

La problemática de la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSJB)

SUMARIO: 1. APROXIMACION AL TEMA: 1.1. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL A LOS DERECHOS CIVILES TERRITORIALES. SU GÉNESIS: 1.1.1. *La génesis de la supletoriedad del Código Civil.* 1.1.2. *La especial situación de Aragón. El origen del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888.* 1.1.3. *La situación de Baleares. Su posterior inclusión en el artículo 7 del Proyecto de Ley de Bases de 1888.* 1.2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL DERECHO CIVIL DE BALEARES. 1.3. LAS LAGUNAS DEL ORDENAMIENTO CIVIL BALEAR Y LAS SITUACIONES NO TIPIFICADAS POR EL LEGISLADOR AUTONÓMICO. **DISTINCIÓN.**—2. LA APLICACION PREFERENTE DEL DERECHO CIVIL BALEAR SEGUN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998: 2.1. EL OBJETO DEL LITIGIO. 2.2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN. LA CUESTIÓN PRELIMINAR. EL DERECHO APLICABLE. 2.3. LA NORMATIVA APLICABLE AL LITIGIO Y LA NORMATIVA APLICADA. 2.4. LAS SITUACIONES CREADAS CON POSTERIORIDAD AL MATRIMONIO EN RÉGIMEN DE GANANCIALES: 2.4.1. *La adquisición de la vivienda. Su naturaleza y carácter.* 2.4.2. *La constitución unilateral de hipoteca sobre la vivienda familiar.*—3. ESTUDIO DE LA APLICABILIDAD DEL ARTICULO 1.320 DEL CODIGO CIVIL AL NEGOCIO DE CONSTITUCION DE HIPOTECA SOBRE VIVIENDA FAMILIAR, A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TSJB, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998: 3.1. ¿EL DERECHO CIVIL BALEAR CONSIDERA QUE EXISTE LA INSTITUCIÓN «VIVIENDA FAMILIAR» COMO CRITERIO DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.320 A LOS SUPUESTOS REGULADOS POR su COMPILACIÓN?: 3.1.1. *Calificación jurídica de la «vivienda familiar» en la sentencia de 3 de septiembre de 1998.* 3.1.2. *La no tipificación de la «vivienda familiar» por el legislador autonómico. El Proyecto de Ley núm. 775/87 de Compilació del Dret Civil Balear. Su tramitación parlamentaria.* 3.2. ¿LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA NECESITA LA TIPIFICACIÓN DE LA «VIVIENDA FAMILIAR» COMO LO HACE EL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL? 3.2.1. *La confirmación de la inexistencia de laguna en el Derecho*

Civil balear: La Proposición de Ley de adición a la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación de Derecho Civil de Baleares, de un nuevo artículo (4.1 bis). 3.2.2. ¿Qué se entiende por «vivienda familiar» y por «protección a la familia»? 3.2.3. El Auto del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999.

1. APROXIMACION AL TEMA

Este trabajo tiene por objeto el estudio de los problemas que plantea la aplicación supletoria del Código Civil a los ordenamientos civiles que coexisten en el territorio español.

Nos estamos refiriendo a los ordenamientos jurídico-civiles de los territorios con Derecho Civil propio, reconocidos por nuestra Constitución y con potestad legislativa dentro del ámbito competencial constitucional (ex art. 149.1.8.^a CE). Resulta evidente que cuando nuestra Constitución atribuye competencia en materia de Derecho Civil a las regiones que ya tenían Derecho Civil propio (1), no es una atribución general, sino circunscrita a *allí donde existan* (2). BADOSA (3) entiende que éste es el motivo por el cual la atribución de competencia en materia civil no se incluya en el artículo 148 CE, que hace referencia a las competencias de todas las CCAA, sino en el artículo 149.1.8 donde se establecen las del Estado, excepcionando la competencia del mismo en lo que concierne a «conservación, modificación y desarrollo...»

Es importante tener en cuenta la atribución de competencia a los Parlamentos Autonómicos de las CCAA donde existía Derecho Civil propio y en la medida que la asuman sus distintos Estatutos de Autonomía, porque si en determinadas cuestiones civiles no existe regulación autonómica, puede obe-

(1) LASARTE, CARLOS entiende que «al mantenerse en la Constitución de 1978 el planteamiento histórico, ha de decirse que el sistema constitucional sigue estando asentado más que en un verdadero marco autonomista, en el propio esquema tradicional de la cuestión foral». *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, pág. 102.

Por contra, ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, dice que «con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho Foral, para pasar a ser Derecho Civil de la Comunidad Autónoma de que se trate». «El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978», en *RJC*, 1978, pág. 23.

(2) ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, distingue la estructura del Derecho Civil en los modelos constitucionales y distingue el modelo regionalista, que consagró la Constitución Española de 1931, en sus artículos 13 y 16, del modelo autonómico, previsto en nuestra Constitución de 1978. La distinción entre ambos es el reconocimiento de competencia legislativa en materia civil a las CCAA que tengan su propio Derecho Civil vigente al momento de entrar en vigor la Constitución (modelo CE de 1978), en tanto que el modelo regionalista se decanta por otorgar a las regiones la posibilidad para legislar en materia civil, en aquéllas no atribuida en exclusiva al Estado (modelo CE 1931). *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. I, Valencia, 1993, pág. 33.

(3) *Compendi de Dret Civil Català*, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 60.

decer a dos razones distintas (que luego analizaremos y ahora enunciamos), a saber:

1. O bien porque el legislador autonómico en cuestión entiende que no existe necesidad de tipificarla
2. O bien porque aún no ha completado su proceso legislativo (4) que, como es sabido y producto del azaroso período codificador, los derechos civiles territoriales tienen la nota de la insuficiencia (5), y será en tal caso que se deberá acudir a completar la laguna normativa mediante el sistema de fuentes regulado en cada una de las Compilaciones, y de no hallarse solución recurriendo al Código Civil como supletorio.

Por todo ello este estudio se centrará, concretamente, en dilucidar si debe aplicarse supletoriamente el Código Civil a situaciones planteadas bajo la vigencia de uno de los Derechos civiles territoriales, como consecuencia del vacío legal existente, en el concreto supuesto que se planteó o, por el contrario, no es de aplicación la norma contenida en el Código Civil por tratarse de un supuesto en el que no existe vacío legal, sino que estamos ante un supuesto de hecho que el legislador autonómico no toma en consideración, estando por tanto carente de tipificación. Asimismo el estudio sólo se centrará en el ordenamiento civil balear, ya que el detonante de este trabajo es una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 3 de septiembre de 1998, donde se discutía si era de aplicación o no el artículo 1.320 del Código Civil a la situación que se planteó en el litigio.

(4) SALVADOR CODERCH, PABLO, al analizar la reforma de la Compilación de 1960 de Cataluña, y ejercer así el Parlamento autonómico sus competencias legislativas en esta materia, dice: «Ahora bien, a nadie se le oculta que la técnica de la incorporación no puede constituir un proceder *regular*. Lo normal debe ser que, dentro del ámbito de competencias que se le atribuyen la Constitución y el Estatuto, el legislador catalán dicte disposiciones todo lo sistemáticas, bien interrelacionadas y completas que sea posible en vez de proceder por incorporación fragmentaria de otros textos legales al cuerpo de una ley que se va creando. Máxime cuando se trata de una materia que constituye un de las señas de identidad de todo un país.

Se manifiesta así la absoluta insuficiencia y escasa adaptabilidad a la circunstancia actual de la técnica compiladora: en un contexto de autonomía política, la tradición de los Apéndices y de la Compilación no es el camino del Derecho Civil catalán». Más adelante añade: «El legislador catalán debería promulgar una legislación sistemática y razonablemente completa en vez de utilizar al Código Civil para parchear la Compilación en materias que son competencia de la Generalitat». *La Compilación y su Historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las Leyes*. Barcelona, 1985, págs. 308 y 310.

(5) Podemos afirmar con BADOSA COLL, FERRÁN, que el Derecho Civil de Baleares es un Ordenamiento jurídico, porque tiene las notas que le definen como Ordenamiento jurídico, si bien hay que matizarlo con la nota de la «insuficiencia», ya que tiene la pretensión de completud dentro del ámbito de sus competencias porque no se le exige que sean actuadas estas competencias.

Del resultado que se obtenga del previo análisis de la situación planteada, en cuanto a si era o no de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil, entraremos en el posterior estudio de la problemática que plantea el citado artículo. Ahora bien, si del resultado del análisis vemos que no era de aplicación el citado artículo 1.320 del Código Civil, no nos detendremos en su estudio, por tratarse de una regulación ajena a las relaciones que se plantean entre cónyuges sujetos a la normativa de la Compilación balear.

1.1. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL A LOS DERECHOS CIVILES TERRITORIALES. SU GÉNESIS

Es evidente que la supletoriedad del Código Civil a las legislaciones mal llamadas «forales» (6) ha sido mal aceptada por los territorios con Derecho Civil propio, y la razón está en su origen. El mecanismo de la supletoriedad del Código Civil constituyó en 1889, al entrar en vigor nuestro Código [después de largos y arduos años de intentar hallar un punto de encuentro (7) entre el territorio regido por el Derecho de Castilla y los demás territorios con Derecho Civil propio (8)], el sistema para asegurar la vigencia del Código Civil en todo el territorio español en detrimento de los Derechos civiles territoriales y en Baleares con más razón (9), basta recordar el derogado artículo 13 del Código Civil y el artículo 7 de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, que extendían la aplicación del Código Civil a Baleares y Aragón (o mejor a Aragón y Baleares, como veremos) al mismo tiempo que en las provincias no aforadas. La única excepción a la aplicación era que las normas del Código Civil fueran *contra princi-*

(6) Vid. BADOSA COLL, FERRÁN, *Compendi...*, cit., pág. 68.

(7) A propósito de la cuestión, ALONSO MARTÍNEZ replicó a SILVELA en el Congreso de los Diputados: «La única diferencia importante entre esas bases de S.S. y las que yo presenté al Senado en 1881, consiste en que yo consignaba que el nuevo Código sería supletorio de todas las provincias de régimen foral, y S.S., dando en eso gusto a Durán y Bas, y enmendando lo que yo había propuesto, dijo que este Código no sería supletorio, sino a falta de Derecho supletorio de cada una de las regiones forales; es decir, que por ejemplo, en Cataluña, donde forman lo principal de su legislación los usatges, las constituciones y el Derecho consuetudinario y donde el Derecho supletorio es el romano y el canónico, se acudirá al Código vigente en Castilla y en las demás provincias de Derecho común. Yo no establecía esto, y lo que yo establecía había sido votado con mucho gusto por hombres muy conservadores, por conservadores de pura raza». LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la Codificación Española. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Volumen I, Madrid, 1970, pág. 425.

(8) Vid. el estudio de SALVADOR CODERCH, PABLO, en *La Compilación y su historia*, cit., págs. 135 y sigs.

(9) Junto con Aragón. La génesis del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888, respecto a la inclusión de Baleares junto con Aragón. Ver epígrafes 1.1.2 y 1.1.3.

pia (10) («en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes», decía el derogado artículo 13 *in fine*), en tal caso serían de aplicación las normas escritas o consuetudinarias vigentes en Baleares (11).

Estas afirmaciones requieren que entremos en la génesis del derogado artículo 13 del Código Civil y, por tanto, del artículo 7 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

1.1.1. *La génesis de la supletoriedad del Código Civil*

El origen de la supletoriedad del Código Civil respecto de los derechos civiles territoriales, decíamos que fue el mecanismo de asegurar la vigencia del Código Civil en estos territorios que se oponían a la codificación, ya que implicaba la aniquilación de sus Derechos propios, a la vez que el producto transaccional (12) que facilitara la publicación del Código Civil.

En este sentido, dice SIL VELA (13), al exponer el Proyecto de Ley de Bases de 1885, que los Proyectos de 1881 y 1882 quedaban «modificados en algún punto por virtud de los principios un tanto diversos que la escuela conservadora —la de SILVELA— representa... El segundo extremo de nuestras diferencias, respecto a las bases de 1881, es el relativo a la legislación foral».

Así, el Proyecto de Ley de Bases de 1885 incorporaba en el artículo 5, el mecanismo de la supletoriedad del Código Civil del siguiente tenor: «En las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones forales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de

(10) B ADOSA COLL, FERRÁN, si bien entiende que «La supletorietat del Código Civil no s'entengué mecánicament o per mera manca de norma compilada sinó considerant la Compilació com a Ordenament» (DF 2.^a, «que no se opongan». *Compendi...*, cit., pág. 57.

(11) Ver página 9: *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*. Prólogo de don Antonio Maura. Biblioteca Judicial, Madrid, 1888. Ver el epígrafe 1.1.2 *in fine*.

(12) Este espíritu transaccional lo vemos recogido en las, por lo que se refiere a Baleares, opiniones de los ilustres juristas de la época, que, dada la situación jurisdiccional de Baleares, no vieron con desagrado la implantación del Código Civil en detrimento de nuestro derecho propio. Incluso para juristas del talante de don Luis PASCUAL GONZÁLEZ, que se expresa en estos términos: «Este artículo (se refiere al derogado art. 13 del Código Civil), plasmación de la tendencia conciliadora de las regiones aragonesas y mallorquina, fue redactado con la firme creencia de que en brevísimo plazo aparecerían los anunciados Apéndices. Constituyó una solución transaccional transitoria, acogida con satisfacción general y particularmente por las personas de ideas liberales partidarias del uniformismo, tan en boga en extensos campos políticos en la segunda mitad del pasado siglo». *Derecho Civil de Mallorca*, Mallorca, 1951, pág. 55.

(13) LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la Codificación Española. Codificación civil*, cit., pág. 419.

suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho romano y el canónico». La Comisión (14), nombrada en el Senado, emitió dictamen favorable de la Ley de Bases, aprobando sin discusión el citado artículo 5. Recibido el Proyecto en el Congreso, la Comisión (15) emitió dictamen aceptando las bases en su conjunto, sin embargo introduce en el artículo 5 unas modificaciones, añadiendo al final el siguiente texto: «en defecto del que lo sea —Derecho supletorio— en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del reino» (16). Esta innovación pasó a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

1.1.2. *La especial situación de Aragón. El origen del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888*

Ahora bien, lo que nos interesa averiguar es el porqué de la peor condición, de Aragón y Baleares, respecto de los otros territorios con Derecho Civil propio en los cuales se permitía mantener su propio derecho supletorio y sólo en su defecto entraba el Código Civil; por el contrario, el Código Civil se aplicaría en Aragón y Baleares, tal como ocurriría en las provincias no aforadas, con la única excepción que las normas del Código Civil fueren contrarias a sus propias normas, en cuyo caso la aplicación del derecho propio sería preferente.

Para ello tendremos que analizar el origen del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888, y lo encontramos en una Propuesta de enmienda al artículo 7 del Dictamen de la Comisión, referente al Proyecto de Ley autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil con sujeción a las bases que en el mismo se establecen, de 18 de junio de 1885, formulada por el señor GIL BERGES, de Aragón, del siguiente tenor: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código Civil empezará a regir como supletorio en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas» (17).

(14) El Presidente de la Comisión era Francisco Cárdenas.

(15) El Presidente era Alonso Martínez.

(16) Alonso Martínez, junto con Gamazo y Canalejas suscribieron un voto particular al artículo 5 para la supresión del Derecho romano y las Decretales como derecho supletorio. Vid. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., pág. 471 y sigs.

(17) El segundo párrafo de la enmienda dice: «El Gobierno, previo informe de las Diputaciones Provinciales y Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión General de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes,

La defensa de la admisión o no de la enmienda corrió a cargo del señor ALONSO MARTÍNEZ, que admitió «con gusto» la enmienda y más en lo que se refiere al segundo párrafo, «que si no estoy equivocado, se debe a la generosa inspiración del señor DURÁN Y BAS, viene a corregir el error de su voto particular, que ha venido dominando toda esta discusión» (18), si bien, finalmente, propuso una variante en la redacción del artículo, en los siguientes términos: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código Civil empezará a regir en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se opongan a aquellas disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente están vigentes. Igual informe deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral». Quedó aceptada la nueva redacción (19). Seguidamente intervinieron el señor DURÁN Y BAS y el señor ALONSO MARTÍNEZ, y se aprobó la redacción del artículo 7 en los siguientes términos: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código Civil empezará a regir en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se opongan a aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

El Gobierno, previo informe de las Diputaciones Provinciales y Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión General de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, dentro de los dos años siguientes a la publicación del nuevo Código, el Proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar.

Igual informe deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral» (20).

Tenemos la génesis de la aplicación supletoria del Código Civil al Derecho Civil de Aragón en cuanto no se oponga a su Derecho Civil propio, conectada a la propuesta formulada y presentada por sus representantes en el Congreso de los Diputados, el 17 de junio de 1885, y que como resultado del debate parlamentario quedó redactada como hemos indicado, que hacía de peor condición a Aragón en cuanto al mecanismo de la supletoriedad del Código que respecto de los demás territorios forales. No debemos extrañarnos de esta propuesta, basta tener presente el talante unificador que mostró

dentro de los dos años siguientes a la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar».

Palacio del Congreso de 17 de junio de 1885.—Joaquín Gil Berges.—Francisco Fernández de Navarrete.—José Pérez Garchitorena.—Manuel Lasiera.—Manuel Lavin.—El Marqués de Goicoerrotea.—Manuel Sastrón. *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 728.

(18) *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 728.

(19) *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 731.

(20) *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 735 y 908 y 914 y 929.

Aragón, y en este sentido decía GIL BERGÉS: «Ved, señores Diputados, si Aragón da muestras de querer llegar a la unificación del Derecho Civil» (21).

Con la variante a la redacción dada por el señor ALONSO MARTÍNEZ, se introduce el nuevo concepto *contra principia*, es decir, «que no se opongan» (22) a sus disposiciones, que va a suponer la aplicación del Código Civil salvo en el supuesto que contradiga las normas civiles propias.

Esta redacción es la que pasará, posteriormente, al artículo 13 derogado del Código Civil.

1.1.3. *La situación de Baleares. Su posterior inclusión en el artículo 7 del Proyecto de Ley de Bases de 1888*

La inclusión de Baleares, junto a Aragón, en el artículo 7 de la Ley de Bases de 1888 y en el citado artículo 13 del Código Civil es un enigma que trataremos de descifrar, ya que no surge de ninguna enmienda parlamentaria.

La redacción del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888, que incluye a Baleares junto a Aragón, aparece por vez primera el 30 de abril de 1888 (23), con la siguiente redacción: «Artículo 7. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código Civil empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes» (24).

(21) Añadía que don Luis Franco y López fue un defensor de los intereses jurídicos de Aragón, y «como demostración del deseo que le anima a aquel insigne jurisconsulto de que con el futuro Código se facilite en plazo no remoto la verdadera unificación del derecho». *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., págs. 718-719.

(22) Vid. *Crónica...*, cit., pág. 731.

(23) Diario de Sesiones núm. 99. Apéndice núm. 2, de 30 de abril de 1888. *El Código Civil. Debates Parlamentarios, 1885-1889*. Senado 1989, pág. 987.

