

El Código civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles

ENCARNA ROCA TRIAS
Profesor Agregado de Derecho civil

I.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROBLEMA.

A) Aragón:

En Aragón, el problema del Derecho supletorio se puede plantear en los mismos términos en que se plantea originariamente en Cataluña después de la Constitución de Jaime I, de 1251, que repudiaba la aplicación en Cataluña de los derechos canónico y romano. Así en los Fueros de Huesca se lee en el proemio lo siguiente: «ubi auteri dicti Fori non suffecerunt, ad naturalem sensum vel aequitatem recurratur», expresión muy parecida a la que se utilizará en la constitución catalana (1).

La mayoría de los historiadores están de acuerdo en afirmar que la razón de ser de las palabras contenidas en el proemio transcrito radicaba en la repudiación por parte de los nobles de la penetración de un sistema jurídico totalmente contrario al sistema feudal, que por otra parte, hubiese sido aceptado por los

(1) La Constitución de Jaime I se encuentra en el volumen 3, lib. 1, Tít. 8 de las de Cataluña, y dice: “Encara statum ab Consell dels sobre-dits, que de leys Romanas, o Góticas, drets, e decretals en causas seculares no sien rebudas, admesas, judicadas, ne allegadas, ne algu legista gos en Cort secular advocar, sino en causa propia, axi que en la dita causa no sien allegadas leys, o drets sobre-dits, mas sien fetas en tota causa secular allegations segons los usatges de Barcelona, e segons las aprovadas costumas de aquell loc, ahont la causa sera agitada, e en defalliment de aquells, sie proceit, segons seny natural, los Jutges encara, en las causas seculares no admeten legistas Advocats, axi com dessus es dit”.

La coincidencia de fechas entre la constitución catalana (1251) y los Fueros de Huesca (1247), nos hace pensar en una corriente paralela en materia de Derecho supletorio entre Aragón y Cataluña. De todos modos no puede interpretarse, como se ha querido hacer, la expresión *seny natural* como equivalente a Derecho natural y menos tal y como hoy lo entendemos, puesto que la concepción de Derecho natural en los autores de la época distaba mucho de la actual. Basada en una elaboración muy evolucionada de esta idea e influencia por las distintas corrientes doctrinales que han intervenido en esta formación.

reyes, que veían en él un reforzamiento de su poder. Sin embargo, la Compilación de Huesca tiene una clara influencia romana y así dice Lalinde (2) que «Jaime I probablemente hubiera dado entrada al Derecho romano, renacido entonces en Europa... sobre todo en la medida en que procediendo aquel de un Imperio favorecería el poder político del Rey, pero no se ha atrevido a oponerse a la voluntad del grupo social dominante».

Volviendo a la fórmula que se utilizaba en el proemio de los Fueros de Huesca y que no fue ni ampliada ni derogada por disposiciones posteriores de los Reyes aragoneses, se planteó el problema de su aplicación práctica. Modernamente, como veremos más adelante, los autores aragoneses han querido ver en esta expresión un precedente histórico de la aceptación en Aragón de lo que hoy denominamos principios generales del Derecho, pero no hay que olvidar que en la época en que se promulga la Compilación de Huesca no se pensaba en principios generales, por ser éstos una creación del iusnaturalismo racionalista. Por ello son perfectamente lógicas las distintas versiones que se han dado a lo largo de la historia, acerca del Derecho que se debe aplicar en defecto de fuero. Aparte de esto, la versión romanceada de este proemio no coincide exactamente con el original latino; así se dice «e si por ventura en alguna cosa el fuero non abastasse, que fuese juzgado lealmientre por naturales sesos de buenos omnes e leales» (3). Según Lalinde, cuando Vidal de Canelles explica esta fórmula reconoce que al juzgar los jueces se han de auxiliar por los Derechos y las leyes, términos con los que en la época se conocían los derechos romano y canónico (4).

La realidad es que la ambigüedad de la fórmula abre el camino a toda clase de interpretaciones, porque, como dicen Savall y Penen, aunque el precepto parece que está dictado en contra del creciente romanismo de la época, «sólo sirvió para arraigar más y más la influencia de los Derechos civil y canónico» (5). Los autores aragoneses posteriores a la Compilación de Huesca y anteriores al Decreto de Nueva Planta, de 1711, pueden dividirse

(2) LALINDE ABADÍA, *Los fueros de Aragón*, Zaragoza, 1976, pág. 61.

(3) *Los fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, publicados por Gunnar Tilander. Lund. 1937, pág. 3.

(4) LALINDE, ob. cit., pág. 62.

(5) SAVALL y PENEN. Discurso preliminar a la edición de los *Fueros, observancias y actos de Corte del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1866, Tomo I, pág. 7, la cita completa dice lo siguiente: "El día 6 de enero de 1247 se sanciona el Fuero de Huesca, estableciéndose entonces, que en los casos donde el fuero no bastase, hubiera de estarse a la que aconsejase el buen sentido, precepto que parece dictado en odio al predominante romanismo de la época, y que, sin embargo, sólo sirvió para arraigar más y más la influencia de los Derechos civil y canónico".

De la misma opinión parece ser LALINDE cuando dice que "el Derecho romano se afianza en esta época como ordenamiento supletorio cuando la cuestión no aparece regulada en el ordenamiento foral". Ob. cit., página 136.

entre aquéllos que repudiaban la aplicación del Derecho romano y aquellos otros que identificaban la expresión del proemio de los Fueros con el Derecho romano, el canónico o con ambos a la vez.

Entre los autores que rechazan la aplicación en Aragón del sistema romano, podemos citar al más antiguo de los juristas aragoneses, Antic de Bages, quien afirmaba que el Derecho romano no se aplicaba en Aragón, pero a continuación decía: «nec accipiuntur ir Aragonia sive sunt accepte, nisi quatenus foris non contradicunt et usibus Aragoniae». De lo aquí transcrito no aparece, sin embargo demasiado claro, cuál es el sentido que deba darse a las palabras de este autor, puesto que si bien más adelante afirmaba que «ideo dictae romanae leges, non ligant Hispaniam», antes había dicho que «aliquando recurritur ad rationem scriptam in legibus romanorum, non tamen ut leges, sed tamquam rationem scriptam» (6).

No encontramos otro autor aragonés que se pronuncie en el mismo sentido que el que acabamos de citar, porque si bien Molino entiende que en Aragón los fueros se consideran derecho común, añade que el *ius commune* no se aplica sino cuando falta disposición concreta en el fuero (7) y lo mismo podemos decir de Portoloes, quien rechaza la alegación del Derecho romano en Aragón cuando existe disposición relativa al caso que se debate en el Fuero y añade que cuando los estatutos hablan de Derecho común debe entenderse que se refiere a los fueros aragoneses que en este Reino se consideran Derecho común (8).

