

III.- ESTUDIOS SOBRE LA LEY 7/2017, DE 3 DE AGOSTO DEL PARLAMENT BALEAR, REALIZADOS DURANTE EL CURSO 2017/2018, EN EL SENO DE LAS COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO

1.- LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL BALEAR Y SU APLICACIÓN, TRAS LA REFORMA POR LEY 7/2017, DE 3 DE AGOSTO

María Pilar Ferrer Vanrell

SUMARIO: I. Las Fuentes del Derecho civil balear tras la reforma por Ley 7/2017, de 3 de agosto. Las fuentes de producción del derecho civil balear, art.149.1.8 CE y art. 87.2 EAIB. 1. El Derecho civil balear. 1.1. El derecho propio en materia civil, apartado 1 del nuevo art. 1 CDCIB. 1.2. El concepto de vigencia y aplicabilidad. 2. Las Fuentes del Derecho civil balear. 2.1. El sistema fuentes en el nuevo art. 1.2 CDCIB. Antecedentes. 2.2. Análisis del apartado 2 del nuevo artículo 1 CDCIB. Las fuentes del derecho civil balear. 2.2.1. La ley, como primera fuente del derecho civil balear. 2.2.2. La costumbre. 2.2.3. Especial referencia a los principios generales, como fuente del derecho. II. El sistema de aplicación del Derecho civil de Baleares. 1. La concurrencia del derecho civil estatal y del derecho civil autonómico. Su aplicación. 2. Los criterios de solución a la posible colisión de normas jurídicas concurrentes. Las reglas del apartado 3 del nuevo artículo 1 CDCIB, por Ley 7/2017. 3. Los mecanismos para evitar la insuficiencia normativa del ordenamiento civil balear. Su constatación. Ideas previas. 4. El sistema de interpretación e integración de las normas jurídicas de conformidad con la regla 4ª y 3ª del nuevo art. 1 CDCIB (por Ley 7/2017). Cuestiones previas.

4.1. El sistema de interpretación e integración de las normas jurídico-civiles. 4.1.1. La interpretación de las normas jurídicas. 4.1.2. La integración de las normas jurídicas. Los principios generales propios como mecanismo de la autointegración. 4.2. Las funciones que atribuye la Ley 7/2017 a los principios generales del derecho civil balear. La doble vertiente: como fuente y en la aplicación de las normas jurídicas. 4.2.1. Los principios generales en la aplicación de las normas jurídicas. 4.2.2. La función negativa de los principios generales. 4.3. La supletoriedad del Código civil como mecanismo de heterointegración. 4.3.1. La aplicación del derecho civil estatal como derecho supletorio. 4.3.2. El concepto de filtro a la heterointegración por inactividad querida por el legislador autonómico. 4.4. La jurisprudencia como fuente de complementación.

I. Las Fuentes del Derecho civil balear tras la reforma por Ley 7/2017, de 3 de agosto. Las fuentes de producción del derecho civil balear, art.149.1.8 CE y art. 87.2 EAIB.

Para determinar las Fuentes del Derecho civil propio, antes tenemos que conceptualarlo diciendo que es aquel Derecho, en materia civil, que es exclusivamente vigente en cada una de las Islas de Baleares, a diferencia del Derecho civil estatal que es el derecho vigente en todo el territorio estatal (art. 149.1.8 CE), por esta razón puede actuar como derecho supletorio.

1. El derecho civil balear.

Del concepto Derecho civil de Baleares, surgen dos conceptos que debemos recordar, a) el derecho propio en materia civil; y b) los términos vigencia y aplicabilidad..

1.1. El derecho propio en materia civil, apartado 1 del nuevo art. 1 CDCIB.

Hemos calificado al derecho civil de las Islas Baleares, como el derecho propio de un territorio en materia civil. La materia civil es única en tanto que la norma jurídica es plural, por esto, en España, la misma materia es susceptible de ser regulada por los distintos derechos civiles territoriales de forma distinta; esto conlleva la posibilidad de que se produzca un conflicto de leyes (art.16.1 Cc). Esta posible regulación distinta hace que la “materia civil” regulada se convierta en el “derecho civil territorial”, potencialmente distinto en cada territorio donde sea exclusivamente vigente.

Así, la materia que integra el derecho civil balear o propio, la encontramos en los términos del apartado 1 del nuevo art. 1 CDCIB dado por Ley 7/2017. Por eso, analizaremos, en primer lugar, estos términos.

1º. Análisis del contenido del derecho civil propio, nuevo art 1.1 CDCIB

El apartado 1 del nuevo artículo 1 determina “(E)l Dret civil de les Illes Balears es compona pels drets civils històrics de les illes de Mallorca, de Menorca i d’Eivissa i Formentera, d’acord amb la tradicional divisió per llibres d’aquesta Compilació; per les normes autonòmiques que afectin la matèria de dret civil, dins del marc de les competències estatutàries; pel costum i pels principis generals del dret civil propi”.

Este apartado 1 del nuevo artículo 1 no es más que una mala copia del art. 111-1 del Codi civil de Catalunya, que dice “El dret civil de Catalunya és constituït per les disposicions d’aquest Codi, les altres lleis del Parlament en matèria de dret civil, els costums i els principis generals del dret propi”. El CCCat, en su apartado 2, dice que la costumbre sólo rige a falta de ley aplicable. En definitiva, determina que su Codi civil y demás leyes de materia civil emanadas de su Parlamento catalán son la primera fuente, a la que sigue la costumbre y que sus principios generales propios son la tercera fuente del derecho civil catalán.

Este artículo del CCCat, seguramente, ha dado lugar a los dos apartados del nuevo art. 1 de la Compilación balear. Probablemente, una copia literal hubiera aportado mayor claridad al nuevo artículo 1 CDCIB que pretendía una “mejora y ordenación” de las fuentes del derecho, que no ha conseguido. Tampoco ha tomado modelo, más bien se aparta, de quien dice tomarlo, que es el art. 1 del Proyecto de reforma del Título Preliminar de la Compilación balear (BOPIB de 2006 n° 132, de 12 de mayo de 2006). Este nuevo apartado 1, del art. 1 genera y generará muchas dudas.

El apartado 1, del nuevo art. 1 CDCIB, en lengua castellana, dice “El Derecho civil de las Illes Balears se integra por los derechos civiles históricos de las islas de Mallorca, de Menorca y de Eivissa y Formentera, de acuerdo con la tradicional división por libros de esta Compilación, por las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil, en el marco de las competencias estatutarias; por la costumbre y por los principios generales de derecho civil propio”.

2º. Los términos del apartado 1 del nuevo artículo 1 CDCIB.

La redacción en lengua catalana, que es la que debería primar en caso de interpretación (aunque en este caso ha existido una dualidad de publicación en el BOIB), presenta dos modificaciones respecto a la redacción en lengua castellana.

En primer lugar cambia la palabra “íntegra”, por la palabra catalana “composa”. En catalán “composar” significa, imponer arbitrariamente a alguien una contribución, una multa etc; o bien comportarse con alguien imponiendo nuestra voluntad. Es decir, utiliza mal el término “composar” en catalán, ya que debería haber utilizado el verbo “compondre”, que significa constituir o formar un todo, con los elementos. Por otra parte, en redacción castellana utiliza los términos “principios generales de derecho (...)”, cuando quiere decir, como dice en lengua catalana “principis generals del dret (...)”.

Dejando al margen estas cuestiones lingüísticas, que son importantes para su entendimiento y que sólo apuntamos, si vamos al contenido para entender la primera fuente del derecho civil balear encontramos lo siguiente: el derecho civil balear está íntegrado por los “los derechos civiles históricos de las islas de Mallorca, de Menorca y de Eivissa y Formentera (...)”.

¿Acaso debemos entender que estos derechos civiles históricos son la primera fuente del derecho y el juez debe aplicarlos, así, los Privilegis, Franqueses, Stils etc, que constituyen la tradición jurídica de nuestras islas, de Mallorca, de Menorca, de Eivissa y Formentera; el derecho civil histórico derogado?

Añade, “de acuerdo con la tradicional división por libros de esta Compilación”. Difícil de entender, que el derecho civil histórico lo podamos acordar (dice: “de acuerdo”) con la división por libros de la Compilación; ya que la estructura de la Compilación de 1961 fue fruto de los debates que le precedieron, como consecuencia de la propuesta de juristas ibicencos (1960). La Compilación es más que tres libros; porque, además de los tres Libros, contiene un Título Preliminar y unas normas de la parte Final (Disposiciones Finales y Transitorias), que parece que no integran la Compilación, en esta redacción dada al apartado 1.

En definitiva, este elemento distorsionador no puede conducirnos a tener que interpretar si el derecho civil histórico balear, que es un derecho derogado, se le ha querido dar valor de primera fuente, como puede parecer de la lectura del apartado primero y, por ello, incluirlo en la primera fuente que enuncia, el apartado 2, de este art. 1, en el término Compilación.

Estos términos del apartado 1 distorsionan la comprensión del art. 1, que se pretendía mejorar, ya que este derecho histórico, que es el fundamento de nuestra Competencia legislativa (“allí donde existan” art. 149.1.8ª CE y art. 30.27 EAIB), es la raíz de nuestras instituciones. Ahora bien, ser el fundamento de nuestras instituciones no significa que “integre” la Compilación el derecho civil balear, o lo que es lo mismo, los derechos civiles históricos no son la primera fuente del derecho civil balear, porque el juez se halla impedido de aplicarlo, ya que constituye derecho derogado.

Incluso, el derecho histórico, que el apartado 1 del nuevo art.1 CDCIB dice que integra el derecho civil balear, desaparece (se le degrada) del lugar que le hubiera correspondido y que le otorgó la reforma de 1990, a semejanza de Cataluña y que el CCCat aún conserva hoy como elemento integrador de la ley. En definitiva, se ha cerrado la entrada que tenían los derechos civiles históricos (la “tradición jurídica balear”) en la aplicación del derecho (derogado art. 1.2 CDCIB), como sistema de integrar las fuentes del derecho y ha sido degradado a la categoría de medio de interpretación de las normas, como disponía la Compilación de 1961, y sólo excepcionalmente, en determinadas circunstancias, cuando se trate de “una institución histórica” vigente, regla 4ª, del art. 1.3CDCIB. Resulta paradójico que se le haya sustraído la capacidad de integrar las normas jurídicas y por otro lado el nuevo apartado 1 del art. 1 diga que los derechos civiles históricos (que han formado parte siempre de la tradición jurídica balear) “integren” el derecho civil de las Illes Balears.). Un gran paso atrás.

La EM no lo aclara, ya que sólo remite al citado Proyecto de Reforma del Título Preliminar (que decayó al finalizar la legislatura) diciendo que este nuevo artículo 1 no es una “innovación” sino una “mejora y ordenación sistemática” del art. 1 del decaído Proyecto de 2006.

3º El derecho civil propio, como “derecho común”.

