el particular, PUIG FERROL-ROCA TRIAS, *op. cit.*, pág. 232.

– La del artículo 24, según la cual el derecho de acrecer se regirá por la legislación común, con las especialidades que marca el precepto.

– La del artículo 51, según la cual la sucesión *ab intestato* se regirá por el Código civil con las especialidades contenidas en la Compilación.

– La del artículo 54, regulador de la variedad consuetudinaria denominada «estatege», señalando dicho precepto, en su párrafo 2.º, que, en lo no previsto en el párrafo primero, será de aplicación lo dispuesto en el Código civil sobre el derecho de habitación.

– La remisión general del artículo 55, en materia de censos, alodios y demás derechos de naturaleza análoga, los cuales se regirán por el Código civil salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

– La del artículo 67, que reproduce, con relación a Ibiza y Formentera, la remisión del artículo 5.º.

– Y la remisión del párrafo 2.º del artículo 70, según la cual «pueden ordenar heredamiento quienes tengan capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales según el Código civil».

Son muchas más, por el contrario, las remisiones que se hacen en el proyecto de revisión, las cuales, sucintamente expuestas, son las siguientes:

– Artículo 4.º 4 sobre revocación de donaciones entre cónyuges por ingratitud. Se añaden a las causas revocatorias que establece el precepto las indicadas por el Código civil.

– Artículo 8.º Se contempla la posibilidad excepcional de revocar la donación universal de bienes presentes y futuros en caso de incumplimiento de cargas e ingratitud, de conformidad con lo establecido en el Código civil, y se establece que si se hubiere otorgado la donación universal por razón de matrimonio le serán de aplicación los artículos 1.342 y 1.343 Cc.

– Artículo 24. Se mantiene que el derecho de acrecer se regirá, salvo las especialidades forales, por el Código civil.

– Artículo 42. Se salva el derecho que los artículos 761 y 857 reconocen a los descendientes del declarado indigno y desheredado.

– Artículo 43, relativo a la legítima de los ascendientes. Se dice que las disposiciones del precepto han de entenderse sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 Cc.

– Artículo 45, relativo a la legítima del cónyuge viudo. Se dice que interpuesta la demanda de separación o aprobada la reconciliación se estará a lo prevenido en el artículo 835 Cc.

– Artículo 46. Se dice que la desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza no se probare si fuera contradicha, o que no sea algu-

na de las previstas en el Código civil, no anulará el testamento, quedando a salvo el derecho del preterido a reclamar la legítima.

– Artículo 49, relativo al pago de legítima. Se dice que los herederos podrán hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 Cc y el cónyuge viudo de la del artículo 840.

– Artículo 52. Se dice que en los testamentos se observarán las formalidades prescritas por el Código civil.

– Artículo 53. Se mantiene que la sucesión *ab intestato* se regirá por lo dispuesto en el Código civil, sin perjuicio de los derechos que reconoce al cónyuge viudo el artículo 45 Compilación.

– Artículo 55. Señala que los censos, alodios y demás derechos de naturaleza análoga se regirán «por lo dispuesto en este título y supletoriamente por el Código civil, a excepción de los artículos 1.636 y 1.642 (relativos a los derechos de tanteo y retracto de dueño directo y dueño útil), que no serán aplicables en ningún caso».

(Nótese que, en rigor, no estamos ante una remisión, sino ante una llamada al Código civil como derecho supletorio, lo cual supone un distinto tratamiento de la cuestión, según más adelante se verá.)

– Artículo 70, relativo, como los que siguen al Derecho de Ibiza-Formentera. Señala que «todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código civil, con las excepciones contenidas en este libro».

– Artículo 79, sobre legítima de los ascendientes, indicando que se regirá por los artículos 809 y 810 Cc, y lo establecido en este capítulo.

– Artículo 79, sobre legítima de los ascendientes, indicando que se regirá por los artículos 761 y 857 del Cc.

– Artículo 83.1. Insiste en esta misma salvedad.

– Artículo 84, según el cual la sucesión intestada en Ibiza y Formentera se rige por las normas del Cc.

Examinadas estas remisiones, llama poderosamente la atención la gran variedad de las mismas, particularmente en el proyecto de revisión. Unas de dichas remisiones lo son al Código civil, de manera generalizada, en todo lo concerniente a una institución (cual ocurre con la sucesión intestada en Mallorca e Ibiza y la testada en esta última isla), otras hacen referencia a la regulación del Código civil en aspectos concretos de una institución y otras finalmente descienden al detalle de los artículos.

Indudablemente, el concepto de remisión que debemos manejar es el que supone la existencia de un texto legal —la norma de remisión— que se refiere a otras disposiciones legales, citándolas por el número concreto del artículo o por la materia que regulan, de tal forma que estas últimas

quedan incorporadas a la normativa en la que está inserta la norma de remisión <sup>11</sup>.

Sin embargo, este concepto conviene por igual a las dos clases fundamentales de remisión existentes. La remisión, en efecto, será estática, cuando incorpora las disposiciones legales objeto de la remisión en la redacción que tienen al tiempo de efectuarse ésta, no afectándola las posibles modificaciones ulteriores de las mismas; mientras que la remisión será dinámica cuando las ulteriores modificaciones de las normas objeto de la remisión sevan introduciendo en la normativa que contiene la norma de remisión, a medida en que aquéllas se van produciendo.

En la técnica legislativa actual, y en contemplación del marco de convivencia de los diferentes Derechos territoriales del Estado español, se suele entender que estas remisiones tienen carácter estático, por tratarse de remisiones que tienen lugar entre Ordenamientos jurídicos diferenciados, en cuyo caso no sería lógico que la cámara legislativa de una Comunidad Autónoma acepte, de entrada, modificaciones de su propio Derecho civil que vendrían impuestos por el órgano legislativo de «otro Ordenamiento jurídico», aunque se trate del Derecho estatal <sup>12</sup>.

En este sentido, la disposición final 3.<sup>a</sup> de la Ley de 20 de marzo de 1984, modificativa de la Compilación del Derecho civil de Cataluña señala que «las remisiones que esta Compilación hace al articulado del Código civil se entenderán siempre efectuadas en su redacción actual»; y la disposición final de la Compilación de Aragón, modificada por la Ley de 21 de marzo de 1985, señala que «las remisiones que la Compilación del Derecho civil hace al articulado del Código civil se entenderán siempre hechas en su redacción actual». Un texto similar, según se ha visto, se contiene en la disposición final 2.<sup>o</sup> del proyecto de revisión de la Compilación balear.

A mi juicio, el tratamiento de la cuestión en Baleares tiene que diferenciarse notablemente —dada la importancia de un texto legal cual el que se acaba de transcribir—, según se trate de remisiones que se contienen en la actual Compilación o de las que se establecen en el proyecto de revisión, una vez éste entre en vigor, amparadas por la declaración expresiva de que la remisión se entiende hecha a la redacción actual de la norma objeto de la misma.