Si vemos la redacción del artículo 7 de los Diarios de Sesiones de 14 de junio de 1887 (Apéndice 94 al núm. 2, pág. 907), de 19 de marzo de 1888 (Apéndice núm. 1 al núm. 75, pág. 913); y de 11 de abril de 1888 (Apéndice 9 al núm. 90, pág. 929), no incluyen en dicha redacción a Baleares. *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., págs. 907, 913 y 929.

(24) El segundo párrafo dice: «El Gobierno, previo informe de las Diputaciones Provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel e Islas Baleares y de los Colegios de Abogados de las mencionadas provincias, y oyendo a la Comisión General de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e Islas Baleares que convenga conservar.

Iguals informes deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral.»

Nuestro representante de Baleares, en la Comisión de Codificación, no asistió a los debates parlamentarios (25), y si bien remitieron la *Memoria* de las Instituciones que se debían conservar, no presentaron enmienda a la Ley de Bases que nos pudiera dar luz sobre la redacción de su artículo 7, aunque sabemos del talante conciliador y de concordia respecto al Código Civil (26).

Con independencia de los debates parlamentarios, en Palma, el Colegio de Abogados y uno de sus destacados miembros, el antes citado señor RIPOLL, seguían con interés el proceso codificador.

Efectivamente, la Propuesta similar a la formulada por Aragón, que dio lugar al artículo 7, no se presentó por parte de los representantes de Baleares, pero don ANTONIO MAURA nos despeja la incógnita del fundamento de la redacción del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888, en el que se incluye a Baleares (sin previa Propuesta parlamentaria), junto a Aragón, y que se encuentra en un Acuerdo del citado Colegio de Baleares, de 27 de junio de 1885, en el que se declaraba que: «comprendiendo las ventajas de la unificación del Derecho Civil y vista la transacción que las Bases para la codificación contenían, entiende aceptable para Mallorca el artículo 7.º, tal como ha sido aprobado por el Congreso y significa su tendencia, una vez conocido el Código, de hacer en beneficio de la unidad todas las dimisiones de este Fuero que no perturben el estado jurídico de esta isla» (27). Esta declaración se produce a propósito del ofrecimiento por parte de Cataluña para secundar la campaña por la integridad de las legislaciones forales (28).

(25) Nos relata LASSO GAITE: «reuní privadamente a los señores Durán y Bas, Franco y Morales, y les invité a que formularan... pues, el cuestionario de los representantes de las provincias de Navarra, Aragón y Cataluña... Pero es el caso que a mi llamamiento como Ministro no pudieron acudir los Vocales de Baleares, Vizcaya, Asturias y Galicia... Motivos independientes de su voluntad les mantuvieron alejados de nuestros debates, pero han dicho por escrito y bajo su firma qué instituciones jurídicas especiales deben conservarse en sus respectivas provincias». *Crónica...*, cit., pág. 484.

En el mismo sentido, la Introducción de *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit., pág. 18, cuando dice, refiriéndose a don Pedro Ripoll y Palou: «...en representación de Baleares, causas independientes de su voluntad le impidieron asistir a los debates de aquella, pero consignó en dicha *Memoria* las Instituciones jurídicas que desea conservar...».

(26) Dice el señor Ripoll: «Esta generosa oferta, no hay que dudarlo, nos obliga a responder al acto oficial con un espíritu de recíproca concordia y levantado sentimiento de fusión y homogeneidad, procurando tan sólo salvar lo puramente fundamental de nuestros Fueros». *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit., pág. 202.

(27) *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 10.

También se reproduce este Acuerdo en *Voto Particular*, de MANUEL GUASP Y PUJOL y SOCÍAS Y GRADOLÍ, JOSÉ, Palma, 1916, pág. 7.

(28) Vid *Voto Particular*, de MANUEL GUASP Y PUJOL y SOCÍAS Y GRADOLÍ, JOSÉ, Palma, 1916, pág. 7.

La situación que llevó al Colegio de Abogados a tomar este Acuerdo, lo relata don ANTONIO MAURA (29) al comentar las bondades del citado artículo 7 de la Ley de Bases que fue por iniciativa de Aragón y entendió, don ANTONIO MAURA (30), que era, también, de sumo interés para Baleares y por ello consulta al Colegio de Abogados sobre su inclusión. Como vemos, el citado Acuerdo se toma unos diez días después de la presentación de la enmienda al artículo 7 del Dictamen de la Comisión por parte de Aragón (31).

Parece que no desagradó, a Baleares, la redacción del artículo 7 de la Ley de Bases, ni la tendencia unificadora a través del Código Civil, si nos atenemos a lo anteriormente expuesto y también a las manifestaciones de los juristas GUASP y SOCIAS (32) al decir: «clara intuición y presentimiento de ello debió de tener el legislador y del daño irreparable que para Aragón y Mallorca representa simultanear la legislación común y la aforada, cuando en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 previno (art. 7º) ... (añade más adelante). En nuestra precaria situación jurídica es vano y perjudicial el designio de retardar la adopción del Código, que representa la transacción con las legislaciones forales y de ningún modo la imposición de la ley de Castilla» (33).

Más explícito es don Antonio Maura: «Cuando el Congreso se disponía a discutir las bases para el Código, recibidas del Senado, un insigne jurisconsulto catalán convocó a los que representábamos en aquellas Cortes las Islas Baleares, y nos invitó a secundar la campaña que, en pro de la integridad de las Legislaciones forales, tenía proyectada y sostuvo, en efecto, con su poderosa y autorizada palabra, pero fue entre nosotros unánime parecer que convenía a nuestra provincia el *statu quo*, si bien estábamos resueltos a procurar con toda energía el respeto de algunas instituciones sobre las cuales descansan allí felizmente...». *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 9.

(29) Vid. *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 10.

(30) «Hubiérala yo secundado (se refiere a la enmienda), en lo tocante a Baleares, de muy buen grado, desde el primer instante; pero me pareció que, en asunto tan grave, pecaría acaso de ligereza si no consultaba siquiera al órgano más auténtico de la opinión pública de mi país, en esta materia: el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca. Hice, pues, esta consulta, con intervención del dignísimo Vocal correspondiente de la Comisión General de Codificación del Reino, don Pedro Ripoll, seguro de que la respuesta, aunque llegaría después de aprobado el artículo por el Congreso, vendría en sazón oportuna para que pudiera ser atendida en el dictamen de la Comisión mixta de ambas Cámaras, como aconteció en realidad». *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 10.

(31) La enmienda se presentó el 17 de junio de 1885 y el Acuerdo del Colegio de Abogados es de 27 de junio de 1885.

(32) No hay que olvidar la postura que mantuvieron estos juristas respecto de la pervivencia de nuestro Derecho Civil propio. Vid. *Voto Particular*, cit.

(33) *Voto Particular*, cit. pág. 7. Por otra parte, PASCUAL GONZÁLEZ, LUIS se manifiesta en otros términos y admite que los representantes de Aragón y Mallorca admitieron de «buena fe (y con sobrada dosis de ingenuidad, justo es decirlo) la fórmula del artícu-

Anteriormente (34), el Colegio de Abogados, respondiendo al encargo que a instancias del Ministro ALVAREZ BUGALLAL y que por Real Decreto de 2 de febrero de 1880, se encomienda a don PEDRO RIPOLL Y PALOU (nombrado por Real Decreto de 16 de febrero de 1880, vocal de la Comisión de Codificación) realizar la *Memoria* sobre las Instituciones que se debían conservar (35), se manifiesta, también con una Exposición sobre nuestro Derecho vigente y que conviene conservar que elevó al Ministro de Gracia y Justicia el día 30 de abril de 1881 (36), que se plasma en trece conclusiones y se muestra «resignado» ante la perspectiva de unificación, y así se desprende de los términos siguientes: «ha procurado condensar en breves conclusiones el derecho especial que nos rige y, haciéndose cargo de las tendencias unificadoras que han de presidir en la redacción del Código Civil, ha consignado también cuáles son las instituciones...» (37). Menor entusiasmo unificador mostró el redactor de la Memoria de las Instituciones que se debían conservar, don PEDRO RIPOLL Y PALOU (38).

lo 13, de acuerdo con unos antecedentes de clarísima significación, y no es justo suponer que el poder legislativo quisiera, a través de una redacción más o menos acertada, verificar un escamoteo o una poda en la parte del derecho foral que deseaban conservar las dos regiones más propicias a la unificación legislativa, Aragón y Mallorca». *El Derecho Civil de Mallorca*. Mallorca, 1951, pág. 54.

(34) Fracasado el Proyecto de Código Civil de 1851, con la restauración de los Borbones (Alfonso XII) se inicia una segunda etapa hacia la codificación. El Ministro Cárdenas, por Decreto de 10 de mayo de 1875, restablece la Comisión General de Codificación, sin embargo la iniciativa de reanudar los trabajos de redacción del Código Civil se debe al Ministro Alvarez Bugallal, mediante el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, y que en su artículo 4 manda redactar las Memorias de las Instituciones vigentes que se debían conservar. Así, por Real Decreto de 16 de febrero de 1880 nombra los miembros de la Comisión General de Codificación, los vocales foralistas que redactarían estas memorias. Respecto al talante y el propósito del Ministro Alvarez Bugallal, dice Antequera: «un pensamiento muy bien recibido: el respetar en el Código que se formase estas legislaciones especiales, consignándolas en cuanto de ellas fuese necesario conservar, al final del mismo y como excepciones, destinadas a las respectivas comarcas». LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la Codificación*, cit., pág. 375.

(35) Silvela elogia el planteamiento que hizo Alvarez Bugallal, al que califica de «hombre modesto, uno de esos que pudiéramos llamar obreros del buen sentido», y dice que «Optó... sabia y prudentemente, por el primer extremo y por primera vez, en el Decreto de 1880, se planteó con sencillez, con claridad y con acierto la cuestión; y la cuestión bien planteada era una cuestión casi por completo resuelta». LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la Codificación*, cit., pág. 375.

(36) *Legislación Foral de España...*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 11.

(37) ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*, Palma, 1992, pág. 68. Pueden verse la transcripción de las Actas de la Comisión General de Estudio del Derecho Civil de Mallorca del Ilustre Colegio de Abogados de Palma, 1880-18881, págs. 63 y sigs.

(38) Son elocuentes estas palabras: «no puede menos que felicitarse de que por medio del expresado Real Decreto, de 2 de febrero último, hayan alejado los recelos que inspiraba la tendencia de sobreponer de una manera inconsciente, los principios de la

Posteriormente, en 1918, un prestigioso jurista menorquín, PERE BALLESTER, se lamentará de la situación de las legislaciones civiles territoriales avasalladas por el Código Civil. En una carta dirigida al ilustre jurista FRANCESH MASPONS I ANGLASELL, el 1 de enero de 1918, donde le comunica su imposibilidad de asistir a la Asamblea de organización jurídica a celebrar en Barcelona, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, le comenta: «Així estan molt malament ses regions aforadas; no poden avui estat petjor. I no mellorarian, ans bé passant els anys petjorarian més encara, si fossen sancionats els apèndix» (39).

1.2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL DERECHO CIVIL DE BALEARES

Las decisiones tomadas a lo largo del tiempo, tendentes a unificar y a suplantar el Derecho Civil de Baleares por el Derecho de Castilla, han ido logrando su propósito:

a) Primero se intentó, en 1715, con los Decretos de Nueva Planta. En efecto, las instrucciones que recibió el caballero D'Asfeldt para la conquista de Mallorca no permitían que se transigiera sobre el mantenimiento del ordenamiento mallorquín como contrapartida a evitar la confrontación militar (40). Así, después de la ocupación y a pesar del permiso real otorgado con posterioridad al 2 de julio, D'Asfeldt seguía sin otorgar la facultad de conservación del derecho propio en las relaciones entre particulares (41).

Legislación general al derecho de las provincias, que regidas por las leyes especiales, han conservado a través de los siglos instituciones tan respetables, y de que con tan 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». *Derecho Civil vigente en Mallorca*. Biblioteca judicial, Madrid, 1888, pág. 202.

(39) Revista Jurídica de Cataluña, 1918, pág. 267. Añadía Pere Ballester: «No sera amb transaccions entre' s centre i ses regions aforades que arribie a s'unitat legislativa civil, conforme se proposaren els autors d'es Codich que avui regeix».

(40) GAY ESCODA, JOSEP MARÍA, *El Corregidor a Catalunya*, Madrid, 1997, pág. 127 y sigs. Sobre el tema de los Decretos de Nueva Planta, consultar este exhaustivo estudio.

(41) El 5 de julio de 1715, en una carta a D'Asfeldt, se le decía: «Ase enterado S.M... y siendo uno de ellos el de juzgar V.E. por combeniente que en la presente coyuntura se podían otorgar a los mallorquines algunos de los privilegios menos importantes, considerando S.M. el buen fin con que V.E. hace esta proposición... y de lo que se interesa en su mayor servicio y deseando evitar la efusión de sangre, ha resuelto (sin hablarle de privilegios, ni de nada que sea contra la autoridad real) conceder a los de la ciudad de Palma (además de lo que ya tiene permiso de otorgarles) sus leyes municipales y estilos practicados entre ellos en todo aquello que no mire ni se oponga su real servicio, ni fuera contra su autoridad ni soberanía, pero esto se entiende con la calidad de haverse de rendir sin resistencia alguna...». El 27 del mismo mes alaba su actuación en los siguientes términos: «Aprueba S.M. a V.E. no ubiese usado de la facultad que le permi-

Por Decreto de 30 de julio de 1715, se consulta sobre la planta de Gobierno a establecer en las islas de Mallorca e Ibiza (42) que después de debatir en el Pleno del Consejo, el 3 y el 8 de agosto, se eleva la consulta al monarca el 18 de agosto. El punto más conflictivo a decidir por el rey (43) fue el tercero, referente a la oportunidad de introducir o no la legislación castellana total o parcialmente en Mallorca (44), se resolvió que se aplicaría Derecho mallorquín sólo «en allò referent al dret substantiu civil ("en pleitos de partes y en que no tiene interés el Fisco")» (45), en todo lo restante se aplicaría Derecho castellano. Todo ello se plasmó en el Decreto de 28 de noviembre de 1715, que se publicó el 2 de diciembre. Este Decreto de Nueva Planta es el más respetuoso de los Decretos de Nueva Planta (46) al proclamar, «aunque por diferentes Pragmáticas los reyes, mis predecesores, se halla reglado el gobierno de la Isla i Reino de Mallorca, he considerado que las turbaciones de la última guerra le han dexado en estado que necessita de sus naturales, por lo qual he resuelto...» (47); el Decreto sigue, en líneas generales, el de Cataluña, conservando el sistema de fuentes en todo lo que no contraríe el Decreto. El Decreto de 28 de noviembre de 1715 fue desarrollado durante los años 1716 a 1723 por Decretos posteriores, en los que se resolvían consultas (48).

tían las últimas órdenes para conceder a los mallorquines sus leyes municipales y estilos observados entre ellos; pués, como ha comprendido V.E. solamente se debía executar en el preciso caso de reconocerse que el no ejecutarlo podía detener la conclusión de la empresa». GAY ESCODA, *El Corregidor...*, cit., pág. 128, nota 276.

(42) El caso de Menorca lo trata GAY ESCODA, JOSEP M., *El Corregidor...*, cit., págs. 183 y sigs.

(43) La consulta elevada al Monarca se pasó al Secretario de Justicia, don Manuel de Vadillo, el cual contaba con varios informes enviados por D'Asfeldt, entre los cuales figuraba uno que decía: «Privilegios, usos y costumbres con que se han gobernado la Villas y Lugares de la parte forense de la Isla de Mallorca...». GAY ESCODA, *El Corregidor...*, cit., pág. 134.

(44) Nos reproduce GAY ESCODA: la situación: «La propuesta fiscal era que "...considerándose (que) el gobierno y fueros de Mallorca era el mismo que el de Cathaluña y que el real ánimo de V. Mgd. no puede ser de que éste se mantenga, pues su entrega y reducción no ha sido voluntaria, sino en fuerza de las armas (...) le parece que devajo de la regla de que todo lo que se executase y hiciere, que fuere conforme a los fueros que tenían aquellas islas, se entienda, no en fuerza de ellos, pues éstos deberán quedar totalmente abolidos, sino de nueva concessión y gracia especial de V. Mgd. sujeta a revocación (...) por quedar reservado a su regalia (...) el alterar, revocar, mudar, añadir y dar las nuevas leyes y providencias que fueren de su real voluntad y parecieren convenientes"». *El Corregidor...*, cit., pág. 130.

(45) GAY ESCODA, JOSEP M., *El Corregidor...*, cit., pág. 131.

(46) En opinión de GAY ESCODA, JOSEP M., *El Corregidor...*, cit. pág. 137.

(47) Supone, al entender de GAY ESCODA, la ruptura con el sistema anterior que era más radical.

(48) Consultar esta cuestión tratada por GAY ESCODA, *El Corregidor...*, cit., págs. 139 y sigs.

b) Posteriormente, en el período codificador (casi un siglo de intentos de unificación que antes hemos analizado) que, en el caso de Baleares casi se consiguió la pretendida unificación. No «extraña» que nos «extrañemos» cuando un Tribunal de Justicia aplica Derecho Civil balear en detrimento del Código Civil, como resulta de la sentencia que comentaremos y que supone la aplicación preferente de nuestro Derecho Civil, así como una correcta interpretación de la vigencia del mismo, cosa que no ha venido ocurriendo (49).

La aplicación supletoria del Código Civil debe producirse en un posterior intento de colmar las posibles lagunas que se presenten. Es evidente que el Derecho Civil balear constituye un Ordenamiento jurídico, y así se autocalifica la Compilación de Derecho Civil de Baleares en su artículo 1.3 (50), aún con el reconocimiento que hace la propia Compilación en su artículo 1.3 y en la Disposición Final 2.^a, de remisión al derecho supletorio (51), a un derecho extraño, en caso de insuficiencia hasta que el Parlament balear las lle-

(49) Vid. FERRER VANRELL, M. PILAR, *El Informe sobre la Reforma de la Compilación de Dret Civil de Balears (Su origen y fundamento. La sentencia de 3 de septiembre de 1998)*, Palma, 2000.

(50) En efecto, si tomamos, además del citado artículo 1.3 CDCB, como referencia el artículo 1 del Código Civil, donde se recoge, por vez primera los términos de Ordenamiento Jurídico, refiriéndose al ámbito civil, lo podemos calificar como un sistema de normas vigentes, por tanto aplicables, en un determinado territorio, que tiene como notas consustanciales las de completud, unicidad y creatividad, siguiendo a BADOSA COLL, FERRAN, *L'àmbit del dret civil català*, en *Materials de les Segones Jornades de Dret Català a Tossa*, 1982, pág.17 y sigs., y en pág. 29, que dice: «no hi ha dubte que forma part de l'Ordenament jurídic espanyol a partir de la consideració de l'Estatut com a "norma institucional bàsica" (art. 1.1 Est. que recull l'art. 147.1 Const.) integrada en "l'Ordenament jurídic de l'Estat" (art. 147.1 Const.): el que comporta que tal integració s'exten a tot el Dret derivat de l'Estatut».

