

VIII. III.- LA LEY 7/2017 DE 3 DE AGOSTO ¿RECOPIACIÓN O CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL BALEAR?

Intervinieron las Dras. **D^a Olga Cardona Guasch, D^a María Pilar Ferrer Vanrell y D^a Francesca Llodrà Grimalt** el 23 de abril de 2018, y se celebró en el Colegio de Abogados en los términos que siguen, según el relato recogido en las páginas de la Academia, de la revista *Missèr*.

El pasado día 23 de abril, tuvo lugar una mesa redonda sobre el tema “La Ley 7/2017, de 3 de agosto; Recopilación o Codificación del Derecho Civil balear”, organizado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de les Illes Balears, en el acto presidido por Gabriel Garcías Planas intervinieron las Dras. Olga Cardona Guasch, Pilar Ferrer Vanrell y Francesca Llodrà Grimalt.

Comenzó la **Dra. Olga Cardona**, afirmando que el título de la mesa redonda se pregunta por el impacto que la Ley 7/2017, de 3 de agosto ha tenido en el Derecho civil de las Illes Balears: ¿recopilación o codificación? La recopilación es, básicamente, una colección de normas que pueden tener diferente origen, que carece de ordenación sistemática y de vocación de exhaustividad. La codificación, en cambio, es un cuerpo de leyes coordinadas entre sí, generalmente redactadas en una misma época y para una misma obra; su pretensión de exhaustividad queda manifiesta al inferirse de sus preceptos unos principios generales de los que, a su vez, se deducen otros, con lo cual aspira a resolver cualesquiera supuestos que puedan acaecer. A medio camino entre una y otra está la compilación, cuerpo normativo fragmentario. Por ello las comunidades autónomas con competencia legislativa en derecho civil -excepción hecha de Navarra y Baleares- han terminado sustituyendo sus compilaciones por leyes mucho más completas. No olvidemos que, aun habiendo devenido derecho civil autonómico, las compilaciones que hoy subsisten traen causa de una ley estatal fundada en una concepción del derecho civil que entendía los derechos “forales” como excepciones a un pretendido derecho único. En definitiva, el formato compilación responde a una ley de mínimos con la que se puede conservar y modificar el derecho foral -parafraseando el art. 149.1,8^a CE- pero que en modo alguno permite desarrollarlo adecuadamente, pues sus moldes son demasiado rígidos.

¿Qué representa la Ley 7 en el derecho civil balear? Según su Exposición de Motivos su finalidad es modificar determinados artículos de la Compilación. No aspira, pues, a grandes metas. Me limitaré a hacer un balance de lo que ha supuesto para el Derecho de Ibiza y Formentera y, en particular, en las relaciones patrimoniales de los matrimonios sujetos al Libro III. En primer lugar, ha ampliado sustancialmente la regulación de las capitulaciones matrimoniales o *espòlits*. Lo ha hecho basándose en una propuesta de articulado redactada en 2010, que estaba pensada para formar parte de una ley especial, la Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio, que no llegó a buen puerto. El borrador de Anteproyecto de la frustrada ley fue redactado por la Comissió Assessora de Dret Civil Balear, de la que fui vocal. La propuesta de regulación de los *espòlits* dentro de la ley *nonata* constaba de siete artículos, precedidos cada uno de un título, como todos los que habían de integrar aquélla. La Ley 7 asume, en líneas generales, la propuesta de regulación de *espòlits* de 2010, pero con una técnica muy deficiente: *vuelca* el contenido de esos siete artículos esbozados dentro de los estrechos moldes de la norma compilada, a base de transformar cada uno de aquéllos en otros tantos apartados del nuevo artículo 66 (apartados 2 a 8, ambos inclusive), sin tan siquiera eliminar el título de cada uno de esos proyectados artículos inicialmente previstos para la susodicha ley especial. El resultado es insólito, pues el nuevo artículo 66 está plagado de títulos “internos”, lo que contrasta con el resto de preceptos de la Compilación. A ello se añaden errores de transcripción que terminan por distorsionar el sentido verdaderamente buscado al redactar algunas de estas normas. Dejando a un lado la técnica empleada, la opinión que me merece el contenido del nuevo artículo 66 es, en general, favorable (no se puede ir contra los actos propios). En primer lugar, porque la Ley 7 contribuye a dar una nueva configuración de los *espòlits*. Estos nacieron y se desarrollaron históricamente bajo la premisa de un matrimonio que sólo se disolvía por fallecimiento. La reforma de 1990 empezó a quebrar esta concepción, al prever expresamente las consecuencias que el divorcio habría de desplegar sobre las estipulaciones capitulares. En las últimas décadas la sociedad ha seguido experimentando cambios y demandando mecanismos preventivos de eventuales crisis que aligeraran, en la medida de lo posible, las controversias derivadas de estas realidades. Es por ello que, dando un paso más, el artículo 66 ahora contempla la posibilidad de que los *espòlits* contengan pactos en previsión de ruptura matrimonial, y también, sobre el modo y cuantía de la contribución al levantamiento de las cargas, lo cual puede ayudar a encauzar situaciones de crisis, al constituir una buena referencia para calcular la compensación que uno de los cónyuges haya de reclamar al otro por exceso de contribución al sufragio de los gastos derivados de la convivencia. A destacar también, la introducción de un plazo de caducidad para los *espòlits* prenupciales, la regulación detallada de la modificación de las