(6) ANTIC DE BAGES. Citado por MARTON Y GAVIN en el prólogo a los *Tratados de sucesiones intestadas y de Los consortes en la misma cosa y fideicomiso legal, según los fueros de Aragón*, Zaragoza, 1888, pág. LXIX, “ius romanum in Aragonia non accipitur nec habetur pro ratio, nec dicte leges romanas ligant Hispania, nec accipiuntur in Aragonia sive sint accepte, nisi quatenus foris non contradicunt et usibus Aragonia”. “Aliquando recurritur ad rationem scriptam in legibus romanorum, non tamen ut leges, sed tanquam rationem scriptam; sed fori Aragonum dicunt ad naturalem sensum hominum et non ad leges esse recurrendum quae odiosae sunt Regibus Hispaniae, quia superioratem imperii romani non moverunt cum ipsi sint Imperatores et succedant Gotis, quibus data fuit Hispania libera, sine subiectione imperii romani, et ideo Gotis primam legem quam in Hispania condiderunt, sic statuerunt, ut qui legem romanorum allegaret, morte, periret, et ideo dictae romanae leges, non ligant Hispaniam”.

(7) MOLINO, *Repertorium, fororum, et observatiarum Regni Aragonum*, Zaragoza, 1585, 3.^a edición. Voz Fori Aragonum, pág. 155, donde dice: “Fori Aragonum ubi decidunt, recurrendum est ad naturalem sensum; idest ad rationem scriptam. Vide in prohemio primo fororum in fine... Vide bonum tex iuxta glo, in c. consuetudo prima distinctione, quia deficiente lege, recurrendum est ad rationem naturalem”.

Fol. 127, comentando la aplicación de la *exceptio non numerata pecunia* en Aragón, dice: “Unde ex que venditor renunciavit dictae exceptioni non refert, urtum confessus fuisset recepisse pretium vel non. Non obstat, quod dictum est de correctione iuris communis: quia in Aragonia fori habentur pro iure communi. Unde in hoc Regno numquam est recurrendum ad ius commune, nisi ubi forus deficit”.

(8) PORTOLÉS, *Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaleis*

Por ello, creemos necesario pasar a estudiar los autores que identifican esta *ratio scripta* con el *ius commune*. Molino entiende que en defecto de fuero, debe recurrirse al sentido natural, que identifica con la *ratio scripta*. De aquí podría deducirse, como se ha hecho posteriormente, que Molino aludía sólo a lo que actualmente conocemos con el nombre de «principios generales del Derecho», pero creo que un análisis detenido de la obra de este autor nos ha de llevar a la conclusión de que dicho autor identifica la *ratio scripta* con el Derecho romano, cosa nada extraña debido a las ideas de la época. Lo decimos porque al comentar la aplicación en Aragón de la *exceptio non numerata pecunia*, entiendo Molino que sólo se debe recurrir al *ius commune* cuando el Fuero no contenga disposición expresa sobre el caso debatido (9) y esta línea, iniciada al parecer por este jurista, es recogida por otro autor que le sigue en sus apreciaciones, como Bardaxi, quien opina que en defecto de Fuero sólo debe recurrirse *ad sensum naturalem, ut ibi dicitur, idest ad ius scriptum, in quo magis elucet ius* (10): esta última observación hace pensar que dicho autor tenía presente el Derecho romano cuando se refería al *ius scriptum*.

En el mismo sentido se pronuncia Sesse, entendiendo que cuando el Fuero habla de equidad o razón natural, se refiere al *ius commune* y cita en su apoyo la opinión de Bardaxi (11), pero

Molini, Zaragoza, 1587, núm. 13. Et dum hic. Mol. fol. 156, col. 1 in pri. afferet foros in hoc Regno, esse ius commune et leges dici, afferendum est idem in alias provincias fieri, idemque de iure procedere: advertit Io. Lup Cagnol. Bal qui omnes affirmant, statuta alicuius Regni vel loci, si ibidem observantur, ibidem pro iure commune recte dici posse"... y añade en el núm. 14 que "quoniam statutum loquens de iure communi, intelligendum est loqui de iure communi nobis, et huic Regno magis propinquo et proprio, non autem de iure communi Romano, magis remoto et extra-neo".

(9) MOLINO, ob. cit., Voz Fori Aragonum. Véase la nota 7.

(10) BARDAXI, *Commentarii in quatuor Aragonensium fororum libros*, Zaragoza, 1592, págs. 209-210, dice: "... Iurant iudices servari foros, et tan ordinatorios, quam decisorios causarum, et eis deficientebus solum licet recurrere ad sensum naturalem, ut ibi dicitur, idest ad ius scriptum in quo magis elucet ius, et sensus naturalis". Aquí el autor utiliza la expresión *ius scriptum* en el sentido de *ius commune*, como se desprende de todo contexto de la obra. Esta identificación no era rara, dado que también los juristas catalanes se habían encontrado con la misma dificultad en una época anterior. Así podemos citar a MIERES, en su *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*, Barcelona, 1621, segunda edición, quien opina refiriéndose a la *aequitas*, que regía como Derecho supletorio, que "idest ius commune in quantum continent aequitatem, et bonam rationem". Vol. II, coll. VIII, cap. II número 30, pág. 162.

(11) Josepho SESSE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum, et curiae domini iustitiae Aragonum Causarum civilium*, Zaragoza, 1624. Decis 432. Tomo IV, núms. 9-10. "Quid quod quamvis praedicta iuris dispositio non extaret ita communium omnium placito recepta. esset in Regno intrepide recipienda, cum in contrarium non exitit foralis dispositio, quae praedictis deroget, nam ut habetur in proemio Regis Iacobi, ubi fori non sufficerent, ad naturalem sensum vel aequitatem recurrendum est,

quien realmente exaltó la aplicación en Aragón del Derecho romano: fue Aniñón, quien al estudiar las sucesiones intestadas, entendía que los aragoneses en defecto de sus leyes propias, acudían siempre a las romanas (12), pero aclarando siempre que el juez debe juzgar conforme al Derecho, puesto que concluye que su opinión no se contrapone en modo alguno a lo que se establecía por Jaime I en los Fueros.

Pero no parece que haya sido tan sencilla la cuestión ni que se haya limitado a la simple aceptación o repudiación por unos y otros de la aplicación del Derecho romano, entendido como Derecho común, puesto que en la misma época que los autores anteriores (siglos XV-XVI), Portolés, al comentar la obra de Molino, dice que, aunque este último autor considerase al *ius commune* como supletorio del aragonés, esta conclusión no es demasiado acertada y considera que se debe recurrir al canónico, puesto que es más equitativo y por tanto, más adecuado a la expresión del proemio de los fueros, pero tampoco rechaza la idea de la aplicación del Derecho romano, al que debería recurrirse cuando no sea suficiente el canónico (13). Lissa, citado por Fairen, además de recordar que Baldo dijo haber oído a sus discípulos que en

hoc est ad naturalem sensum vel aequitatem recurrendum est, hoc est ad ius commune maiore ratione, et aequitatem sussultum ut ex pluribus ad interpretationem prädictorum verborum, notat Bardaxi... et nostris exornat Monter...".