(51) En cierta medida, la remisión que hace la Compilación al Código Civil, como derecho supletorio, es producto de los avatares del Derecho Civil balear. Su sistema de fuentes es un «punto negro» a lo largo de los siglos. Nuestro Derecho incorporó el *ius commune* a las fuentes de aplicación preferente por falta de disposiciones propias, y lo que era derecho supletorio se convirtió en «derecho propio». Siendo esto así, es evidente que no existió reacción alguna a lo que disponía el derogado artículo 13 del Código Civil, imponiendo como derecho supletorio el Código Civil, en detrimento del supletorio propio, porque el propio supletorio, el *ius commune*, se aplicaba como derecho propio a través de la costumbre.

Es significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1964 (Repertorio Aranzadi, núm. 4494/1964), en su considerando cuarto dice: «para la región mallorquina, tampoco es admisible la pretendida aplicación que se intenta en el recurso, del Derecho romano, especialmente el justiniano, de una manera global y subsidiaria, ya que a partir de la publicación del Código Civil y en virtud de lo establecido en su artículo 13 "este Código empezará a regir en Aragón y en Baleares, al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes" y si antes de dicha publicación del Código Civil, es evidente que aquel Derecho romano se aplicaba en Mallorca como reiteradamente puso de manifiesto la jurisprudencia de esta Sala, especialmente contenida

ne (52) mediante el desarrollo de sus competencias. Antes de declarar que existe una laguna, es preceptivo acudir al criterio de autointegración (art. 1.2 CDCB) y sólo en el supuesto que falle se deberá declarar la existencia de una laguna y en tal caso procederá la aplicación supletoria del derecho estatal. Esto es así porque tiene sus propios mecanismos para completarse acudiendo a la autointegración en caso de laguna, antes que acudir a un derecho extraño (53).

en las sentencias de 12 de octubre de 1868, 12 de noviembre de 1872 y 8 de marzo de 1879, entre otras, e incluso después de aquella publicación, como se hizo en los fallos de 6 de junio de 1905, 21 de diciembre de 1921, 28 de diciembre de 1923 y 8 de mayo de 1925, ello no podía en modo alguno significar que fuese considerado en su verdadero sentido de Derecho romano o supletorio, sino más bien con el carácter de consuetudinario con que se invoca o aplica, como hecho cierto e indudable, al margen por completo de que concurriesen o no los requisitos exigidos para su valoración como tal Derecho consuetudinario, porque desde el momento que no constaba la negativa expresa del Soberano, cabía al menos estimar existente su aprobación tácita para su válida admisión como costumbre, que no iría en contra de lo establecido en el artículo 5.º del Código Civil en cuanto no supondría derogación de ninguna ley anterior, sino simplemente, suplencia de las mismas regidas consuetudinariamente y reconocidas por el artículo 13 del propio Código Civil como Derecho típico de Mallorca...».

No deja de causar sorpresa la remisión que hace la sentencia de 24 de octubre de 1964 a las sentencias de 6 de junio de 1905, de 21 de diciembre de 1921, de 28 de diciembre de 1923 y de 8 de mayo de 1925, que declaran como derecho supletorio el Derecho romano en contra de lo preceptuado por el artículo 13 del Código Civil.

Estas sentencias son, probablemente, inercia de las anteriores citadas que lo son del Código Civil y que se fundamentaban en la relación de fuentes que hace la **Ordinarió Nova**, que dice: «La observança del dret es totalment necessaria per la bona administració de justícia per quant lo dret municipal fins vuy statuit no ha provehit à tots los casos ni es possible per 90 com son mes los negocix que los vocables, statum é ordenam que primerament tot lo ques trobará disposat per las franquesas, privilegis, pragmáticas, ordinacions, stils é bons usos de aquest regne sia observat com a dret municipal que es aquell en lo cas empero, ó casos que nos trobará disposició de dret municipal, sia obserat lo dret canonich y en defete de disposició de dit dret canonich se observe lo dret comú civil», en *Legislación Foral de España. Derecho Civil Vigente en Mallorca*, Biblioteca Judicial, Madrid, 1888, pág. 32.

PLANAS ROSSELLÓ, ANTONIO, en *Recopilación del Derecho de Mallorca 1622 por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*, Palma, 1996, pág. 27, dice a propósito de las Fuentes del Derecho Civil de Mallorca al tiempo de la Recopilación, «El orden de prelación de fuentes se establece en una *ordinació nova*. En primer lugar se debe aplicar el Derecho municipal de Mallorca, y en su defecto se debe acudir al Derecho canónico, y supletoriamente al romano. Se puede interpretar que esta disposición no hace sino elevar a rango legal una norma que tenía carácter consuetudinario».

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

(53) La cláusula de supletoriedad del Código Civil, dice SALVADOR CODERCH, PABLO, «carece de alcance general». En efecto, siguiendo su argumentación, existe un doble

Es evidente que las vicisitudes del pasado han inducido a una aplicación, casi mecánica, del Código Civil. Es suficiente analizar la Compilación de 1961, además de lo dicho respecto a lo que el derogado artículo 13 del Código Civil establecía.

En la derogada Compilación de 1961 (54) podíamos encontrar tres conceptos de aplicación de las normas: 1) aplicación «directa» del Código Civil; 2) aplicación «preferente» de la Compilación y «supletoria» del Código Civil, y 3) aplicación por «remisión» del Código Civil. Ahora bien, la Compilación considera que la materia regulada por el mecanismo de la «remisión» es derecho balear, aún aceptando la regulación de la norma del Código Civil; es decir, no se trata de un supuesto de laguna normativa. Además, en nuestro caso, esta remisión, anteriormente enunciada, se complica con la aplicación por «remisión» de Libro a Libro, como consecuencia de la estructura de la Compilación, estructura que sigue manteniendo la reformada de 1990.

En cuanto al primer concepto: la «aplicación directa» del Código Civil es elocuente el párrafo quinto de la Exposición de Motivos de la CDCEB (55) de 1961, al decir que «la Compilación implica, por definición, la caducidad de los derechos supletorios regionales... (y añade *in fine*), pues las materias que carezcan en él de precepto aplicable entrarán en la órbita del Código Civil vigente como derecho de primer grado». Es evidente que lo que se persiguió durante el siglo XIX en la etapa codificadora, se concreta en este párrafo de la citada E de M.

En segundo lugar, el concepto de «aplicación preferente» de la CDCEB que se dispone en el primer párrafo del artículo 2 (56) que, «de conformidad con lo establecido en el Código Civil, las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal». Son ilustrativos los párrafos 7, 8 y 9 de la citada Exposición de Motivos, especialmente el párrafo 8, cuando dice que se han incorporado a la Compilación las fuentes romanas vigentes (57) en las islas, y añade: «introduciendo en éstas los desarrollos técnicos necesarios para cerrar así, en lo posible, aquellas lagunas que, de otro modo, habrían de ser colmadas con la aplicación directa de las normas del Código».

motivo para tal afirmación, en primer lugar por cuanto hay legislación estatal de aplicación directa (ex art. 149.1.8.^a CE). En segundo lugar porque los preceptos del Código Civil rigen supletoriamente en cuanto no se opongan al ordenamiento jurídico catalán, *La Compilación...*, cit., pág. 356.

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

(55) Las siglas de la Compilación de 1961 incluyen el término Especial, que la Compilación de 1990 ya suprime.

(56) Nos seguimos refiriendo a la Compilación de 1961.

(57) Vid. nota 12 y concretamente la sentencia que se cita, de 24 de octubre de 1964, y la argumentación de su considerando cuarto.

La regulación del artículo 1.1 de la vigente Compilación balear, como la del artículo 1.1. de la Compilación catalana es errónea, porque se preocupa más de asegurar la vigencia (a través de la supletoriedad) del Código Civil que del propio Derecho Balear. Los artículos antes citados de ambas Compilaciones tendrían que preocuparse, exclusivamente, de regular su derecho propio y olvidarse de un derecho ajeno.

En tercer lugar, la CDCEB de 1961 llama al Código Civil «por remisión» en múltiples artículos (58), así como en el seno de la propia Compilación lo hace ésta, también, de Libro a Libro. Resulta clarificador el párrafo 16 de la antes citada Exposición de Motivos en los siguientes términos: «Se da definitivo estado de derecho a la aplicación del Código Civil en materia de sucesión abintestato».

Ahora bien, estas remisiones al Código Civil que hacía la derogada Compilación de 1961, hoy sigue estando en la voluntad del legislador querer seguir la regulación del Código Civil (que no hay que olvidar que estos llamamientos se hacen por la vigente Compilación de 1990 de manera estática, es decir, al contenido normativo vigente al tiempo de la promulgación de la Compilación, ex Disposición Final segunda). En efecto, el legislador autonómico puede ejercer la competencia que le otorga la Constitución y el Estatuto de Autonomía, a fin de llenar las insuficiencias de nuestra Compilación legislando sobre aquella materia no regulada, siempre que esté dentro del ámbito de su competencia. Sin embargo, el legislador autonómico también puede actuar la competencia por medio de otra técnica, la «remisión» a las normas estatales a las que llama (59).

Es evidente la *vis atractiva* del Código Civil en todo aquello que pudiera suplantar al Derecho Civil balear. La aplicación del Código Civil, en Baleares, como en Aragón, se pretendió a costa del propio derecho supletorio (del *ius commune*). Fue la Compilación de 1990, que abrió la posibilidad de actuar el derecho histórico a través de la «integración» (art. 1.2 CDCB).

1.3. LAS LAGUNAS DEL ORDENAMIENTO CIVIL BALEAR Y LAS SITUACIONES NO TIPIFICADAS POR EL LEGISLADOR AUTONÓMICO. DISTINCIÓN

Es ahora el momento de analizar, en primer lugar, la distinción entre las lagunas del Derecho Civil autonómico, distinguiéndolas de los supuestos de hecho no regulados por la Compilación porque el legislador autonómico ha entendido que no existe la necesidad de tipificarlos, es decir, de atribuir una

(58) Es suficiente citar los llamamientos de los artículos 24.2, 51, 54.2, 55, 63.3, 67, 70.2.

(59) En este sentido, SALVADOR CODERCH, PABLO, *La Compilación...*, cit., pág. 347.

consecuencia jurídica a una determinada situación de hecho. La tipificación o no de un supuesto de hecho es una cuestión de política legislativa.

Cuando un conflicto no puede resolverse con la propia legislación, sea escrita o consuetudinaria, porque existe una laguna, debe autointegrarse con los principios generales, siguiendo las fuentes de nuestro Ordenamiento, así como acudiendo a la tradición jurídica balear (ex art. 1.2 CDCB), antes de acudir al Código Civil (60). Las lagunas existen, hoy, debido a que el legislador autonómico no ha colmado, todavía, las insuficiencias propias de los derechos territoriales (61). Antes de 1978, no existían los Parlamentos Autonómicos: desde la organización constitucional del Estado en Comunidades Autónomas con potestad legislativa en el marco de sus competencias, es posible evitar la existencia de lagunas y por tanto no tener que acudir a la regulación contenida en el Código Civil para resolver las cuestiones que se planteen (62).

Cuestión distinta sería acudir a un derecho extrínseco cuando, no existiendo laguna, lo que ocurre es que estamos ante una situación que el legislador autonómico no la ha querido tomar en consideración (63) específicamente.

Esta situación es la que analizaremos a partir de la sentencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia de 3 de septiembre de 1998. En efecto, el Estado no tiene «título competencial» para regular el Derecho Civil balear (art. 149.1.8.^a CE y art. 10.23 EAIB, reformado por Ley 3/1999, de 8 de enero), ni lo es la «supletoriedad» de aquél al Derecho Civil balear (art. 149.3

(60) Ver págs. 18 y sigs.

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

(62) Tras la Constitución de 1978, la Compilación Balear ha perdido la «especialidad», así en su Exposición de Motivos, en el párrafo 5, dice: «ya que se ha considerado oportuno suprimir el calificativo de "especial" que adjetivaba a nuestro Derecho Civil...». Incluso añadiría que no podemos hablar en Mallorca de «forales», ni antes ni después de la Constitución, porque no hemos tenido Fueros, cosa que sí ocurría en Valencia y en Aragón.

Según opinión de SALVADOR CODERCH, PABLO, *La Compilación...*, cit., pág. 163.

«Tras la Constitución de 1978 no cabe ya hablar de los derechos civiles "forales o especiales" como de un conjunto de instituciones a considerar a modo de privilegios o excepciones a un pretendido derecho común (arg. ex art. 149.1.8.^a Const.). La supletoriedad del derecho estatal (art. 149.3 Const.) es, estrictamente hablando, *eventual*, pues depende del *defecto de derecho propio*...».

(63) Estas situaciones las califica ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, como «conjunts buits», que entiende, como no podía ser de otro modo, que no pueden llenarse, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. I, Valencia, 1993, pág. 66.

Entiendo que más que denominar «conjunto vacío» se trataría, en términos matemáticos, de una «intersección de conjuntos vacía», al tratarse de una norma que no es de aplicación directa sino que el legislador autonómico puede o no regular, y en nuestro caso el legislador no creyó oportuno introducirla en nuestro ordenamiento jurídico.

CE) y vigente artículo 50 EAIB (antes art. 47) (64). BADOSA entiende que la norma contenida en el artículo 149.3 CE es la «constitucionalización» de la fórmula del artículo 13.2 del Código Civil, por lo cual aboga por la interpretación en el mismo sentido normativo: «referit al dret existent en un moment donat en contraposició a les llacunes legals de l'ordenament autonòmic. No en termes de competència del Estat: ni atribuïnt-rhi en defecte del seu exercici per la CA, ni tampoc limitant-l'hi sobre el seu propi dret amb el pretext de la supletorietat» (65).

Son estos conceptos de «supletoriedad» del Código Civil y «preferencia» de aplicación del Derecho Civil balear los que analizaremos al comentar la antes citada sentencia.

Antes de entrar en este análisis debemos preguntarnos, ¿qué entendemos por Derecho Civil balear? Es el Derecho, en materia civil, que se aplica en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma (66).

Estamos acotando no sólo el Derecho en cuanto a la materia que regula, que nos referimos a la materia civil (67), sino que además queremos acotarlo en cuanto a su vigencia territorial, esto es, el Derecho de materia civil vigente en las Islas Baleares.

Es así que nos referimos al Derecho Civil propio (que es además el emanado del Parlamento Autonómico Balear); y el civil estatal (ex art. 1 CDCB), cuya aplicación de uno u otro se resolverá según las propias normas que antes hemos visto, de aplicación directa, preferente, por remisión, por incorporación o supletoriamente.

Ahora bien, resulta extraño que la reciente modificación del Estatuto de Autonomía de Baleares, Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero, de Reforma de

(64) BADOSA COLL, FERRÁN, en este sentido, *Compendi...*, cit., pág. 72.

(65) *Compendi...*, cit., pág. 61.

(66) Para BADOSA la «catalanitat del dret procedeix no sols del seu àmbit de vigència sinó de la competència normativa de la Generalitat», *Compendi...*, cit., pág. 72. Si bien anteriormente incidió en la nota definitoria basada en la competencia territorial, así: «L'art. 7.1 Est., admet com a nota definitoria de la "catalanitat" del Dret, el de la seva vigència territorial. No el de la competència de la Generalitat. El perquè de l'elecció d'un criteri i no de l'altre es clar: si el Dret català està integrat per normes anteriors a l'existència de Generalitat, el criteri competencial no serveix. I, en canvi, sí que serveix el criteri territorial donat que assenyalava un dels límits (i el més vistent) de les competències de la Generalitat». *L'àmbit del Dret civil català*. II Jornades de Dret Català a Tossa, 1982, pág. 29.

(67) BADOSA COLL, FERRÁN, a propósito de la configuración del «dret civil» como «dret comú de l'Ordenament català» dice: «Si es parla de "dret civil" i no de "matèria civil" es precisament perquè "alló que es civil a Catalunya" ja no sols es una matèria susceptible de regulació, sino una regulació efectiva (la continguda fonamentalment en la Compilació de 1960). En definitiva, l'especificitat del Dret civil dintre del Dret català es que la seva "catalanitat" es independent i anterior a l'Estatut». *L'àmbit del Dret civil...*, cit., pág. 31.

la Ley Orgánica 2/1983, del Estatuto de Autonomía de les Illes Balears, en su artículo 1.5 que modifica el artículo 7 suprimiendo, como no podía ser de otro modo, la palabra «especial», que calificaba al Derecho Civil de Baleares, sin embargo, el resto del texto del artículo permanece idéntico (68). Siendo así, ¿qué significado puede tener, hoy, distinguir: 1) las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunitat Autònoma, de 2) el Derecho Civil de Baleares?, tal como sigue rezando en el artículo 1.5 de la antes citada Ley. Posiblemente es un problema de inercia y el legislador no ha pensado que en 1990 el Derecho Civil balear se «balearizó», no tanto en su ámbito territorial (69) de vigencia, cuestión que no se ha modificado respecto a la situación anterior (70), sino por la competencia legislativa y su actuación, es decir, norma emanada del Parlamento autonómico balear en el marco de las competencias que le reconoce la Constitución (art. 149.1.8.^a) y el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (art. 10.23 y art. 50.2). En efecto, el artículo 25 de la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares dice que: «Se autoriza al Govern de la Comunitat Autònoma de las Islas Baleares para aprobar, mediante Decreto Legislativo, un Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares en el plazo de seis meses».

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

No planteamos esta cuestión por pretender entrar en la ya vieja discusión de lo que debemos entender por Derecho Civil de Baleares, a lo que la respuesta, desde mi perspectiva es clara, es Derecho Civil de Baleares el de

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

(69) Así como personal, si bien referido por la pertenencia a un territorio: la vecindad civil balear. El concepto de ámbito territorial no ha cambiado, no es un concepto nuevo, ya lo teníamos en la Compilación y en el Código Civil.

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

materia civil que sea exclusivamente vigente en Baleares, desde su ámbito territorial (71), aunque la norma proceda del derecho estatal (72).

Ahora bien, si la distinción que presenta el artículo 1.5, de la Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero, modificando el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1983, del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, es entender que la referencia que se hace a: 1) «normas y disposiciones» es a las que han emanado del Parlamento autonómico balear (en nuestro caso acotado a la materia civil), es evidente que sólo nos referiríamos al conjunto de disposiciones contenidas en la Compilación de Derecho Civil de Baleares. En tanto que, la referencia al «Derecho Civil de Baleares» (73) englobaría todo el Derecho en materia civil que es aplicable en Baleares de acuerdo con su sistema de fuentes (74), que abarcaría el Derecho Civil cuya fuente de producción es el Parlamento Autonómico y el Derecho Civil que conforma la «tradición jurídica balear», que si bien no es derecho vigente, es derecho aplicable porque su aplicabilidad se la otorga una norma (art. 1.2 CDCB) emanada del Parlamento Autonómico.