cláusulas esponsalicias y el tratamiento de la incidencia que sobre las mismas tienen la nulidad matrimonial, la separación legal y el divorcio.

En sede de régimen de separación de bienes se han introducido importantes modificaciones que acaban con la nítida incomunicación de patrimonios conyugales: una, es la exigencia del consentimiento de ambos esposos para disponer de la vivienda habitual, medida implantada en contra del sentir casi unánime del Consell Assessor de Dret Civil d'Eivissa i Formentera; otra, es la responsabilidad solidaria de los cónyuges respecto de las obligaciones contraídas por ambos en el levantamiento de las cargas familiares e, incluso, de las asumidas por uno solo en el ejercicio de la potestad doméstica, régimen de responsabilidad que contrasta, no sólo con el precedente sino también con el de Mallorca e, incluso, con el del Código Civil que, a lo sumo, establecen la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor.

La reforma de 2017 podría haber sido mucho más ambiciosa, no sólo porque las cargas familiares y el trabajo para la familia tendrían que haberse regulado más exhaustivamente, sino también porque se ha dejado en el tintero algunas cuestiones interesantes, como el acogimiento en la cuarta parte de los *milloraments*, tan sólo mencionado en el artículo 66.6b). Se trata de la institución más antigua conservada en las Pitiusas, y aún hoy genera dudas cuando se tramitan herencias de personas que capitularon ya que, previamente, han de liquidarse y abonarse los mejoramientos. El problema es ahora mayor, toda vez que la tradición jurídica, a la que cabía acudir para integrar las lagunas parciales, ha quedado relegada a un mero elemento de interpretación, según el nuevo artículo 1 CDCIB. El Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio no sólo rescataba el acogimiento del ámbito puramente consuetudinario sino que, además, lo convertía en un régimen de participación en ganancias, único r.e.m. de carácter convencional que habría contemplado la legislación balear. Sin duda, la regulación del acogimiento pitiuso habría dado mayor visibilidad al Derecho de Ibiza, pero lamentablemente, la Ley 7 no ha tenido en cuenta este trabajo de la Comisión Asesora. En segundo lugar, se ha perdido la oportunidad de reconocer al cónyuge superviviente el derecho a hacer suyos los bienes del ajuar doméstico, beneficio de que goza el viudo en toda España e, incluso, el sobreviviente de la pareja estable balear. La regulación del derecho de predetracción del ajuar doméstico en el Libro III habría contado con un importante fundamento, ya que existen precedentes en la tradición jurídica pitiusa (“*acolliment en la meitat dels draps de cambra*”) e, incluso, habría dado sentido a la pestaña desplegable del Impuesto de Sucesiones, Modelo 660, que permite minorar el ajuar estimado según las normas del tributo, en el 3 por 100 del valor catastral de la vivienda habitual, tratándose de un causante casado. La incorpo-

ración de este beneficio vidual presente en el acervo jurídico ibicenco habría borrado, en definitiva, el inexplicable agravio comparativo que padecen los matrimonios pitiusos respecto del resto de matrimonios baleares y de las parejas estables legalmente constituidas. Por último, tampoco se han abordado aspectos problemáticos como las titularidades dudosas y las adquisiciones onerosas del cónyuge con fondos pertenecientes al otro, en todo o en parte.

A continuación, la **Dra. Pilar Ferrer**, puso de relieve que la Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, no ha resultado el ansiado desarrollo de la Compilación balear (*ex art. 149.1.8 CE y art. 30.27 EAIB*), sino una simple “modificación”. Esta ley intenta tan sólo “rapiècer” la Compilación, con una no depurada técnica legislativa. No le añade un solo artículo y trunca dos importantes modificaciones: 1) Por una parte, la regulación del Régimen Patrimonial del Matrimonio. 2) Por otra, la completa regulación del Título Preliminar.