En la decisión 404, al hablar de la redención de los censos, tiene frases parecidas, citando a Molino.

(12) ANIÑÓN, en *Tratado de sucesiones intestadas conforme a las leyes de Aragón*, 1.^a edición, Zaragoza, 1671. Se utiliza normalmente la traducción inserta en el libro de Martón y Gavín citado en la nota 6. En la página 21 de la traducción puede leerse lo siguiente: "Denominanse las leyes entre nosotros Fueros, porque aquel Fuero de las sucesiones no habla de este orden, y por consiguiente, siendo deficientes vuestras leyes, estos suceden conforme a las romanas... Puesto que los aragoneses usan de tal Derecho, que cuando faltan sus leyes acuden a las romanas, y que esta aseveración no carece de dificultad, ni ha sido decidida ni expuesta por otros, juzgo conveniente insistir algún tanto sobre ella. No parece que se opona el precitado fuero que llama ab intestado a los más próximos, tomada en sentido natural la afirmación de aquel comparativo, conforme al precepto del rey Jaime I de este nombre, que en su proemio de los Fueros, quiso que los jueces, al interpretar sus disposiciones, siguiesen estrictamente el sentido natural, como también lo quiso Baldo en la ley última del Código. *De his qui veniam aetatis impetrarunt*".

(13) PORTOLÉS, ob cit. *Voz Forus*. Tomo I, núm. 2, dice "Sed hic quaesitum vidi, num in hoc Regno deficiente foro. potius ad ius canonicum, quasi magis aequum, an vero ad ius civile romanorum recurrendum esse. In qua receptus est, imprimis ad ius canonicum recurrendum esse, ex quo illud magis iuri divino inheret et propterea primo loco illud sequendum est, et eo deficiente ad ius civile recurri poterit".

LALINDE, por su parte, dice que esta dualidad de opiniones de los autores aragoneses no hace "sino reconocer doctrinal o teóricamente lo que ha impuesto la práctica forense de los siglos anteriores, en especial el XVI y el XVII, donde lo corriente es que las normas forales se hayan invocado conjuntamente con las normas romanas y canónicas, aunque reconociendo su primacía". Ob. cit., pág. 136.

Aragón se juzgaba según el Derecho común, decía que cuando había deficiencia en las leyes y costumbres del país, se seguía el Derecho de los romanos, no como ley que emana de un poder constituido, sino en atención a hallarse en él revelada la equidad (14).

Este era el panorama del derecho aragonés, en relación con los supletorios, cuando en 1707 se produce un hecho que comportará importantes consecuencias en el problema que estamos estudiando: Felipe V deroga todos los fueros y privilegios del Reino de Aragón y dispone que a partir de aquel momento pasará a regirse por las leyes de Castilla, a las que se refiere nombrándolas «las más loables y plausibles de todo el universo» (15), aunque cuatro años más tarde, en 1711, al organizar la Audiencia de Zaragoza ordenaría que en las causas civiles se debía proceder con arreglo a las leyes de Aragón (16). Esta nueva disposición planteó un grave problema de interpretación, lo que hace

(14) LISSA, en su *Tyrocinium Jurisprudentiae forensis, seu animadversiones Theorico-practicae iuxta Foros Aragonum, in IV libros Institutionum Iuris imperatoris Iustiniani*, Zaragoza, 1703, sin embargo, sigue admitiendo, a principios del siglo XVIII, la supletoriedad del Derecho romano en Aragón, porque en él se halla contenida la equidad.

(15) Se halla contenido en la Novísima Recopilación. Libro III, título III ley 1. Decreto de 29 de junio de 1707, que dice: "Considerando haber perdido los Reynos de Aragón y de Valencia, y todos sus habitadores por el rebelión que cometieron, faltando enteramente al juramento de fidelidad que me hicieron como a su legítimo Rey y Señor, con todos los fueros, privilegios y exenciones y libertades que gozaban, y que con tan liberal mano se les habían concedido así como por mí como por los Reyes mis predecesores, particularizándolos en esto de los demás Reynos de esta corona; y tocándose el dominio absoluto de los referidos Reynos de Aragón y de Valencia, pues a la circunstancia de ser comprendidos en los demás que tan legítimamente poseo en esta Monarquía, se añade ahora la del justo derecho de la conquista que de ellos han hecho últimamente mis armas con el motivo de su rebelión: y considerando también, que uno de los principales atributos de la soberanía es la imposición y derogación de leyes, las cuales con la variedad de los tiempos y mundanza de costumbres podría yo alterar, aun sin los graves y fundados motivos y circunstancias que hoy concurren para ello en lo tocante a los de Aragón y Valencia; he juzgado por conveniente (así por esto como por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el universo) abolir y derogar enteramente, como desde luego doy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios práctica y costumbres hasta aquí observadas en los referidos Reynos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad, a que éstos se reduzcan a las leyes de Castilla, y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada..."

(16) Libro III, título II, auto X de los Autos acordados, que aparece posteriormente en la Novísima Recopilación, Lib. 5, tit. 7, Ley 2, donde se dice que "en la Sala civil ha de juzgar los pleitos civiles, que ocurrieren según las leyes municipales de este Reino de Aragón, pues para todo lo que sea entre particular, i particular, es mi voluntad se mantengan, queden i observen las referidas leyes municipales, limitándolas sólo en lo tocante a los contratos, dependencias, i casos, en que Yo interviniere con cualquiera de mis vasallos, en cuyos referidos casos i dependencias ha de juzgar la expresada Sala de lo Civil según las Leyes de Castilla".

que siga sin saberse en Aragón en esta época a qué derecho debe recurrirse en defecto de fuero. Máximo exponente de este confuisionismo que se produce fue Franco de Villalba, cuya obra merece un comentario extenso, por las vacilaciones que se notan en ella.