## B) LAS REMISIONES CONTENIDAS EN LA ACTUAL COMPILACION

Al abordar esta materia, hay que tener en cuenta que, no solamente no existe en la actual Compilación un texto aclaratorio de la índole o carácter de

---

<sup>11</sup> Ver sobre el particular Salvador CODERCH, *Comentaris a les Reformes del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1987, pág. 770.

<sup>12</sup> Salvador CODERCH, *op. cit.*, pág. 774.



las remisiones, sino que, además, y hasta hace pocos años, no existía tampoco en las Islas Baleares un parlamento autonómico con competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio.

Dentro de este contexto, no es extraño que las remisiones se hayan venido considerando como dinámicas, habiendo sido doctrina pacífica, en el ámbito balear, la consideración de que las modificaciones introducidas en la regulación de la sucesión intestada por la Ley de 13 de mayo de 1981 eran aplicables al Derecho balear, dada la remisión del artículo 51 Compilación. Incluso se palteó en la realidad el caso de una persona de importantísima fortuna que falleció intestado poco tiempo después de entrar en vigor dicha Ley, dejando como parientes más próximos el cónyuge viudo y dos hermanos. Pues bien, éstos admitieron pacíficamente que la modificación del Código civil efectuada por aquella Ley era aplicable a las Islas, y por tanto, que habían perdido, en favor del cónyuge viudo, su mejor derecho a suceder.

### **C) EXAMEN PORMENORIZADO DE LAS REMISIONES QUE EFECTUA LA COMPILACION**

#### **a) La del artículo 5.º, según la cual la dote se regirá por la ley común.**

La dote era en Mallorca de muy poco frecuente constitución, según se hace constar en los tratados clásicos en la materia, cuales son la Memoria de Ripoll y la obra de Pascual González.

Además, según la tradición jurídica mallorquina, siempre tuvo la dote carácter voluntario a diferencia de lo que se establecía en el Código civil. Por tal razón, chocaba en el texto compilado la remisión a la ley común, cuando, en la época de entrada en vigor de la Compilación, el artículo 1.340 Cc imponía el carácter obligatorio de la dote.

La cuestión no tenía mayor importancia debido al nulo uso de la institución.

Hoy en día, no conteniéndose en el Código civil, tras la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, disposiciones sobre la dote, no podía mantenerse esta remisión; de ahí que en el proyecto de revisión de la Compilación se haya optado por modificar el artículo 5.º, manteniendo el carácter voluntario de la dote y pasando a establecer que la misma se regulará por lo establecido en la escritura de constitución y, supletoriamente, por el régimen que tradicionalmente le ha sido de aplicación en Mallorca.

#### **b) La del artículo 24, en cuanto al derecho de acrecer**

El derecho de acrecer tiene en el Derecho balear una fundamentación que desborda su razón de ser en el Código civil, pues es una consecuencia necesaria del principio de universalidad de la sucesión del heredero —uno de los

principios generales del Derecho sucesorio mallorquín— por imperativo del cual, el heredero —en su condición de sucesor del causante— se entiende llamado a todos los bienes de la herencia que no hayan sido objeto de disposición particular o legado, revirtiendo, por tanto, a su favor las porciones vacantes; de no darse lugar a este acrecimiento, habría que llamar a los herederos *ab intestato*, lo cual no es posible por aplicación del principio NEMO PRO PARTE<sup>13</sup>.

Ello determina el carácter forzoso del derecho de acrecer, que no podrá así ser renunciado por el heredero beneficiario del mismo; con lo cual se excluye la aplicación del artículo 986 Cc que, precisamente, regula el destino de las porciones vacantes al no haber tenido lugar el juego de dicho derecho.

Igualmente los artículos 982 y 983 Cc, reguladores de los supuestos en que tiene lugar el derecho de acrecer en la sucesión testada, tienen que interpretarse en el sentido de que, siempre que existan porciones vacantes juega el derecho de acrecer, incrementándose con ellas proporcionalmente las cuotas de todos los coherederos, según señala el artículo 24.2.º Compilación<sup>14</sup>.

### c) La remisión del artículo 51 en materia de sucesión intestada

Señala dicho precepto que la sucesión *ab intestato* se regirá por el Código civil salvo las especialidades contenidas en esta Compilación.

Nos encontramos ante una remisión de carácter general, por la que se da amplia entrada al Código civil. La única barrera a dicha vigencia son «las especialidades contenidas en esta Compilación» que, según ha señalado la doctrina<sup>15</sup>, se contienen no solamente en los artículos 52 y 53, sino también en los artículos 6, 7 y 17 disposición final 2.ª.

Ciertamente, la sucesión intestada mallorquina presenta, a mi juicio, como primera característica esencial, una especial subsidiariedad respecto de la sucesión testada y la contractual, en el sentido de ser incompatible con las mismas dada la vigencia del principio NEMO PRO PARTE sancionado por el artículo 7.º Compilación.

Combinado ello con la especial incidencia del derecho de acrecer, que impide la existencia de porciones vacantes en las que pueda operar la sucesión intestada, determina que ésta no puede entrar en juego cuando existe sucesión testada o donación universal de bienes presentes y futuros, y ello aunque el causante no hubiera dispuesto de la totalidad de la herencia, pues, dado el carácter expansivo de la condición de heredero, a éste acrecerán tales porcio-

<sup>13</sup> MASOT MIQUEL, *El Derecho civil de Mallorca...*, pág. 580.

<sup>14</sup> VERGER GARAU señala que «actualmente el artículo 983 Cc al que remite el artículo 24. Compilación es aplicable a Baleares», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1.º, Madrid, 1980, pág. 474.

<sup>15</sup> MIR DE LA FUENTE, *Comentarios...*, pág. 806.

nes vacantes. Incluso en caso de existir un único heredero en cosa cierta, se le tiene, cual señala el artículo 15 Compilación, como heredero universal en cuanto al resto de la herencia, con la cual se excluye totalmente el juego de la sucesión intestada<sup>16</sup>.

Por tanto, la aplicación de los preceptos del Código civil sobre sucesión intestada resulta condicionada por las especialidades forales reseñadas.

#### d) **La remisión del artículo 54, párrafo 2.º, relativa al dret d'estatge**

El dret d'estatge, nacido para proteger especialmente a las hijas, a fin de asegurarles, particularmente para el caso de permanecer solteras, una morada u hogar de la que siempre disponer, es una institución de uso casi nulo hoy en día. Presenta además muy pocas peculiaridades, habiéndose, incluso, aventurado en algunos casos la innecesariedad de incluir esta variedad en la Compilación por tener cabida en los términos flexibles del artículo 523 Cc; aunque no dejaba de tener razón Pascual González cuando, abogando por su inclusión, señalaba que con el empleo de una sola palabra —ESTATGE— el pueblo expresaba de manera sintética un concepto conocido que evitaba tener que incluir pactos sobre su regulación en los títulos constitutivos de tal derecho<sup>17</sup>.