2. LA APLICACION PREFERENTE DEL DERECHO CIVIL BALEAR SEGUN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998

La sentencia de 3 de septiembre de 1998, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, resuelve la cuestión sobre si es de aplicación el artículo 1.320

(71) «Las normas del Derecho Civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas». Artículo 2.1 CDCB, es decir, el Derecho Civil de Baleares tiene eficacia territorial, salvo las situaciones que deba regir el estatuto personal, tanto intra como extraterritorialmente.

«Admetent aquests criteris de "extraterritorialitat", l'article 7.1 Est., rebla la distinció vigència-aplicació del Dret, tot admetent l'aplicació extraterritorial dels Drets, es a dir, fóra del seu àmbit de vigència. I això tant a tall d'aplicació restrictiva: no aplicació del Dret català a Catalunya». BADOSA COLL, FERRÁN, *L'àmbit del Dret civil...*, pág. 29.

(72) Siguiendo a BADOSA COLL, FERRÁN, *Compendi...*, pág. 71. Es Derecho Civil catalán el que es exclusivamente vigente en su territorio, aunque proceda del Estado. Añade BADOSA, «El Dret estatal té com a àmbit de vigència tot el seu territori, mentre que els autonòmics, exclusivament el de la seva CA. D'ací que en el territori d'una CA hi siguin vigents dos drets: el propi i l'estatal (DF 4.^a CDCC). El conflicte d'aplicacions que això genera, es resol per la regla de la supletorietat de l'estatal (art. 149.3 CE), és a dir, de la prioritat de l'autonòmic».

(73) Podemos distinguir lo que entendemos por Derecho balear, de lo que es Derecho vigente y aplicable en Baleares. El Derecho balear (ex art. 7 EAB) es 1) el derecho que sólo es vigente en Baleares, y 2) creado por el poder público balear, por tanto excluimos el Derecho que también siendo vigente en Baleares lo es en toda España (art. 13 del Código Civil).

(74) Que no hay que olvidar que es competencia del Parlamento Autonómico Balear su determinación (art. 149.1.8.^a *in fine* y art. 50 EAIB que modifica el derogado art. 47).

del Código Civil a las relaciones económico-matrimoniales regidas por la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

Esta sentencia que analizaremos, se decanta por la preferencia en la aplicación de las normas de la Compilación de Derecho Civil de Baleares en detrimento de la aplicación del Código Civil, algo que, como se ha dicho, no fue muy frecuente a lo largo de la historia judicial en nuestra tierra.

2.1. EL OBJETO DEL LITIGIO

El litigio que se planteó y resolvió en casación por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares por sentencia de 3 de septiembre de 1998, versaba sobre la cuestión de si era aplicable, a un matrimonio de vecindad civil balear y, por tanto, supuestamente regidas sus relaciones económico-matrimoniales por la Compilación de Dret Civil balear, el artículo 1.320 del Código Civil.

Se trataba de un matrimonio entre un ciudadano español (don Julio López Gómez) y una ciudadana, de apellidos extranjeros (doña Cristina Boule Duret), que lo habían contraído en Palma el 14 de febrero de 1976, y desde el año 1986 habían fijado su residencia en el término municipal de Calviá, en la vivienda de propiedad del marido (75) y gravada con un derecho real de hipoteca (el acreedor hipotecario era el Banco de Santander, S.A.) cuya constitución de tal gravamen, por parte del marido, lo realizó sin el consentimiento de su mujer, siendo este extremo el objeto del litigio. En efecto, el marido constituyó sobre la vivienda familiar una hipoteca para garantizar el pago de un préstamo con la finalidad de liquidar unas deudas y descubiertos que tenía con la entidad bancaria BANCO DE SANTANDER, S.A., y que a la vez era la prestamista.

La esposa formuló demanda, en primera instancia, contra el marido y el Banco de Santander, S.A., en fecha de 4 de mayo de 1995, alegando que su marido había hipotecado la vivienda familiar, que si bien era de propiedad privativa de su esposo, lo hizo sin su consentimiento. Que, por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil, tendría que haberlo prestado, o bien, en su defecto, existir autorización judicial; por lo que pedía la anulación, de acuerdo con el artículo 1.322 del Código Civil. El 6 de mayo de 1996, el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Palma, dictó sentencia, estimando la demanda y declarando la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipo-

(75) Resulta difícil deducir por qué título es propietario de la vivienda el marido. Sólo la STSJB, de la que tratamos, nos dice en el Fundamento de Derecho Primero, que lo es en «virtud de escritura de adjudicación», sin saber cuál es el fundamento de la adjudicación, si lo es en pago de crédito o por otra causa. Las sentencias de los Tribunales inferiores no entran en este punto, ni tan siquiera mencionan en virtud de qué título es propietario el marido.

tecaria, la nulidad de la inscripción registral de la hipoteca y consiguientes asientos y también de las actuaciones del procedimiento sumario hipotecario.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por parte de la Entidad Banco de Santander, S.A., por entender dicha entidad, como motivos de impugnación, que el artículo 1.320 del Código Civil no es de aplicación en el Derecho Civil de Baleares, así como por la buena fe de la entidad accionada recurrente y por entender que no podía negarse el conocimiento por parte de la actora en cuanto a la constitución de la hipoteca, de forma que consintió tácitamente la constitución del derecho real. El 4 de febrero de 1998 dictó sentencia fallando que, «debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Apelación... contra la sentencia de fecha de 6 de mayo de 1996... y, en consecuencia, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos», por entender, el Tribunal de Apelación, que era de aplicación al supuesto planteado el artículo 1.320 del Código Civil (76).

Contra esta sentencia, el Banco de Santander, S.A., interpuso recurso de casación ante el TSJB que falla, el 3 de septiembre de 1998, casando la sentencia de la Audiencia y la anula totalmente, entendiendo que no es de aplicación, en el Derecho Civil de Baleares, el artículo 1.320 del Código Civil. Finalmente, sólo añadir que la señora Boule interpuso recurso de amparo contra dicha sentencia. El Tribunal Constitucional, el 22 de marzo de 1999, dicta auto de inadmisión del recurso y declara que no se lesionó el artículo 14 CE por la inaplicación del artículo 1.320, ni tampoco es contrario a los artículos 32 y 39 del mismo texto constitucional.

2.2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN. LA CUESTIÓN PRELIMINAR: EL DERECHO APLICABLE

Como tema preliminar tenemos que analizar cuál es la norma aplicable al supuesto planteado. Es importante clarificar conceptos, antes de emitir opiniones sobre la correcta o no correcta aplicación de las normas. Sabemos de la coexistencia de ordenamientos jurídico-civiles en el mapa territorial español y por tanto de las diferencias del Derecho contenido en el Código Civil, llamado «derecho común», del contenido en las distintas Compilaciones, mal llamado «derecho foral» (77) o también «especial».

(76) Sólo añadir que las sentencias de los Tribunales inferiores se pronunciaron diciendo que el régimen económico del matrimonio se regía por la Compilación de Derecho Civil balear, por tanto, sometidos al régimen de separación de bienes, como legal supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales.

Más adelante estudiaremos este extremo.

(77) Al respecto, BADOSA COLL, FERRÁN explica el origen del término «dret foral», y añade: «es una expressió no aplicable al dret català que no ha tingut Furs (Nov. Rec.

Debemos centrarnos, en primer lugar, en estudiar cuál es el criterio de aplicación de las normas a los supuestos que se plantean y, más concretamente, cuál es la norma aplicable al supuesto de hecho contemplado en la sentencia que estudiamos. Esta cuestión, como veremos, no es baladí, ya que las consecuencias que pueden derivarse para los sujetos del litigio pueden tener consecuencias adversas.

El concepto de aplicabilidad de la norma jurídica va conexo al concepto de vigencia de la norma, porque una norma vigente tiene aplicabilidad judicial intrínseca por su mera existencia. Sin embargo el concepto de aplicabilidad es más amplio que el de vigencia, porque una norma que ha perdido su vigencia por haber sido derogada puede ser aplicable, bien que la aplicabilidad no es, en este caso, intrínseca a la norma, sino que le viene dada por otra norma, la norma de derecho transitorio.

Esto mismo sucede en el supuesto de una norma no vigente en un determinado territorio que por mandato de otra norma (la de derecho internacional, o en nuestro caso la de derecho interregional), el juez tiene el deber de aplicar derecho no vigente en un determinado territorio. Nos estamos refiriendo a la extraterritorialidad (78).

Vistas las ideas generales en torno al concepto de aplicabilidad de la norma y como cuestión preliminar, debemos estudiar el derecho aplicable al supuesto de hecho que se planteó ante los Tribunales de Justicia. Se trata concretamente de saber, en primer lugar, si al matrimonio formado por don Julio López Gómez y doña Cristina Boule Duret, partes en el litigio, les era de aplicación la Compilación de Derecho Civil de Baleares, o por el contrario estaban sometidos a otra legislación civil, común o territorial, como consecuencia de su estatuto personal.

Encontrar la solución a la cuestión anteriormente enunciada tiene su importancia. Si fuera de aplicación el Código Civil, sería preceptiva la del artículo 1.320, con independencia del régimen económico del matrimonio. En el supuesto que el Derecho aplicable fuera el contenido en la Compilación de Derecho Civil de Baleares, tendremos que dilucidar: 1) si lo era al tiempo de contraer matrimonio, para saber cuál es el régimen económico de los cónyuges, y 2) cuál era o es la legislación aplicable a todo el entramado de las relaciones patrimoniales del matrimonio.

10-2-8, de 1782, «en otra parte en donde se gobiernen por fueros») sinó «Costums». Siguin locals recopilades privadament... o atorgades per «Privilegi» reial...». *Compendi de Dret...*, cit., Madrid-Barcelona, 1999, pág. 68.

(78) Y a los criterios de extraterritorialidad de las normas, ya sea personal (art. 9 del Código Civil), ya sea real (art. 10 del Código Civil) o formal (art. 11 del Código Civil).

Vid. COCA PAYERAS, MIGUEL, «Condición política, vecindad administrativa y vecindad civil balear (En torno a los arts. 6.º y 7.º del Estatuto de Autonomía)», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 1985, págs. 35 y sigs.

Es evidente que todo ello dependerá del momento de la adquisición de la vecindad civil balear.

Tanto las sentencias de los Tribunales inferiores, como la del Tribunal Superior de Justicia, no entran a estudiar la cuestión del derecho aplicable, es más, dan por probado el sometimiento de los cónyuges a nuestra Compilación (79), así como que el régimen económico matrimonial que rige las relaciones económicas entre los esposos es el de separación de bienes (a falta de capitulaciones matrimoniales). Tal afirmación la hacen sobre el fundamento que, seguidamente, analizaremos en las sentencias de cada una de las Instancias, por tratarse de un punto esencial.

2.3. LA NORMATIVA APLICABLE AL LITIGIO Y LA NORMATIVA APLICADA

Es esencial, como punto de partida, analizar si la normativa que se aplicó al litigio era la normativa que debía aplicarse. Para ello será determinante conocer si los cónyuges, al tiempo de contraer matrimonio, tenían la vecindad civil balear que determinaría un concreto régimen económico del matrimonio (el legal supletorio, de separación de bienes) a falta de capítulos matrimoniales.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma, en su sentencia de 6 de mayo de 1996, en su Fundamento de Derecho Primero dice que en fecha 14 de febrero de 1976, don Julio López Gómez y doña Cristina Boule Duret contrajeron matrimonio en Palma de Mallorca, y desde 1986 constituyeron su domicilio conyugal en la vivienda objeto del litigio. Dicho esto, en el Fundamento de Derecho Tercero añade: «No ofrece dudas que el régimen económico matrimonial de los litigantes es el de separación de bienes, por aplicable a este territorio foral, a falta de capitulaciones matrimoniales, y al haber obtenido la vecindad civil balear por residencia continuada en el mismo desde 1975 y en la vivienda referida desde el año 1986» (aportan como prueba las certificaciones de los Ayuntamientos de Palma y de Calviá).

En esta sentencia encontramos el argumento prioritario que determina la sujeción al Derecho balear (art. 14.1 del Código Civil) y es la «residencia continuada desde 1975» que permite a los diez años de la misma obtener la vecindad civil de donde se reside, sin más requisitos.

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en la sentencia dictada por la Sección cuarta (Plan de Apoyo) el 4 de febrero de 1998, dice (80): «Antes de iniciar el examen de las cuestiones..., conviene resaltar que los litigantes han concordado que los esposos don Julio López y doña Cristina Boule habían ob-

(79) Efectivamente, al momento de entablarse el litigio ya habían adquirido la vecindad civil balear, por tanto quedan sometidos a nuestra Compilación.

(80) En su Fundamento de Derecho Primero.

tenido la vecindad civil balear y su régimen económico matrimonial era el de separación de bienes, a falta de capitulaciones matrimoniales». Añade (81): «ambas partes han explicitado su aquiescencia respecto a que el caso de autos debe ser resuelto mediante la aplicación de las normas vigentes en el Derecho Civil Balear, dada la vecindad civil de los cónyuges litigantes».

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en su sentencia de 3 de septiembre de 1998, en su Fundamento de Derecho Primero dice que en lo referente a su régimen económico conyugal se rige por la Compilación de Derecho Civil de Baleares, «por aplicación de los artículos 9.2 y 13.1 del Código Civil, en relación con el artículo 1 de la aludida Compilación Balear; y según, además, tienen concordado las partes litigantes».

¿Cuál es el punto de partida para otorgar la condición de vecino de Baleares, como fundamento para la aplicación de nuestro Derecho Civil propio? No queda demostrado, sólo «concordado» (82), por utilizar los mismos términos que aparecen en las sentencias referenciadas anteriormente.

En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia vemos que al tiempo de contraer matrimonio no queda demostrada la residencia continuada de diez años para adquirir la vecindad civil balear, ya que expresamente la sentencia dice que contrajeron matrimonio el año 1976 en Palma de Mallorca, una ciudadana de apellidos extranjeros con un ciudadano de apellidos no propios de Baleares (83), y añade que han obtenido la vecindad civil por residencia continuada desde 1975 y que además desde 1986 establecieron su domicilio conyugal en Calviá (lugar donde estaba ubicada la vivienda objeto del litigio).

El Tribunal se olvida de precisar el momento en el que obtienen la vecindad civil balear, que por lo que se desprende de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia debe contarse la residencia continuada desde 1975 (84), pero no queda demostrado, ni se argumenta que al tiempo de contraer matrimonio hubieran adquirido la vecindad civil balear, es más, de los términos que antes hemos apuntado se desprende todo lo contrario, ya que al tiempo de contraer matrimonio (febrero de 1976) hacía un año, aproximadamente,

(81) En el Fundamento de Derecho Segundo.

(82) De las sentencias se desprende que lo «concordado» se refiere a las partes litigantes, no a los esposos, es decir, queda claro que los esposos no capitularon, ya que expresamente se dice que no otorgaron capitulaciones matrimoniales; así, lo «concordado» entre las partes litigantes es a efectos de dirimir el conflicto y se parte de que el régimen económico que rige las relaciones conyugales es el de separación.

(83) Era frecuente en Baleares, en los años setenta, a causa del turismo, estos movimientos migratorios de ciudadanos de la península y extranjeros, como lo sigue siendo ahora.

(84) Resulta imposible haber cumplido el plazo de los diez años, al tiempo de contraer matrimonio, para adquirir la vecindad civil balear, ni para optar mediante manifestación en el Registro Civil, en este sentido, al requerirse dos años de residencia continuada.

que habían fijado su residencia en Palma de Mallorca, por tanto era imposible haber ganado la vecindad civil balear. Es por ello, probablemente, que las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia dicen, como hemos visto, que las partes litigantes tienen «concordado», o «han manifestado su aquiescencia», respecto al sometimiento al Derecho Civil balear, así como al régimen de separación de bienes, como régimen legal supletorio de nuestra Compilación, a falta de capitulaciones matrimoniales. La evidencia de las fechas demuestran la imposibilidad de ostentar la vecindad civil balear al tiempo de contraer matrimonio.

Así, el hecho de haber manifestado los cónyuges, al tiempo del litigio, como se dice en la sentencia, que tienen «concordado» el sometimiento a la legislación civil balear, así como que el régimen económico de su matrimonio es el de separación de bienes, es un acuerdo nulo en los dos supuestos, aún habiéndolo «concordado» al tiempo del litigio, porque: 1) el sometimiento al Derecho Civil balear lo determina la vecindad civil, no la voluntad actual de los cónyuges, y 2) el régimen de separación de bienes, o bien es el régimen legal supletorio y para ello es necesario que previamente estén sometidos al Derecho balear, o bien las partes lo han pactado en capitulaciones matrimoniales (art. 3.1 CDCB).

Dicho esto, retomamos la cuestión que planteábamos anteriormente en cuanto a discernir cuál es el régimen económico matrimonial de los cónyuges y el Derecho aplicable al supuesto, afirmando que, efectivamente, el fundamento que se utiliza para la aplicación del Derecho Civil de Baleares no es totalmente correcto.

Es evidente que al tiempo de formularse la demanda, por parte de la señora Boule (4 de mayo de 1995), tenía vecindad civil balear, ya que la propia sentencia dice que desde 1975 queda demostrada la residencia continuada de los cónyuges. Así, la fecha de inicio del cómputo de los diez años (85) es el año 1975, como queda demostrado en las sentencias citadas. Adquirida la vecindad civil balear, es evidente que el Derecho de aplicación es la Compilación de Derecho Civil de Baleares, hasta aquí no ofrece dudas.

Las dudas se plantean en otro orden de cosas. La afirmación que encontramos en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de Primera Instancia por la que se deduce que el régimen económico matrimonial de los cónyuges es el de separación de bienes «por aplicable a este territorio foral,

(85) No tomamos en consideración la posibilidad de adquisición de la vecindad civil balear por la residencia continuada de dos años junto a la manifestación de voluntad en tal sentido, por cuanto de las sentencias se desprende que el marido (ya que el año 1975 la mujer seguía la condición del marido) no hizo uso de esta forma de adquisición de la vecindad civil. En todo caso, siendo el inicio del cómputo el año 1975 y la celebración del matrimonio 1976, no cabe ninguna posibilidad de poder entender que habían adquirido la vecindad civil balear al tiempo de contraer matrimonio.

a falta de capitulaciones matrimoniales», no es correcto, ya que se parte, en las sentencias antes referenciadas, de haber ganado la vecindad civil balear al tiempo de presentarse la demanda, no al tiempo de contraer matrimonio. Es este el elemento decisivo (art. 9.3 del Código Civil reformado por el Decreto 1836/1974, que era el aplicable al tiempo de contraer matrimonio. En 1990 se reformó, dando lugar al artículo 9.2, y sabemos que los conflictos de leyes en el ámbito interregional se resuelven por la ley personal determinada por la vecindad civil (art. 16.3 del Código Civil).

Al tiempo de contraer matrimonio, la vecindad civil del marido no queda demostrada, ni se intenta porque, incluso, ni se menciona. Es el año 1976 el decisivo, a efectos de vecindad civil, que determinará la normativa aplicable y por tanto, el régimen económico legal supletorio del matrimonio, a falta de capitulaciones.