Franco de Villalba, en la primera edición de su obra sobre los Fueros y observancias del Reino de Aragón, publicada en 1727, doce años después del Decreto de Nueva Planta de Aragón, al comentar el proemio de los Fueros, recoge la cita de Sessé y concluye que en defecto de fuero debe recurrirse al Derecho canónico, porque refleja mejor la equidad y que después debe recurrirse al *ius civile*, pero no habla para nada del Derecho castellano, puesto que para Villalba *ius civile* es Derecho romano, o mejor aún, *ius commune*. Esta opinión aparece repetida en diversos pasajes de la misma edición de su obra, por ejemplo, cuando comenta el Fuero *de solutionibus*, donde dice que ante un supuesto no contemplado por el Fuero debe recurrirse al Derecho canónico, que se adecúa mejor a los principios que rigen las leyes aragonesas y porque en su mayor parte es derecho godo y como en el prefacio de su obra se había ocupado en resaltar la genealogía goda de los reyes aragoneses, esta afirmación le conviene para justificar la aplicación del Derecho canónico (17). Nótese que Franco de Villalba no utiliza al Derecho canónico en este pasaje como máximo exponente de la equidad, como él mismo lo había hecho en el comentario al proemio de los Fueros, sino que se basa en un razonamiento puramente político para fundamentar la aplicación de un derecho extraño; el razonamiento es el siguiente: el Derecho aragonés tiene un origen godo, el Derecho canónico, en su mayor parte, es asimismo godo y como, en defecto de fuero, hay que aplicar el Derecho que mejor se adecúa a las necesidades de Aragón, éste será siempre el Derecho canónico,

(17) FRANCO DE VILLALBA, *Fororum atque observantiarum Regni Aragonum*, 1.^a edición, Zaragoza, 1727. En el *Praefatio* de su obra afirma, después de citar el Decreto de Nueva Planta aragonés, que en las causas civiles se debe observar el Derecho propio de Aragón y cuando comenta la expresión del proemio de los Fueros de Huesca, dice que debe recurrirse al Derecho canónico en los siguientes términos: "Nota insuper, quod primo recurrendum est ad ius canonicum, tamquam magis aequitatis amicum, et postea ad ius civile, ut praeter D. Reg. Sesse et alios Practicos Regni, optime quidem differit Re. Cortiada"... y añade: "Id ipsum in Castella procedit, ut constat ex late tradit a Montalvo, Olea, etc."

Lo mismo repite en el comentario al Fuero *De solutionibus*. Libro VIII, página 604, donde se pronuncia en el sentido siguiente: "Cum ergo in casu legis non expressae, primo ad Ius canonicum Aragonenses recurrere debeamus ut omnibus notum est, ex illatione textualis Proaemii D. R. Iacobi: et etiam ut magis consonum, et familiari cum nostris originalibus, aut legalibus principiis, ex illa recondita seu non vulgaris notitia. nempe: quod ius canonicum ex maxima parte Gothicum est ut testatur Eruditiss. Laur. Valla...: hinc proinde resultat, ut ad praesentis casus adaequatam, et magis iustam resolutionem: Id dumtaxat quod ius canonicum aperte decernit in dict. cap. relatum, utique servare, et adimplere debemus".

por razón de la igualdad del origen de sus disposiciones. Que este es un razonamiento puramente político nos lo demuestran sus últimas palabras en el comentario al proemio donde se justifica la aplicación del *ius commune* en Aragón con la expresión *id ipsum in Castilla procedit*, citando en su apoyo a Montalvo y Olea, entre otros.

Pero Franco de Villalba publica en 1743 una segunda edición de su obra que contiene muchas contradicciones. Así, manteniendo prácticamente inalterado el comentario al proemio de los Fueros y afirmando, en consecuencia, que debe recurrirse al Derecho canónico como primer supletorio y en su defecto, al civil (18), al comentar el fuero IV *De communi dividundo* se plantea la cuestión de cuál debe ser la norma que regule la comunidad hereditaria en Aragón, si el Derecho común o las leyes de la provincia más cercana y concluye que en la actualidad, debe recurrirse a las leyes de Castilla, porque en las materias no reguladas en los Fueros, existe un precepto del Rey de que sólo se observen estas leyes (19); pero en otro pasaje de esta misma edición vuelve a su antigua idea de que se debe recurrir al Derecho canónico en aquello que los Fueros no regulan (20).

Realmente sorprende esta afirmación esporádica de Franco de Villalba, que está en contradicción con el contexto de su obra. Frente a ella, las reacciones de los autores aragoneses posteriores son dispares demostrando por otra parte, un conocimiento sólo parcial de la obra de Villalba; algunos, como Marton y Gavin, la encuentran normal (21), otros, como Dieste, se preguntan cuál es la disposición a que se refiere Villalba y que no cita y repudian

18) En la segunda edición de su obra, que lleva por título *Fororum at observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, iure civile, ac canonico fulcita, legibus Castellae conciliata et omnigena eruditione contexta*, publicada en Zaragoza en 1743, el comentario al proemio de los Fueros es el mismo que en la primera edición, por lo que se refiere a los Derechos canónico y romano, por este orden, como supletorios del Derecho aragonés (página 2) y en el comentario al fuero *De solutionibus*, aparecen las mismas expresiones que acabamos de transcribir (2.^a edición, tomo II, pág. 306).

(19) Comentario al Fuero IV *De communi dividundo*. Tomo I, página 361 de la segunda edición. "Sed quando de condominio successiois, vel Haereditario tantummodo censeri valeat in Aragonia: tamen (in hoc) vel ad ius Commune recurrendum, vel ad Leges Provinciae proximioris, et nunc ad Leges Castellae, non solum uti Vicinioris; sed quia in his quae per Foros non moderantur, praeceptum Principis habemus ut solummodo illas observare liceat".

(20) 2.^a edición, Tomo II, pág. 104, dice: "Maxime in Aragonia", ubi istud ius recurrendum est, in omnibus omnissis per Foros". Se está refiriendo al Derecho canónico.

(21) MARTÓN y GAVÍN, ob cit., pág. LXXI, dicen: "Como no podía por menos que suceder, aunque más o menos forzadamente, creándose prácticas, intereses y precedentes; la opinión se familiarizó o se habituó a tratar más de cerca y conocer más a fondo la legislación general española. y quedó iniciada la tendencia a considerarla como *preferente derecho* supletorio de Aragón."

su afirmación (22). Una inteligente explicación de la opinión de Villalba la encontramos en Otto (23), quien dice que al restablecer Felipe V, en 1711, la legislación derogada por el Decreto de 1707, no derogó éste de modo expreso, por lo cual concluye que siguió rigiendo el Derecho de Castilla tal y como se había establecido en 1707 y añade que «si bien puede suponerse que tales leyes, si cedieron desde 1711 su lugar a los Fueros en todo aquello sobre que los mismos contienen prescripciones, subsisten todavía en lo demás, de suerte que el Derecho común, único vigente en aquel período de cuatro años, vino desde la restauración a ocupar un lugar secundario, a rellenar el vacío que dejaron éstos» y aludiendo a Franco de Villalba dice que la seriedad del cargo que ocupaba hace pensar que no haría una declaración de tal índole tan a la ligera, concluyendo Otto que el *preceptum principis* a que alude en el comentario al Fuero IV sería el recopilado de la Novísima, en el libro 5, tit 7, ley 2.