El derecho civil propio de las Illes Balears es el “derecho común”, en términos que ya acuñó el párrafo 5 de la EM de la Compilación 1990. Después de la ley 7/2017, la regla 2ª del nuevo art. 1.3 CDCIB, determina que las disposiciones de los diferentes Libros del derecho civil propio constituyen el “derecho común” de las Islas Baleares y se aplican supletoriamente a las otras leyes.

Lo que determina esta cualidad de “derecho común” es que la Compilación es derecho supletorio para las demás leyes civiles y no civiles propias de Baleares; como también es “común” respecto de las leyes civiles estatales o europeas que sean de aplicación. Las referencias al “derecho civil” que

determinen el derecho mercantil, administrativo o tributario, entre otras especialidades, no lo son al derecho civil estatal sino a la Compilación balear.

Ahora bien, tendremos que averiguar qué es, en términos de esta regla 2ª del nuevo art. 1.3 CDCIB, lo que constituye el “derecho común”, ¿es “común” los Libros o la Compilación?.

Estamos ante una redacción técnicamente deficiente porque, lo que es derecho común, es decir, lo que se debe aplicar a las otras leyes es toda la Compilación, no sólo los Libros. El Título Preliminar y las disposiciones de su parte final son, también, elementos de la Compilación, muy importantes a efectos de la aplicación como “derecho común”.

Esta “mejora” y “ordenación” del modelo que toma la ley 7/2017, que es el Proyecto de 2006, ha brillado por su ausencia. El Proyecto de 2006 decía “(L)es disposicions d’aquesta Compilació constitueixen el dret comú de les Illes Balears i s’aplicaran supletòriament a las altres lleis”. El legislador de 2017 ha querido “mejorar” esta redacción, en la regla 2ª del nuevo art. 1.3, en los términos siguientes “(L)as disposiciones de los diferentes libros de esta Compilación constituyen el derecho común de las Illes Balears y se aplicarán, supletoriamente, a las demás leyes”. Lo que conduce a decir que sólo los tres Libros son “derecho común”, cuando el “derecho común” es la Compilación.

4º. El derecho civil estatal.

Junto al derecho civil propio concurre el Derecho civil estatal, tanto en su aplicación “general y directa”, que en este caso no concurre con otro derecho, ya que es el único vigente para todo el territorio español; como el derecho civil estatal en su aplicación “concurrente”.

1.2. El concepto de vigencia y aplicabilidad.

La vigencia debe ponerse en relación con dos categorías que le son inseparables, territorio, art. 13.2 Cc. y tiempo, art. 2 Cc. Estos dos elementos definidores de la vigencia los encontramos en el art. 10 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, al decir que “el derecho civil de la Comunidad Autónoma” tendrá “eficacia en su territorio, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de leyes (...)”. El término “eficacia en su territorio”, en este artículo, es sinónimo de vigencia.

En el Derecho civil balear hay dos ámbitos territoriales de vigencia, tal como el párrafo 6 de la EM de la Compilación 1990 advierte: a) un “Derecho

Civil balear General”, para todas las Islas, que es el contenido en el Título Preliminar y Disposiciones Finales y Transitorias, como también en algunas de las leyes civiles especiales dictadas por el Parlamento Autonómico (ej., entre otras, Ley 18/2001 de Parejas estables); y b) un “Derecho Civil balear Especial” para cada Isla, correspondiente a cada uno de los tres Libros de la Compilación (Libro I para Mallorca, Libro II para Menorca y Libro III para Ibiza-Formentera).

Tampoco coincide el “Derecho civil vigente en Baleares” con el denominado “Derecho civil de las Illes Balears”, porque en Baleares concurren dos derechos diferentes, (ex derogado art. 1.1. CDCIB y según vigente regla 5ª del nuevo art. 1.1): 1) el Derecho civil de las Illes Balears, denominado “derecho propio” en el art. 87.3 EAIB y en el nuevo art. 1.3, reglas 1ª, 4ª y 5ª CDCIB que tiene acotado su ámbito y límite de vigencia al territorio balear. 2) El derecho civil estatal, que es un derecho vigente en todo el territorio estatal.

2. Las Fuentes del Derecho civil balear.

Al referirnos a las fuentes de producción del Derecho, forzosamente, acudimos al texto constitucional que configura la estructura del ordenamiento jurídico nacional basado en un sistema de distribución de competencias. El segundo inciso de la regla octava, del art. 149.1 CE otorga, en “todo caso”, la competencia exclusiva al Estado en la determinación de las fuentes del derecho, con una excepción “con respeto a las normas del derecho foral o especial”. Así, la determinación del sistema de fuentes de producción de normas jurídicas, de acuerdo con el art. 87.2 EAIB que dice, “en la determinación de las fuentes del Derecho civil de las Illes Balears se respetarán las normas que en el mismo se establezcan”, lo encontramos en el art.1.2 (modificado por Ley 7/2017, de 3 de agosto) de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears.

De lo que deriva:

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

2) Que el Estado no tiene competencia exclusiva en materia de fuentes, al poder determinar, los respectivos Parlamentos Autonómicos con competencia en derecho civil propio, ya sea creando o modificando, las fuentes de su propio sistema jurídico.

3) Dado que la Constitución establece un sistema plural de fuentes, organiza su concurrencia mediante el criterio de competencia, otorgando a las CCAA con Derecho civil propio la facultad de organizar su propio sistema de fuentes, competencia que asumen los Estatutos de Autonomía, así, en nuestro caso, art. 87,2 EAIB.

La aparente interferencia derecho estatal-derecho autonómico, en el sistema de fuentes, se tiene que explicar sobre la base de la estructura del ordenamiento jurídico español y tiene que entenderse en el marco de la organización de las relaciones entre el Estado y las CCAA que tengan esta competencia. En tanto que la determinación de las concretas fuentes de cada ordenamiento civil territorial corresponderá a cada Parlamento Autonómico de acuerdo con las competencias atribuidas y asumidas (art. 30.27 y art. 87.2 EAIB).

Es competencia del Parlamento de les Illes Balears la formulación de las fuentes del Derecho civil balear, porque el Derecho del Estado no puede incidir en la estructura interna de los ordenamientos civiles autonómicos que tengan atribuida y asumida dicha competencia.

Por todo lo expuesto, dividiremos la explicación, en dos partes diferenciadas.

1) En primer lugar, en este primer apartado, analizaremos el sistema de fuentes enunciado en el art. 1.2 CDCIB que ha sido modificado por Ley 7/2017.

2) En segundo lugar, dentro del segundo apartado de este estudio, expondremos un tema más complejo, donde trataremos la problemática de la aplicación del derecho y trataremos de despejar las interferencias entre el derecho estatal y el derecho civil autonómico en su aplicación y el criterio de solución a la posible colisión de normas concurrentes.

2.1. El sistema de fuentes en el nuevo art. 1.2 CDCIB. Antecedentes.

El sistema de fuentes, que enunciaba el derogado art. 1.3 de la CDCIB, ha sido modificado por el apartado 2 del nuevo art. 1 por ley 7/2017.

El sistema jerarquizado de fuentes tal como lo conocemos clásicamente, y a modo de ejemplo podemos citar el art. 1 del Cc, que ordena, jerárquicamente, las fuentes del ordenamiento civil como sistema completo que permite dar cumplimiento al apartado 7 del citado art. 1 Cc, no se enunciaba con esta claridad en el derogado art. 1.3 de la Compilación balear. Sus términos suscitaban dificultad

interpretativa. El derogado art. 1.3 CDCIB trataba de dilucidar cuál era el derecho de aplicación, si era el balear o el Código civil, más que enumerar sus fuentes, en los términos: “En defecto de ley y costumbre del Derecho balear se aplicará (...)”. Se podía interpretar, claramente, que las dos primeras fuentes eran, por este orden, la ley y la costumbre. El problema se planteaba cuando se tenía que determinar si la tercera fuente era los principios generales del derecho, porque la preocupación que demostraba la dicción del apartado 3 *in fine* era determinar que ocurría cuando faltaba la ley y la costumbre, en definitiva, cuando existía un vacío normativo; en tal caso, establecía la aplicación supletoria del Código civil, condicionada a que sus normas no fueran contrarias a los principios generales propios. De nuevo se tenía que interpretar el valor de tales principios y si los principios generales eran la tercera fuente del derecho. Si no se podía aplicar el derecho civil estatal, porque chocaba con un principio general, en este caso se tenía que aplicar el principio general que vetaba aquella aplicación y, en consecuencia, este principio general tenía el valor de tercera fuente del derecho. Este valor de fuente no se le podía otorgar al derecho civil estatal, ya que sólo suplía.

2.2. Análisis del apartado 2 del nuevo artículo 1 CDCIB. Las fuentes del derecho civil balear.

La dificultad interpretativa del derogado artículo 1.3 CDCIB, la ha corregido, en parte, el vigente párrafo 2 del art. 1, en su redacción dada por la Ley 7/2017, al decir “*Las fuentes del Derecho civil de las Illes Balears son: la Compilación y las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil, la costumbre y los principios generales del derecho civil propio*”.

De su lectura, podríamos concluir que las fuentes del derecho y su prelación quedan determinadas así: la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

La modificación por ley 7/2017 del artículo 1, del Título Preliminar, no ha sido más que lo explicado en el apartado II de la Exposición de Motivos: “La mejora y ordenación del artículo 1 se basa en el Proyecto de reforma del Título Preliminar, de mayo de 2006” (publicado en el BOPIB nº 132, de 12 mayo de 2006, cuyo borrador fue redactado por la Comissió Assessora de Dret Civil balear), que en su tramitación parlamentaria decayó por finalizar la legislatura, y el Proyecto no se volvió a presentar al Parlamento para iniciar, nuevamente, su *iter* legislativo.

El nuevo artículo 1 del Título Preliminar, que “no innova”, sólo “mejora” y “ordena”, no abarca la reforma de todo el Título Preliminar y contrasta con la claridad del Proyecto de 2006.

Analizaremos cada una de estas fuentes formales, es decir, el modo de presentarse la norma, ley, costumbre y los principios generales, a los que, además de ser fuente del derecho, se les ha querido dar, desde el punto de vista de la aplicación del derecho, una función de interpretación y de autointegración del derecho civil balear y la función de cierre a la aplicación del derecho civil estatal.

2.2.1. La ley, como primera fuente del derecho civil balear.

La claridad de la dicción del párrafo segundo del nuevo artículo 1 se desvanece en varios extremos; por una parte, dice que la primera fuente es “la Compilación y las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil”. No hace más que repetir parte de lo que dice el apartado 1 del artículo 1 cuando define los elementos integrantes (“es composita”) del derecho civil balear, que ya hemos analizado anteriormente.

La enumeración de la primera fuente topa con algunos términos que requieren de nuestra atención. Por una parte, la dicción “normas” que califica de “autonómicas” y, por otra, los términos “que afecten a la materia de derecho civil”.