En caso de conflicto de leyes, como es el caso que nos ocupa, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta de capitulaciones, se regían por el derogado artículo 9.3 del Código Civil, reformado por el citado Decreto 1836/1974, y era la ley de la vecindad común a los dos cónyuges o a falta de ella «la ley nacional del marido al tiempo de la celebración».

Parece que no tenía el matrimonio una vecindad común (porque ni se ha alegado ni se ha demostrado), por ello, a falta de ley común se aplicaría la «ley nacional» del marido, que podía ser la propia de la vecindad civil común (86), o bien cualquier otra vecindad civil propia de un territorio con Derecho Civil propio, siendo, en tal caso, éste el Derecho aplicable. Lo que resulta evidente es que no tenía la vecindad civil balear, cosa que posibilitaría la aplicación de nuestra Compilación al tiempo de contraer matrimonio y determinar que el régimen económico al que quedaron sujetos los cónyuges, en 1976 al contraer matrimonio, por defecto de capítulos matrimoniales era el de separación de bienes, como régimen legal supletorio contemplado en nuestro Derecho.

En la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 3 de septiembre de 1998, se argumenta (87) que el régimen económico de los cónyuges era el legal supletorio de nuestra Compilación, es decir, el de separación de bienes, «por aplicación de los artículos 9.2 y 13.1 del Código Civil, en relación con el artículo 1 de la aludida Compilación Balear»; añadiendo, «y según, además, tienen concordado las partes litigantes».

Endeble el fundamento en el que se basa la sentencia para deducir que el régimen económico de los cónyuges es el de separación de bienes, porque al referirse a los artículos 9.2 y 13.1 vigentes del Código Civil, no son éstos los aplicables al supuesto que se planteó, ya que contrajeron matrimonio el año

(86) Si lo deducimos por los apellidos, lo cual sería lo más verosímil, y por todo lo anteriormente argumentado.

(87) En su Fundamento de Derecho Primero.

1976 y éste es el momento que se determinó el régimen económico: esto es «al tiempo de contraer matrimonio», ya que, posteriormente, no se modificó por capítulos y sabido es que el régimen económico no se modifica por cambio de vecindad civil.

En efecto, el vigente artículo 9.2 del Código Civil, que se alega en la sentencia, es el reformado por Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que preceptúa unos criterios que no son los del derogado artículo 9.3 en redacción de 1974, como ya se ha dicho, y es este derogado artículo 9.3 el aplicable en cuanto a determinar el régimen económico que, a falta de ley nacional común (88), era la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, que en nuestro caso, y a efectos de vecindad civil del aplicable artículo 14 del Código Civil derogado, no era la balear, como ha quedado demostrado del contenido de las sentencias estudiadas.

En ningún caso podemos argumentar (para el supuesto de hecho planteado en el litigio), con base en el vigente artículo 9.2 del Código Civil, que los efectos del matrimonio en cuanto al régimen económico se determina, a falta de la elección que preceptúa en su texto, por la ley del lugar de residencia habitual común posterior a la celebración, o en su defecto por la ley del lugar de celebración, y de ello deducir que el régimen al que quedaron sometidos era el legal supletorio de la Compilación de Derecho Civil balear de separación de bienes, por la simple razón que esta norma no existía al tiempo de la celebración del matrimonio.

Es el argumento que parece deducirse de las sentencias citadas anteriormente, al indicar que queda demostrado que desde 1975 tenían fijada su residencia en Palma de Mallorca y desde 1986 concretamente en la vivienda objeto del litigio, y al no haber pactado en capítulos matrimoniales otro régimen, será el de separación de bienes.

Es evidente que el régimen económico, a falta de Capitulaciones, vendrá determinado por el legal supletorio contemplado en la legislación aplicable «al tiempo de contraer matrimonio», que en nuestro caso es el año 1976, y será el determinado en la ley personal del marido al tiempo de contraerlo (ex derogado art. 9.3 del Código Civil en su redacción de 1974), que como hemos visto no queda demostrado que hubiera ganado la vecindad civil balear. Así, lo que podemos aseverar es que el régimen económico de los cónyuges no será el contemplado en la Compilación de Derecho Civil Balear. De ser así, y parece evidente que lo es, el régimen económico de los cónyuges por el cual rigen sus relaciones económico matrimoniales es el régimen de gananciales (salvo que fueren vecinos de un territorio con Derecho propio que

(88) De existir se hubiese alegado en juicio.

estableciera como legal supletorio el régimen de separación de bienes, cosa improbable, porque hubiese quedado demostrada la vecindad civil).

2.4. LAS SITUACIONES CREADAS CON POSTERIORIDAD AL MATRIMONIO EN RÉGIMEN DE GANANCIALES

En el supuesto planteado en el litigio, es esencial analizar las situaciones que se crearon con posterioridad a la celebración del matrimonio, el año 1976, que podemos concretar en:

- 1) la adquisición de una vivienda, posiblemente de naturaleza ganancial, por lo anteriormente expuesto, y
- 2) la constitución unilateral por parte del marido de una hipoteca sobre la citada vivienda.

El régimen económico del matrimonio **López-Boule**, por lo antes argumentado y con toda probabilidad, era el de sociedad de gananciales. De ser así la titularidad de la vivienda, salvo que se demostrara que era privativa del marido (ex art. 1.361 del Código Civil), debía ser de titularidad ganancial.

Además, será necesario estudiar si la vivienda sobre la que se constituye la hipoteca tiene el carácter de familiar y por ello si puede constituirse o no unilateralmente por el marido o bien se precisa la intervención de su cónyuge.

Por tanto, dos son los fundamentos de la intervención de su cónyuge: 1) el posible carácter ganancial de la vivienda, y 2) el carácter de vivienda familiar.

2.4.1. *La adquisición de la vivienda. Su naturaleza y carácter*

En primer lugar estudiaremos la naturaleza de la vivienda; saber si nos encontramos ante un bien ganancial o por el contrario tiene carácter de privativo. Serán las sentencias, tanto de los Tribunales Inferiores como la del Superior de Justicia, que podrán darnos luz sobre la titularidad dominical de la vivienda.

En el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que comentamos, dice: «La vivienda objeto de autos —sita en la calle San José, núm. 16 de la villa de Calviá— en la que ambos esposos convivían, había sido adquirida por el marido don Julio López Gómez, en virtud de escritura de adjudicación; y a su nombre aparece inscrita en el Registro de la Propiedad de Calviá». En la sentencia no se cuestiona la posible titularidad ganancial, por cuanto en el párrafo anterior

se dice que el régimen económico conyugal es el vigente en Mallorca, esto es, el de separación de bienes, y se inscribió en el Registro de la Propiedad de titularidad del marido. Sin embargo, el hecho que la inscripción en el Registro de la Propiedad aparezca como bien de titularidad privativa del marido, no es obstáculo para declarar que el bien es de titularidad ganancial de acuerdo con el artículo 94.1 del Reglamento Hipotecario, que si bien se inscriben a nombre del cónyuge adquirente lo serán con carácter presuntivamente ganancial.

Siguiendo el razonamiento antes expuesto (89), analizaremos la posible titularidad del inmueble objeto del litigio. Que sea la vivienda de titularidad privativa del marido, y teniendo en cuenta que la adquirió constante matrimonio, esto sólo sería posible si se diera alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 1.346 del Código Civil, lo que resulta difícil de encajar, por lo que se deduce de la sentencia, salvo que pudiera tratarse del número 3 del citado artículo, «los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos», como podría ser el supuesto del litigio que adquiere la vivienda «en virtud de escritura de adjudicación», como se ha visto en el caso que esta adjudicación lo sea en pago de un crédito privativo.

Así, la vivienda objeto del litigio, adquirida constante matrimonio, posiblemente el año 1986, podría ser de titularidad privativa del marido, si la adquirió en adjudicación en pago de un crédito que tuviera el carácter de privativo, o bien, dependiendo del fundamento de la adjudicación, podría tratarse de un bien ganancial. En definitiva y de acuerdo con el artículo 1.361 del Código Civil, podría tener naturaleza ganancial.

Al tiempo de adquirir la vivienda, seguramente los esposos ya habían ganado la vecindad civil balear. En las sentencias analizadas no se referencia la fecha de adquisición de la vivienda, tan sólo se dice que en 1986 los cónyuges constituyeron su domicilio familiar en la citada vivienda. Seguramente ésta es, también, la fecha de su adquisición. Como también nos demuestra que la vivienda tiene el carácter de familiar (90).

De ser así, los esposos ya habrían adquirido la vecindad civil balear, por residencia continuada de diez años, pues queda demostrado en la sentencia que desde 1975 establecieron la residencia en Baleares.

Esto no altera el régimen económico, que seguiría siendo el de gananciales, al no haber otorgado en ningún momento capitulaciones, sin embargo, la

(89) Al tiempo del matrimonio había adquirido la vecindad civil balear. Además, el Fundamento de Derecho Primero de la citada sentencia del Tribunal Superior dice que «ni antes ni durante su matrimonio, dichos cónyuges convinieron capitulaciones matrimoniales».

(90) Para el estudio de la calificación del domicilio como «familiar», ver *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*. ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, Barcelona, 1992, págs. 30 y sigs.

legislación aplicable a sus relaciones patrimoniales sería la Compilación de Derecho Civil de Baleares (91).

2.4.2. *La constitución unilateral de hipoteca sobre la vivienda familiar*

Hemos tomado como hipótesis de referencia la fecha de 1986, de adquisición de la vivienda familiar, por entender que si esta anualidad establecieron en ella el domicilio familiar fue a resultas de su adquisición, ya que no se desprende de la sentencia otra situación.

En esta fecha, la vecindad civil de los esposos era la balear, pero al no haber modificado por capitulaciones el régimen económico, seguía siendo el de gananciales, así la titularidad de la vivienda resultó ganancial, como antes hemos dicho. Esto viene a colación porque el segundo aspecto que hemos de analizar es si al tiempo de constituir la hipoteca era necesario el consentimiento de su mujer. Dicho de otro modo: ¿Era de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil?

La fecha en la que el marido constituye sobre la vivienda familiar la hipoteca es el año 1993, tal como se dice en la sentencia, por tanto posterior a 1986, fecha, presumiblemente, de adquisición de la vivienda.

Además, la garantía hipotecaria se constituyó, no para asegurar el pago de la vivienda, que en tal caso seguramente se hubiera constituido en 1986, sino para garantizar unas deudas contraídas por el marido con la Entidad bancaria, Banco de Santander. S.A., para hacer frente a unos costos de un negocio de restauración (92).

Ya hemos dicho que la legislación aplicable era la Compilación, al ser ya vecinos de Mallorca y como después analizaremos, de acuerdo con nuestra Compilación (93), no es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil, por lo que para los actos de disposición de la vivienda familiar, no es necesario el consentimiento del cónyuge no titular, tal como sentenció el Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

Pero el problema que se plantea en este supuesto es el que sigue: el régimen de gananciales que rige las relaciones de los cónyuges, al no estar regulado en

(91) La fecha a la que hacemos referencia era el año 1986, así la Compilación vigente en este momento era la Compilación de 1961.

(92) Este punto lo analizaremos más adelante, para ver si es o no relevante la naturaleza de la deuda a los efectos que estudiamos.

(93) Al tiempo de constituir el gravamen hipotecario, la Compilación vigente en Baleares era la de 1990, lo que nos lleva a determinar con más razón, que no era de aplicación al supuesto planteado el artículo 1.320 del Código Civil.

Vid. FERRER VANRELL, M.^a PILAR, *El informe sobre la reforma...*, cit., págs. 24 y sigs., donde se trata el debate parlamentario sobre el proyectado artículo 4 de la CDCB.

la Compilación, se rige por el Código Civil como supletorio, sin embargo las relaciones patrimoniales de los cónyuges se rigen, preferentemente, por la Compilación balear en todo lo regulado, al haber ganado ya, éstos, la vecindad civil balear, y es por ello que no es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil. El problema se plantea porque el otro cónyuge era titular, aunque en el Registro constara como privativo, como consecuencia de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil y del artículo 94.1 RH. Por ello, el consentimiento del otro cónyuge, para gravar la vivienda familiar, sería necesario, en este caso, no por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil y ser vivienda familiar, sino por ser el otro cónyuge titular, al tratarse de un bien ganancial ex artículo 1.361 del Código Civil, y tal como dispone el artículo 1.377 del Código Civil sólo permite actuar, en actos de disposición de un bien ganancial, bajo tres modalidades, a saber: 1) que el acto de disposición se otorgue por ambos cónyuges; 2) que se otorgue por parte de uno con el consentimiento del otro; 3) o bien por uno de ellos con la autorización judicial contemplada en el segundo párrafo del citado artículo 1.377 del Código Civil. Estas son las posibilidades que se plantean, desde la reforma del Código Civil en el año 1981, al introducirse la necesidad de actuación conjunta de los cónyuges, y el acto de disposición que analizamos es de 1993, en consecuencia en una fecha posterior a la citada reforma.

Fundamento del préstamo garantizado con hipoteca

Visto lo cual todavía nos queda analizar otra hipótesis que también se desprende del texto de la sentencia y que antes hemos indicado que retomáramos. Se trata de la naturaleza de la deuda cuya devolución se garantiza mediante la constitución de la hipoteca sobre la vivienda. Si bien es irrelevante su naturaleza y lo que es primordial es la constitución de la hipoteca, nos puede ayudar en el estudio de la sentencia.

Nos centraremos en analizar el fundamento o motivo que compele al cónyuge a solicitar un préstamo con garantía hipotecaria a la Entidad bancaria, para indagar si nos encontramos en algún supuesto de excepción al principio del artículo 1.375.

De la sentencia de primera instancia se deduce que el préstamo se formaliza para atender unas deudas de un negocio de restauración. Dice la sentencia de 6-6-1996 (94): «Por demás, la entidad bancaria reconoce que el préstamo hipotecario no fue concedido para la adquisición o construcción de la vivienda habitual y familiar, el codemandado reconoce que el préstamo concedido

(94) En su Fundamento de Derecho Tercero.

fue destinado a saldar las deudas y descubiertos que el mismo mantenía con el "Banco de Santander", que éste le solicitó relación de bienes y que la actora desconocía el gravamen sobre el domicilio conyugal, por lo que, transformados las deudas y créditos personales relacionados con un negocio de restauración en un préstamo hipotecario, la prestamista modificó su naturaleza de obtención de mayores garantías...». De la lectura de este párrafo queda claro que el préstamo solicitado y obtenido por el señor López, era para hacer frente a las deudas derivadas del ejercicio del comercio mediante un negocio de restauración.

Si esto es así, que parece que lo es por lo que se desprende de la anterior lectura y las posteriores sentencias ya no entran en este punto, por cuanto lo que se dilucida es la necesidad o no del consentimiento del otro cónyuge a efectos del artículo 1.320 del Código Civil, tan sólo en la sentencia de 4-2-1998, de Apelación, en el Fundamento de Derecho Cuarto se dice: «Por último hay que poner de relieve que la actora ha aducido que el importe dinerario obtenido con el préstamo hipotecario se destinó exclusivamente a afrontar débitos del esposo, don Julio López, y no cubrió deudas de doña Cristina Boule ni fue dispuesto por ésta»... Nos confirma que el préstamo lo solicitó y obtuvo el cónyuge para el ejercicio del comercio en su negocio de restauración.

Estas afirmaciones que hace la sentencia son ciertas si se parte de la premisa equivocada que el régimen económico del matrimonio en cuestión es el de separación de bienes; sin embargo, serán otras las consecuencias si partimos de la afirmación que el régimen económico del matrimonio es el de sociedad de gananciales, como hemos argumentado. En tal caso tendremos que analizar los artículos 1.375 y 1.365 *in fine* del Código Civil.

El principio general del artículo 1.375 del Código Civil es claro: para actos de disposición es necesaria la actuación conjunta de los cónyuges. Sin embargo hay que tener en cuenta que si se trata de cónyuge o cónyuges comerciantes, no sólo es de aplicación el Código Civil, sino también el Código de Comercio. Ahora bien, la reforma del Código Civil de 1981 es posterior a la del Código de Comercio, sin embargo la opinión mayoritaria de la doctrina entiende que, si bien la ley posterior deroga la anterior, dada la especialidad y la remisión expresa que hace el artículo 1.365 *in fine* al Código de Comercio, se entiende subsistente lo preceptuado en el Código de Comercio.

Es desde esta perspectiva que se tiene que analizar la facultad de los cónyuges para disponer de los bienes adquiridos con los beneficios del ejercicio del comercio.

La adquisición de la vivienda, por parte del cónyuge comerciante, es evidente que lo hizo con las resultas del ejercicio del comercio (95), como lo

(95) Parece evidente (es una hipótesis) que si se dedicaba a negocio de restauración, y esto es lo que se desprende de la sentencia, y dado que la adquisición de la vivienda

sería el supuesto de adquisición por «adjudicación en pago», y también el acto de disposición que es objeto del litigio: la constitución de una garantía hipotecaria sobre el inmueble, que es la vivienda familiar, se encuadra dentro de la facultad dispositiva del citado inmueble.

Respecto de estos bienes adquiridos como consecuencia del ejercicio del comercio, son bienes susceptibles de ser enajenados o hipotecados de manera individual por el cónyuge comerciante, sin ser necesario el consentimiento del otro cónyuge, siendo como son bienes gananciales; es decir, el Código de Comercio excepciona lo preceptuado por el Código Civil. En este caso, también apoya esta interpretación, que se trate de la responsabilidad del cónyuge que ejerce el comercio en el cumplimiento de sus obligaciones, que siendo bienes adquiridos de las resultas, el Código de Comercio presume el consentimiento del otro cónyuge para afectar estos bienes al cumplimiento de sus obligaciones (ex art. 1.365 *in fine* del Código Civil y 7 del Código de Comercio).

3. ESTUDIO DE LA APLICABILIDAD DEL ARTICULO 1.320 DEL CODIGO CIVIL AL NEGOCIO DE CONSTITUCION DE HIPOTECA SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR, A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TSJB, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998

Visto cuál fue el objeto del litigio (96) y las situaciones creadas con posterioridad a la celebración del matrimonio de los cónyuges López-Boule (97) y concretamente nos referimos a la adquisición de la vivienda y la constitución unilateral de una hipoteca, tenemos que analizar si es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil al negocio de disposición (consti-

familiar se realizó, constante matrimonio, al cabo de diez años de contraerlo, que se adquiriera con las resultas del ejercicio del comercio. O lo que es lo mismo, de acuerdo con el supuesto de hecho de la sentencia, que el marido comerciante adquiere la vivienda por escritura de «adjudicación» en pago, seguramente de un crédito del que era titular por el ejercicio del comercio, salvo que se tratara de un crédito privativo, si bien se hubiera apuntado esta situación en los antecedentes de hecho.

Se entiende por bienes gananciales adquiridos con las resultas del comercio los que se adquieren con sus beneficios, aunque queden fuera de la empresa. Esta es la opinión mayoritaria. Entre los que así lo entienden, GARCÍA VILLA VERDE, RDM, 1982, pág. 508. PÉREZ JOFRE, AAMN, XXVIII, pág. 210. PRETEL SERRANO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, Madrid, 1993, pág. 711.