Pero, si bien este razonamiento es jurídicamente perfecto, hay que decir que a veces estas cuestiones tienen una razón menos científica; lo decimos porque contemporáneamente a Franco de Villalba, la obra del catalán Potau es modificada al tratar del problema de las fuentes del Derecho civil catalán y se le obliga a colocar al margen una nota en la que se dice que en defecto del Derecho propio de Cataluña se debe recurrir al príncipe (24) y ello lo explica Dou porque al pedirse al Consejo licencia para publicar esta obra, se concede con la condición de que se introdujera al margen esta nota a la que hemos hecho referencia (25). Si comparamos ambos supuestos es porque en el caso del autor aragonés podría haberse producido una intervención semejante, ya que en realidad resulta muy extraño que un autor se contradiga de esta manera y tan a menudo a lo largo de su obra. Al recuperarse los fueros en el ámbito civil, se recupera asimismo el proemio que reconocía como derecho supletorio la equidad. Con ello vuelven a plantearse los mismos problemas que se habían producido antes del Decreto de 1711; por ello, Villalba adopta una postura ecléctica en el comentario al proemio, adoptando el Derecho canónico como supletorio, y en su defecto, el romano. No hay ninguna disposición que imponga la supletoriedad del Derecho castellano, pero la afirmación de Villalba podría haber sido fruto bien de una imposición de la censura, bien de un razonamiento propio que

(22) DIESTE y JIMÉNEZ, *Diccionario del Derecho civil aragonés*, Madrid, 1869, voz "Derecho supletorio", pág. 176.

(23) Nicolás de OTTO, *Derecho supletorio de Aragón*, RGLJ, tomo 2, año 1868, pág. 335. Véanse asimismo *Elementos de Derecho civil aragonés*, Barbastro, 1924, págs. 19-20.

(24) POTAU, *Articuli iuris in duas distributi partes*, Barcelona, 1759, número 177, pág. 59.

(25) DOU I DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglās de gobierno en cualquier estado*, Madrid, 1800, Tomo I, núm. 59, pág. 79.

le llevara a concluir la necesidad práctica de un derecho supletorio más sistemático que los derechos romano y canónico. De todos modos, hay que decir que la vigencia, durante cuatro años, del Derecho castellano, la inseguridad acerca del Derecho supletorio propio, la reciente repudiación a nivel del Estado, de la aplicación del Derecho romano, la mayor facilidad práctica en la consulta de las leyes y que, en realidad el tiempo del derecho romano había pasado ya, hacen que la opinión de Villalba tenga un eco importante en la doctrina posterior. Así, Jordán de Asso y De Manuel, en el prólogo de su obra, dicen que en la práctica el Derecho aragonés se conforma con el común y Antonio Pérez afirmaba que en defecto de Ley en el Derecho aragonés se debe acudir al Derecho de Castilla y no al romano (26).

En el siglo XIX vuelve a renacer la polémica, que se había acallado en el siglo anterior. Así, La Peña, Gil Bergés, Naval e Hinojosa entendieron, con Villalba y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el Derecho supletorio en Aragón era el castellano (27) y el propio Congreso de jurisconsultos aragoneses así lo

(26) JORDÁN DE ASSO y de MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.^a edición, Madrid, 1792. Proemio, sin paginar. En la página CXXVI de la Introducción, después de citar el proemio de los Fueros, dicen: "Por el primer principio es constante que en Aragón no deben gobernar, ni decidir las Leyes Romanas, aunque también reyna el defecto de citar textos y Autores extraños entre los Escritores Regnicolas".

Antonio PÉREZ y LÓPEZ, en su *Teatro de la Legislación universal de España e Indias*, Madrid, 1791, después de decir que en Aragón tiene gran aceptación el Derecho romano, añade: "bien es verdad que en defecto de ley particular de estas provincias no debe recurrirse al romano, según quieren algunos autores; sino al Real de Castilla" (Prólogo, pr. 18, páginas XI y XII).

(27) Emilio LA PEÑA, *Recopilación por orden de materias de los Fueros y Observaciones vigentes en el antiguo Reino de Aragón*, Zaragoza, 1880, págs. 1-2, quien dice que "no existiendo ya en el Reino la institución del Justiciazgo, hase introducido como Derecho supletorio el de Castilla, según se establece en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1864 y 18 de septiembre de 1865". GIL BERGES, en el prólogo de la obra anterior, pág. XIV, dice: "¿No hemos quedado ya definitiva e irrevocablemente tras la larga y empeñada disputa, en que el Derecho de Castilla es supletorio del Aragonés? Los jurisconsultos, con grande contentamiento de los que no nos acordábamos a la vaguedad de las palabras *ad naturalem sensum*, a que en defecto de precepto expreso, remitía el Proemio de la Compilación, así lo entienden y defienden, los juzgadores así lo estiman y aplican". NAVAL SCHMID, *Compilación articulada del Derecho foral vigente en Aragón*, Zaragoza, 1881, pág. 24, coloca en cuarto lugar en el orden de prelación de fuentes del Derecho aragonés "como derecho supletorio y en lo que aquellas disposiciones fueren deficientes, debe recurrirse a la legislación de Castilla, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo". HINOJOSA MENJOLET, *Tratado científico sobre el Derecho civil, común y foral de España*, Granada, 1883, Tomo I, pág. 240, también coloca al Derecho castellano en el orden de prelación de fuentes del Derecho aragonés.

La discrepancia en este punto es puesta de relieve por Benito GUTIÉRREZ en sus *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1.^a edición, Tomo VI, Madrid, 1874, pág. 35.

OTTO, en su *Derecho supletorio*, cit., dice que "atendiendo a lo que ya

estimó (28). Otros autores se muestran indecisos acerca de cuál debe ser el supletorio, como Dieste (29) y Gómez de la Serna (30), aunque este último se inclina por el Derecho romano. Pero son Franco y Guillén quienes al parecer inician una corriente más moderna, devolviendo su verdadero sentido a las palabras del proemio de los Fueros de Huesca y dicen que «en falta de fuero se ha de recurrir a la equidad natural (*ad naturalem sensum*)» (31). De Blas recoge esta opinión, aunque lo coloca por detrás del derecho castellano (32) y más modernamente otros autores aragoneses se han encargado de poner de relieve lo que, según ellos, se habría querido decir realmente con la expresión del proemio de los Fueros de Huesca, que sería el recurso a los principios generales del Derecho. Así, Lorente Sanz y Martín Ballesteros dicen que aunque con el proemio de los fueros lo que se quiso fue simplemente aludir a lo que vulgarmente se entiende por equidad, no fue posible evitar el recurso a unos cuerpos legales sistematizados por lo que hubo «un derecho supletorio recibido», independiente de la regla de Jaime I, aunque su conclusión es que los legisladores

sucede en la jurisprudencia de los tribunales y sobre todo del Supremo de Justicia, puede sentarse como indudable e inconcuso que en defecto de Fuero se debe estar en Aragón al Derecho común de España, llamado de Castilla.