El texto del proyecto de 2006, que es el de referencia de la ley 7/2017, como indica la propia EM (II), enumeraba las fuentes en estos términos:

Les fonts del dret civil propi de les Illes Balears són, per aquest ordre: aquesta compilació i les lleis civils emanades del Parlament autonòmic, el costum i els principis generals que l'informen.

1º. La Ley. La dificultad de su concreción en el nuevo el art. 1.2 CDCIB.

Los términos del apartado 2 del nuevo art. 1 son: “*Las fuentes del Derecho civil de las Illes Balears son: la Compilación y las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil (...)*”

La referencia a la ley, a la Compilación, como primera fuente, no la podemos entender de acuerdo o en relación con el apartado 1 del art.1, por la dificultad de entendimiento de los derechos históricos y por la referencia, tan sólo, a los tres Libros, olvidando el Título Preliminar y la parte final, que ya hemos tratado anteriormente.

La primera fuente es la Compilación y las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil; así, además de “la Compilación”, serán también de aplicación, como primera fuente, las demás “normas autonómicas”.

a) ¿Qué se entiende por “norma” calificada de “autonómica”?

“Norma”, sin más calificativo, puede tener una doble acepción: norma a la que le damos el calificativo de jurídica; o bien, norma como modo de proceder, como forma de conducta, norma social.

Nos centraremos en la “norma” que calificaremos de “jurídica”, porque la norma jurídica es un mandato de carácter general vinculante. Aquí, la norma jurídica también tiene una doble acepción porque tan norma es la ley, como la costumbre.

La norma jurídica abarca la ley, la costumbre, incluso podemos decir que son normas jurídicas los contratos, que son ley “*inter partes*”; es decir, norma jurídica es una palabra genérica.

Si la equiparamos a la ley, en la “norma” jurídica prima el elemento formal, por esto, la norma se puede presentar como ley o como costumbre; en el sentido material o de quien emana, puede proceder de los órganos del Estado que tienen la potestad legislativa, o de la sociedad.

En el Código civil, la primera fuente es la Ley, emanada de los órganos que en el Estado tienen potestad legislativa.

La palabra ley debe entenderse en sentido amplio, es decir, ley emanada de las Cortes Generales o de los Parlamentos autonómicos, según su distribución de competencias (arts. 148 y 149 CE); como también las normas emanadas del poder ejecutivo.

Esta primera fuente, en el derecho civil balear, que es la “Compilación y las normas autonómicas”, debe ser entendida en sentido amplio, por lo que incluye las leyes emanadas del poder legislativo, los decretos, los reglamentos y demás normas emanadas del poder ejecutivo autonómico.

Si vamos al “precedente”, que es el artículo 1 del Proyecto de 2006, decía (“las fuentes del derecho civil propio de las Illes Balears son, por este orden: esta Compilación y las leyes civiles emanadas del Parlamento autonómico (...). Esto determinaba que la primera fuente era la Compilación de DCIB y las demás leyes civiles emanadas del Parlamento Autonómico de las IB, de

materia civil, como por ej. la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; la ley 1/2006, de 3 de marzo de voluntades anticipadas; Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir; Ley 4/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar; o la Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears, entre otras. Son también primera fuente, las normas jurídicas civiles autonómicas de desarrollo de las leyes civiles autonómicas, que dicta el ejecutivo.

b) Analicemos que se entiende por “(...) que afecten a (...)”

La dicción “y las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil”, que utiliza tanto apartado 1 como el apartado 2 del art.1 CDCIB, ha perdido la claridad de “su precedente” (el art. 1 del Proyecto de 2006).

¿Qué significa que una norma autonómica “afecte a la materia de derecho civil”? Afectar es influir, es concernir; serán normas que atañen, que conciernen, que incumben, que afecten, que se refieren a... ¿Qué significa una norma que influya, que incumba, que se refiera (...) al derecho civil balear?. El texto, en lengua catalana, dice “les normes autonòmiques que afectin la matèria de dret civil”. Lo que quiere o debe decir, tanto el apartado 1 como el apartado 2 del nuevo art.1, es que las normas emanadas del Parlamento autonómico deben ser de materia civil, porque la materia civil es única e independiente de su concreta regulación que en cada caso le haya otorgado el legislador (estatal o autonómico). Además, la materia civil la podemos hallar no sólo en las leyes que el derecho califica de civiles, sino también en otras disposiciones calificadas de “no civiles”, es el caso, por ej. del derecho urbanístico, que se ha calificado tradicionalmente de derecho administrativo pero que contiene importante materia civil. O normas administrativas sobre turismo, campos de golf, territorio, etc. que, generalmente, contienen materia civil

Lo esencial, en nuestro caso, es que la calificación de “materia civil” vaya unida a la competencia legislativa que se ejercita sobre la materia civil. El Estatuto de Autonomía, en su modificación por LO 1/2007, de 1 de marzo, modificó la redacción originaria sobre la asunción de la competencia legislativa en materia civil con el nuevo apartado 27 del art.30 EAIB de conformidad con el art. 149.1.8 CE. El art. 30.27 EAIB determina que la competencia en derecho civil alcanza a la: “conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de las Illes Balears, incluida la determinación de su sistema de fuentes, excepto las reglas relativas a la aplicación y la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las

obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal”.

Por esto, el alcance de la competencia autonómica en materia civil, exclusiva para Baleares, se circunscribe a la “conservación, modificación y desarrollo” de su derecho civil propio, que incluye, expresamente, la determinación de su sistema de fuentes (y art. 87,2 EAIB); a la vez que excepciona las materias que el Estado se reserva “en todo caso” (segundo inciso de la regla 8ª del art. 149.1 CE). El apartado 1 del art. 1, al referirse a la primera fuente, también añade “en el marco de las competencias estatutarias”.

Otra redacción, más clara, del art. 1.1 y 1.2 CDCIB que podría proponerse: “y demás normas jurídicas en materia civil”. Esta redacción, o la simple copia del art.1 del Proyecto de 2006, hubiera aportado mayor claridad y simplicidad al nuevo artículo 1.

En esta primera fuente no se incluyen las normas contenidas en el Código civil, porque no forman parte del ordenamiento jurídico civil balear, aunque se apliquen supletoriamente, al ser normas que están integradas en el ordenamiento civil estatal.

2º. La publicación de la ley y sus efectos.

El art. 48,2 del EAIB regula la potestad legislativa del Parlamento balear. En su párrafo segundo dispone que las leyes del Parlamento balear se deben publicar en el “Boletín Oficial de les Illes Balears” (BOIB), “en el plazo de los 15 días siguientes a su aprobación”. Es esta publicación la que rige a efectos de su entrada en vigor. También se publicarán en el Boletín Oficial del Estado (BOE). La ley 7/2017, de 3 de agosto se publicó en el BOIB nº 96, el 5 de agosto de 2017, en su versión en lengua catalana; esta fecha determina los efectos de la entrada en vigor; también se publicó, en el mismo BOIB nº 96, la versión en lengua castellana; ha sido una novedad. El art. 48,2 EAIB determina que también se publicará en el BOE y la versión en lengua castellana será la que la “Presidencia de la Comunidad Autónoma enviará”. Así se publicó en el BOE núm. 223, de 15 de septiembre de 2017. Ahora tenemos una versión en lengua catalana (BOIB) y dos versiones en lengua castellana (BOIB y BOE). El comentario a esta cuestión está a cargo del Ilustre Académico Sr. Mir de la Fuente.

2.2.2. La costumbre.

El apartado segundo del nuevo art.1 CDCB atribuye a la costumbre la consideración de segunda fuente del derecho.

La costumbre, en la Compilación y tras la reforma de 2017, sigue manteniendo un tratamiento distinto según se trate de “costumbre” a la que le atribuye valor de segunda fuente del derecho (art.1.2 CDCIB), o bien cuando se refiere a la “costumbre” que conforma la “tradición jurídica balear”, que regula la Disposición Final Primera CDCIB, que no ha modificado la ley 7/2017. La “tradición jurídica balear” alcanza a todo el derecho que no fue derogado sino “substituido” (en términos de la DF 1ª) por la Compilación. Esta costumbre, en su segundo valor, esto es, como parte de la tradición jurídica balear, tenía la función de integrar el ordenamiento jurídico balear, como decía el derogado apartado 2 del artículo 1. Hoy, tras la reforma de 2017, la regla 4ª, en la nueva redacción del artículo 1.3, ha rebajado el valor de la costumbre, ya que ha degradado la tradición jurídica balear, otorgándole el antiguo papel que tenía en el derogado art. 2.2 de la Compilación de 1961, la función “interpretadora” de las normas.

La Exposición de Motivos de la ley 7/2017 nada dice respecto de la costumbre, por lo que podemos plantear si debemos seguir manteniendo la interpretación dada a la costumbre por la Exposición de Motivos de la Compilación en su reforma de 1990, o mejor, la EM del decaído Proyecto de Modificación del Título Preliminar de 2006, que toma como referente, que hace suyo, la EM de la ley 7/2017, diciendo que “no innova”, sino que sólo “ordena” y “mejora” el citado Proyecto de 2006, decaído.

1) Las “antiguas costumbres”, anteriores a la entrada en vigor de la Compilación de 1961, quedan imposibilitadas de ser llamadas como costumbre, a falta de ley, esto es como segunda fuente, consecuencia de la Disposición Final Primera (disposición que se mantiene en la vigente Compilación de 1990 y que no ha modificado la reforma de 2017), porque al quedar el derecho consuetudinario “substituido”, pasan a formar parte de la “tradición jurídica balear”.

La aplicación de dichas antiguas costumbres quedó reducida al mecanismo de la integración, mediante la aplicación de la “tradición jurídica balear” (STS de 24 de marzo de 1964, cons.4º, le da el valor de fuente). La Exposición de Motivos de la Ley 8/1990 (pár.8) dice que tales costumbres “subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo (...) estando, por consiguiente, plenamente vigentes sin que puedan considerarse derogadas por la Disposición Final Primera”. Se refiere al bloque que denominamos “las antiguas costumbres”, muchas de las cuales se siguieron practicando hasta la Compilación de 1990; sin embargo, después de la anterior afirmación añade que, estas costumbres, “forman parte de la tradición jurídica de las islas e integran el ordenamiento jurídico, siempre que no se opongan a los principios generales del mismo”.

El Proyecto de 2006, al motivar la costumbre dice: “El costum és la segona font de l’ordenament civil balear, només aplicable per defecte de llei i que ha de ser al·legada i provada d’acord amb les regles del Codi civil. Això implica que, a Balears, hi ha dos tipus de costums, aquells que són font del dret perquè la seva vigència actual ha quedat provada i els anomenats “antics costums” que, arran de la promulgació de la Compilació del 1961, varen passar a formar part de la “tradició jurídica balear” amb una funció no només interpretadora sinó integradora de les normes”.

Estas “antiguas costumbres”, que han perdido su fuerza integradora, la regla 4ª del nuevo art.1,3 CDCIB, las denominan “costumbres insulares”. No deja de ser un pleonismo, porque la costumbre, siempre, es la del lugar.