(96) Vid. resumen de las sentencias de 6 de mayo de 1996 en Primera Instancia. De 4 de febrero de 1998 en apelación. De 3 de septiembre de 1998 en casación del TSJB. Y declaración de inadmisión en amparo por el TC de 22 de marzo de 1999, en el punto 2.1.

(97) Ver epígrafe 2.4 donde ya anunciamos el doble fundamento de la intervención de ambos cónyuges en los negocios de disposición y que ahora analizaremos.

tución de hipoteca) celebrado por el marido sobre la vivienda familiar. En otras palabras, en los supuestos de ser los sujetos un matrimonio, los actos dispositivos sobre un inmueble requieren la intervención de ambos cónyuges cuando se dan dos fundamentos: *a)* que se trate de un bien ganancial (art. 1.377 del Código Civil), o *b)* en los supuestos que siendo el bien privativo de un solo cónyuge, el bien constituya la «vivienda familiar» y sea de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil.

No entramos a analizar los supuestos que los cónyuges sean cotitulares del inmueble porque no supone ninguna modificación del régimen general de la copropiedad.

a) Que se trate de un bien ganancial.

El supuesto del litigio que analizamos no consideró la posible naturaleza ganancial del bien que se hipotecó unilateralmente por parte del marido, el señor López, sin la intervención de su cónyuge, porque como hemos expuesto se «concordó» (98) entre las partes litigantes que el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes. Así descartamos el primer fundamento que requiere la intervención de ambos cónyuges.

b) Supuestos en que el bien privativo de un cónyuge sea «vivienda familiar».

El segundo supuesto que fundamenta la intervención de ambos cónyuges en un acto dispositivo es que el inmueble, de titularidad privativa que se dispone, sea vivienda familiar por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil.

En nuestro caso, el bien inmueble es, según se dice en la sentencia que analizamos, «vivienda familiar» de titularidad privativa del marido (99). Así, en principio, cualquier acto dispositivo sobre este inmueble requerirá la intervención de ambos cónyuges por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil, cosa que no ocurrió en el caso de autos, ya que el marido gravó, unilateralmente, la vivienda familiar de su propiedad (100) con una hipoteca que garantizaba el cumplimiento de un préstamo, sin el consentimiento de su mujer. Esta es la situación que se plantea en la sentencia que analizamos.

Acotado así el tema y lo que ahora procede es determinar si el Derecho Civil balear considera que existe la institución de «vivienda familiar». Si efectivamente considera que existe y no la ha regulado, existirá una laguna en nuestro ordenamiento que precisará llenarse mediante el mecanismo establecido para ello. Es decir, resulta necesario determinar si la «vivienda familiar»

(98) «Y según, además, tienen concordado las partes litigantes». Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del TSJB de 3-9-98.

(99) «La vivienda objeto de autos... en la que ambos esposos convivían había sido adquirida por el marido don Julio López Gómez, en virtud de escritura de adjudicación; y a su nombre aparece inscrita en el Registro de la Propiedad de...». Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del TSJB de 3-9-98.

(100) Ya hemos cuestionado esta titularidad unilateral en el punto 2.4.1.

es una institución de Derecho Civil balear que no está regulada y nos encontramos ante una laguna que es necesario cubrir con la aplicación supletoria del Código Civil.

Si concluimos que la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho Civil balear, no entraremos en el estudio propiamente del artículo 1.320 del Código Civil, como hemos dicho anteriormente (101), al tratarse de un precepto que no es de aplicación a los supuestos anteriormente descritos en los que el derecho aplicable no es el Código Civil, sino que están regulados por la Compilación balear.

3.1. ¿EL DERECHO CIVIL BALEAR CONSIDERA QUE EXISTE LA INSTITUCIÓN
«VIVIENDA FAMILIAR» COMO CRITERIO DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.320
A LOS SUPUESTOS REGULADOS POR SU COMPILACIÓN?

Para el estudio de la aplicabilidad o no del artículo 1.320 del Código Civil al litigio que comentamos, lo haremos a partir de las argumentaciones contenidas en los Fundamentos de Derecho de las sentencias de los citados Tribunales inferiores para, posteriormente, entrar en el estudio de los criterios que mantiene el Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Constitucional en su auto de inadmisión del Recurso de Amparo. Estudiaremos si los Tribunales entienden que la «vivienda familiar» es una categoría que requiere defensa constitucional y si existe una laguna en el Derecho balear que tiene que colmarse, por entender que existe esta institución y en consecuencia se tiene que regular.

Tres son las cuestiones que tenemos que averiguar del contenido de las sentencias:

La primera cuestión se concreta en averiguar si consideran la «vivienda familiar» una categoría jurídica constitucional y por tanto tiene que regularse en el Derecho Civil balear.

La segunda cuestión, estudiar si los Tribunales detectaron la existencia de una «laguna» en el Derecho Civil balear, consistente en la ausencia de regulación de la «vivienda familiar».

La tercera cuestión consistirá en demostrar si la primera cuestión se tiene que resolver negativamente y por tanto no es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil. O bien, por el contrario demostrará que tenemos que acudir a la aplicación supletoria del Código Civil.

De las tres cuestiones enumeradas, la fundamental es la primera, esto es, ver si: *¿La Compilación balear considera la «vivienda familiar» como una*

(101) Ver pág. 4.

institución jurídica contemplada en ella, aunque carente de tipificación?, porque de esta primera deriva la segunda y la tercera. Así, en función de la consideración que tenga la Compilación balear sobre la «vivienda familiar» derivará la existencia o no de «laguna» en nuestra Compilación, y en consecuencia la necesidad o no de la aplicación supletoria del Código Civil. Así, según se resuelva la anterior cuestión, será aplicable al supuesto del litigio el artículo 1.320 del Código Civil. Ahora bien, de esta primera cuestión deriva otra vertiente a tener en cuenta, que analizaremos en el siguiente apartado y que fundamentaría la necesidad o no de tipificar la «vivienda familiar» como categoría jurídica en nuestra Compilación. Nos referimos al ámbito constitucional de la «vivienda familiar» y la efectividad en la protección de la familia como fundamento constitucional que determinará la inclusión de la figura «vivienda familiar» como categoría jurídica en la Compilación balear. Para ello nos referiremos especialmente a la argumentación que hace el Tribunal Constitucional en el Auto de inadmisión del Recurso de Amparo de 22 de marzo de 1999.

Del estudio de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 3 de septiembre de 1998, que resolvió en casación el litigio antes comentado, así como del estudio de las sentencias de los Tribunales inferiores de 6 de mayo de 1996, en Primera Instancia; de 4 de febrero de 1998 en Apelación; podremos dar respuesta a las cuestiones planteadas, como también estudiaremos el rechazo del Parlament balear a la inclusión en nuestra Compilación de la institución jurídica «vivienda familiar», así como el citado Auto de declaración de inadmisión del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999 (102), ya que es muy preciso en la cuestión que planteamos.

3.1.1. *Calificación jurídica de la «vivienda familiar» en la sentencia de 3 de septiembre de 1998*

Antes de entrar en los Fundamentos de Derecho de la sentencia citada del TSJB, veremos los argumentos que nos proporcionan los Fundamentos de Derecho de las sentencias de los Tribunales inferiores.

La sentencia de 6 de mayo de 1996, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma, dictó sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, la nulidad de la inscripción registral de la hipoteca y consiguientes asientos y también de las actuaciones del procedimiento sumario hipotecario.

Esto significa que el Tribunal de Primera Instancia entendió que el artículo 1.320 del Código Civil era de aplicación al supuesto planteado en el

(102) Ver en el epígrafe 3.2.3, el resumen de estas sentencias.

litigio, porque, según entendió el Tribunal, para el Derecho balear la «vivienda familiar» es una institución jurídica protegible.

El Tribunal sentenciador basa tal afirmación en los siguientes términos (103): «el Código Civil rige como derecho supletorio respecto de los especiales o forales [art. 13.14 del Código Civil y art. 3 (sic) (104) de la Compilació de Dret civil de Balears], pero también lo es que el Capítulo I, sobre disposiciones generales, del Título III (del régimen económico matrimonial) del Código Civil (arts. 1.315 a 1.324) constituyen reglas primarias, de aplicación prioritaria en el caso, en aras de la defensa constitucional de la vivienda y el interés familiar...». Asimismo fundamenta la sentencia tal afirmación en que, aún siendo el principio contenido en el artículo 1.320 del Código Civil una excepción a los principios básicos del derecho de propiedad, tiene su fundamento por ir en aras de «la defensa de los intereses de la familia y de su seguridad futura».

Sin embargo, deducimos que la «vivienda familiar» no es una institución jurídica de Derecho Civil balear, porque si bien el Tribunal de Primera Instancia fundamenta (105) la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil en la modificación, por Real Decreto 2388/1984, de 10 de octubre, modificador del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, que en su artículo 91.1.º requiere la manifestación del carácter no familiar de la vivienda, para la inscripción del acto dispositivo cuando pertenezca a uno sólo, sin embargo, tenemos que puntualizar que es el propio artículo 91.1.º RH que lo acota a los supuestos «cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia...».

Ahora bien, el Tribunal sentenciador entiende que el artículo 1.320 del Código Civil es una norma imperativa, aplicable con independencia del régimen económico (106), además, con el apoyo del artículo 91 RH dice que este artículo juega «a modo de presunción del carácter familiar del inmueble, e incumbía a la parte demandada probar lo contrario o cuando menos que la manifestación estaba incorporada en la escritura»; acaba invocando la necesidad de aplicar el artículo 1.320 del Código Civil por tratarse de «una disposición legal de destinación, que no se traduce en creación de derechos

(103) En el Fundamento de Derecho Tercero.

(104) Se refiere al apartado 3 del artículo 1 de la CDCB.

(105) En el Fundamento de Derecho Cuarto.

(106) No se discute si es aplicable o no el artículo 1.320 del Código Civil a unos cónyuges cuyo régimen económico se «concordó» que era el de separación de bienes, sino a unos cónyuges que se dice que su régimen económico es el que dispone la Compilación de Balears a falta de capítulos, y esto es distinto, porque lo que se discute en definitiva es si a unos cónyuges de vecindad civil balear, y por tanto la legislación aplicable es la Compilación, si se debe aplicar el artículo 1.320 del Código Civil.

reales o personales sino en un mantenimiento de situaciones familiares normales durante el matrimonio».

En grado de Apelación, la Sección 4.^a (Plan de Apoyo) de la Audiencia Provincial, fundamenta la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil a la situación planteada por el matrimonio López, en los siguientes términos (107): 1) Que no sería de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil por aplicación del artículo 1.1 CDCB en relación al artículo 13.1 del Código Civil, es decir, aplicación preferente de la Compilación frente al Código Civil, excepto que se trate de normas de «aplicación general y directa», que no es el caso. 2) Tampoco parece aplicable ex artículo 1.3 CDCB en relación al artículo 13.2 del Código Civil. Sin embargo, llegado a este punto, dice: «la Sala entiende que debe declarar la vigencia del precepto cuestionado en el Derecho Civil Balear...»

Importante afirmación, cuando el Tribunal de Apelación dice que «declara la vigencia» del artículo 1.320 del Código Civil, lo que está declarando es que la «vivienda familiar» es una institución de Derecho Civil balear que nuestro Derecho no regula, por tanto existe una «laguna» que se debería cubrir con la aplicación supletoria del Código Civil.

¿Qué razones esgrime la Sala para declarar la supletoriedad del Código Civil respecto a la aplicación del citado artículo 1.320? Resumiremos los principales argumentos, todos con un marcado carácter proteccionista de la familia: dice la Sala que es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil: 1) porque trasciende el ámbito puramente patrimonial, al tener por finalidad la salvaguarda del domicilio conyugal de la «arbitrariedad o mala fe del cónyuge», al ser la norma un reflejo del «carácter transpersonalista del Derecho de Familia». Además esta tutela se tiene que dar con «independencia de que los esposos estén sujetos al Derecho Común o al Derecho Balear» y cualquiera que sea su régimen económico. 2) Que la ubicación sistemática del artículo 1.320 del Código Civil, régimen económico matrimonial primario, es compatible con cualquier régimen, incluso el de separación de bienes, que no difiere del regulado en la Compilación balear; 3) De no aceptarse, se cuestionaría «la efectividad del artículo 70 del Código Civil» derivado del artículo 14 CE, a la vez que «conculcaría el artículo 39.2 de la Consitución». 4) Que al ser de aplicación a los cónyuges sujetos al Derecho Civil balear los artículos 90 y sigs. del Código Civil, se daría la paradoja que «estaría menos protegido el esposo no titular de la casa familiar constante la convivencia matrimonial que el mismo consorte a quien la sentencia recaída en el proceso conyugal le atribuyera el uso de la vivienda...» 5) Que es irrelevante que en la tramitación parlamentaria de la refor-

(107) En el Fundamento de Derecho Segundo.

ma de la Compilación de 1990, se rechazara la inclusión de una norma de contenido similar al del artículo 1.320 del Código Civil (108)». En consecuencia, que «le son aplicables al supuesto... los artículos 1.320 y 1.322 del Código Civil, y, por ende, lo establecido en el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario».

En casación, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares casa la sentencia y entiende que no es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil. Estudiaremos con detenimiento, en cada uno de los Fundamentos de Derecho, la argumentación respecto a la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil. Veremos cómo se cuestiona el Tribunal si el régimen económico de nuestra Compilación tiene una regulación completa. De todo ello concluiremos si para nuestro Tribunal Superior de Justicia, la «vivienda familiar» es una institución jurídica del Derecho Civil balear que debe regularse.

Las argumentaciones que se plantean, con acierto, en el Fundamento de Derecho Segundo, son los principios sobre los que basa la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil y se concretan en analizar cuál es la legislación aplicable, entendiendo la no excepcionalidad de la Compilación frente al Código Civil, como Derecho común, que es «algo perfectamente extraño, en tanto no haya de actuar como supletorio». Dicho esto, el Tribunal Superior concreta: a) Averiguar si la Compilación ofrece una regulación del régimen económico conyugal y si tal regulación es completa. b) Averiguar si la cuestión litigiosa «tiene adecuada solución dentro de tal normativa, o si por el contrario... resulta preciso acudir, para colmar la laguna... a las normas supletorias...» c) Averiguar si existe «costumbre o principio informador del Derecho balear que regule el caso... al ser Derecho supletorio aplicable, en primer lugar... en defecto de la Ley... mientras que el Código Civil está relegado al último lugar como Derecho supletorio».

Ante tales cuestiones afirma (109) que nuestro régimen económico matrimonial de separación de bienes tiene una regulación «completa y sin fisuras, actualizada... que aún la tradición jurídica de la isla con la progresividad de los tiempos modernos...», así es posible realizar por parte de los cónyuges cualquier acto de dominio por parte de cada uno sobre sus bienes.

(108) Peligrosa afirmación para el desarrollo de los derechos civiles propios. Sólo cabría esta afirmación si la regulación surgida de un Parlamento Autónomo es inconstitucional, por excederse del ámbito de sus competencias, en cuyo caso se *habría* interpuesto el pertinente recurso de inconstitucionalidad; de lo contrario estamos ante la aplicación preferente del Código Civil cuando al Tribunal sentenciador se le antoje.

¿Acaso el rechazo por parte del Parlamento balear, de la incorporación a la Compilación de una norma de similar contenido del artículo 1.320 del Código Civil no es argumento suficiente para que no sea de aplicación a quien esté sujeto a la Compilación? No vale el argumento, como veremos, de la protección constitucional de la familia.

(109) En el Fundamento de Derecho Tercero.

Concluye que existe ley aplicable al caso, que es la Compilación balear, que imposibilita la entrada de las normas supletorias, sea las fuentes propias de la Compilación o en su defecto el Código Civil.

Afirmados estos principios, la sentencia entra a razonar el motivo por el que se casa la sentencia, esto es, porque «infringe frontalmente la Compilación Balear al hacer aplicación del artículo 1.320 del Código Civil».

¿Cuál es el razonamiento principal que se argumenta (110)? Entiende el Tribunal Superior que no se puede desnaturalizar el sistema de separación de bienes, regulado en nuestra Compilación, por la aplicación supletoria del artículo 1.320 del Código Civil, que es extraño a nuestra Compilación y sistema jurídico. Esta afirmación se formula, no por entender que el artículo 1.320 del Código Civil es incompatible con el régimen de separación de bienes, que no se discute, sino porque lo que se tiene que analizar es si en el derecho que es aplicable al litigio, la Compilación balear, existe o no laguna para dar entrada al derecho supletorio, cosa que no ocurre.

En consecuencia, al no existir laguna y la sentencia recurrida haber aplicado el artículo 1.320 del Código Civil, determina el Tribunal Superior de Justicia que se han infringido los artículos 1, 2 y 3 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

Así, lo que está concluyendo nuestro Tribunal Superior es que la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho Civil balear y no existe laguna. Si se hubiera declarado que la «vivienda familiar» era una institución de Derecho balear, como hizo el Tribunal de Apelación, en tal caso, al no estar regulada en nuestra Compilación estaríamos ante una laguna que deberíamos cubrir con la aplicación supletoria del Código Civil.

También la sentencia argumenta (111) la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil a los «matrimonios sujetos al Derecho Civil de Mallorca... por vía colateral o indirecta, si se contemplan las incidencias acaecidas en el Derecho catalán, en relación precisamente con el tan citado artículo 1.320 del Código Civil y con un precepto reglamentario: el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario».

En efecto, la reacción del Consejo Ejecutivo de la Generalitat a propósito de la aplicación en Cataluña del artículo 1.320 del Código Civil por la vía del artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario modificado por Real Decreto 3215/1982, sobre reforma del Reglamento Hipotecario (112), que extendía la apli-

(110) En el Fundamento de Derecho Cuarto.

(111) En su Fundamento de Derecho Quinto.

(112) Es importante estudiar la Exposición de Motivos de este Real Decreto, ya que uno de los objetivos de la modificación del Reglamento fue para adaptarlo a la Reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo. La citada Exposición de Motivos fundamenta la modificación del Reglamento Hipotecario en materia de normas limitativas para actos de disposición otorgado por sólo uno de los cónyuges sobre la vivienda fami-

cación del citado artículo a «cualquiera que sea el régimen económico...», motivó una nueva modificación por Real Decreto 2388/1984, del 10 de octubre, que es la redacción en vigor, de este tenor: «Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges...». Como bien dice la sentencia, el artículo 1.320 del Código Civil «no es de aplicación general a todo el territorio nacional, sino que solamente lo es cuando sea aplicable». Así en Cataluña, por Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, el «Parlament de Catalunya» decidió cambiar de criterio (113), y estimó oportuno introducir en su Compilación una norma de contenido idéntico a la del tan repetido artículo 1.320 del Código Civil». Y ahora lo es de aplicación en Cataluña, porque el Parlament así lo acordó, no por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil.