(28) Conclusión 6.^a, Tema 1 de la Conclusiones aprobadas por el Congreso de juristas aragoneses, celebrado en Zaragoza en 1880, donde se afirma que después de formado el Código civil aragonés, deberá acudirse al Derecho general para suplir sus deficiencias.

(29) DIESTE. Ob. cit., págs. 176 y ss.

(30) GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 13 edición, Madrid, 1881, pág. 201, donde dice que “no hay conformidad entre los autores respecto al Derecho que en Aragón ha de considerarse como supletorio: unos suponen que debe ser el canónico, otros el de Castilla, y otros opinan que el romano; cuya opinión es la que nos parece apoyada en más sólidos fundamentos”. Véase asimismo la nota 2 de la misma página.

(31) FRANCO y LÓPEZ, Luis y GUILLÉN y CARABANTES, Felipe, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, pág. 9 y nota de la misma página.

En la obra *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla, por dos abogados del Ilustre Colegio de Zaragoza*, publicada en esta ciudad en 1865 se dice que “la equidad natural abandonada a la razón individual sería la desigualdad en la aplicación del Derecho y frecuentemente degenerarían en escandalosos abusos... y porque habiendo aceptado el mismo Don Jaime en sus Compilaciones, teorías de leyes godas, canónicas y romanas, no es lógico suponer que su intención fuera la de recurrir a la equidad o buen sentido antes que a las legislaciones que en algunos puntos le sirvieron de modelo” (pág. 66), por lo que admiten la supletoriedad de la equidad sólo en defecto de legislación positiva.

(32) DE BLAS Y MELENDO, *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales con el Derecho común y con la jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, 1.^a edición. Madrid, 1873, págs. 28-30, donde después de alegar todas las doctrinas de los autores aragoneses en la materia, en la relación de fuentes, después de los Fueros y las Compilaciones, cita al “sentido natural o equidad”.

aragoneses se adelantaron en siglos a los del Código civil (33), aunque estuviesen muy alejados de lo que más tarde fue una creación de la escuela iusnaturalista.

Realmente, la identificación de la equidad con el Derecho natural no es exclusiva de los autores aragoneses del siglo XIX, puesto que en la observancia *De fide instrumentorum*, libro 2, número 16 se dice que el juez debe juzgar según la carta, «a no ser que en la misma se contenga algún imposible o *contra el derecho natural*», con lo que se reforzaba el papel del Derecho natural en Aragón. Pero, ¿qué es lo que se quiere decir realmente cuando se habla en esta observancia de Derecho natural? Si es cierto lo que dice Lacruz de que las *observantias Regni Aragonum* son el producto de un Derecho propio y un Derecho importado (34), tendríamos que deducir que cuando esta Observancia que hemos citado se refiere al Derecho natural, lo hace en el mismo contexto en que trabajará el catalán Mieres, para quien el *ius naturale* es el Derecho romano y la afirmación no resulta tan disparatada, por cuanto bastantes siglos más tarde el propio Domat identificará, en la más pura tradición, el Derecho romano, con el *ius naturale* (35). Si ello fuese así, la equidad del proemio de los Fueros podría identificarse con el Derecho natural de las Observancias aragonesas y ambas expresiones podrían reconducirse al *ius commune*. Teniendo en cuenta las opiniones de los juristas de la época sería entonces plenamente cierta la interpretación que dieron a las palabras del texto legal, identificando la equidad con el Derecho romano.

De lo expuesto hasta aquí creemos que se puede concluir que en el problema del Derecho supletorio del aragonés hay que distinguir tres períodos: los autores anteriores al Decreto de Nueva Planta de 1711 dudan entre aceptar como supletorio el Derecho romano, o bien rechazar su aplicación y admitir la supletoriedad del canónico. A partir de 1711, por razones no aclaradas plenamente (36) se inicia un movimiento que preconiza la aceptación del Derecho castellano como supletorio, lo que viene con-

(33) LORENTE SANZ y Luis MARTÍN BALLESTERO, *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*. Ponencia de la III Semana de Derecho aragonés. Jaca 1944, págs. 41 y ss. Véanse especialmente los párrafos 45 y 46 de esta obra. En el mismo sentido SANCHO IZQUIERDO en *La equidad y el sentido natural en los fueros*. A.D.A. Tomo IV, 1947-48, pág. 19, donde dice que "hov no cabe ni pensar en que con ellas se aluda al Derecho romano, sino al Derecho natural". Véase como resumen de lo dicho en esta materia el trabajo de FAIRÉN GUILLÉN, *El Derecho aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código civil*. R.D.P., 1945.

(34) LACRUZ, *Los derechos forales*. "Estudios de Derecho civil". Barcelona, 1958, pág. 20.

(35) DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. París, 1777, página XXV, dice: "Ainsi on voit dans le Droit Romain que, comme la plupart des matiers qui s'y trouvent de notre usage, sont des loix naturelles".

(36) DELGADO ECHEVARRÍA, *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*. Zaragoza, 1977, págs. 32 y ss.

firmado por la doctrina del Tribunal Supremo (37). En el siglo XIX, por influencia clara de las doctrinas iusnaturalistas, se tenderá a identificar la expresión el proemio de los Fueros de Huesca con lo que hoy denominamos principios generales del Derecho.

B) *Vizcaya*

Vizcaya se incorpora a la corona de Castilla en 1379. Ello no significa que por este hecho se derogasen los fueros propios de Vizcaya, sino que siguió vigente el Derecho propio que finalmente, fue confirmado por la ley de 25 de octubre de 1839 (38). El derecho supletorio del vizcaíno fue siempre el castellano y así la disposición contenida en la ley 3 del título XXXVI del Fuero establecía que «ordenaban e ordenaron que ningún juez que resida en Vizcaya, ni en la dicha Corte e Cancillería, ni en el Consejo real de su alteza, ni en otro cualquiera, en los pleytos que ante ellos fueren de entre los vizcainos sentencien, determinen ni libren por otras leyes ni ordenanzas algunas, salvo por las leyes de este Fuero de Vizcaya (los que por ellas se puedan determinar), y los que por ellas no se pudieren determinar, *determinen por las leyes del Reyno e Pragmáticas de su Alteza*».

Ahora bien, debido a la dualidad de legislaciones existentes en Vizcaya y que ha dado lugar a los artículos 1, 2 y 3 de la vigente Compilación del Derecho civil foral de Vizcaya y Alava, hay que aclarar que en las villas, el Fuero no había regido nunca, puesto que se consideraban extrañas al Señorío (39) y así concluye Fairén que el Derecho de Castilla venía a regir con carácter de principal en las villas y de supletorio de primer orden en la Tierra llana (40).