En rigor, se regirá, en primer término, el dret d'estatge por las disposiciones contenidas en su título constitutivo. En segundo lugar, y en lo que aquéllas no previeren, por el artículo 54 Compilación, que configura el dret d'estatge como un derecho, personalísimo e intransmisible, de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que la afecten. Y en tercer lugar, y sólo en lo no previsto en el precepto, entrarían en juego las disposiciones del Código civil, que, en realidad, y salvo que a aquéllas se remitan expresamente las partes, poco tienen que decir, pues, o bien coinciden con lo dispuesto por la Compilación —conceptuación del derecho, su intransmisibilidad— o están en contradicción con la misma, cual ocurre con el supuesto contemplado por el artículo 527 Cc, en el que el titular del derecho de habitación ocupa toda la casa, supuesto que ya no sería un dret d'estatge, sino un derecho de habitación estipulado conforme al Código civil u otra variedad real atípica.

En este caso, por tanto, y a pesar de la clara norma de remisión del párrafo 2.º del artículo 54, és lo cierto que los preceptos del Código civil apenas pueden entrar en juego.

<sup>16</sup> MASOT MIQUEL, *El Derecho civil de Mallorca...*, pág. 623.

<sup>17</sup> PASCUAL GONZALEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Palma, 1979, pág. 417.

### e) **Las remisiones en materia de censos y alodios**

Se contenían en realidad en la Compilación dos remisiones:

– La general del artículo 55.

– la especial del artículo 63, párrafo 3.º, en materia de redención de alodios. Totalmente innecesaria dada la primera de ellas. Hoy desaparecida en virtud del nuevo texto del artículo 63 aprobado por Ley del Parlamento balear de 11 de abril de 1985.

El tenor literal del artículo 55 Compilación —«los censos, alodios y derechos de naturaleza análoga se regirán por el Código civil, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes»— supone una norma de remisión expresa a los preceptos del Código civil sobre la materia, que regirán siempre que no se opongan sus preceptos a las especialidades forales contenidas en la Compilación o derivadas de la tradición jurídica balear. Y ello aun cuando el alodio es una variedad típica mallorquina que no está regulada ni aludida en los preceptos del Código civil; sin embargo, es claro que la figura participa de la naturaleza del censo enfiteútico, según señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de mayo de 1976, en la que se dice que el censo enfiteútico mallorquín conocido con el nombre de alodio es similar a la enfiteusis del Derecho común cuyas reglas le son de aplicación<sup>18</sup>.

La remisión a los preceptos del Código civil es particularmente interesante en esta materia, pues permite colmar bastantes lagunas de la Compilación, muy parca en la regulación de ésta y de todas las instituciones.

En concreto, se pueden considerar vigentes en el Derecho civil balear los siguientes preceptos del Código civil:

– Artículos 1.636 a 1.642 sobre establecimiento de derechos recíprocos de tanteo y retracto para dueño directo y dueño útil siempre que cualquiera de ellos venda o dé en pago su respectivo derecho sobre la finca enfiteútica. Supone un avance sobre la tradición foral en la que sólo el dueño directo tenía derecho de fadiga o facultad prelativa de adquisición.

Pero en el proyecto de revisión se procede, acertadamente, a la eliminación de tales derechos por entenderse —cual se dice en la exposición de motivos del proyecto revisorio— que «no integran la esencia de las instituciones de que se trata, y de esta manera se completa y refuerza la reforma ya vigente del artículo 63 Compilación».

– Artículo 1.615 sobre lugar de pago del laudemio, preferible sobre la tradición foral que establecía como tal el domicilio del censualista siempre que lo tuviera en la Isla.

---

<sup>18</sup> MIR DE LA FUENTE, considera que la remisión del artículo 55 es de plena aplicación al censo enfiteútico pero es más discutible que lo sea al alodio, *Comentarios...*, págs. 870 y 926.

– Artículo 1.653 sobre reversión al dueño directo de la finca en caso de fallecimiento del enfiteuta sin haber dispuesto de la finca y a falta de herederos testamentarios, y parientes dentro del 6.º grado (hoy hay que entender 4.º grado) del último enfiteuta.

Aunque ha sido discutida tal posibilidad<sup>19</sup> parece plausible admitir el juego del precepto en cuanto consolida en un solo titular las dos clases de dominio, limitándose, por otra parte, tan sólo a excluir la sucesión del Estado. Lo que resulta absurdo y discriminatorio es establecer sólo tal derecho en favor del dueño directo, vedando al dueño útil la posibilidad, en los mismos casos, de consolidar su dominio.

– Artículo 1.644 a sensu contrario, en cuanto limita a las transmisiones onerosas el supuesto de devengo de laudemio, entroncando con la tradición foral existente sobre el particular.

En cambio, hay dos preceptos del Código civil que no pueden ser objeto de aplicación por ir en contra de las normas compiladas o tradición jurídica balear. Tal ocurriría en los siguientes supuestos:

– Artículo 1.609, por cuanto no parece que tradicionalmente se haya exigido nunca el preaviso para la redención de los censos. Lo normal ha sido que éstos se puedan redimir «en cualquier tiempo», y así lo expresa para los alodios el artículo 63 Compilación.

– Artículo 1.611, dado que el artículo 57 Compilación establece normas distintas para el cómputo de la pensión en la determinación del capital de los censos.

– Artículos 1.618 y 1.619, por cuanto es tradición foral —y hoy norma compilada, el artículo 59 Compilación— la posibilidad de dividir la finca acensuada aún sin permiso del censalista.

– Artículo 1.620, dado que el artículo 60 —siguiendo la tradición foral— establece la imprescriptibilidad del capital de los censos. Situación ciertamente provisional, dado que en el proyecto de revisión se establece el principio de la prescriptibilidad, terminando con una excepción tan incomprensible como injustificada.

– Artículos 1.648, 1.649 y 1.650 al no existir comiso en la enfiteusis mallorquina.

– Artículo 1.647, al prever el artículo 58 Compilación un sistema distinto de reconocimiento del derecho del dueño directo.

Otros preceptos presentan algunas particularidades. Así el artículo 1.623, al establecer que los censos producen acción real sobre la finca gravada, coincide con la tradición mallorquina sobre el particular. Pero no puede interpre-

---

<sup>19</sup> MIR DE LA FUENTE, *op. cit.*, pág. 926.

tarse el precepto en el sentido de que no se deba dirigir la acción contra quien resulta ser el titular del dominio útil o censatario, pues no se le puede privar a éste de la finca sin demandarle debidamente.

Igualmente el artículo 1.622, relativo al pago de contribuciones e impuestos de la finca acensuada, diciendo que los satisfará el censatario, pero podrá descontar, al verificar el pago de la pensión, los impuestos que correspondan al censalista, es de difícil aplicación dado que las leyes fiscales no contemplan, a efectos tributarios, esta división del dominio.

**f) La remisión del artículo 67, relativa a Ibiza y Formentera, en materia de dote**

Aunque no tan infrecuente como en Mallorca ha decrecido también muy considerablemente, en los últimos años, la constitución de dote en Ibiza y Formentera. En estas Islas la dote suele consistir, en los pocos casos en que se constituye, en un pacto de los capítulos matrimoniales o espolits otorgados entre integrantes de la población rural.