De la lectura de la Exposición de Motivos de 1990, que confirma la EM del Proyecto de 2006, se deduce el doble tratamiento que se otorga a la costumbre, por un lado se alude a unas costumbres, si bien calificadas de “antiguas”, que se han seguido practicando hasta nuestros días, lo que implica que deberían tener la consideración de segunda fuente, pero en realidad acaba dándole el valor de “tradición jurídica balear”, cuyo cometido era el de integrar la ley y la costumbre y hoy tiene, tan sólo, una función interpretadora (art. 1, 3- 4ª CDCIB por Ley 7/2017).

2) La Compilación mantiene, como segunda fuente, la costumbre a que llama expresamente (por ej. el apartado 8 del art. 64, que dice la Exposición de Motivos de la Ley 7/2017, que “actúa la costumbre como elemento de especial valor normativo, por el llamamiento directo que continúa realizando el artículo 64”, el art. 86,1 y 3); en estos preceptos hay una remisión expresa a la costumbre, con independencia de su ámbito temporal, es decir, aun siendo “antiguas costumbres”, siempre que se pueda probar su existencia y vigencia actual son la segunda fuente del derecho.

También tienen la consideración de costumbre, segunda fuente, aquéllas que se hayan podido formar desde la entrada en vigor de la Compilación de 1961, momento en que quedaron sustituidas las “antiguas costumbres” (Disp. Fin.1ª), siempre que sea probada su existencia y actual vigencia.

La costumbre, segunda fuente, no es la *secundum legem* ni la *contra legem*, sino la *praeter legem* y su esencia es que pueda ser probada su existencia y su actual vigencia.

2.2.3. Especial referencia a los principios generales, como fuente del derecho.

El apartado 2 del nuevo art. 1 determina, de forma clara, que la tercera fuente la constituye “los principios generales del derecho civil propio”. La dición del derogado artículo 1, en su apartado 3, obligaba a proceder a una labor interpretativa para averiguar si la tercera fuente del ordenamiento jurídico balear constituía los principios generales del derecho, ya que hacía un llamamiento al Código civil y demás leyes civiles estatales, a falta de ley y costumbre, con la salvedad que “sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico”.

a) Las funciones de los principios generales.

Los principios generales del derecho, del apartado 2 del art. 1 redactado por Ley 7/2017, son la tercera fuente del derecho. No son fuente todos los principios generales del derecho, sino aquellos principios propios que informan el derecho civil balear. Significa que no son fuente los principios generales del derecho estatal (art.1 CC); en todo caso, si, a falta de fuentes propias, se tiene que acudir al derecho civil estatal, en su aplicación supletoria, podrían entrar dichos principios a falta de ley y costumbre civil estatal. No estaríamos en un supuesto de aplicación principal, sino de aplicación supletoria, que es la heterointegración.

Desde la primera vertiente, los principios generales del derecho civil propio tienen la función de fuente del derecho; es decir, mediante la abstracción se extrae un principio general que, una vez encontrado, se aplica a falta de ley y costumbre. La *analogía iuris* es el método para la obtención de los principios generales.

Los principios generales del derecho son verdaderas normas jurídicas que se extraen del propio sistema jurídico y tienen la tarea de completar el ordenamiento jurídico.

En el derecho civil balear, los principios generales propios, son tercera fuente del derecho, pero la completitud de su ordenamiento jurídico civil se halla desde fuera, porque es temporalmente incompleto y el mecanismo que le permite calificarlo de ordenamiento jurídico, por tanto de ordenamiento completo, es acudir al derecho civil estatal mediante la aplicación supletoria de sus normas. Esta aplicación supletoria del derecho civil estatal queda condicionada a su conformidad con los principios generales del derecho civil propio (regla 5ª del nuevo art. 1.3 CDCIB).

En definitiva, la aplicación supletoria del derecho civil estatal queda en último plano, al sustituir dicho llamamiento para heterointegrar el derecho civil balear por la autointegración con la tercera fuente, con los principios generales propios. Esta conclusión parece que es la que ofrece la reforma de 2017, sin embargo nada ha añadido a la interpretación que se obtenía del derogado art. 1 CDCIB.

La regla 3ª del nuevo art. 1.3 CDCIB, determina que los principios generales propios integran el ordenamiento jurídico-civil balear. Lo que está diciendo esta regla no es más que lo ya dicho, sin perjuicio de su posterior análisis, que los principios generales propios se aplican a falta de ley y costumbre, porque tienen la función de ser la tercera fuente del ordenamiento civil balear, además de informar el ordenamiento civil balear, si no hay ley ni costumbre. En definitiva, aparecen los principios con su función integradora del ordenamiento jurídico.

En realidad, la regla 3ª del nuevo art. 1.3 CDCIB, además de constatar la función informadora que tienen los principios generales (como dice el art. 1.4 CC), no dice más que lo dicho en el apartado 2 del nuevo artículo 1; aclara lo que era materia de interpretación en el apartado 3 del derogado art.1CDCIB, es decir, si los principios eran o no fuente del derecho, o bien sólo actuaban como cláusula de cierre a la entrada del derecho civil estatal. Este reconocimiento explícito, de tercera fuente, que le otorga la ley 7/2017 no es más que la constatación de la función autointegradora que la regla 3ª del art.1.3 CDCIB le atribuye a los principios generales, es decir, es un brindis al sol que pretende evitar la heterointegración con la entrada del derecho civil estatal. Este llamamiento a los principios generales propios no le ha aportado una mayor completitud al ordenamiento civil balear, porque ésta debe llegar a través de una mayor actividad del legislador balear. Estamos donde estábamos antes de la reforma.

Así, los principios generales propios se presentan en el ordenamiento civil balear, como fuente del derecho en su función integradora y como forma de condicionar la aplicación supletoria del derecho estatal, además de otras funciones que son atribuibles a los principios generales y que podemos concretar en: 1) función como fuente del derecho y 2) función desde la perspectiva de la aplicación del derecho. También tienen, los principios generales, una tercera función que es negativa, son límite a la entrada de un derecho externo (regla 5ª, del art.1.3 CDCIB); y límite a la competencia legislativa; cuestiones que sólo apuntamos porque las analizaremos al estudiar el epígrafe II, la aplicación del derecho civil balear.

II. El sistema de aplicación del Derecho civil de Baleares.

La aplicación del Derecho civil balear puede topar con una serie de obstáculos derivados de la insuficiencia temporal de normas jurídicas reguladoras, que es propia de los derechos civiles territoriales, por inactividad del legislador autonómico. En Baleares, especialmente, la falta de interés en el ejercicio de la competencia legislativa (art. 30.27 EAIB) para el desarrollo de nuestro derecho civil propio.

En la aplicación del derecho civil balear también pueden producirse interferencias entre el derecho civil estatal y el derecho civil autonómico, como consecuencia de su concurrencia, que requerirá de criterios de solución a la posible colisión de normas jurídicas concurrentes.

La regla general que rige en la aplicación del derecho civil propio es su aplicación *secundum principia*, porque los principios generales del derecho civil balear son informadores (regla 3ª, 4ª y 5ª del art. 1.3 CDCIB) del derecho civil propio del territorio de la CA de las Illes Balears; además, la ley indica que nunca se puede aplicar una norma contra principia (regla 5ª del art. 1.3 CDCIB; y ex Disposición Final Segunda, porque ya pasó el filtro de conformidad con los principios generales propios).

1. La concurrencia del derecho civil estatal y del derecho civil autonómico. Su aplicación.

La aplicación concurrente del Derecho civil estatal con el derecho civil autonómico implica un posible conflicto de aplicaciones entre ambos derechos, por lo que la organización de su coexistencia, en el territorio español, tiene un doble enfoque con el fin de solucionar esta dualidad de vigencias concurrentes, el enfoque “normativo” y el “competencial”.

1º El enfoque “normativo”, que fue originario de la codificación y que estableció el derogado art. 12.2 y 13 para Baleares, hoy el vigente art. 13.2 Cc, ordena la aplicación de ambos derechos a través de la supletoriedad del derecho civil estatal. Inicialmente fue el sistema para otorgar vigencia al Código civil en los territorios de “derecho civil propio”. Es el generalizado en el art. 149.3 CE.

Ahora es: **a)** la aplicación “preferente” de la Compilación (regla 1ª del vigente art. 1.3 CDCIB por ley 7/2017), al ser el “derecho común” del territorio (como lo calificó el pár.5 EM de CDCIB 1990 y la regla 2ª del vigente art. 1.3 CDCIB por ley 7/2017), y **b)** la aplicación “supletoria” del

Código civil, de acuerdo con el la regla 5ª del nuevo art.1.3 CDCIB, por ley 7/2017 (derogado apart.1 del art. 1 CDCIB 1990)) y art. 87.3 EAIB.

La complementación a la “preferencia” por la “supletoriedad” supone que el ordenamiento civil territorial se contempla como un derecho con lagunas porque, temporalmente, no es completo ya que el legislador autonómico no ha actuado su competencia legislativa. Estos vacíos normativos se cubren con el derecho civil estatal, una vez se han agotado los mecanismos que nos proporciona la Compilación para la autointegración, regla 3ª del nuevo art. 1.3 CDCIB (antes derogado art.1.2 CDCIB 1990).

Más adelante estudiaremos la aplicación del Derecho civil balear mediante su mecanismo de la integración y de la supletoriedad, modificado por ley 7/2017.

2º El enfoque “competencial”, está fundamentado en la recuperación de la potestad legislativa que atribuye la Constitución de 1978 y en el establecimiento del Estado de las Autonomías, arts. 149.1.8 CE y 30.27 EAIB. Este enfoque competencial implica que el Estado tiene competencia legislativa exclusiva en las materias que, el segundo inciso de la regla octava del art.149.1 CE, le reserva “en todo caso”, impidiéndole cualquier regulación jurídica autonómica sobre estas materias.

Esta diversidad de regulaciones “concurrentes” por los distintos derechos civiles puede suscitar, en su caso, un conflicto de leyes (art.16.1 Cc).

2. Los criterios de solución a la posible colisión de normas jurídicas concurrentes. Las reglas del apartado 3 del nuevo artículo 1 CDCIB, por Ley 7/2017.

El problema de concurrencia de normas no compatibles puede desembocar en una colisión entre los ordenamientos jurídicos donde están integradas las normas; por esto se deberán arbitrar unos criterios para solucionar su aplicación. Además, se tendrán que arbitrar otros para suplir la insuficiencia normativa, a la hora de aplicar las fuentes del derecho civil balear.

La regla del art.149.3 CE y la redacción del art. 87,1 y 3 del EAIB, regulan la aplicación preferente del Derecho civil y la regla de supletoriedad del derecho estatal, que suple “en todo caso” (art.149.3 *in fine* CE) las insuficiencias normativas que el Parlamento autonómico no haya procedido a colmar.