El anteproyecto entregado, por la *Comissió Assessora de Dret Civil*, al Govern, el 7 de octubre de 2015, era una modificación puntual de determinados artículos que no admitía demora; además de una corrección de errores, siempre pendiente de realizar, en la versión en lengua catalana y en la castellana (por esto, esta ley tiene tantos artículos subsanados).

Esta Ley ha sido el resultado de una gran modificación de su Proyecto de ley, tanto por las enmiendas de supresión de artículos de su Proyecto de ley, como por la incorporación de enmiendas de adición, durante su tramitación parlamentaria que ha hurtado la previa tramitación administrativa en todo lo modificado.

El escaso tiempo de exposición determinó concretar la intervención en unos meros apuntes, que se recogerán en el Boletín de la Real Academia. Sólo apuntar o resaltar una nota, el carácter imperativo y uniformador de esta Ley 7/2017, que se contrapone a potenciar la autonomía de la voluntad que debe prevalecer en el derecho civil, de acuerdo con el principio, no proclamado en la Compilación, de “libertad civil”, encarnada en la hoy degradada “tradicción jurídica balear”. Esta idea se fundamenta en dos aspectos: 1) en lo que no llegó a la ley, propuesto en su anteproyecto; y 2) en algunos aspectos del contenido de la ley, que sólo se citarán unos ejemplos.

1) Ejemplos de parte de lo que no llegó a la ley porque desaparecen por enmienda de supresión del proyecto, durante su tramitación parlamentaria: a) la “definición entre cónyuges”, y b) el nuevo párrafo al art. 49. a) La *non nata diffinitio* entre cónyuges, daba respuesta a sugerencias para el caso de

segundos o subsiguientes matrimonios contraídos en edades tardías y que ya no tienen descendencia. En estos supuestos, los cónyuges pueden pretenden destinar los bienes de cada uno de ellos (muchas veces escasos) a sus propios hijos. La modificación, que se suprimió, permitía que los cónyuges, voluntariamente, pudieran otorgar definición de sus derechos legitimarios de origen vidual. b) El *non nato* párrafo 2 del art. 49, permitía proteger, compensar al discapacitado respecto de sus hermanos legitimarios, en la línea de la ley modificadora del Cc 41/2003. El propuesto párrafo 2, del art. 49 del Proyecto, permitía a los testadores (ascendientes respecto de sus legitimarios, hijos o descendientes) constituir un fideicomiso sobre la cuota legitimaria global, en el que los hijos o descendientes legitimarios, con capacidad modificada judicialmente, sean fiduciarios, y los otros legitimarios sean fideicomisarios. Era un instrumento potestativo, una norma dispositiva, que permitía a la sociedad utilizarla según sus necesidades. Su finalidad era procurar la tranquilidad para los padres, que el hijo que por razón de su capacidad no pudiera procurarse medios para vivir adecuadamente y a la vez compensaba de los gastos de estudios dados a los otros hijos para que en un futuro pudieran cubrir sus necesidades.

2) Ejemplos de enmiendas de adición que se han introducido en la ley, sólo a modo de ejemplo me referiré a: a) la modificación de algunos de los apartados del art. 4 de la Compilación: **1º**, el apartado 1 “el dret a conseguir una compensació...”, al extinguirse el régimen de separación de bienes por haber contribuido a las cargas con el trabajo para la familia. Se echa en falta determinar cuándo se tiene derecho a esta compensación económica, como hace el art. 9 de la LPE. **2º**, el apartado 3, la vivienda familiar. En la mesa redonda se puso de manifiesto la evolución de este consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda; así como que este consentimiento no es un supuesto protección a la familia, como ha dicho el TC en el Auto de inadmisión del recurso de amparo, de 22 de marzo de 1999, que se interpuso por el cónyuge no titular y que resolvió que la protección a la familia es totalmente compatible con la opción legislativa que, con “fundamento en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que históricamente rige en las Islas Baleares, conscientemente no consideró oportuno la vigencia que establece el artículo 1320 del Cc”.

Se citaron y explicaron otros ejemplos como el de los derechos legitimarios del cónyuge separado de hecho del art. 45 CDCIB; así como la incoherencia, en materia de sucesión intestada que el cónyuge separado de hecho no puede ser sucesor intestado y, por el contrario, puede pedir los derechos sucesorios viduales.