Como se decía al tratar de la remisión del artículo 5.º, no tiene hoy sentido referir la regulación de la dote a la ley común cuando el Código civil la ha erradicado.

En estas circunstancias parece plausible lo dispuesto en el artículo 66.5 del proyecto, al señalar que cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias —y, entre otras, a la constitución de dote o de «escreix»— se estará a lo pactado y se interpretarán aquéllas con arreglo a costumbre.

**g) La remisión que efectúa el artículo 70 al declarar que pueden ordenar heredamiento quienes tienen capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales**

La llamada al Código civil hay que entenderla referida, antes de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, al artículo 1.318, y, en la actualidad, y tras dicha Ley, al artículo 1.329, según el cual «el menor que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación».

Según señala Cerdá Gimeno<sup>20</sup> no existían reglas especiales de capacidad para otorgar capitulaciones en las leyes antiguas porque el Derecho romano no regulaba esta materia. Con la generalización posterior de los pactos nupciales en la Edad Media se fue creando un estado de opinión según el cual

---

<sup>20</sup> CERDA GIMENO, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 2.º, Madrid, 1981, pág. 55.

todo el que puede otorgar matrimonio válido está capacitado para otorgar pactos nupciales: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Indudablemente, el peso de dicha tradición debe tenerse en cuenta para interpretar el actual artículo 1.329.

De entrada, parece que se podrían distinguir dos supuestos, según que las capitulaciones se otorgaran una vez celebrado el matrimonio o antes del mismo. En el primer caso, dado que el matrimonio produce de derecho la emancipación (art. 316 Cc) y no figura al otorgamiento de capítulos —ni el heredamiento, claro está— entre los contratos o negocios jurídicos para los que se precise complemento de capacidad, no sería éste necesario, a no darse el anómalo caso de incluirse dentro de los capítulos alguno de los supuestos exceptuados a los que se refieren los artículos 323 y 324 Cc.

Por el contrario, tratándose de capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio sí podría pensarse que sería preciso el complemento de capacidad, salvo si se limitan los otorgantes a pactar el régimen de separación de bienes o participación. Pero, debiéndose añadir de inmediato que lo normal es, precisamente, en Ibiza y Formentera que se pacte el régimen de separación de bienes, por lo que, normalmente, existirá capacidad para el otorgamiento de los heredamientos a través de los capítulos.

#### **D) LAS REMISIONES QUE SE CONTIENEN EN EL PROYECTO DE REVISION**

Dado el influjo de la disposición final 2.<sup>a</sup>, del nuevo texto, es evidente que, una vez aprobado el proyecto de revisión, las remisiones pasarán a tener carácter estático, quedando por tanto incorporados al Derecho civil balear los preceptos del Código civil en su actual redacción; o, mejor diríamos, en la redacción que tengan al momento de entrar en vigor el nuevo texto revisado.

Y ello no solamente por el imperativo resultante de la disposición final 2.<sup>o</sup>, sino también por el hecho de existir, en la actualidad, en la Comunidad Autónoma balear, un órgano legislativo —el Parlament— con competencias sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil balear, situación que no existía con anterioridad a la aprobación del Estatuto de Autonomía. En estas circunstancias actuales, no sería de recibo que el Parlamento hiciera dejación de facultades a favor de otro órgano legislativo —aunque sea el del Estado— en estas materias constitutivas del Derecho civil propio. Que es el efecto que, indefectiblemente, se produciría de entenderse que las remisiones tienen carácter dinámico.

En rigor, pues, estos preceptos del Código civil que constituyen el objeto de la remisión quedan incorporados al Derecho civil balear: es, en puridad, como si su contenido se transcribiera, punto por punto, en la Compilación, lo

cual no se hace para evitar inútiles repeticiones, y porque con la simple remisión queda perfectamente determinado el texto legal objeto de la misma.

Dos son las cuestiones más importantes que se plantean en este punto en cuanto a la posibilidad de suscitar dudas; y voy a referirme a las mismas por separado.

#### a) **Las remisiones de carácter general**

Examinado el conjunto de remisiones que nos presenta el proyecto revisorio, encontramos con frecuencia —al lado de remisiones a preceptos concretos del Código civil— remisiones de carácter general, figurando asimismo alguna de ellas en la actual Compilación.

En concreto, podemos citar las siguientes:

- La remisión a la regulación del Código civil en materia de derecho de acrecer (art. 24).
- En materia de sucesión *ab intestato* (art. 53) en Mallorca.
- La sucesión testamentaria en Ibiza, según el artículo 70, en el que se dice que «todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código Civil con las excepciones contenidas en este libro».
- La sucesión intestada en Ibiza y Formentera, que, según el artículo 84, se rige por las normas del Código civil.

La cuestión que se plantea es evidente: ¿Hay que entender que, con esta remisión, se produce el efecto general de la remisión estática, con la consiguiente incorporación al Derecho civil balear de las normas objeto de la remisión, que en estos casos serían el bloque de normas del Código civil sobre derechos de acrecer, sucesión intestada o sucesión testamentaria?

Entiendo que la respuesta, en congruencia con los argumentos esgrimidos para defender, en todo caso, el carácter estático de las remisiones, tiene que ser también afirmativa.

Y no solamente por los argumentos relacionados —disposición final 2.<sup>a</sup> y existencia de un Parlament balear con facultades para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio—, sino porque tal conclusión está asimismo en íntima conexión con la conceptualización de los Derechos civiles territoriales hoy en día, tras la reforma del título preliminar del Código civil, la aprobación de la Constitución de 1978 y la entrada en vigor de los Estatutos de Autonomía, como sistemas jurídicos autónomos con capacidad de autointegración.

En el caso del Derecho civil balear, es obvio que estamos ante un ordenamiento de carácter marcadamente familiar y sucesorio, que tiene su propio sistema de fuentes y que se fundamenta en unos principios distintos a los del



Código civil a pesar de su coincidencia en algún caso. Por lo que es congruente que, hasta donde alcance el Derecho familiar y sucesorio, llegue la competencia del órgano legislativo de la Comunidad Autónoma para regular sobre la materia. En definitiva, es hoy en las Islas voluntad general que la sucesión intestada, por ejemplo, se rija por el Código civil, porque se encuentra acertada su actual regulación; pero sin menoscabo del derecho del Parlamento de modificarla en el futuro o de mantener la actual si el Código civil fuese objeto a su vez de modificación, de acuerdo siempre con lo que demanda el proceso de adaptación del Derecho positivo a la realidad social.

#### b) **Las remisiones a instituciones ajenas al Derecho civil balear e incluso contrarias a sus principios**

Tal es el problema que se plantea con las remisiones que el proyecto de revisión hace a los artículos 811, 839 y 840 Cc.

El artículo 43 del proyecto señala que lo dispuesto en el mismo sobre legítima de los ascendientes, debe entenderse sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 Cc. Y el artículo 49, relativo al pago de la legítima, señala que los herederos podrán hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 Cc (satisfacer el cónyuge viudo su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo...) y el cónyuge viudo de la del artículo 840 Cc (el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 837 Cc, sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios).