La Compilación de Derecho civil de la Illes Balears y sus leyes civiles autonómicas, exclusivamente vigentes en esta Comunidad Autónoma, al concurrir con el Código civil y demás leyes civiles estatales, que también es vigente en Baleares porque su vigencia alcanza a todo el territorio nacional, arbitra unos criterios para dar solución a los conflictos de aplicación de tales derechos.

El nuevo art.1 CDCIB, en su modificación por ley 7/2017, se ocupa de organizar los criterios de aplicación de normas vigentes concurrentes en el territorio balear; esta solución ya fue propuesta en la redacción originaria de la Compilación de 1961 y en su reforma de 1990 se concretaba en la: 1) aplicación “directa” del Código civil, 2) aplicación “preferente” de la Compilación y “supletoria” del Código civil y 3) aplicación del Código civil por “remisión”. Además, esta “remisión” se complica con la aplicación por “remisión” de Libro a Libro, como consecuencia de la estructura de la Compilación. Esta estructura de 1961 se siguió manteniendo en la reforma de 1990 y se ha potenciado en la ley de reforma parcial por ley 7/2017.

a) La “aplicación directa” del Código civil

La “aplicación directa” del Código civil significa que, sobre esta materia que se pretende aplicar, existe un solo derecho vigente en todo el territorio español porque su regulación es competencia exclusiva, del Estado. Es una aplicación imposible de eludir, porque se trata de una aplicación “en todo caso”, en términos constitucionales (art.149.1.8 CE).

En este caso no existirá colisión de normas porque no hay concurrencia.

b) La “aplicación preferente” del derecho civil balear y la “supletoria” del Código civil.

1) La “aplicación preferente” quedó regulada en el originario párrafo primero del art. 2 de la CDCIB de 1961, en los siguientes términos: “de conformidad con lo establecido en el Código Civil, las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal”. Significa que las disposiciones de derecho civil balear se aplicarán prioritariamente en Baleares, desplazando el derecho estatal, aun siendo un derecho vigente en todo el territorio nacional.

El art. 149.3 CE establece la supletoriedad del derecho estatal en las materias de competencia autonómica; y el art. 87.1 EAIB determina que “en materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma,

el derecho propio de las Illes Balears es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos de este Estatuto”. Así, el derogado art.1.1 CDCIB de 1990 estableció la preferencia del Derecho civil balear “al Código civil y demás leyes estatales, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía”.

La modificación puntual de la Compilación por Ley 7/2017 determina la preferencia del derecho civil propio en la regla 1ª, del nuevo art. 1.3 CDCIB, en estos términos: “(L)as disposiciones del derecho civil propio son las normas de aplicación preferente”. Estos términos son los mismos, son copia del art. 2.2 del citado Proyecto de 2006: “Les disposicions del dret civil balear són les normes d’aplicació preferent”.

La relación de “preferencia” significa desplazamiento de un ordenamiento, el que no se aplica, pero no pérdida de vigencia, puesto que éste es un efecto de la derogación, pero no de la preferencia.

2) La idea complementaria a la relación de “preferencia” es la “supletoriedad”.

La supletoriedad significa que el ordenamiento sobre el que se debe actuar supletoriamente no es completo, por lo que en los supuestos de vacíos normativos se acude a otro derecho externo al propio sistema jurídico para completarlo.

La supletoriedad actúa por la fuerza de la norma general (art. 149.3 CE; art. 13.2 CC; nuevo art.1.3. regla 5ª CDCIB) y por la propia vigencia territorial del derecho civil estatal.

c) La aplicación por “remisión”

La aplicación por “remisión” es la declaración expresa de aplicabilidad de una o más normas de derecho civil estatal, que no requieren pasar por el filtro de los principios generales del derecho civil propio, porque existe un llamamiento expreso. El legislador, al llamar expresamente a una o varias normas jurídicas civiles estatales para que se apliquen, está utilizando una técnica legislativa, una forma de ejercicio de la potestad de legislar; la Compilación hace estos llamamientos de manera estática, es decir, al contenido normativo vigente al tiempo que el legislador hace el llamamiento, (Disposición Final Segunda CDCIB, por Ley 7/2017, en estos términos: “Las remisiones que esta Compilación hace a las disposiciones del Código civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor del Texto refundido aprobado por el Derecho legislativo 79/1990, de 6 de septiembre,

excepto las modificaciones posteriores, respecto de las cuales las remisiones que éstas hagan al Código se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor de cada ley de modificación”.

Esta nueva redacción quedaba sobreentendida en la Derogada Disposición Final Segunda de la CDCIB de 1990, porque si las remisiones se actúan por leyes modificadoras posteriores a la Compilación de 1990, se llama a la redacción vigente al tiempo del llamamiento, ya que la remisión es una técnica legislativa por la que el legislador, al hacer el llamamiento, analiza la conformidad de la norma vigente del Código civil llamada con los principios generales informadores del derecho civil balear. El legislador remite a una concreta norma en lugar de redactar una norma propia para la concreta materia de la remisión.

La aplicación de una norma por el mecanismo de la remisión, hace indispensable la Disp. Final Segunda CDCIB, a fin de impedir que los cambios legislativos de la norma estatal posteriores repercutan en el derecho civil balear por la vía de la remisión. La razón es que no estamos ante un supuesto de supletoriedad, que llama al derecho vigente al momento de actuar la norma supletoria y por esta razón tiene que pasar por el filtro de conformidad con los principios generales; sino que la norma aplicable por remisión será la que era vigente al momento que el legislador la llamó, porque ya la conformó con los principios generales informadores del derecho civil balear.

La remisión no elude la conformidad de la norma llamada con los principios generales propios del derecho civil balear de acuerdo con regla 5ª del nuevo art.1.3 CDCIB (derogado art.1.3 CDCIB), sino que adelanta su conformidad al tiempo del llamamiento, por esto es imprescindible que se aplique la norma vigente al tiempo que se llamó por remisión, porque se aplica como derecho principal y no como supletorio.

En conclusión, la técnica de la “remisión” y la de la “supletoriedad” son distintas. En la “remisión”, la norma que se llama y aplica, lo es en su redacción vigente al tiempo de la entrada en vigor de la norma que la llama (nueva DF Segunda CDCIB). Por el contrario, el Código civil entra como derecho supletorio en la redacción vigente en el momento de utilizar la técnica de la supletoriedad, por lo que hace necesario pasar el filtro de conformidad con los principios generales del derecho balear (regla 5ª del nuevo art.1.3 CDCIB y derogado art. 1.3 CDCIB).

Además, la técnica de la “remisión” es competencia del legislador; la técnica de la “supletoriedad” es del juez, que es quien aplica el derecho.

Tenemos ejemplos de “remisión” en la Compilación al Código civil y de Libro a Libro, en el art. 53 (modificado por el art. 24 Ley 7/2017; art.79, últ. párr; art.70; art. 80 y art..83 CDCIB).

3. Los mecanismos para evitar la insuficiencia normativa del ordenamiento civil balear. Su constatación. Ideas previas.

El Derecho civil balear cumple las características propias de todo Ordenamiento jurídico (art. 1.3 CDCIB), de completitud, unicidad y creatividad; tales características no evitan que existan insuficiencias normativas que requieren mecanismos para su superación y, especialmente, por la desidia del legislador autonómico (art. 30.27 EAIB). La existencia de lagunas normativas, o lagunas de ley, se cubre con mecanismos que llenan tales vacíos normativos (para el cumplimiento del art.1.7 Cc).

Ahora bien, no toda falta de regulación implica una insuficiencia normativa que deba integrarse, porque podría tratarse de instituciones extrañas a nuestro sistema jurídico civil. Son los supuestos de falta de tipificación querida por el legislador autonómico, que impide la aplicación supletoria del Código civil, por ej. la mejora, art. 823 y ss. Cc, extraña al sistema legitimario del derecho civil balear.

El mecanismo para evitar las insuficiencias normativas, en el Código civil, se obtiene a través de su sistema de fuentes, art. 1 Cc. En tanto que los ordenamientos civiles territoriales (los *iura propria*), históricamente, evitaban su insuficiencia mediante la supletoriedad, acudiendo a un derecho extrínseco (en nuestro caso era *el ius commune*). Recordemos que Jaume II, en la Carta de Franquezas de 1299, ordena el estado y prelación de fuentes del derecho civil del Reino de Mallorca, diciendo que los jueces del reino deben atender: “(...) *qui jurent consilium dare secundum consuetudines et libertates insulae, et his deficientibus juxta usaticos Barchinonae in casibus stabilitis, et in deficientiam istorum secundum jus commune*”. El derecho supletorio era el *ius commune*.

Hoy, las insuficiencias de los derechos civiles territoriales son lagunas de ley que no impiden que se califiquen de Ordenamientos jurídicos porque son insuficiencias provisionales, pendientes de la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos competentes (“allí donde existan” art. 149.1.8 CE); y en todo caso se suple mediante los mecanismos que proporciona el Derecho civil propio.

En el derecho civil de Baleares, se debe constatar la insuficiencia normativa mediante la autointegración (nuevo art. 1.3, regla 3ª CDCIB) y, una vez constatada, procederá la heterointegración mediante el mecanismo de la supletoriedad del derecho civil estatal (art. 149.3 CE y regla 5ª del nuevo art. 1.3 CDCIB).

Los pasos a seguir para aplicar los mecanismos previstos para suplir la insuficiencia normativa son: 1) encontrar la norma jurídica dentro del sistema de fuentes (art. 1.2 CDCIB). El juez deberá proceder a la interpretación e integración de las normas que conforman el derecho civil balear para encontrar la norma jurídica aplicable al supuesto. 2) Si no la encuentra, evidenciará que existe una laguna normativa que tendrá que cubrir con la aplicación del derecho civil supletorio, que es el estatal. 3) Esta aplicación supletoria del derecho civil estatal no es automático, sino que requiere a) la previa constatación de la insuficiencia (*ex* regla 4ª y 3ª del nuevo art. 1.3 CDCIB y derogado art. 1.2 CDCIB) y b) la verdadera necesidad de cubrir esta insuficiencia, no fuera a tratarse de un vacío normativo querido por el legislador autonómico (regla 5ª del vigente art.1.3 CDCIB).

4. El sistema de interpretación e integración de las normas jurídicas de conformidad con la regla 4ª y 3ª del nuevo art. 1 CDCIB (por Ley 7/2017). Cuestiones previas.

El juez, como aplicador del derecho, debe encontrar la norma aplicable al supuesto de hecho que debe dirimir dentro del sistema de fuentes; y antes de aplicarla, debe proceder a su interpretación e integración, ateniéndose a los cánones de interpretación de la regla 4ª y al mecanismo para integrarla de la regla 3ª, ambas del nuevo art. 1.3 CDCIB.