Esta situación no se dio en Baleares como se dirá (114), ya que el Parlament autonómico se manifestó contrario a la introducción de una norma de la naturaleza del artículo 1.320 del Código Civil, al tiempo de proceder a la reforma de la Compilación efectuada por Ley 8/1990, de 28 de junio.

El Tribunal Superior (115) apoya la no inclusión de un artículo proyectado de contenido semejante al artículo 1.320 del Código Civil, en la Reforma de nuestra Compilación en 1990, argumentando que si el Parlament Balear no incluyó la norma proyectada en nuestra Compilación, «tanto desde la óptica de la *mens legislatoris*, como según el criterio (hoy dominante) de la *mens le gis*»: Un rechazo que obliga a esta SALA, cuya misión es la de aplicar la ley (art. 117 de la Constitución y art. 2 LOPJ) a atenerse al texto de la Compilación y a no suplantar al Parlament en su función legislativa —exclusiva y excluyente—, dando virtualidad a una norma inexistente, por muy acertada y justa que ésta pudiese estimarse.

La Sala entiende que si han transcurrido dieciocho años desde la reforma del Código Civil de 1981 y nuestra Compilación no se ha modificado en este punto, acredita la plena vigencia del régimen (116). Ahora bien, hace una

liar con el siguiente argumento en el párrafo cuarto: «se pretende, mediante ciertas normas limitativas, que el Registro coadyuve a la defensa y conservación del hogar familiar, a que tienden varios de los nuevos preceptos de dicho Código».

(113) En el apartado II, párrafo tercero de la Exposición de Motivos, dice que este cambio de criterio se fundamenta «como medida de protección de la familia».

(114) Ver epígrafe 3.1.2.

(115) En su Fundamento de Derecho Séptimo.

En el Fundamento de Derecho Sexto argumenta sobre la base de la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial de aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil por principios de orden constitucional, que el Tribunal Superior magistralmente entiende que estos principios no pueden sostener la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil, como hará posteriormente el Tribunal Constitucional.

(116) La sentencia recoge las palabras de don Pedro Ripoll y Palou, Vocal de la Comisión de Codificación del Reino, que en su conocida Memoria sobre las Instituciones

observación de *lege ferenda*, en el sentido que bien pudiera ocurrir en el futuro incorporarse al texto de la Compilación un artículo del tenor del artículo 1.320 del Código Civil, si el Parlament así lo decide. Añade: «Pero mientras ello no ocurra (si es que llegare a ocurrir), es insoslayable que el artículo 1.320 del Código Civil y la norma en él contenida son elementos extraños al Derecho mallorquín, como pudieran serlo las normas existentes en el Derecho alemán o el Derecho inglés, reguladoras de la cuestión planteada. Y por ello, obviamente, son inaplicables».

La argumentación (117) que hace el Tribunal Superior sobre la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil a unos cónyuges sujetos al Derecho balear es impecable, no sólo por su argumentación, sino también por defender la aplicación preferente de nuestro Derecho, ya que nos encontramos ante un supuesto no tipificado por el legislador autonómico (118), cosa que los Tribunales de Justicia no nos tienen muy acostumbrados, y en otras ocasiones y sobre otras materias se han decantado por la aplicación del Código Civil en detrimento de nuestra Compilación (119).

3.1.2. *La no tipificación de la «vivienda familiar» por el legislador autonómico. El Proyecto de Ley número 775/87, de Compilació del Dret Civil Balear. Su tramitación parlamentaria*

La cuestión fundamental que nos planteábamos era si el Derecho Civil balear entendía que la «vivienda familiar» era una institución contemplada por nuestro Derecho, porque de ser así, estaríamos ante una laguna que tendría que suplirse su regulación por la aplicación supletoria del Código Civil, en tanto quedara pendiente de regulación autonómica.

Hemos visto que en la sentencia del TSJB, de 3 de septiembre de 1998, que estamos estudiando, se concluyó que la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho Civil balear, el legislador autonómico no la ha tipificado otorgándole protección; siendo así, no existe laguna y no tiene que

del Derecho Civil de las Baleares, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, decía: «Los bienes de los casados revisten en este país un carácter asimismo excepcional (sic) tan encarnado en nuestras costumbres que la introducción de nuevas leyes respecto de ellas produciría lamentable conflicto»... «La completa separación de patrimonios entre el marido y la mujer (sic) ha producido, naturalmente, una verdadera independencia en la adquisición de los bienes, y esta circunstancia presta tal carácter y tal distintivo a la familia que sería difícil en su actual organización que pudiese acomodarse a otro sistema».

(117) El ponente de la sentencia fue el Ilmo. señor don Rafael Perera Mezquida.

(118) Ver el epígrafe 1.3.

(119) Basta ver las sentencias del TS desde sus comienzos, vid. *Jurisprudencia Civil Balear, 1852-1998*. Coordinado por ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, Palma, 1999.

acudirse a la aplicación supletoria del Código Civil. En consecuencia, se concluye que al no existir tipificación no existe laguna, como tampoco existe la necesidad de su regulación y, en todo caso, se trata de un supuesto que queda al arbitrio del legislador autonómico su tipificación si entiende que la sociedad así lo demanda (120).

Podemos encontrar la base de esta argumentación expuesta por nuestro Tribunal Superior, en el rechazo del Parlament balear a la tipificación y protección de la «vivienda familiar» a modo de la regulación contenida en el artículo 1.320 del Código Civil, al tiempo de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley número 775/87, de Compilación del Derecho Civil de Baleares, que después sería la vigente Compilación de 1990 (121). Como también estudiaremos el rechazo que manifiesta nuevamente el Parlament autonómico a la propuesta de regulación (122).

En efecto, la Comisión Redactora (123) del Anteproyecto de revisión de la Compilación de 1961 había introducido un párrafo segundo al artículo 4, cuyo texto decía: «Los actos de disposición y gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar y de sus muebles, requerirán el consentimiento de ambos cónyuges y, de no prestarlo el cónyuge titular, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

En la tramitación parlamentaria del texto de nuestra Compilación, se presentó un voto particular por parte del Grupo Parlamentario Socialista, pidiendo que de nuevo se introdujera el texto dado por los redactores del Anteproyecto al citado párrafo segundo del artículo 4. Este voto particular tenía su fundamento en la posición que mantuvo el Grupo Socialista a lo largo de los debates en Ponencia y más concretamente en Comisión, en defensa del texto remitido al Parlamento (124). En fase de Ponencia, los ponentes habían fun-

(120) No fue esta la conclusión de la Audiencia Provincial, como hemos visto, que en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia antes citada, dice: «la Sala entiende que debe declarar la vigencia del precepto cuestionado en el Derecho Civil balear». En realidad lo que está declarando es que la «vivienda familiar» es una institución de Derecho balear, que éste no regula, y por tanto existe una laguna que se debe cubrir con la aplicación supletoria del Código Civil.

(121) Publicada por Ley 8/1990, de 28 de junio (BOCAIB, núm. 86, de 17 de julio de 1990). Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre.

(122) Ver punto 3.2.1.

(123) Los miembros de esta Comisión que concluyeron el trabajo, ya que inicialmente la composición era algo distinta, estaba compuesta por: don Francisco Noguera (Presidente), don Román Piña, don Miguel Coll, don José Cerdá, don Guillermo Vidal, don Miguel Masot, don Bernardo Cardona, don Raimundo Clar, don Eduardo Martínez-Piñero, don Juan Vidal, don Juan Blascos, don Juan Verger, don Jaime Ferrer, don Francisco Samper, don Tomás Mir (Secretario).

(124) Ver Diari de Sessions, núm. 93, de 20 de juny de 1990, en el Dictamen de la Comissió D'Assumpptes Institucionals i Generals sobre el citado Proyecto de Ley, núm. 775/87, de Compilació del Dret Civil Balear.

damentado la introducción del texto del artículo 4 en las líneas maestras que eran las bases de la reforma de la Compilación, esto es, en la Constitución. En efecto, el diputado socialista (125) que fue el encargado de defender, en el Parlament balear, el voto particular de su grupo parlamentario, reprodujo el parecer de los ponentes (126) y en este sentido fundamentó la introducción del texto propuesto por la Comisión Redactora en el artículo 39 y 53 de la Constitución Española (127); asimismo argumentó que la regulación de la indisponibilidad de la vivienda familiar no atentaba al régimen de separación de bienes (128) como sistema fundamental.

Parece que se presentó como una dicotomía «derecho fundamental» (protección a la familia a través de la vivienda familiar) *versus* «sistema fundamental» (refiriéndose al sistema económico matrimonial de separación de bienes, como se ha dicho). Incluso el diputado señor Martín Peregrín terminó la defensa del voto particular diciendo que no se trata de un problema de régimen económico, sino de estabilidad de la institución, de protección a la familia.

Finalmente, el Parlamento balear entendió que la regulación propuesta por la Comisión redactora del párrafo segundo del artículo 4, sobre la protección jurídica de la «vivienda familiar», no debía formar parte del texto legal. En otras palabras, el legislador autonómico entendió que no era necesaria la tipificación de la «vivienda familiar».

(125) Correspondió a don José Luis Martín Peregrín.

(126) Dijo textualmente: «Dando un paso más en la línea de progresividad mostrada por nuestras tradiciones jurídicas en esta materia, se han introducido en la normativa proyectada una serie de modificaciones inspiradas en la mayor protección de la familia, se establece que los actos de disposición y gravámenes de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar y de sus muebles, requerirán el consentimiento de ambos cónyuges y, de no prestarlo el cónyuge no titular, autorización judicial». *Diari de Sessions*, núm. 93, cit., pág. 1705.

(127) Dijo: «Todo esto no tiene más razón de ser que la Constitución Española prima esencialmente el principio de estabilidad familiar y que los cónyuges no están el uno sobre el otro, sino en el plano horizontal de igualdad y que, en consecuencia, tienen que ser mirados desde esta perspectiva, desde la óptica de esa igualdad, los preceptos que posteriormente desarrollen positivamente la Constitución». *Diari de Sessions*, núm. 93, cit., pág. 1704.

En el siguiente epígrafe veremos el parecer del Tribunal Constitucional al respecto.

(128) En tal sentido afirmaba: «Señoras y señores Diputados, ¿qué se pretende con la eliminación de este artículo? Yo no he oído más razones que la de decir que aquí estamos vulnerando un derecho fundamental en estas islas, que es el régimen de separación de bienes. Yo les digo a ustedes que no lo estamos vulnerando, sino que lo estamos delimitando, yendo al fondo de una cuestión esencial y singular que es, primero, la protección de la familia; en segundo lugar, la estabilidad de esa familia y, en tercer lugar —y es hoy notorio y conocido por todos los que estamos en los tribunales— proteger y defender a la parte más débil, que da la casualidad que hoy en día todavía se puede concretar en los hijos y en las mujeres que trabajan a diario en su casa y después resulta que porque la propiedad está inscrita a nombre del marido, la participación o la decisión le corresponde única y exclusivamente a él». *Diari de Sessions*, núm. 93, cit., pág. 1705.

La defensa de esta postura corrió a cargo del Grupo Parlamentario Popular (129), al entender que el régimen económico matrimonial de separación de bienes está arraigado de tal forma en nuestra sociedad como símbolo de «un cant a la llibertat individual, aquesta llibertat propugnada per Martí el Humà quan demanava: “Qual poble és al món que sigui així franc de franquesses e llibertats o que sigui així lliberals que vosaltres”» (130). Argumentaba así el diputado popular el rechazo al voto particular del Grupo Socialista, añadiendo que el régimen de separación de bienes, donde se plasma esta libertad absoluta de los cónyuges, es una de las cuatro instituciones con más arraigo en la sociedad balear. Así cualquier intromisión en cuanto a autorizaciones, ya sean del cónyuge no titular, ya sean del juez, decía el diputado popular, opinamos que implica una modificación sustancial al régimen de separación de bienes. Además, añadía el diputado popular, que la supresión del apartado segundo del artículo 4 proyectado, no afecta a la defensa de la familia, ya que existen otros mecanismos para ello.

Del debate parlamentario resultó que el texto compilado no recogió la tipificación sobre la protección jurídica de la «vivienda familiar», entre otras razones porque no vulneraba un derecho fundamental, que es el punto que ahora estudiaremos a la luz del Auto de inadmisión de 22 de marzo de 1999, del Tribunal Constitucional.

3.2. ¿LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA NECESITA LA TIPIFICACIÓN DE LA «VIVIENDA FAMILIAR» COMO LO HACE EL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL?

La tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial se fundamentaba (131) en la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil al litigio que se planteó por principios de orden constitucional, y el Tribunal Superior magistralmente entendió que estos principios constitucionales no pueden sostener la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil, como hará posteriormente el Tribunal Constitucional mediante el Auto de 22 de marzo de 1999, que dicta declarando la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por la cónyuge, señora Boule.

Esta es la cuestión que nos planteamos, vista la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en la que entendió que la «vivienda familiar» no era una institución del Derecho Civil balear.

Si la «vivienda familiar» tuviera reconocimiento constitucional por tratarse de una institución esencial para la protección de la familia, deberíamos

(129) Fue defendido por el diputado popular señor Gilet i Girart.

(130) *Diari de Sessions*, núm. 93, cit., pág. 7107.

(131) Ver el epígrafe 3.1.

concluir que el ordenamiento civil balear tiene una laguna que debería suplirse con la regulación contenida en el Código Civil, en tanto el legislador autonómico no regule la institución.

Por tanto, antes de entrar en este análisis, debemos detenernos en el estudio de varias cuestiones: 1) La confirmación de la inexistencia de laguna en el Derecho Civil balear, de acuerdo con la Proposición de Ley d'addició a la Llei 8/1990, de 28 de juny, sobre la Compilació de Dret civil de Balears, d'un nou article (4.1 bis). Y 2) ¿Qué se entiende por «vivienda familiar»? y ¿Qué se entiende por protección a la familia?

3.2.1. *La confirmación de la inexistencia de laguna en el Derecho Civil balear: La Proposición de Ley d'addició a la Llei 8/1990, de 28 de juny, sobre la Compilació de Dret Civil de Balears, d'un nou article (4.1 bis)*

A la mesa del Parlament Balear se presentó una proposición de Ley (132) de adición de un nuevo párrafo bis, al primero del artículo 4 de nuestra Compilación; proposición que presentó el Grupo Parlamentario Socialista el 14 de septiembre de 1998, a raíz de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 3 de septiembre de 1998, que es objeto de estudio en este artículo.

El rechazo del Parlament balear a la proposición que ahora estudiaremos no hace sino confirmarnos el rechazo que ya manifestó en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley número 775/87, de Compilación del Derecho Civil balear al legislador autonómico a una institución que entiende no debe tipificarse por ser extraña a nuestro Derecho, por tanto no existe laguna que permita al juez acudir al Código Civil a través de su aplicación supletoria.

El texto que se pretendía adicionar, a través de un párrafo bis al artículo 4.1 de nuestra Compilación (133), era una reproducción del artículo 1.320 del Código Civil.

No se había echado en falta desde el debate parlamentario de tramitación de la vigente Compilación de 1990 (134), la existencia de una norma del

(132) El fundamento y viabilidad de esta propuesta se estudia por M.^a PILAR FERRER VANRELL, en *El informe sobre la Reforma de la Compilación de Dret Civil de Balears*, cit.

(133) El texto propuesto decía: «Els actes de disposició i gravamen dels drets en virtut dels quals s'ocupa l'habitatge que constitueix la llar familiar i dels mobles d'aquest requereix el consentiment d'ambdós cónyuges, i si el cónyuges no titular no el donava, requerirà l'autorització judicial.

La manifestació errònia o flasa del disponent sobre el caràcter de l'habitatge no perjudica l'adquirent oneros de bona fe».

(134) Vid. epígrafe 3.2.1.

tenor que se propuso, de lo contrario, si la sociedad lo hubiese reclamado, se hubiese presentado con anterioridad una proposición en este sentido. Sólo diez años después de la tramitación parlamentaria de la revisión de la Compilación y a consecuencia de la citada sentencia del Tribunal Superior, se presentó la proposición de adición, que fue rechazada por el Parlamento Autonómico por las razones que expondré.

1. En primer lugar, la técnica jurídica de la proposición de adición de un párrafo bis al uno del artículo 4, no es de recibo, el motivo es que el artículo 4 está ubicado en el Libro Primero de la Compilación, que corresponde a Mallorca y no se cuestiona qué sucede con el Libro Segundo, que corresponde a Menorca, ni el Tercero de Ibiza.

Bien es cierto que la falta de esta adición al Libro II quedaría salvada porque la propia Compilación lo salva en general con el artículo 65 (135). Sin embargo, para Ibiza, Libro Tercero, no sería de aplicación la norma que se propone adicionar.

Esta misma situación se planteó con el voto particular presentado por el Grupo Parlamentario Socialista al artículo 4 del Proyecto de Ley número 775/87 de Compilación del Derecho Civil balear (136), ya que sólo se presentó al artículo 4 del Proyecto de Ley, por tanto, correspondiente al Libro Primero de aplicación en Mallorca.

¿Acaso la protección a la familia a través de la tipificación de la «vivienda familiar» sólo es necesaria en Mallorca?

Además, también adolece de buena técnica jurídica y que podría provocar inseguridad jurídica por la falta de propuesta de regulación de una norma transitoria para las situaciones anteriores pendientes, de lo contrario quedaría a la apreciación de los Tribunales y ya hemos visto que el criterio no es uniforme.

2. En segundo lugar, porque en la proposición que se planteó, basa la necesidad de regular esta materia en el principio constitucional de protección a la familia, tal como se desprende de la Exposición de Motivos de la proposición.

Se argumenta basándose en dos extremos:

1. En el artículo 33.2 CE, que establece limitaciones al derecho de propiedad por la función social que debe perseguir tal derecho, y

2. Que esta proposición recoge el sentir social en el sentido que la protección a la familia sea una realidad.

(135) Artículo 65: «Rige en la isla de Menorca lo dispuesto en el Libro I de esta Compilación, excepción hecha de los artículos 6 y 7, en lo referente a la donación universal de bienes presentes y futuros, del Capítulo II del Título II, de los artículos 50 y 51 y del Título III».

(136) Ver el epígrafe 3.1.2.

Por lo que atañe al primer extremo, la función social de la propiedad no se da entre particulares; lo que pretende el artículo 33.2 CE es que el derecho real de propiedad ceda ante intereses colectivos de la sociedad en general.

En cuanto a la protección de la familia, entraremos ahora en su estudio.

3.2.2. *¿Qué se entiende por «vivienda familiar» y por «protección a la familia»?*

¿Cuál es el sistema para atribuir a la «vivienda» el carácter de «familiar»? Si es determinante el calificativo de «familiar» que pueda tener la «vivienda» a efectos de una especial regulación tendente a protegerla porque con tal regulación se protege a la familia (137), tendremos que estudiar cuándo una «vivienda» entra en este régimen de protección por ser «familiar».