El problema radica en que la reserva lineal del artículo 811 Cc no tiene tradición histórica alguna en el Derecho civil balear, señalando Pascual González que se trata de un elemento extraño y anómalo en el armónico sistema sucesorio romano, por lo que no debería ser de aplicación en Mallorca, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo y la Audiencia de Palma la hayan introducido, lo cual, en palabras de dicho autor, «ha ocasionado no pocos trastornos y perturbaciones con respecto a situaciones jurídicas que se creían ya consolidadas»<sup>21</sup>.

Y las facultades de los artículos 839 y 840 están en contra de un principio fundamental del Derecho de Mallorca, cual es la conceptualización de la legítima como *parts bonorum hereditatis*<sup>22</sup>, consagrado hoy por el artículo 46 Compilación al decir que la legítima tiene que ser pagada en bienes de la herencia. El proyecto de revisión ha comenzado a introducir una serie de excepciones a este principio, y entre ellas, están las dos posibilidades recogidas por los artículos 839 y 840 Cc.

<sup>21</sup> PASCUAL GONZALEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Palma, 1979, pág. 343.

<sup>22</sup> FERRER PONS, *Comentarios...*, pág. 695.

A mi juicio, a pesar de la falta de tradición histórica en el caso del artículo 811 y aun cuando los artículos 839 y 840 chocan con dicha tradición, el hecho de que el legislador balear haga una referencia a dichos preceptos para sancionar su vigencia dentro del Derecho civil de Mallorca, supone que se asume el contenido de estos preceptos y que los mismos quedan así incorporados al Derecho civil propio de las Islas, pasando a ser unas instituciones sobre las cuales se podrá extender, en el futuro, la mano modificadora del legislador balear.

En el proceso de ajuste del Derecho a la realidad social que contempla, será inevitable, en ocasiones, introducir quiebras o excepciones en la tradición jurídica balear e, incluso, legislar abiertamente en contra de sus principios e instituciones, cuando resulte que la tradición no sirve ya de acomodo a las siempre cambiantes realidades sociales. En tal caso, introducir estos preceptos del Código civil que actualmente son inaplicables, puede ser plausible, si armonizan —como realmente lo hacen— con los deseos, reiteradamente expuestos, por hijos y cónyuge viudo y, al ser incorporadas estas instituciones al Derecho civil balear, sancionan ya la futura competencia del Organismo legislativo de la Comunidad Autónoma para legislar en torno a ellas.

No otra cosa es lo que ha venido sucediendo —a título de ejemplo— con la cuarta marital, absolutamente arraigada en las rancias tradiciones forales —todavía hoy las señoras de edad que enviudaban hablan, particularmente en los pueblos, de su derecho «a la cuarta»—, pero que, por su problemática y afectar sólo a la esposa y no al marido, fue sustituida en la Compilación de 1961 por unos derechos en usufructo de contenido similar a los del Código civil. Obviamente, a partir de ahí puede ya el Legislador balear regularlos en la manera que tenga por conveniente, que es precisamente lo que se hace en el proyecto aumentando la cuantía de los mismos.

Todo ello entra perfectamente dentro de las facultades de conservación, modificación y desarrollo atribuidas constitucionalmente al Parlamento de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

## **4. Aplicación del Código civil como Derecho supletorio**

### **A) CONSIDERACIONES GENERALES**

La actual Compilación llama en su disposición final 2.<sup>a</sup> al Código civil como Derecho supletorio, diciendo que en lo no previsto en la misma regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general.

Por su parte, el proyecto de revisión señala en el artículo 1.<sup>o</sup> *in fine* que «en defecto de leyes y costumbres del Derecho balear se aplicará supletoria-

mente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico».

Curiosamente, no encontramos en los proyectos anteriores de 1903 y 1920 llamada alguna al Código civil como Derecho supletorio y, en el proyecto de 1949, no solamente no se contiene tal llamada, sino que, en el artículo 2.º del mismo, se decía que «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 dimana aquéllos, 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 fuentes de derecho supletorio de este Apéndice para todas las materias en él recogidas o mencionadas». No importa decir que el proyecto de 1949 no llegó a ser ley.

La cláusula de supletoriedad del Código civil ha de ser entendida partiendo de la base de una lógica preferencia del Derecho balear, proclamada hoy por el artículo 2.º de la Compilación y por el artículo 47 del Estatuto de Autonomía así como por el artículo 1.º del proyecto revisorio. Preferencia, por tanto, que determina que la aplicación del Código civil como Derecho supletorio esté doblemente condicionada: de una parte a la falta de norma jurídica en el Derecho de preferencia, tanto se trate de ley, integrada con la tradición jurídica balear, o costumbre y, de otra parte, a que la norma del Derecho supletorio a aplicar esté totalmente de acuerdo con los principios generales que informan el Ordenamiento en que se introduce la norma supletoria. Voy a examinar, por tanto —con la lógica brevedad impuesta por las circunstancias— estos dos condicionamientos.

## **B) LA FALTA DE NORMA JURIDICA APLICABLE EN EL DERECHO CIVIL BALEAR. LA COSTUMBRE. LA TRADICION JURIDICA BALEAR**

Ya se ha visto que sólo entrará en juego el Código civil como Derecho supletorio en el caso de no existir en el Derecho civil balear norma que resuelva la cuestión. Mas, ¿puede entenderse que las únicas normas de este Ordenamiento son los preceptos de la Compilación, como podría deducirse de la disposición final 1.ª de la misma, según la cual las normas del Derecho civil balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella?

El precepto es, a todas luces, desafortunado e inexacto, y ello por un doble motivo:

— Por desconocer la propia llamada que el artículo 2.º Compilación hace a la «tradición jurídica balear» como elemento interpretativo de los preceptos de la Compilación; interpretación que se ha postulado siempre que debe entenderse en un carácter integrador, pues son muchísimos los aspectos de las instituciones del Derecho civil balear que no son ni contemplados ni aludidos por los preceptos de la Compilación y, por tanto, pretender que, ante el silencio de ésta, entraría ya en vigor el Código civil es absolutamente inviable, dado que la mayoría de las instituciones del Derecho balear no son reguladas en el Código civil o, incluso, parten de principios antitéticos a los del mismo.

— Y porque, aun cuando un examen literal y precipitado de los preceptos de la actual Compilación pudiera hacer creer otra cosa, no se excluye el juego de la costumbre como segunda fuente del Ordenamiento jurídico; por lo que, a falta de norma legal —precepto de la Compilación o ley del Parlament balear o integración de dichas normas a través de la tradición jurídica balear—, deberá examinarse la posible incidencia de una costumbre, antes de acudir al Código civil como Derecho supletorio. Así se expresa claramente en el artículo 1.º del proyecto, al decirse que se aplicará supletoriamente el Código civil «en defecto de leyes y costumbres del Derecho balear».

Ciertamente, el tenor literal de la disposición final 1.ª es preocupante, al dar a entender que las normas del Derecho civil balear quedan circunscritas a los preceptos de la Compilación (bien que interpretados e integrados de acuerdo con la tradición jurídica balear), y llamar después en la disposición final 2.ª al Código civil en lo no previsto en la Compilación.