La regla 4ª, sobre interpretación de la norma, determina: “(E)n la aplicación del derecho civil propio, éste debe ser interpretado de acuerdo con los principios generales que lo informan y, si se trata de la interpretación de una institución histórica, debe tomarse en consideración la tradición jurídica singular, contenida en las antiguas leyes y costumbres insulares, la doctrina de los doctores y las decisiones de la Real Audiencia, cuando existieran para aquella institución”. Para integrar la norma insuficiente, la regla 3ª dice: “(L)a integración del ordenamiento jurídico-civil balear se hará de acuerdo con los principios generales del derecho que lo informan”.

La modificación por ley 7/2017 del art. 1 CDCIB, en materia de interpretación e integración, por una parte, ha degradado la “tradición jurídica balear” al dejarla sólo como un mecanismo de la interpretación de

la norma, en unos determinados concretos casos. Seguramente, el legislador no ha valorado la insuficiencia normativa del derecho civil balear, por su dejadez en la falta de ejercicio de su competencia legislativa (art. 30.27 EAIB), y ha querido, a imitación de Cataluña, ir más allá y dar valor a los principios generales no sólo como fuente, sino como sistema de interpretación e integración, rechazando la integración mediante la tradición jurídica de Baleares (*ex derogado* art. 1.2 CDCIB).

Ha entendido mal, probablemente, el fundamento que se desprende de la EM (II) del CCCat, respecto a su art. 111-1 que dice: “reconeix als principis generals del dret la funció d’autointegració del dret civil de Catalunya (...) com a limit a una eventual al·legació indiscriminada de la tradició jurídica catalana(...)”. Esta aclaración que hace la EM puede ser válida para Cataluña porque tiene un Codi Civil moderno y suficiente, pero no lo es para Baleares.

Cataluña no quiere la rémora constitucional de la interpretación jurisprudencial restrictiva del ámbito de su competencia legislativa en materia civil, que fundamenta en la teoría de las “instituciones conexas”; cuestión en la que también me manifiesto contraria a tal interpretación restrictiva por parte del TC; pero lo que no podemos dudar es que si se tiene competencia legislativa es porque hemos tenido un derecho civil histórico mantenido hasta el momento de la entrada en vigor de la Constitución (“allí donde exista” art. 149.1.8ª CE). La existencia de este derecho es la base de la competencia legislativa en materia civil. Si el TC entiende que el marco del ámbito competencial en legislación civil está en las “instituciones conexas” tendremos que adaptarnos a esta interpretación restrictiva, por muy discutible que pueda ser. En consecuencia, es esencial, para la conexión, la existencia de un derecho civil histórico.

Si, a mayor abundamiento, el legislador autonómico balear ha olvidado ejercitar la competencia legislativa en materia civil, con mayor razón necesitaremos un “arsenal” de medios para integrar las normas, para no tener que acudir a un llamamiento indiscriminado del derecho civil estatal.

Aun así, en Cataluña, que tiene un Codi civil (CCCat.) muy completo y moderno, en su art. 111-2 determina que “En la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s’ha d’interpretar i s’ha d’integrar d’acord amb els principis generals que l’informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana”. El CCCat no renuncia a la integración de su derecho civil, que es casi completo por su ardua tarea legislativa, mediante el mecanismo de la tradición jurídica catalana.

En Baleares, con la escueta Compilación, a pesar de la ley 7/2017, seguimos con los 86 artículos, el legislador ha prescindido de la tradición jurídica balear como sistema de autointegración de las normas, que fue un gran logro de la modificación de la Compilación de 1990, volviendo hoy a lo que preceptuaba el art. 2.2 de la Compilación de 1961. Con esta reforma hemos dado pasos hacia atrás.

Además, de forma poco comprensible, el art. 1.1, como ya hemos indicado anteriormente, determina que “los derechos civiles históricos” forman parte del derecho civil de Baleares. ¿Qué función tienen estos derechos civiles históricos, del nuevo art. 1.1 CDCIB?, no pueden ser fuente del derecho porque no es derecho vigente, por lo que el juez no puede resolver aplicando una norma derogada, salvo que otra norma vigente mande su aplicación (por ej. lo que ocurre con el derecho transitorio); y, por otra parte, no pueden entrar vía integración de las normas vigentes, como ocurría hasta ahora (derogado art. 1.2 CDCIB) y permitía dar una mejor aplicación al derecho civil propio.

4.1. El sistema de interpretación e integración de las normas jurídico-civiles.

Interpretar e integrar las normas jurídicas son conceptos distintos. Interpretar una norma es buscar su sentido. Por esto, el art. 3.1 CC, enumera los medios para encontrar el sentido de la norma.

Tras la reforma puntual de la Compilación por ley 7/2017, la regla 4ª, del nuevo art. 1.3 CDCIB, determina que las normas jurídicas se deben interpretar de acuerdo con los principios generales del derecho que lo informan, es decir, los principios generales propios; y, en el supuesto que se trate de una institución histórica, de acuerdo con la tradición jurídica “singular”.

Integrar la norma jurídica es completarla. Es una labor importante en un ordenamiento jurídico como el balear. La regla 3ª del art. 1.3 CDCIB determina que las normas jurídicas se integrarán con los principios generales informadores del derecho propio.

4.1.1. La interpretación de las normas jurídicas.

La interpretación de las normas jurídicas, previa a su aplicación, tiene dos sistemas o vías.

1) Por una parte, la interpretación siempre se debe encauzar por la vía de los principios generales propios que informan el ordenamiento civil balear,

“En la aplicación del derecho civil propio, éste debe ser interpretado de acuerdo con los principios generales que lo informan (...)”, dice la regla 4ª art. 1.3 CDCIB (en este sentido también el derogado art. 1.2 CDCIB), porque estos principios son los que “informan” el ordenamiento civil balear; por esta razón nunca cabe una aplicación del derecho *contra principia*.

En ningún caso se deben aplicar a la interpretación los principios generales informadores del derecho civil estatal, por razón obvia. Se trata de interpretar siempre *secundum principia*, los que informan el ordenamiento civil balear, que no excluye la aplicación complementaria de los criterios de interpretación enunciados en el art. 3.1 CC.

2) Por otra parte, la reforma por ley 7/2017 ha establecido, en la regla 4ª del nuevo art. 1.3 CDCIB, otro criterio de interpretación, como excepción, en los supuestos que se trate de una institución histórica. En este caso, se debe interpretar a la luz de la “tradición jurídica balear” que está conformada por las antiguas leyes, costumbres, doctrina de los doctores y decisiones de la Real Audiencia. Grave error, la redacción de la regla 4ª: “(...) y, si se trata de una institución histórica (...) debe tomarse en consideración la tradición jurídica singular (...)”, porque en el caso de una institución histórica, también deberá interpretarse a la luz de los principios informadores de esta “tradición jurídica”; porque no podemos separar las normas jurídicas de su fundamento, que son sus principios generales.

Por esto, siempre existirá una vía de interpretación obligada, sea una institución histórica o no, que es la interpretación a la luz de los principios generales propios.

¿Cómo funciona la regla 4ª en los supuestos que se trate una institución histórica? que deja casi como excepción, cuando debiera ser regla general. En tales casos se debe interpretar mediante lo que califica de “tradición jurídica singular”, que es el derecho histórico concreto sobre una institución (suponemos que es el concepto de tradición jurídica “singular”). Esta tradición jurídica “singular”, es decir, sobre una concreta institución, es la que podemos encontrar “(...) en las antiguas leyes y costumbres insulares; la doctrina de los doctores y las decisiones de la Real Audiencia, cuando existieran para aquella institución” (regla 4ª del art. 1.3 CDCIB). Debemos entender que los términos “cuando existieran para aquella” se refieren a la doctrina de los doctores y las sentencias de la Real Audiencia que puedan existir sobre la concreta institución; porque ley o costumbre existirá siempre, si se trata de una institución histórica, de otra manera no existiría la institución. Sólo recordar que, *mutatis mutandis* se podría aplicar lo dicho al tratar de la

costumbre como fuente, esto es, la inutilidad de la calificación de “insular”, que aquí se repite para la tradición jurídica al calificarla de “singular”.

Todo el acervo histórico-jurídico civil, con la reforma de la ley 7/2017, ha quedado reducido a ser criterio de entendimiento del sentido de una concreta institución, sin poder avanzar, como permitía el derogado art. 1.2 CDCIB, hacia la integración de la institución por falta de una completa regulación. Seguramente, el legislador de 2017 ha creído que, con el deficiente “parcheado, remiendo o rapiècement” que ha supuesto la reforma por ley 7/2017, nuestro ordenamiento jurídico civil ya ha alcanzado la completitud.

4.1.2. La integración de las normas jurídicas. Los principios generales propios como mecanismo de la autointegración.

Integrar es completar, por esto, para dar solución a la situación de insuficiencia normativa que tiene nuestro ordenamiento jurídico civil, es preceptivo acudir al mecanismo de autointegración de la norma; que la regla 3ª del nuevo art.1.3, CDCIB, reconduce hacia sus principios generales informadores, como sistema que permita al aplicador del derecho encontrar la solución dentro del propio sistema jurídico de fuentes antes que acudir a un mecanismo externo, como es la aplicación supletoria del derecho civil estatal.

La autointegración de las normas jurídicas consiste en que, si no resulta suficiente integrar la ley o la costumbre con los principios generales que informan el derecho civil propio, ni existe un principio general para aplicarlo como tercera fuente, el juez deberá acudir al mecanismo de la heterointegración, que es la aplicación supletoria del derecho civil estatal.

¿Cuál es el funcionamiento y el ámbito del mecanismo de la autointegración?

1) Ante una laguna normativa por un vacío legal en la regulación de una institución mencionada en la Compilación, o bien ante una regulación parcial, se tiene que proceder a integrar la norma a la luz de los principios generales informadores (regla 3ª, del art. 1.3 CDCIB).

2) El sistema que se debe utilizar para autointegrar la norma, no es la “tradición jurídica balear”, que la encontramos encarnada en las antiguas leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina de los doctores (como preceptuaba el derogado art. 1.2 y DF Primera CDCIB), sino que el único mecanismo para autointegrar la ley o la costumbre, son los principios generales que informan el ordenamiento civil balear. Significa que la norma

se integra desde dentro del sistema jurídico, antes que acudir a un derecho extraño, porque la heterointegración (art.1.3 CDCIB) es la última solución.

3) Los principios generales como sistema de autointegración, recortando el alcance del derogado art. 1.2 CDCIB de 1990, deja al aplicador del derecho en una situación de insuficiencia integradora; porque los principales principios generales propios incluso no están formulados, como ocurre en el CCCat (en sus disposiciones generales). El juez, en su labor judicial autointegradora, tendrá que encontrar luz en los principios que informen el ordenamiento civil balear. Además, el legislador ha conferido a los principios generales propios distintas funciones que se pueden solapar.