Los autores vizcaínos están totalmente de acuerdo con esta afirmación, que recoge Lecanda en su breve Memoria acerca de las instituciones vascas cuando, quizá justificando esta brevedad, afir-

(37) Sentencias de 7 y 24 marzo 1859, 19 diciembre 1864, 2 junio y 12 diciembre 1865, 9 octubre 1869 y 19 abril 1870.

(38) La ley de 25 octubre 1839, confirmando los Fueros de Vizcaya y Navarra, dice lo siguiente: "Art. 1.º: Se confirman los fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía.

Art. 2.º: El Gobierno, tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés de las mismas, conciliado con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía, resolviendo entre tanto provisionalmente y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que pueden creerse, dando de ello cuenta a las Cortes". Colección legislativa, tomo XXV, pág. 491.

(39) Véase al respecto la voz *Derecho civil de Vizcaya*, debida a ARELTIÓ Y MENDIOLEA, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", págs. 307 y ss. Véase asimismo la obra de Adrián CELAYA, *Vizcaya y su fuero civil*, publicado en Pamplona en 1965, especialmente págs. 85 y ss.

(40) FAIRÉN GUILLEN, *El Fuero del Señorío de Vizcaya en lo civil durante los siglos XVIII y XIX*. R.G.L.J., 1946, tomo I, pág. 303.

ma que «la legislación de Vizcaya es más sencilla que otras, porque está reducida a sus fueros propios, y tiene como único horizonte, a falta de ellos, el Derecho común» (41). En el mismo sentido se pronuncia Antiñano (42) y con posterioridad al Código lo hacen Jado, Hormaeche, Garrán y Mosso, García Royo, Astorqui y Celaya (43).

El Tribunal Supremo no ha encontrado especiales dificultades a la hora de determinar el derecho supletorio del vizcaíno y así las sentencias de 2 de marzo 1861, 28 junio 1862, 31 diciembre 1864, 2 julio 1885, entienden que de acuerdo con la ley 3.^a del título XXXVI del Fuero «cuando no hay ley foral por la que pueda resolverse algún pleito sobre bienes raíces, se determine por las del presente Reino» (sentencia 2 marzo 1861).

La aplicación del Derecho castellano proviene de dos factores importantes: la temprana incorporación del Señorío de Vizcaya a la Corona de Castilla es el primero de ellos, uno de cuyos efectos será la ley 3.^a del título XXXVI de los Fueros. En este sentido podría compararse la ley citada con la 6.^a, título 2, libro I del Fuero general de Navarra: en efecto, esta última disposición, promulgada en 1576, parece obedecer a una reacción anticastellana, según opina Lalinde (44), ocasionada después que en 1575 Martínez de Olano defendiera la aplicación en Navarra del cuerpo de las Partidas; pero en Vizcaya ocurre exactamente lo contrario, ya que partiendo de que no existe recepción del *ius commune*, es lógica la llamada a las leyes castellanas, como derecho supletorio, después de la incorporación a la corona de Castilla.

El segundo factor que contribuye a la supletoriedad del Derecho castellano en defecto del Fuero está en la dualidad de legislaciones existentes en Vizcaya. No es este el lugar adecuado para estudiar las razones de esta dualidad, sino que nos limitamos a ponerla de relieve (45), señalándola, además, como una de las causas que facilitan la supletoriedad del derecho castellano, ya que, al aplicar en las villas el Derecho de Castilla se producía una influencia directa de este sistema jurídico sobre la Tierra llana, cuya

(41) LECANDA, *Memoria sobre las instituciones civiles de Vizcaya*. Incluida en el volumen sobre Derecho civil de Vizcaya. Madrid, 1886, pág. 7.

(42) ANTIÑANO Y ZURICALDAY, *El Señorío de Vizcaya histórico y foral*. Barcelona 1885, pág. 331.

(43) JADO Y VENTANA, *Derecho civil de Vizcaya*. Bilbao, 1900, páginas 219-220. HORMAECHE, *Leyes civiles de Vizcaya*. Bilbao 1891, pág. 3. GARRAN Y MOSSO, *El sistema foral de Navarra y provincias Vascongadas*, Pamplona 1935, pág. 154. GARCÍA ROYO, *Foralidad civil de las provincias Vascongadas*, Vitoria 1952, tomo I, págs. 61 y ss. ASTORQUI ZABALA, *Manual del Derecho civil foral de Vizcaya y Alava*. Bilbao 1959, pág. 13, y CELAYA, *El Derecho foral de Vizcaya en la actualidad*, Bilbao 1970, página 58.

(44) LALINDE, *El sistema normativo navarro*. AHDE, tomo XL, 1970, páginas 85 y ss.

(45) Las razones acerca de la dualidad de legislaciones podemos encontrarlas en el artículo de la Enciclopedia Jurídica cit. en nota 39, página 325.

organización eminentemente rural, iba cediendo paulatinamente frente a la influencia de las villas, influencia que debió manifestarse, sin duda alguna, en la ampliación del campo de actuación del Derecho por el que se regía. Así, la provisión de la ley 3 del título XXXVI del Fuero significa, a nuestro modo de ver, una ampliación notable de la influencia del Derecho castellano en el resto del país, regido por el Fuero, incluso a pesar de las terminantes declaraciones de dicha ley y de las sanciones que imponía a quién no respetara sus disposiciones.

Respecto al Derecho civil vizcaíno hay que destacar un hecho altamente significativo: Vizcaya conserva su régimen administrativo hasta bien entrado el siglo XIX, opinando algunos autores que subsistió en toda su integridad hasta la ley de 21 julio 1876 (46), pero en cambio, no existe prácticamente legislación civil. Es decir, que existiendo fuentes materiales de producción del Derecho, no existen fuentes formales, al revés de lo que ocurriría en Aragón o Cataluña, donde la abolición de los órganos políticos de producción del Derecho comportaría la decadencia del sistema civil. Los vascos se han preocupado siempre más de su organización administrativa que de su derecho privado y las razones de esta tendencia son difíciles de descubrir. Así no utilizaron su organización política para desarrollar jurídicamente la sociedad vasca y se limitaron a acoger, casi sin reservas el ordenamiento civil castellano. Si a ello unimos el hecho de que el Derecho civil vizcaíno parece estar poco basado en la costumbre, a la que Celaya concede poco valor como fuente formal de este ordenamiento (47) y que ningún civilista vasco considera como tal, llegaremos a la conclusión de que en Vizcaya el problema del Derecho civil ha sido siempre tangencial: el Derecho contenido en el Fuero es más propio de una sociedad rural que de una sociedad más evolucionada y por ello, el Derecho castellano, más dinámico, fue impo-

(46) La ley de 21 julio 1876 decía lo siguiente: "Art. 1.º: Los deberes que la Constitución ha impuesto a todos los españoles de acudir al servicio de las armas cuando la ley los llama, y de contribuir en proporción a sus haberes a los gastos del Estado, se extenderán, como los derechos constitucionales se extienden, a los habitantes de las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava, del mismo modo que a los demás de la Nación.