Por otra parte, se puso de manifiesto que se desaprovechó esta ley para regular 1) las cargas del matrimonio, y 2) los efectos de la extinción del régimen económico matrimonial, entre otros muchos extremos. Esta modificación puntual ha dejado de nuevo el régimen económico matrimonial huérfano de una completa y necesaria regulación. Estos temas y muchos más, eran los que regulaba el anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio, que constaba de 60 artículos, que la *Comissió Assessora* entregó al Govern y que éste no procedió a su tramitación parlamentaria. Una auténtica lástima. Un largo trabajo de las distintas Comisiones Asesoras perdido que hubiera sido muy útil y muy necesario para dar solución, con una legislación moderna y ágil, a la conflictividad que en demasiadas ocasiones se presenta en materia patrimonial conyugal. Ha faltado interés político en adaptar la Compilación a las necesidades de la sociedad actual, que es plural.

Finalmente la **Dra. Francesca Llodrà** expuso que Recopilar? Codificar? Són qualificacions dogmàtiques que no s'han produït, ni crec que es preten-gués, amb la Llei 7/2017. Estam davant d'altres paràmetres.

El Dret civil balear, en els paràmetres actuals, és una competència definida per les seves maneres d'exercici (conservar, modificar i desenvolupar –art. 30.27 EAIB) i amb un límit últim: les lleis civils estatals relatives a les matèries competència exclusiva de l'Estat, *en qualsevol cas* (art. 149.1.8ª CE). Límit últim que sempre està pendent de revisió. No només perquè les matèries que, *en qualsevol cas*, són competència de l'Estat, són formulacions abstractes. Sinó també, per com actua l'Estat en relació amb el propi estat constituït, el de les autonomies, i l'ús que en fa de la doctrina constitucional permetent-se no atendre a aquesta -que ha assentat clarament la “garantia de la foralitat” i el creixement orgànic del dret propi- en temes tradicionalment tractats pel dret civil propi (com quasi ens ha succeït en matèria de successió intestada).

Sabent que és el Dret civil balear, s'observa que la modificació de la Llei 7/2017 és només una modificació legislativa que reafirma al DLegis 79/1990 com a Llei general civil, ressaltant que la idea de “general” no és ni exclusiva ni exclouent, ja que allò general revela l'existència de la matèria especial. Per això, té sentit l'expressió *dret comú* del nou art. 1.3.2ª. La Compilació (amb el seu sistema de fonts) és ara la primera supletòria, ja que només en allò que “no estigui regulat pel dret propi de les Illes Balears és d'aplicació supletòria el dret de l'Estat” (art. 87.3 EAIB).

Per tant, s'observa, des del plànol de la modalitat d'exercici de la competència (art. 30.27 EAIB), que ens trobam només davant un exercici compe-

tencial de conservació. Ara bé, la conservació també implica canvi; reparar és moviment. En conclusió, s'ha produït un exercici de conservació de la Compilació amb l'efecte de resiliència, aturant l'ocàs imminent que l'esperava perquè no era possible aturar més la supletorietat genèrica de l'ordenament de l'Estat davant l'abandonament del dret civil balear, retintut per òrgans que no han funcionat, com la Comissió Assessoradora.

En conseqüència, aquesta opció legislativa permet deixar un temps més la Compilació i el dret civil balear “en suspensió”, en expiració lenta (*l'expiració de la treva*), a l'espera d'esdeveniments més grans, com és per mi la fi de l'Estat-nació i el miratge de sorgiment de nous estats (resultats de l'intent de “repatriarcalitzar” codificant de nou amb l'ideal de l'individu) enfront a la societat formada també per dones, que mai fórem, ni serem, l'*individuo* de la codificació. Aquests esdeveniments produeixen esclatxes estructurals en el dret codificat i també una *sobrelegislació* perquè es legisla cada exercici de llibertat humana amb solucions ortodoxes i unitàries, basades en la unitat del pensament, que ja no serveixen a la societat que és plural.

Per altra banda, tant codificar com descompilar era només un horitzó possible. És la tècnica catalana que, per la intensitat de la feina jurídica i l'*apoderament*, va aconseguir dur a les darreres conseqüències el compliment de la doctrina constitucional que, paradoxalment, pretenia aturar-ho, marcant la connexió com a ritme cronològic de política legislativa.

Ara bé, per les Illes Balears el model català no és l'horitzó.

1. Perquè s'ha vist la dificultat de fer lleis especials en matèries històriques que es resisteixen a la descompilació perquè aquesta obliga, en les lleis especials descompiladores, a reiterar el marc general normatiu.

2. Perquè és innecessari descompilar si el que es pretén és només desenvolupar i no arribar a un tot compacte que aturi tota supletorietat del dret civil estatal.