En realidad, la nueva regulación de la autointegración, se ha apartado de los antecedentes legislativos. En los trabajos preparatorios de la Compilación de 1961 se había formulado un sistema para lograr implementar la insuficiencia normativa, y así lo expresó en su Proyecto de 1949, aunque la Compilación de 1961 recortó este avance proyectado, dejando la “tradición jurídica balear” sólo al ámbito de la interpretación, como ha hecho la reforma por ley 7/2017. Fue la reforma de 1990 que recuperó el proyectado sistema de integración de las normas, que ya había proyectado el Proyecto de Apéndice de 1949.

El art. 2 del Proyecto de Apéndice de 1949, que toma como base los Proyectos de 1903 y 1920, dice que “ante el silencio o la insuficiencia de éstos, se atenderá supletoriamente a la legislación escrita, sea romana o foral de donde dimanen aquéllas, o al uso y a la costumbre cuando se trate de instituciones consuetudinarias”, por lo que es “obligada la observancia de dichas leyes y costumbres como fuente de derecho supletorio de este Apéndice para todas las materias en él recogidas o mencionadas”.

Estos términos determinaban el ámbito de la integración, acotado a las instituciones que estuvieran “reguladas o mencionadas” en la Compilación. Significaba que ante la existencia de lagunas normativas por una regulación parcial, insuficiente o incompleta, se debía integrar la norma, a efectos de su aplicación, mediante la “tradición jurídica balear”.

El aplicador del derecho no podía integrar la Compilación mediante la aplicación directa de aquellas instituciones no reguladas en ella -porque no era derecho vigente-, sino sólo las “recogidas y mencionadas”. Hoy, sólo cabe aplicar la “tradición jurídica balear” a instituciones concretas y tan sólo como mecanismo de interpretación, quedando vetada para su integración.

¿Cuál es el problema que se plantea en la nueva regulación?. El art. 1 del Título Preliminar, de aplicación a todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Baleares, ha prescindido de la integración de las normas mediante la “tradición jurídica balear” (que regulaba el derogado art. 1.2 CDCIB); el juez podrá interpretar la norma, pero no podrá completarla mediante la “tradición jurídica balear”. Por ej., la nueva regulación por ley 7/2017 del apartado c) del art. 66,6 determina que las instituciones que enumera y no regula, el apartado b) de este art. 66.6, pueden convenirse en espòlits (la ley utiliza indebidamente el término “convertirse”, en lugar de “convenirse”, también lo hace en la versión en lengua catalana), “se regirán por lo que hayan convenido las partes y, subsidiariamente, por su regulación específica”. No hay regulación específica, ni tradición jurídica para implementar la institución, mediante la integración. Será necesario, para facilitar la labor del juez, que los notarios regulen muy detalladamente “lo convenido por las partes” en los espòlits, incluso las reglas de liquidación del régimen de los milloraments para el momento de su disolución, porque, a mi entender, los principios generales propios no serán suficientes para integrar la norma.

El modelo de esta regulación que se pretendía “mejorar” y “ordenar”, es la del Proyecto de reforma del Título Preliminar de 2006 (BOPIB nº 132, de 12 de mayo de 2006), como reza en la EM (II) de la ley 7/2017. Volvamos pues al Proyecto, fundamento de la reforma, para ver lo que se ha ordenado y mejorado. El Proyecto de 2006, en su art. 2.1 decía: “*El dret civil propi s’aplicarà interpretant i integrant les seves disposicions d’acord amb els principis generals que l’informen, prenent en consideració la tradició jurídica balear continguda a les antigues lleis i els costums, la doctrina del doctors i les decisions de la Reial Audiència*”. En la EM del citado Proyecto de 2006, que redactamos la Comisión Asesora, explicaba esta labor integradora en este sentido: “La primera regla que l’aplicador del dret ha de considerar és el sistema d’autointegració de les normes mitjançant la “tradicció jurídica balear”, que és la doctrina de la *iuris continuatio* acoïllida per l’originària Compilació balear que no s’entén sense el recurs al dret històric, pel fet de ser senyal d’identitat del nostre poble. No només és un sistema obligat d’interpretació de les normes pròpies, sinó que el recurs a l’autointegració permet omplir buits normatius de les institucions insuficientment regulades o tan sols esmentades, com ja disposava l’article 2 del Projecte d’apèndix del 1949. Abans de declarar que existeix un buit normatiu i integrar-lo mitjançant un sistema extern d’aplicació supletòria d’un altre dret, el recurs a la “tradicció jurídica balear” permet omplir-lo dins del propi sistema jurídic mitjançant el dret històric, contingut en les antigues lleis i els costums, en la doctrina dels doctors o *opinio doctorum*, i en les Decisions de l’antiga Reial Audiència” .

La función integradora que otorga la regla 3ª del nuevo art. 1.3 CDCIB, a los principios generales, olvidando la “tradicción jurídica balear”, responde a la labor de completar las otras fuentes, sea ley o costumbre, porque esta labor integradora no es de aplicación a los propios principios que son la tercera fuente del derecho. Ante una insuficiente regulación de la ley o de la costumbre, se integrará con los principios generales propios, porque el legislador les ha atribuído la función de completar la norma, ya que son informadores del derecho civil balear, antes de pasar a la aplicación de la tercera fuente, que son los propios principios generales propios.

Constatada la insuficiencia que no se ha podido colmar con el sistema de fuentes, una vez interpretada e integrada la norma, acudiremos a la aplicación defectiva del Código civil como mecanismo de heterointegración, si bien condicionando su aplicación supletoria en una doble vertiente: 1) en primer lugar, que la norma estatal “no se oponga a los principios” (regla 5ª del nuevo art.1.3 CDCIB, esto es “(...) siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio(...)”), porque nunca puede aplicarse *contra principia*. Y, 2) en segundo lugar, porque no se dará entrada al derecho supletorio sino después de haber “interpretado e integrado” nuestro derecho civil *secundum principia*; porque estos principios son los que canalizan la “interpretación e integración” de las normas jurídicas que constituyen las fuentes del derecho civil balear.

Hemos utilizado los principios generales desde varias funciones que le ha atribuído el legislador, su función de fuente del derecho, de informador del ordenamiento civil balear, en su función interpretadora y en su función integradora de las normas jurídicas. Esta ardua tarea asignada a los principios generales, hará necesario un breve análisis.

4.2. Las funciones que atribuye la Ley7/2017 a los principios generales del derecho civil balear. La doble vertiente: como fuente y en la aplicación de las normas jurídicas.

Los principios generales son consustanciales al derecho. No hay derecho sin principios. Son fuente de las mismas fuentes. Por esto la ley y la costumbre siempre se aplican con los principios generales porque informan la propia norma jurídica.

Los principios generales del derecho, como realidades no tangibles, son el origen, el fundamento de la norma; son proposiciones abstractas aceptadas por la generalidad, de ahí que tales principios deben tener la característica de “general”, como tiene la norma. Por ej. la buena fe, es un criterio general

que está en el origen, en el fundamento, en el poso de las normas jurídicas en materia de contratación.

La referencia a los principios generales del ordenamiento jurídico-civil balear o propios, es a lo que la ley denomina “los principios generales del derecho que lo informan” (art. 1.3, regla 3ª CDCIB). En ningún caso hacemos referencia a los principios generales del derecho civil estatal.

El llamamiento a los principios generales del derecho civil estatal sólo podría actuar vía supletoriedad y una vez que se hubiera declarado la insuficiencia normativa del derecho civil propio, después de interpretadas e integradas sus fuentes del derecho. Es un llamamiento defectivo, no entra como fuente del derecho.

Constatada la insuficiencia normativa en el derecho civil balear, se debe acudir a la heterointegración del vacío normativo con el derecho civil estatal y su prelación de fuentes; y su tercera fuente, a falta de ley y costumbre civil estatal, son sus principios generales (art. 1.1 CC), que entrarían, en su caso, para cubrir un vacío normativo.

Los principios generales del derecho civil balear se presentan, en la reforma de 2017, bajo dos prismas o vertientes: 1) los principios generales como tercera fuente del derecho (art.1.2 CDCIB); y 2) los principios generales desde la perspectiva de la aplicación del derecho. 3) Incluso les podemos otorgar una tercera función o vertiente, la función negativa de los principios generales propios.

4.2.1. Los principios generales en la aplicación de las normas jurídicas.

Ahora nos detendremos en esta múltiple función que el legislador le ha atribuido a los principios generales, que es difícil de separar, porque en ocasiones parecen que se solapan, porque no son más que distintos enfoques de una misma realidad.

1) Los principios generales del derecho civil propio, como fuente del derecho, ocupan jerárquicamente el lugar de tercera fuente, como ya hemos analizado en este estudio; se aplican a falta de ley y costumbre (art. 1.2 CDCIB). Mediante la abstracción se extrae del ordenamiento civil balear un principio general que, una vez encontrado, se aplica en defecto de ley y de costumbre. La *analogía iuris* es el método para obtener los principios generales.

2) Desde el ámbito de la aplicación del derecho, los principios generales informadores del ordenamiento civil balear tienen la función de interpretar las normas jurídicas, sea ley o costumbre; como también de integrar la ley y la costumbre. Estos mecanismos también ya han sido analizados.

En definitiva, la labor de los principios generales es infundir, iluminar, imbuir la ley y la costumbre, ya que los principios están en el propio fundamento de la norma jurídica. No es más que una forma de aplicar las fuentes del derecho, sea ley o costumbre, o de integrar las fuentes del derecho cuando falta ley o costumbre, que en este caso, los principios generales, tienen la función de tercera fuente.

Ya hemos señalado anteriormente, la dificultad de entendimiento de las distintas funciones que el legislador otorga a los principios generales, que no son más que distintos enfoques de una misma realidad.

En un intento de despejar las funciones de los principios generales, concluiremos:

1º. Función informadora del ordenamiento jurídico. Los principios generales son ideas que fundamentan las normas jurídicas. Por esto la ley y la costumbre se aplica con sus principios generales, es decir, las normas jurídicas están informadas por principios generales (así lo determinan las reglas 3ª, 4ª y 5ª del art. 1.3 CDCIB).

2º. Función interpretadora del ordenamiento jurídico. En la función de aplicación de las normas jurídicas, el juez tiene el deber de interpretarlas, para poder aplicarlas. Por esto deberá aplicar la norma jurídica a la luz de los principios generales informadores. Los términos que conforman la concreta norma jurídica se debe entender de conformidad con los principios que inspiraron la creación de la norma jurídica; a título de ejemplo, en el caso de aplicación de los principios generales propios del ordenamiento civil balear, en materia sucesoria, rige el principio que quien es heredero no puede perder esta cualidad porque el heredero lo es siempre, “semel heres, semper heres”; la incompatibilidad del doble título sucesorio; la necesidad de la institución de heredero. En materia matrimonial-patrimonial, la libertad contractual de la mujer, ya proclamada en 1344, en el Stil 11 de Arnau d’Erill, tanto entre cónyuges como con terceros, sin que nunca existiera la necesidad de la venia marital (como ocurría en el derecho de Castilla, hasta la modificación del CC en 1975), entre otros principios.