Pero, ¿puede suponer el juego de estos dos artículos la desaparición de la costumbre como fuente del Derecho civil balear? Hace pocos años, una sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 23 de febrero de 1985 (Ponente señor Calvo Cabello), se planteaba la disyuntiva de si, por aplicación de las disposiciones finales de la Compilación «había que establecer el criterio excluyente de toda costumbre no recogida en la norma compilada o, si por el contrario, con base a distintos recursos interpretativos impulsados por el natural y legítimo instinto de conservación del Derecho foral, podría sustentarse el criterio favorable a la subsistencia de toda costumbre», concluyendo que, en el caso contemplado, no había razón a pronunciarse, por la similitud entre la norma consuetudinaria —cuya existencia, decía la sentencia, anterior a la Compilación ha sido sólidamente acreditada— con la norma del Código civil de aplicación al caso. El problema, por tanto, que plantean las disposiciones finales de la Compilación es obvio.

En rigor, existen en Baleares múltiples costumbres, de carácter fundamentalmente agrario, relativas a los contratos de arrendamientos rústicos y aparcerías que dejan sin aplicación algunos de los preceptos de la ley especial sobre la materia e, igualmente, existen costumbres en materia de servidumbre

de medianería, aguas y trabajos agrícolas. No puede pretenderse que todo ello desapareció por el desafortunado texto de las disposiciones finales que estoy comentando.

Y así, en el proyecto de revisión se ha entendido que no podía ignorarse la existencia de la costumbre como fuente del Derecho y, aun cuando se ha mantenido la disposición final 1.<sup>a</sup> —indudablemente como válvula de seguridad para impedir la aplicación del Derecho romano— no solamente se condiciona, como hemos visto, al «defecto de leyes y costumbres del Derecho balear» la aplicación supletoria del Código civil, sino que, además, se dice en la Exposición de Motivos que «existen fuera de la normativa de la Compilación y del proyecto 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 consiguiente, plenamente vigentes, sin que puedan considerarse derogadas por la disposición final 1.<sup>a</sup> de este propio anteproyecto, en cuanto a 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...». Entre estas costumbres —se acaba diciendo— deben destacarse las referentes a servidumbres —especialmente las de medianería— arrendamientos rústicos y aparcerías, muchas de ellas de continua aplicación por los Tribunales de las Islas.

Sin duda alguna, el mantenimiento en el proyecto de revisión de la disposición final 1.<sup>a</sup> obedece a la necesidad de proclamar la desaparición del Derecho romano justiniano como Derecho supletorio, preocupación que, antes de la Compilación, anidaba en los juristas de Baleares al igual que en los catalanes. Se entendía que la aplicación directa del Derecho romano justiniano determinaba una dispersión de fuentes que hacía prácticamente imposible el conocimiento exacto del Derecho a aplicar, pugnando con la seguridad y certeza del Derecho; situación tanto más contradictoria, si se comparaba con la sistematización que se había operado en el Derecho castellano a través del Código civil. En este sentido, señala Clar Garau que «cuando se elabora la Compilación el gran problema nuestro residía en la dispersión y poca concreción de nuestro Derecho foral y la eterna duda del Derecho romano como derecho supletorio. Lo que pretende esta disposición final es clarificar la normativa balear y establecer, de una vez, que el Derecho justiniano deje de ser derecho supletorio» y que en las Baleares el único Derecho aplicable con carácter de ley escrita es el contenido en la Compilación<sup>23</sup>.

Es significativo que en Cataluña, donde el problema es similar, no solamente se establece en la Compilación de 1960 una disposición de tal tenor

---

<sup>23</sup> CLAR GARAU, *Comentarios...*, pág. 50.

literal, sino que, además, se mantiene un precepto similar en la Ley reformadora de 20 de marzo de 1984, cuya disposición final 1.<sup>a</sup> proclama:

«Sin perjuicio de la competencia exclusiva de la Generalidad sobre el Derecho civil catalán en relación a su conservación, modificación y desarrollo, las normas de Derecho civil de Cataluña, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes al promulgarse la Compilación de 21 de julio de 1960, quedan sustituidas por las contenidas en ella».

Sin lugar a dudas, estas disposiciones finales 1.<sup>a</sup>, con textos parejos en las Compilaciones catalana y balear, constituyen una especie de síntesis de dos tendencias radicalmente diferenciadas.

Una, sobre la base de la tradición foral, hacía una llamada expresa a los Derechos históricos, usos y costumbres, ante el silencio o insuficiencia de los preceptos de la Compilación. Es manifestación de esta tendencia tanto el artículo 2.º del proyecto de 1949 —al que anteriormente he hecho referencia— como el proyecto de Compilación catalana de 1955, que en su artículo 5.º propicia la interpretación e integración de los preceptos de la Compilación mediante los textos originarios de las Constituciones y altres drets de Catalunya text de 1704, *Corpus Iuris Canonici* y legislación canónica recibida posteriormente, *Corpus Iuris Civilis*, doctrina común y constante de los autores de Derecho catalán, canónico y romano y opiniones de los autores aceptadas en Sentencias de la antigua Audiencia Real de Cataluña o del Tribunal Supremo de Justicia por el orden de prelación que así queda establecido.

La otra, radicalmente centralista, propugnaba lisa y llanamente una norma derogatoria del Derecho histórico.

La solución de síntesis entre estas tendencias consistió, de una parte, en establecer una SUSTITUCION en vez de una DEROGACION: Las normas del Derecho civil balear, escrito o consuetudinario, vigentes a la promulgación de la Compilación no quedaban derogadas, pero sí SUSTITUIDAS por las contenidas en ella. Y, de otra parte, se instauró un nuevo concepto jurídico mediante la denominada TRADICION JURIDICA BALEAR, como elemento interpretativo de los preceptos de la Compilación, viniendo encarnada en las antiguas Leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan.

Es claro, por tanto, que se había introducido una fórmula genérica y ambigua. Simplemente, el Derecho histórico se había convertido en un elemento más de interpretación pero sin que, en modo alguno, pudiera ser de directa aplicación ni vincular al intérprete.

Como ha dicho Salvador Coderch, con relación al Derecho civil catalán, se trata de una fórmula más genérica y más débil que la original del proyecto de 1955, dado que no se establecía prelación de fuentes alguna, concluyendo que

la normativa sobre fuentes preconizada en el proyecto de 1955, se transformó en la Compilación de 1960, en un método de análisis del Derecho compilado, con la secuela de que se dejaba más libertad al intérprete, pues al ser la regla compilada de 1960 más genérica que la precedente de 1955, era más flexible y abstracta<sup>24</sup>.

En definitiva, la conclusión a la que pueda llegarse es —a mi juicio— que no fue especialmente feliz la redacción de la disposición final 1.<sup>a</sup> de la Compilación balear.