Això és descartat perquè requereix una tasca constant per tal de controlar tota la legislació estatal invasora de la competència civil autonòmica, o que juga en el límit d'envair, usant dues idees: la unitat de mercat i la igualtat igualadora emprada per considerar que la no previsió estatal d'una regulació, institució o figura suposa una desigualtat si les CCAA legislen (i potser també jugant amb la conceptualització de la idea d'ordre públic).

Aquesta tasca també es relaciona amb la *sobrelegislació* i suposa alhora l'abandonament progressiu de la funció integradora dels principis del dret propi (reconeguda pel TC a l'art. 1 CDCIB anterior). Fins i tot, suposa una manca de confiança en el funcionament de la idea de *dret comú*, en el sentit que el dret civil propi serà el supletori general en sentit territorial.

3. Perquè amb aquesta resiliència, la Compilació queda en suspens, a l'espera que es replantegin el seu perquè, els motius.

Els motius ara extingits una vegada acabat l'estat-nació, la modernitat i la postmodernitat, que s'observa molt marcadament per l'abandonament de la codificació europea i, per tant, de la idea de Codi que inaugurava la modernitat i l'Estat-nació i d'aquell contracte social que les dones no hem signat mai. Tot això ressona en el que fou el fet generador de la Compilació: la Memòria de Ripoll i Palou [«... *han conservado a través de siglos instituciones repetables; y de que con tanta alta garantía se ofrezca hoy incluir en el futuro código civil, la parte más importante de las mismas, cuya desaparición causaría gravísimo trastorno en sus territorios*»].

Finalment, la resiliència efecte de la Llei 7/2017 s'ha manifestat en uns eixos seus que indiquen el camí de properes conservacions en alguns punts:

1. La compressió real de la igualtat com a *leitmotiv* social en el sentit que les institucions han de complir allò que la societat espera trobar-hi; com ha estat el dotar de contingut positiu al matrimoni sotmès, per criteris aliens a les persones, a separació “implacable” de béns i l'adequació de la llegítima viudal al sistema de separació i divorci no causal, unilateral i immediat.

2. L'eix etnogràfic en la mesura que la Compilació ha d'acabar recollint els costums que perden vigència deixant sempre el marge de la l'autonomia de la voluntat. Els costums (referents a la societat rural o als espolits) escrits ara en la Compilació s'aplicaran igual pel fet d'estar vigents però el fer-los norma escrita deixa palès com fou la tradició.

Aquest eix etnogràfic es relaciona amb la proposta de custodiar elements immaterials de la cultura popular dins d'instruments vigents i aplicables (art. 4.3 Llei 1/2002, de cultura popular).

3. El tractament del sistema de fonts que obri a futurs desenvolupament de la matèria perquè els principis generals segueixen sent l'ànima de la Compilació; cusen els forats que hi toca haver en un sistema legislatiu sense crear un pensament jurídic homogeni.

4. El recordatori que la Compilació és *dret comú* que, per ara, pot no significar gaire cosa, però suposa que és l'element que estira el dret civil balear no compilat, convida a posar l'energia sobre l'element dinàmic, la sobirania territorial. No sobre la sobirania personal, la determinant d'una nació, d'una idiosincràsia, d'existència impossible després del final de l'Estat-nació i guanyada la revolució femenina i feminista dels anys 70 del segle XX.

5. L'acceptació de la tècnica de les remissions per una necessitat que serà temporalment llarga. Aquesta reforma legislativa ens du a veure que les crides a la supletorietat que fa la Compilació en realitat són remissions al dret supletori. No es tracta de supletorietat *versus* remissió, sinó que la tècnica és la de la remissió al dret supletori. Com una *pseudoautointegració* puntual perquè no s'usa el genuí sistema de fonts, sinó una font externa. Per això pot legislar-se per evitar-se la remissió.

Mentre que la supletorietat és una carència de norma primera, una heterointegració pura. La supletorietat revela un dret balear imaginari, aquell que podria existir si es legislés, perquè hi ha l'element competencial. Sabent que fou l'èxit de la codificació espanyola estendre com a vigent, i realment aplicat, un dret mai vigent en aquest territori. Èxit completat per les compilacions que declararen el Cc com a únic supletori. Fet que ha estat rescabalat amb la declaració de la Compilació com a "dret comú".

Per aquest valor de les remissions, la Compilació ha d'anar modificant-se sense donar lloc a un nou decret Legislatiu, que no és necessari, ja que és l'aplicador del dret qui ha de fer la labor de descobrir l'esperit de les normes que fan remissions al Cc, en el sentit de fixar quina és la interpretació que millor respon a la realització del resultat que pretenia aconseguir la remissió.

Por último, tuvo lugar un debate, concluyendo el acto a las 20'45 horas.