Así, la norma jurídica debe entenderse a la luz de los principios generales que la informan y se aplica siempre con sus principios generales. Incluso la aplicación supletoria del derecho civil estatal se aplica a la luz de los principios generales del ordenamiento civil balear, porque no puede contariarlos.

3º Función integradora. La norma jurídica debe integrarse con sus principios generales propios; significa que allí donde no llega la regulación de la norma jurídica debe implementarse con los principios generales, en el sentido expuesto ya anteriormente cuando hemos tratado la regla 3ª del art. 1.3 CD-CIB sobre integración de las normas, aunque con las dificultades allí expuestas.

4.2.2. La función negativa de los principios generales.

Desde el ámbito de la función negativa que se atribuye a los principios generales del derecho, tenemos:

a) Los principios generales del derecho son límite a la entrada del derecho civil estatal en su aplicación supletoria; la heterointegración. Nunca podrá aplicarse, el derecho civil del Estado cuando la norma a aplicar sea contraria a los principios informadores del ordenamiento civil balear. No cabe la aplicación *contra principia* (ex regla 5ª, del art.1.3 CDCIB).

b) Función limitadora a la competencia legislativa. Los principios también actúan como límite a la competencia legislativa.

a) La función limitadora de los principios generales a la aplicación supletoria del Código civil. La regla 5ª del art. 1.3 CDCIB por Ley 7/2017. La heterointegración del ordenamiento civil balear.

La regla 5ª del art. 1.3 CDCIB determina la aplicación supletoria del Código civil cuando el juez, interpretada e integrada la norma, resuelve que existe un vacío normativo. No es una aplicación automática sino que, constatada la insuficiencia, se condiciona la entrada de la norma civil estatal a su compatibilidad con los principios informadores del derecho civil propio, porque nunca se puede aplicar la norma *contra principia*; y también se condiciona a la necesidad de suplir el vacío normativo, que es materia del próximo apartado.

b) La atribución de función limitadora de la competencia legislativa.

A los principios generales se le ha atribuido una función, en el ámbito legislativo, que se enmarca en el art. 149.1.8 CE. Esta cuestión derivó de una ponencia que se presentó en el Congreso de Jurisconsultos sobre los derechos

civiles territoriales en la Constitución, en Zaragoza en 1981, cuyo título era el “Artículo 149.1.8 de la Constitución” y en la conclusión 2ª decía que los derechos civiles territoriales eran una legislación “informada por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración”, añadiendo que “hasta donde lleguen estos principios informadores llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas”.

Esta función legislativa limitadora se repite en la doctrina del Tribunal Constitucional, STC 88/1993 de 12 de marzo, que en el tercer párrafo de su FJ3, dice: “cabe, pues, que las CCAA dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”.

Aunque el TC no lo diga expresamente, los principios generales tendrían la función de límite legislativo, con toda la problemática que puede suponer concretar cuáles son estos principios informadores que tienen el calificativo de “peculiares”, porque podrá ser peculiar una determinada institución, por ej. la *diffinitio* (art.50 CDCIB), pero los principios, en los que generalmente encontraremos una raíz uniforme, pensemos por ej. en los principios romanistas, que tanta influencia tienen en nuestro derecho civil propio, nos conduciría a impedir cualquier “desarrollo” de nuestro ordenamiento.

4.3. La supletoriedad del Código civil como mecanismo de heterointegración.

El ordenamiento civil balear tiene la característica de ser un ordenamiento temporalmente incompleto, por la casi inactividad del legislador autonómico en la materia de su exclusiva competencia (art. 30.27 EAIB); incluso la reciente reforma 7/2017 no ha alcanzado a “desarrollar” el derecho civil. Esta característica determina la necesidad de completarlo cuando el juez se encuentra ante un vacío normativo, con la aplicación supletoria del Código civil.

4.3.1. La aplicación del derecho civil estatal como derecho supletorio.

Este sistema de heterointegración, cuando falla la autointegración, lo determina la regla 5ª del nuevo art. 1.3 CDCIB, en los siguientes términos: “Por defecto de derecho civil propio, se aplicará, como derecho supletorio, el derecho civil estatal, siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio y que el vacío normativo no sea querido por el legislador balear, en el marco de sus competencias”. Este artículo es la “mejora” y “ordenación” del Proyecto de 2006, como determi-

na la EM (II) de la ley 7/2017. El Proyecto de 2006, después de determinar en el apartado 1 de su artículo 2 la forma de interpretar y autointegrar el ordenamiento civil balear, en su apartado 2 disponía que *“Les disposicions del dret civil balear són les normes d’aplicació preferent. Si no n’hi ha, s’aplicarà, com a dret supletori, el Codi civil, sempre que no sigui contrari als principis generals que informen el dret propi o el buit normatiu sigui volgut pel legislador autonòmic.*

El Código civil y la legislación civil estatal especial suple, “en todo caso” (art.149.3 CE) la insuficiencia normativa, hasta que el legislador balear actúe en el ejercicio de su competencia legislativa (art. 30.27 EAIB).

La heterointegración con el derecho civil estatal, está sometido a dos filtros previos y tras pasar estos filtros, se somete, nuevamente a un doble requisito.

a) Filtros previos a la aplicación supletoria del derecho civil estatal.

1º. Constatación de la insuficiencia normativa una vez demostrada la imposibilidad de autointegración, en los términos ya determinados.

2º Que el “vacío normativo no sea querido por el legislador balear”. Lo comentaremos en el siguiente apartado .

b) Requisitos para la aplicación supletoria del derecho civil estatal.

1º Que la norma supletoria del derecho civil estatal que sea de aplicación, pase por el filtro de los principios generales del derecho civil balear, para evitar su contradicción, regla 5ª del art. 1.3 CDCIB (antes derogado art. 1.3).

2º Que la aplicación del derecho civil estatal sea dinámica, es decir, se aplicará supletoriamente las normas del Código civil en la redacción actual, la vigente al tiempo de la concreta aplicación. Por esto no es de aplicación la Disp. Final Segunda CDCIB, también modificada por ley 7/2017, que ya hemos estudiado al analizar la técnica de la remisión.

4.3.2. El concepto de filtro a la heterointegración por inactividad querida por el legislador autonómico.

El concepto de supletoriedad, a partir de la existencia de los Parlamentos Autonómicos con competencia legislativa en el ámbito civil (art.149.1.8. CE), está en función de la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos. Hoy puede evitarse acudir al derecho supletorio mediante el ejercicio de la

competencia legislativa de los Parlamentos Autonómicos (art.149.1.8 CE y 30.27 EAIB), porque los derechos civiles territoriales son o pueden ser temporalmente incompletos.

La falta de regulación puede no obedecer a una insuficiencia normativa, sino a una situación no tipificada, voluntariamente, por el legislador autonómico. De ahí la necesidad de distinguir entre lagunas del derecho civil balear y supuestos de hecho no tipificados, voluntariamente, por el legislador autonómico. En este caso, no se puede proceder a la aplicación supletoria del derecho civil estatal.

La tipificación o no de un supuesto de hecho es una cuestión de política legislativa. El Estado no tiene “título competencial” para regular el derecho civil balear (art. 149.1.8ª CE y art. 30.27 EAIB), ni lo es la “supletoriedad” de aquél al derecho civil balear (art.149.3 CE y art.87.3 EAIB). Si el legislador autonómico no tipifica una determinada materia puede obedecer a dos criterios distintos:

1º. Que se trate de una insuficiencia provisional porque todavía no ha procedido a ejercitar la competencia legislativa que le atribuye la Constitución (art. 149.1.8) y el Estatuto de Autonomía (art. 30.27 EAIB), en cuyo caso, ante la imposibilidad de obtener solución dentro del propio sistema, se deberá acudir al Código civil.

2º. O bien estamos ante un supuesto que el legislador autonómico no quiere tipificar por tratarse de una institución extraña a nuestro sistema jurídico o por cualquier otra razón de política legislativa. En este supuesto no estaremos ante una laguna legal, sino ante una institución no tipificada voluntariamente por el legislador autonómico.

La supletoriedad del Código civil está controlada, hoy, desde dos ámbitos; ya sea por una actividad legislativa autonómica que haga inútil la supletoriedad del Código civil, porque el legislador autonómico ha llenado sus vacíos normativos (es el caso catalán, que casi ha completado la regulación del CCCat); o bien porque se trate de instituciones extrañas a nuestro sistema jurídico y por ello no tipificadas, voluntariamente, por el legislador autonómico, que no se deben suplir.

4.4. La jurisprudencia como fuente de complementación.

La jurisprudencia es fruto de la actividad de los Tribunales de Justicia que pueden crearla, el TSJIB y, en su caso, el TS, al interpretar y aplicar las

fuentes del derecho. No es una fuente más del derecho, sino un sistema de complementar las fuentes del derecho. Su doctrina reiterada complementa (art.1.6 Cc) la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, que sí son fuente del derecho.

Estamos en el ámbito de la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho; la importancia de esta interpretación, a la hora de aplicar la ley, la costumbre o los principios generales del derecho, está en el órgano emisor de estas interpretaciones, los altos Tribunales de Justicia. Los magistrados del TSJ y del TS son los intérpretes de las normas al aplicarlas; son interpretaciones de un alto valor, por esto la importancia de la jurisprudencia, que no completa los vacíos normativos, sino que complementa las fuentes del derecho, en su interpretación para su aplicación.

En la CDCIB, tras su reforma por ley 7/2017, la jurisprudencia cumple dos funciones distintas, ya que la regla 4ª y la regla 5ª del art. 1.3 CDCIB, se refieren a la jurisprudencia de dos momentos distintos:

1) Por una parte, la regla 4ª atribuye un criterio de interpretación de las fuentes del derecho a las Decisiones de la Real Audiencia. La jurisprudencia de la Real Audiencia no fue fuente del derecho (PLANAS ROSSELLÓ, A.. “La jurisprudencia de la Real Audiencia de Mallorca”. BSAL, 65, Palma 2009, pp. 303-310), aunque por su importante doctrina al interpretar y aplicar el derecho, era un criterio de gran valor. Estas Decisiones que constituyen parte de la tradición jurídica balear, hoy denominada “singular” (regla 4ª), son un criterio de interpretación de las normas jurídicas cuando éstas se refieren a una institución histórica.

2) Por otra parte, la regla 5ª del nuevo art. 1.3. le atribuye a la jurisprudencia del TSJIB y, en su caso, del TS, la función de complementación del ordenamiento civil balear, en estos términos “(L)a jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y, en su caso, del Tribunal Supremo, complementará el ordenamiento civil balear”. Esta regla 5ª, no ha modificado los términos del Proyecto de 2006, al que pretendía “mejorar” y “ordenar”. El apartado 3 del art. 2 del Proyecto 2006, determinaba “3. *La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears i, si n'és el cas, del Tribunal Suprem, complementarà l'ordenament civil balear.*

En definitiva, la función de esta doctrina jurisprudencial alcanza a la complementación del ordenamiento jurídico, como también determina el art. 1.6 Cc.