En primer lugar porque no era necesario acudir a un texto de tan drástico sentido para apuntar a la no aplicabilidad del Derecho romano justiniano, salvo como elemento interpretativo, que podía haberse declarado sin mayores ambages en vez de pontificar la reducción del Derecho civil balear a los 76 escuálidos preceptos de la raquíca Compilación. Pero es que, en segundo lugar, existía, en este punto, una diferencia fundamental con la Compilación catalana; mientras en ésta aparecían reguladas detalladamente la mayoría de las instituciones integrantes de su Derecho, saliendo del esquema familiar y sucesorio para regular también las instituciones de matiz contractual y real, no ocurre lo mismo respecto de la Compilación balear, en la que se dejaron de lado la regulación de instituciones contractuales consuetudinarias, cuyo reconocimiento pugna después por abrirse paso ante el tenor literal de la disposición final 1.<sup>a</sup> de la Compilación.

La última consideración que voy a hacer en este punto, radica en aludir al papel que desempeña la tradición jurídica balear como elemento de interpretación e integración de la norma compilada y, por tanto, en razón a una posible exclusión del juego del Código civil como Derecho supletorio.

De entrada, se ha visto ya que la Ley reformadora del título preliminar del Código civil no pretendía afectar a lo establecido en las Compilaciones, diciéndose así expresamente en el artículo 2.<sup>o</sup> del Decreto de 31 de mayo de 1974. De ahí que los elementos interpretativos establecidos por el artículo 3.<sup>o</sup> Cc no dejan sin efecto la llamada, que hay que entender hecha siempre primariamente, a la tradición jurídica balear.

Pero la tradición jurídica balear presenta una doble consideración, dado que puede funcionar de dos maneras:

– Como elemento excluyente del Código civil, que no podría entrar supletoriamente, en la regulación de las instituciones del Derecho civil balear si la tradición jurídica balear se pronuncia sobre la materia. En este sentido su función es excluyente y vinculante para el intérprete, que debe de entrada recha-

---

<sup>24</sup> Salvador CODERCH, *Comentaris a les Reformes del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1987, pág. 62.

zar el juego supletorio del Código civil por mandato expreso de la Compilación (art. 2.º y disposición final 2.ª y art. 1.º del proyecto de revisión).

– Como elemento interpretativo. Es entonces uno más de los elementos del artículo 3.º Cc, encarnándose dentro del denominado elemento histórico. Para tal función meramente interpretativa, el elemento histórico —y por ende, la tradición jurídica balear— es uno más de los elementos a considerar por el intérprete, sin que, ello es obvio, el artículo 3.º Cc establezca preferencia de unos sobre otros ni orden de prelación alguna. Partiendo de esta base, a mi juicio, debe el intérprete prestar especial consideración a la realidad social, que nos mostraría que algunas de nuestras instituciones forales se mueven hoy en día en unos parámetros distintos de los que motivaron su aparición. Y, en tales casos, es lícito que el intérprete atienda a tales circunstancias, sin quedar formalmente atado a unas interpretaciones historicistas que no encerrarían en modo alguno en el discurrir de la vida actual.

### **C) LA ADECUACION DE LA NORMA SUPLETORIA A LAS NORMAS Y PRINCIPIOS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO BALEAR**

Constituye la segunda barrera a franquear.

Indudablemente, cuando nos referimos a los «principios» nos referimos a los principios específicos del Derecho balear, resultantes de las normas e instituciones que integran el mismo y que tendrán un contenido marcadamente familiar y sucesorio.

Mientras que en las Compilaciones catalana y balear no existía alusión a los principios generales de uno y otro Ordenamiento, como igualmente no se establecía en ninguna de ellas un sistema de fuentes de cada Ordenamiento y la posible prelación entre ellas, por el contrario en la actualidad, se considera evidente que los Derechos forales suponen cada uno de ellos un sistema jurídico con unos principios que dan cohesión y trabazón al conglomerado de normas e instituciones. Por ello no es extraño que en la ley reformadora de la Compilación catalana de 20 de marzo de 1984 se hable, en el artículo 1.º, de «los principios generales que inspiran el Ordenamiento jurídico de Cataluña» y en la disposición final 4.ª de «los principios generales que informan el Ordenamiento jurídico catalán». Y el artículo 1.º del proyecto de revisión de la Compilación balear señala que «El Derecho civil balear se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan...» y que «en defecto de leyes y costumbres del Derecho balear, se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico».

Tratando de elaborar, por vía de exclusión, el concepto de principios generales del Derecho civil balear, es evidente, de entrada, que no coinciden con los principios constitucionales del Derecho español, que se mueven en otro



contexto, como inspiradores del Derecho del Estado en su consideración global y, por tanto, con importantes incidencias sobre los Derechos territoriales, en cuanto a precisarse la conformidad de sus normas con tales principios, cual ha sucedido con las leyes modificadoras de los Derechos civiles territoriales para conseguir su adaptación constitucional.

Tiene que referirse, por tanto, el concepto de principios generales al Ordenamiento de que se trata y, en tal caso, será de inestimable interés, para la concreción de tales principios, acudir a la tradición jurídica, que es precisamente la que nos alumbrará sobre el tema. Por tanto, corresponde a la tradición jurídica balear la importante tarea de hacernos ver, con la perspectiva que da la Historia, si ciertamente estamos ante declaraciones que tienen carácter básico dentro de nuestro Ordenamiento y que, además, pueden colegirse, por vía de analogía *iuris*, de los preceptos de la Compilación.

Son fácilmente deducibles tales principios en el ámbito del Derecho familiar y sucesorio. El derecho familiar está dominado por el principio de separación de bienes como régimen legal supletorio y por el principio de plena autonomía y capacidad de cada cónyuge, que tanta importancia histórica ha tenido hasta el punto de haber podido prescindir la mujer casada mallorquina de la oprobiosa licencia marital, aunque notarialmente en algunas épocas y por algunos Notarios se ha impuesto su práctica.

El Derecho sucesorio mallorquín está dominado por unos principios tan evidentes que incluso he tenido ocasión de decir que los mismos constituyen las columnas maestras de esta gran catedral que constituye el Derecho sucesorio mallorquín, sosteniendo las bóvedas del mismo y derivándose de estas bóvedas, otros arcos y arbotantes en un todo lógico y armónico. Y así, del principio esencial de la necesidad de institución de heredero (art. 14) —impregnado totalmente en la conciencia popular, pues no se concibe sucesión sin heredero, y que, de alguna manera, es una reminiscencia de la sucesión tribal romana en que el grupo no puede dejarse desvalidado y sin jefe—, se deriva la universalidad de la sucesión del heredero, pues éste se coloca *in locum et ius* del causante y, por tanto, le sucede en el haz de derechos, bienes, voces, acciones y obligaciones que giraban en torno al mismo a excepción de aquellos bienes que hayan sido objeto de disposición expresa (arts. 15 y 24, párrafo 2.º Comp.), la perdurabilidad de la condición del heredero, de acuerdo con el viejo principio SEMEL HERES SEMPER HERES (art. 7.º Comp.), reminiscencia asimismo de la sucesión tribal romana, en la que el sucesor del jefe debía perdurar a la cabeza del grupo, y la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada, pues si la institución de heredero es necesaria para la validez del testamento y tiene la condición de heredero el carácter de perdurable y expansible a todos los bienes sobre los que no hay disposición expresa, se revela claramente la sucesión intestada absolutamente innecesaria y perturbadora para los casos de haberse otorgado testamento. De estos principios fundamentales se

van derivando otros, como es el de que la condición de heredero debe tener un sustrato patrimonial, lo cual da lugar a la posibilidad de reducción de legados mediante la cuarta falcidia.