En primer lugar, lo que podemos constatar es que estando la «vivienda familiar» sujeta a un régimen jurídico específico (el del art. 1.320 del Código Civil), esta circunstancia no tiene constancia registral, que sería esencial para una real protección. En efecto, esta circunstancia la tiene en cuenta nuestro ordenamiento civil, así el párrafo segundo del artículo 1.320 del Código Civil determina que «la manifestación errónea o falsa del disponente, sobre el carácter de la vivienda, no perjudicará al adquirente de buena fe», y reza en estos términos en el citado artículo porque no ha tenido medios para poder conocer la afección de la vivienda como «familiar», cosa que ocurriría si tuviese constancia registral (138).

La «vivienda» adquiere el carácter «familiar» porque constituye el domicilio conyugal y si hablamos de domicilio conyugal parece que nos estamos refiriendo a la «vivienda habitual» de los cónyuges. Esta situación no deja de presentar sus problemas, ya que actualmente existen diversas dificultades en este aspecto, tanto por lo que se refiere al concepto de familia de lo que tiene que derivar el carácter «familiar», como por lo que respecta al domicilio.

Hoy, para nuestro Código Civil, es «vivienda familiar» el domicilio conyugal.

El domicilio, en nuestros días, es cambiante, es inestable; conjugar la movilidad geográfica de las personas con la permanencia real de la propiedad

(137) En efecto, si vemos el fundamento que determinó la modificación de la Compilación catalana, en este extremo lo fue la protección a la familia. En la Exposición de Motivos de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, del Parlamento catalán, en su punto II, párrafo tercero dice: «...y una limitación de la facultad de disposición de la vivienda conyugal y de sus muebles de uso ordinario como medida de protección de la familia».

(138) Tampoco es suficiente la regulación del párrafo 1º del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, redactado conforme al Real Decreto de 10 de octubre de 1984.

inmueble y sus garantías, que es un derecho estable, es, cuando menos, difícil.

El domicilio conyugal se determina en un doble sentido (139), frente a los cónyuges y frente a terceros. Respecto a los cónyuges es el lugar donde se desenvuelve o debiera desenvolverse la relación jurídica creada entre los cónyuges; respecto a terceros el domicilio conyugal es el lugar de localización de marido y mujer, unificando en uno el domicilio individual de cada uno. La doctrina es unánime en reconocer la existencia de una pluralidad de domicilios para una misma persona. Así, la «consideración del domicilio conyugal como conjunto de domicilios individuales no excluye —en cuanto sede jurídica de cada uno de los cónyuges— la existencia de otros domicilios individuales, distintos e independientes del localizado en el conyugal y que coexisten con él» (140), si bien esta coexistencia de domicilios individuales de cada uno de los cónyuges no afecta a la existencia del domicilio conyugal. Asimismo el «domicilio conyugal» se relaciona con el «deber de convivencia» de los cónyuges (141) en cuanto que, normalmente, es el domicilio conyugal el lugar donde se puede exigir el deber de convivencia, si bien no presupone que el deber de convivencia se desarrolle siempre en la vivienda familiar. Ahora bien, lo que se puede afirmar es que la convivencia conyugal se desarrolla siempre en un domicilio que es en un momento dado habitual, pero que no presupone que sea la vivienda familiar, o más concretamente, no es sobre la que pesa la indisponibilidad unilateral de uno de los cónyuges.

Esto viene a colación por la introducción en la Llei catalana 10/1998, de 15 de julio, d'unions estables de parella, que si bien no se trata de situaciones equiparables al matrimonio (142), como se desprende de la Exposición de Motivos y de la propia jurisprudencia constitucional, sí que se aplica a estas parejas la restricción equivalente a la del artículo 1.320 del Código Civil (art. 11 para la pareja de hecho heterosexual y art. 28 para la pareja homosexual de la citada Ley), respecto a la llamada, por la ley, «vivienda común», equivalente a la «vivienda familiar». Así, en el artículo 1 se define como pareja estable heterosexual al hombre y mujer que en los casos en que no

(139) En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a DEL CARMEN, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, 1984, pág. 348 y sigs. ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*, Barcelona, 1992, págs. 25 y sigs.

(140) ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, *La vivienda familiar...*, cit., pág. 28.

(141) En opinión de la doctrina, vid. per tot ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, *La vivienda familiar*, pág. 33 y sigs. y notas.

(142) En el párrafo 8 de la Exposición de Motivos de la citada Ley, dice: «Per aquesta raó, les unions matrimonials són objecte de regulació en el Codi de família i les altres relacions de convivència diferents del matrimoni, que constitueix l'element bàsic de la distinció constitucional, ho són en aquesta Llei, en capítols separats, respectant l'especificitat de cada modalitat».

hayan otorgado escritura pública, cumpliendo unos determinados requisitos, hayan vivido maritalmente durante un período ininterrumpido no inferior a dos años; esta situación se demuestra, además de por cualquier medio de prueba, artículo 2, según el artículo 10 (respecto de los derechos enumerados en el art. 9) mediante un acta de notoriedad de convivencia durante dos años.

La convivencia se determinará en relación a un «domicilio común» (que será el lugar donde han convivido los dos años exigidos por la ley), si bien este «domicilio» no tiene porqué ser el «común» de la pareja, el cual queda afecto a la indisposición unilateral, más bien será aquél que existiendo una continuidad en el uso, es el último que reúne la condición de poder determinar la convivencia por acta de notoriedad.

Las normas contenidas en la Llei d'unions estables no determinan cómo se debe fijar el domicilio común, incluso en el artículo 4 habla de la posible existencia de una pluralidad de viviendas (143) de uso de la pareja, al enumerar los gastos que son de cuenta de los dos. Por otra parte, la Llei no entra a regular la protección de la familia constituida por la pareja de hecho heterosexual, respecto a atribuir la vivienda común a quien tenga atribuida la guarda de los hijos en supuestos de crisis, tan sólo atribuye una facultad posesoria que le legitima durante un año para poder habitar la vivienda común, en el supuesto de fallecimiento de un miembro de la pareja, precepto que echamos en falta en la regulación matrimonial del Código Civil (144), que sólo regula el ajuar de la vivienda familiar (art. 1.321). Entiendo que resulta más necesario un precepto similar a las situaciones de crisis conyugales (otorgar un *ius posidendi* sobre la vivienda familiar en tanto exista la necesidad) que el texto del artículo 1.320 del Código Civil.

Si hemos visto que el domicilio es cambiante, es inestable; también lo es la familia. El concepto de familia es hoy difícil de definir. Existen «uniones» que pueden tener el carácter de «familia» y sin embargo no gozan de la protección del artículo 1.320 del Código Civil, por tratarse de uniones no matrimoniales, excepto en los supuestos que están regulados estos extremos en algunas de las autonomías con Derecho Civil propio.

Citemos, además de las uniones estables de pareja de hecho, sea homosexual o heterosexual, las situaciones de familias monoparentales, madre que adopta un hijo o varios, o que lo concibe o los concibe mediante técnicas de reproducción asistida. ¿Acaso se duda que esta situación conforma una familia? La misma situación se puede dar respecto del hombre en cuanto a la

(143) En su apartado b) dice que son gastos comunes de la pareja b) la conservación y mejora de las viviendas... de uso de la pareja. Lo dice en plural.

(144) Por el contrario, el Parlament de Catalunya en la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, en el artículo 11 otorga este *ius posidendi* al cónyuge superviviente.

adopción. Incluso en los supuestos de cónyuge viudo con hijos. En estos supuestos, ¿resulta necesaria la protección del domicilio familiar respecto de las personas más necesitadas de protección como son los hijos?, ¿se tendría que convenir la necesidad del consentimiento judicial para disponer el progenitor de la vivienda «familiar»? ¿o acaso estas situaciones no constituyen una familia digna de protección? Todo ello por no citar otros supuestos o situaciones que hoy existen (145).

Este tema es materia de la otra cuestión a tener en cuenta, esto es, la protección a la familia, ¿qué se entiende por protección a la familia a través de la protección de la «vivienda familiar»? La regulación de la «vivienda familiar» ¿constituye un modo de protección de la familia?

Si a través de la regulación del artículo 1.320 del Código Civil se pretende la protección constitucional a la familia protegiendo la «vivienda familiar» al impedir que se disponga de ella sin el consentimiento de ambos cónyuges, hay que decir que el propio artículo 1.320 del Código Civil, o el artículo que se propuso (146) adicionar a nuestra Compilación, que antes hemos visto, no presta una eficaz protección en el sentido que se pretende y para ello es suficiente detenernos en el segundo párrafo, al regular que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda es suficiente para no perjudicar al adquirente de buena fe. ¿Qué eficacia tiene el artículo 1.320 del Código Civil, en caso de producirse estos supuestos, para una efectiva protección de la familia?

Además, si se tratara de proteger a la familia no debería distinguirse entre actos a título gratuito y a título oneroso. ¿Qué sucedería si por acto de destinación, como es el testamento, dispusiera el cónyuge titular de la vivienda en favor de un extraño?, cosa que puede hacer mientras deje a salvo las legítimas, y ya hemos dicho que el Código Civil no atribuye la «vivienda familiar» al cónyuge superviviente, sólo el ajuar doméstico.

Asimismo no se da la posibilidad a los hijos (147) de impugnar el acto de disposición otorgado unilateralmente por uno de los padres o cónyuge de su padre o madre con quienes conviven.

(145) Todos conocemos las situaciones de parejas que no conviven por determinados motivos, bien sean fiscales o por los hijos respectivos, y sin embargo forman pareja y familia, lo único que cada progenitor vive independiente del otro con sus propios hijos de una anterior relación. ¿Es necesaria la protección de las «viviendas familiares»? si se trata de proteger a la familia mediante la protección de la «vivienda», ¿cómo se solucionan estos supuestos?

(146) Ver epígrafe 3.2.1.

(147) El Código de Familia de Cataluña, en su artículo 9, da acción a los hijos menores, siempre que sean convivientes, para instar la anulabilidad del acto de disposición o que comprometa el uso de la vivienda familiar. Lo que resulta de difícil interpretación es si la acción para instar la anulabilidad (debería decir ineficacia) la otorga

En definitiva, el sistema que presenta la regulación del artículo 1.320 del Código Civil no garantiza la protección de la familia, por todo lo expuesto, y especialmente porque el artículo 1.320 del Código Civil actúa constante matrimonio que sabemos que se actúa de consuno. En efecto, es la pareja quien de común acuerdo se da sus reglas (elige el domicilio, el régimen económico, el quantum a la contribución a las cargas del matrimonio, etc.), o cuando menos tendría que actuar de consumo, sea expresa o tácitamente.

En cambio, el artículo 1.320 del Código Civil no prevé las situaciones que puedan derivarse por el fallecimiento del cónyuge propietario de la vivienda, a excepción que sea titular de un contrato de arrendamiento, en cuyo caso se subroga el otro cónyuge.

Si bien el legislador catalán ha previsto el supuesto, en el artículo 11 de la citada Ley 8/1993, de 30 de septiembre, como ya hemos visto, lo que tenemos que hacer mención es que la protección de la «vivienda familiar» se otorga siempre a la extinción de una situación convivencial (148), sea supuesto de separación o divorcio, nulidad, o bien en los supuestos de extinción de la relación en las uniones de hecho, como ya hemos visto, que es cuando tiene razón de ser este tipo de regulación.

Es en los supuestos de crisis o contienda cuando el Derecho debe intervenir y no en las situaciones en las que la familia actúa de consuno como son las circunstancias que puedan ocurrir contante matrimonio, por entender que es excesivo el intervencionismo público en la familia. En cambio, en los supuestos de crisis, el Derecho debe atender la necesidad y proteger a la familia. Así en los casos de separación, divorcio o nulidad se atribuye el uso de la vivienda familiar a aquel de los cónyuges que tenga la guarda de los hijos. En los supuestos de crisis matrimonial, el Código Civil atribuye el uso de la vivienda familiar en función del interés más necesitado de protección y

a los hijos menores del cónyuge que otorga el acto inconstituido, o de su cónyuge, o sólo se refiere a los hijos de ambos. Entiendo que la interpretación debería ser en sentido amplio, los hijos sean de uno u otro o de ambos, siempre que sean menores y convivientes, porque lo que se persigue es la salvaguarda del domicilio familiar en interés de la familia.

(148) En este sentido es claro lo argumentado por VILA RIBES, CARMEN: «O sea, que estas normas se aplicarán para resolver las relaciones de los cónyuges de los hijos en situaciones de nulidad, separación o divorcio, y no en situación de normalidad. Creo, pues, que la regulación de la separación de bienes... y entiendo como más discutible el otro criterio, el más citado, de protección a la familia, que a mi modo de ver debería sustituirse por el de protección a los hijos y de protección al cónyuge perjudicado, pero de esto se encargan otro tipo de normas distintas a las del régimen económico, que son las de disolución del matrimonio». *El régimen económico matrimonial en el Proyecto de Reforma de la Compilación de Derecho Civil de Baleares*. Cuadernos de la Facultad de Derecho, núm. 16, Palma, pág. 233.

en tanto dura la necesidad, momento en que se extinguiría la legitimación posesoria (149).

Estas conclusiones son las que tendremos que estudiar a la luz del Auto del TC de inadmisión del recurso de amparo promovido por doña Cristina Boule Duret, de 22 de marzo de 1999, contra la sentencia de 3 de septiembre de 1998 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, para concluir, en definitiva, si la protección a la «vivienda familiar» es esencial para la protección constitucional de la familia.

3.2.3. *El Auto del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999*

El Tribunal Superior, en su sentencia de 3 de septiembre de 1998, no utiliza argumentaciones basadas en principios proteccionistas de la familia que, por otra parte, fundamentaron la sentencia de la Audiencia (150). Entiende, más bien, que las argumentaciones de la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil se encuentra en las normas generales de aplicación del derecho contempladas en nuestra Compilación y en el Código Civil.

Entraremos a analizar el Auto de inadmisión del recurso de amparo interpuesto por la cónyuge señora Boule ante el Tribunal Constitucional que, a mi entender, es esencial para dirimir definitivamente el tema que hemos planteado, y en concreto sobre si era necesaria la aplicación de normas supraprincipiales, extraídas de la Constitución Española de 1978, a supuestos regulados en los distintos Derechos Civiles territoriales y que, como es en nuestro caso, el legislador entendió expresamente que no debía incluirse en nuestra Compilación un precepto del tenor del artículo 1.320 del Código Civil.

Si por el contrario, la protección constitucional de la familia necesita de un artículo del tenor del 1.320 del Código Civil, nuestro Parlamento autonómico debería proceder a su inclusión en nuestra Compilación. Si bien es cierto, como ya hemos argumentado, que no existe relación entre la protección de la familia y la regulación del artículo 1.320 del Código Civil.

(149) En este sentido, ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, 1984, pág. 608.

(150) La Audiencia Provincial de Baleares entendió que era de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil: entre otras razones: 1) Porque la finalidad es la salvaguarda del domicilio conyugal de la «arbitrariedad o mala fe del cónyuge», al ser la norma un reflejo del «carácter transpersonalista del Derecho de Familia», además se tiene que dar con independencia de que los esposos estén sujetos al Derecho Común o al Derecho Balear y cualquiera que sea el régimen económico. 2) De no aceptarse se cuestionaría «la efectividad del artículo 70 del Código Civil» derivado del artículo 14 CE, a la vez que «conculcaría el artículo 39.2 de la Constitución». Ver epígrafe 3.1.1.

Ahora bien, antes de proceder a este análisis, nos detendremos a analizar la argumentación que sobre este punto emitió el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, por ser especialmente clarificadora.

El TSJB (151) se pregunta: «¿hasta qué punto la Constitución Española exige una norma como la establecida en el artículo 1.320 del Código Civil? Y ... consecuentemente, ¿hasta qué punto el artículo 3.1 de la Compilación Balear podría ser inconstitucional por omisión, al no exigir el consentimiento del cónyuge para actos dispositivos sobre la vivienda familiar? Y de ser así, ¿cómo es posible que el TSJB, en su sentencia de 3 de septiembre de 1998, no declara la existencia de una laguna en nuestro Derecho y por tanto la aplicación supletoria del Código Civil?

La Sala, ante tales cuestiones, es contundente, como lo será el Tribunal Constitucional, afirmando que la protección jurídica a la familia puede darse de múltiples formas y «ni el artículo 39, ni el 32, ni ningún otro precepto imponen una medida concreta al efecto».

Finaliza afirmando que en los artículos 3, 4 y 5 de nuestra Compilación, «ninguna sombra de inconstitucionalidad puede proyectarse sobre dicha regulación».

El Tribunal Constitucional, el 22 de marzo de 1999, acordó la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por la señora Boule y declaró que no se lesionó el artículo 14 CE por la inaplicación del artículo 1.320 del Código Civil, «puesto que la sentencia que se impugna se limitó a aplicar la regulación vigente en el Derecho Civil balear, sin que la diferencia de trato existente entre la regulación del artículo 1.320 del Código Civil, que rige el Derecho Común y la que la sentencia declara aplicable en Baleares, constituya una desigualdad contraria al artículo 14 CE al estar admitida en el artículo 149.1.8.º CE, que acepta la coexistencia en nuestro ordenamiento de diferentes regímenes jurídico-civiles en función de los llamados Derechos Civiles Forales o Especiales existentes en el territorio español y sin que la no aplicación al Derecho balear de la regulación prevista en el artículo 1.320 citado contraría lo establecido en el artículo 32 CE...»

La conclusión del Tribunal Constitucional es acorde con la argumentación que hemos venido manteniendo a lo largo de este trabajo. Por un lado, hay que afirmar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia aplicó con rigor nuestro Derecho Civil propio por entender que no existía laguna legal que determinara la aplicación supletoria del Código Civil. En segundo lugar, el legislador autonómico por dos veces (152) no quiso entrar a tipificar la «vivienda familiar» como institución con función protectora de la familia a través de un texto

(151) En el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia comentada de 3 de septiembre de 1998.

(152) Lo hemos estudiado en los epígrafes 3.1.2 y 3.2.1.

similar al del artículo 1.320 del Código Civil y por ello, la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho balear (153), por voluntad expresa del legislador autonómico, porque así lo quiere y es el sentir de nuestra sociedad.

Sólo añadir y terminar con unas palabras elocuentes del texto del Auto del Tribunal Constitucional, para que no vuelva a utilizarse como fundamento (154) de una posible modificación de la Compilación en este tema, la protección constitucional de la familia: *«dicha protección es perfectamente compatible con la opción legislativa elegida por el legislador autonómico 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 (155) que establece el artículo 1.320 del Código Civil»*.

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

(153) Hemos expuesto este punto en el epígrafe 3.1.

(154) El fundamento de una posible y futura modificación de la Compilación e incorporación de la «vivienda familiar», como institución de Derecho Civil balear, sólo debería ser, salvo supuestos de inconstitucionalidad, la demanda social. El legislador debe atender lo que la sociedad mayoritariamente le demanda porque siempre va por delante la sociedad al legislador, y es bueno que así sea, no fuera cosa que en Derecho Privado y concretamente en Derecho Civil se utilizara el «dirigismo» público.

(155) El Tribunal Constitucional recalca que la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho Civil balear, por consiguiente no hay laguna.