Por otra parte, la posibilidad de sucesión contractual mediante las donaciones universales de bienes presentes y futuros es otro de los principios fundamentales del Derecho sucesorio mallorquín.

En cambio, en el ámbito real y contractual serán menos los principios generales que, en todo caso, habrá que considerar referidos a las instituciones reguladas por nuestra Compilación (dret d'estatge, censos y alodios, sociedad rural menorquina, derecho de habitación ibicenco) o por las costumbres (aparcería, arrendamientos rústicos, medianerías).

Al lado de los dos conceptos de principios generales que venimos barajando —principios del Ordenamiento jurídico del Estado resultantes de la Constitución Española y principios del Derecho civil balear— pueden ser tomados en consideración como fuente del Derecho los principios de carácter natural o resultantes de larga tradición jurídica, proclamados por la Jurisprudencia como tales, cual ocurre *ad exemplum* con los principios de enriquecimiento sin causa, cláusula *rebus sic stantibus*, principio de reciprocidad de las prestaciones, etc. Se trata de principios generales del Derecho que, como fuente de carácter estatal, son de aplicación en los Derechos forales, siempre que no pugnen con normas o principios del mismo. Como ha señalado la doctrina si en algún caso los principios del derecho general y los de derecho particular son distintos u opuestos deberá acudirse con preferencia a los propios y característicos de nuestro Derecho antes que a los generales del Código civil. La solución contraria sería absurda. El derecho especial es preferente sobre el común<sup>25</sup>.

#### D) LA NATURALEZA DEL CODIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO

Es interesante la opinión de Figa Faura en este punto cuando señala que, en rigor, el Código civil no es un organismo unitario, sino un cuerpo formado por diversos estratos claramente diferenciados, con antecedentes históricos y evoluciones diversas; pudiéndose percibir una primera parte (el título preliminar —aunque no íntegramente— y título IV del libro I) que resulta aplicable a todos los españoles constituyendo el Derecho común español; una segunda parte más extensa (arts. 657 a 1.087 y 1.315 a 1.444) en la cual cristaliza el Derecho foral castellano y, una tercera parte mucho más amplia, constitutiva del *ius commune*, que recoge el *Corpus Iuris Civilis* a través de las Partidas o del Código Napoleón; concluyendo que si en el Código civil se contienen en puri-

<sup>25</sup> CLAR GARAU, *op. cit.*, pág. 51.

dad tantas normas de Derecho romano, esta tercera parte del mismo sería aplicable sin especial violencia a Cataluña<sup>26</sup>.

La opinión expuesta ha sido, con relación al Derecho catalán, controvertida, por estimarse que los elementos de composición de uno y otro Derecho son distintos, por recoger el Código, fundamentalmente, la tradición francesa concretada en las obras de Domat y Pothier, lo cual supone una interpretación *more gallico*, mientras que en el Derecho catalán, salvo los autores de la Escuela de Cervera, no existió tradición interpretativa en tal sentido, y por basarse en unos principios sociológicos heredados de la Revolución francesa, no existentes en Cataluña<sup>27</sup>. En este sentido, concluyen Puig Ferriol y Roca Trias, que resulta difícil afirmar que exista identidad de planteamientos entre el Código civil y el Derecho catalán en tema de obligaciones y derechos reales y que la aceptación de la normativa del Código en esta materia fue una corruptela cómoda de los juristas posteriores al Código, que nunca debió ser aplicado en estas materias en Cataluña, dada la existencia de una legislación propia, constituida por el *ius comune* en el estado de evolución en que se encontraba en 1716, a la aparición del Decreto de Nueva Planta. Si se aplica el Código civil en materia de obligaciones y derechos reales, es por defecto de regulación en la Compilación, pero no porque existan razones científicas ni legales.

Tal estado de la cuestión es extrapolable al Derecho civil balear en que, presumiblemente, al cegarse las fuentes de nuestro Derecho por el Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715, hay que pensar que, inicialmente, siguió rigiéndose la materia de derechos reales y obligaciones por las normas del Derecho romano justinianeo que se venían observando; pero este estado de cosas fue degradándose sucesivamente a la par que se iniciaba el proceso hacia la unidad legislativa civil sobre la base del Derecho de Castilla: el Gran i General Consell y los Jurados quedaron desprovistos de todo poder legislativo, se suprimió la Universidad, las apelaciones contra las sentencias de la Audiencia de Palma eran ventiladas ante el Consejo de Castilla. Todo ello es claramente indicativo de las pocas posibilidades de subsistencia del derecho que se venía observando.

Y puede fácilmente imaginarse que, años después, la aparición del Código civil, fue la definitiva puntilla para el mantenimiento del Derecho propio, que quedó circunscrito a la materia familiar y sucesoria, por tratarse de las tradiciones más hondamente arraigadas en la persona, pasando a regirse, de manera arrolladora por el Código civil, la materia real y contractual, dado que el

---

<sup>26</sup> FIGA FAURA, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1961, pág. 12.

<sup>27</sup> PUIG FERRIOL y ROCAS TRIAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo I, pág. 252, Edición Barcelona.

Código proporcionaba una sistematización y una fijeza de las normas a aplicar que contrastaba con la disparidad de fuentes y las dudas que suscitaba la aplicación de la legislación romana.

Hoy en día se puede decir que este proceso es ya irreversible y, que la aplicación supletoria del Código civil en materia de derechos reales y obligaciones es casi total. Y, llegados a este punto, la pregunta a hacerse es si ello puede considerarse o no positivo para el Derecho civil balear.

No es fácil dar una rotunda contestación a la pregunta. De entrada, la bondad de las viejas normas romanas es evidente y, tal vez, puede considerarse beneficioso el tamiz por el que Domat y Pothier filtraron los textos romanos, impregnándolos de un mayor igualitarismo y eliminando trabas a la circulación de los bienes inmuebles, cual, *ad exemplum*, la reducción a mínimos de la rescisión por lesión. No dejó de ser todo ello, en cierto modo, una adecuación a la realidad social de la época.

Aparte lo expuesto no sería hoy en día gratificante una organización de los derechos reales y de las obligaciones contractuales absolutamente distinta en los diversos Ordenamientos jurídicos existentes en el Estado.

En definitiva, la amplísima aplicación supletoria del Código civil en materia real y contractual es una realidad incuestionable que tal vez hoy pueda ser juzgada favorablemente, pero que en ningún caso hace olvidar ni la afrenta que constituyó su origen —el Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715— ni el lamentable proceso histórico de imposición del Código civil sobre el Derecho propio.