Art. 2.º: Por virtud de lo dispuesto en el art. anterior, las tres provincias referidas quedan obligadas desde la publicación de esta ley a presentar, en los casos de quintas o reemplazos ordinarios o extraordinarios del ejército, el cupo de hombres que les correspondan con arreglo a las leyes.

Art. 3.º: Quedan igualmente obligadas desde la publicación de esta ley las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava, a pagar en la proporción que les corresponde y con destino a los gastos públicos, las contribuciones, rentas e impuestos ordinarios y extraordinarios que se consignen en los presupuestos del Estado.

Art. 4.º.....

Como puede comprobarse, este texto no habla para nada del régimen foral, que legalmente había desaparecido en 1839, pero que no se había sustituido hasta entonces.

(47) CELAYA, *Ob. últ. cit.*, págs. 58-59.

niéndose, sobre todo por su aplicación en las villas, como un ámbito de influencia mucho mayor que en el campo o Tierra llana.

C) Cataluña

Con el estudio de la problemática del Derecho supletorio en Cataluña entramos en el ámbito de aquellos Derechos nacionales que reciben el *ius commune* y lo adoptan como supletorio en defecto del propio: estos derechos territoriales son los correspondientes a Cataluña, Navarra y Baleares.

En Cataluña es evidente la temprana recepción del Derecho romano, lo que provoca que Jaime I prohíba la alegación en juicio de «leys romanas o góticas, drets e decretals», «axi que en la dita causa no sien allegadas leys, o drets sobredits» (48). Esta alusión a *leys* o *drets* hay que entenderla siempre como *derecho romano*, cuya aplicación se proscribía no tanto por su contenido, sino por tratarse de un sistema cuyos principios no convenían a la nobleza feudal de la época (49). Juntamente con esta prohibición, sin embargo, Jaime I proporcionaba a los juristas un remedio para solucionar las lagunas que necesariamente habrían de producirse una vez consultados los Usatges y las costumbres y, tal como había hecho en 1247 con la Compilación de Huesca, reconoce como remedio integrador del sistema catalán el sentido natural, diciendo: «e en defalliment de aquells, sie proceit, segors seny natural». El paralelismo entre esta disposición y lo establecido en el proemio de la Compilación de Huesca es evidente; lo que ya no resulta igual es el posterior desarrollo que ambas disposiciones sufrieron en sus respectivos ámbitos de aplicación, ya que, así como en Aragón ni se modifica ni se amplía la declaración de los Fueros de Huesca y los autores aragoneses deben efectuar verdaderos equilibrios para justificar la admisión de uno o de otro sistema jurídico a fin de poder cubrir las lagunas que presentaba la propia legislación, en Cataluña, como dice Sobrequés, esta disposición prohibitiva de Jaime I fue letra muerta y el Derecho común se introdujo a través de la puerta del *sensum naturale* y la *equitat i bona raó* establecidos como fuente integradora, ya que para los juristas catalanes, formados la mayoría de ellos en Bolonia, el *ius commune* y el *sensum naturale* eran una misma cosa y, en consecuencia, el derecho común acabó por imponerse (50). Esto hará decir a Pons Guri que más que fuente supletoria, el Derecho común fue la base principal del sistema jurídico cata-

(48) Volumen 3, lib. 1, tit. 8 de las Constitucions i altres Drets de Catalunya, transcrita en la nota (1).

(49) FONT RIUS, *Las fuentes históricas de la Compilación*, R.J.C., 1960, pág. 401. Véase asimismo SOBREQUES VIDAL, *Història de la producció del Dret català fins al Decret de Nova Planta. Llibre del II Congrés Jurídic català*. Barcelona 1972, pág. 94.

(50) SOBREQUES VIDAL, *Ob. cit.*, pág. 95.

lán, que las Constituciones y disposiciones reales no hacían más que completar (51).

La aplicación indirecta del Derecho romano cesó cuando, en 1409, Martín I el Humano, en las Cortes celebradas en Barcelona, dicta un Capítol de Cort donde se reconoce que «en aquella millor forma que fer se deja, segons Usatges de Barcelona, e Constitucions, e Capitols de Cort de Cathalunya, Usos, Costums, Privilegis, Immunitats, e Libertatos de quiscuna conditió, e de las Universitats, e dels sigulars de aquellas, dret comu, equitat e bona rahó» (Vol. 1, lib. 1, tít. 38, ley 2). En este capítol cabe destacar varios puntos interesantes: por una parte, la introducción de dos elementos nuevos, que no figuraban en la disposición de Jaime I, que son la enumeración de las distintas formas de legislación en Cataluña (Constituciones, Capitols, etc.), la referencia clara al *Dret comú* y por otra parte, el mantenimiento de los términos *equitat e bona rahó*, que ya no podrán referirse exclusivamente al Derecho común, porque se admite en la ley de una forma expresa. Por esto mismo, afirma Vallet que Mieres identificará el Derecho romano con el Derecho natural (52).

Pero el Derecho catalán volverá a ordenar sus fuentes integradoras cuando en 1599, Felipe II, en el capítulo XL de las Cortes de Barcelona, señala el orden de prelación de fuentes del Derecho catalán (que iba a ser el definitivo), excluyendo la equidad de una forma expresa, cuando dice que los pleitos «no les pujan decidir, ni declarar per equitat» (53). En esta constitución aparece un nuevo

(51) PONS GURI. Voz *Constituciones de Cataluña* en "Nueva Enciclopedia Jurídica". Tomo V. Barcelona 1953, pág. 237.

(52) Véase VALLET DE GOYTISOLO, *Las fuentes del Derecho según el "Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae" de Tomás Mieres*. Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre. Vol. 1.º, Madrid, 1976, págs. 418-462.

Sin embargo, el propio MIERES parece entender que la equidad es el último recurso a que debe acudir en defecto del Derecho común y por tanto, no puede identificarse con él. MIERES considera, en definitiva, que la equidad y la buena razón sirven no tanto como fuentes directas del Derecho, sino, en último término, para corregir los defectos de las leyes romanas, haciéndolas más humanas. Así, por ejemplo, dice: "El hic intellige dret comu, scilicet, omne ius canonicum vel civile Romanum, prout est in corpore iuris clausum; licet in eo sint quaedam iura specialia... Et quia hic dicitur equitat, i bona raho: dico quod sit ius canonicum, et civile in aliquo casu reperiantur contraria, vel contrari, debet servari illud quod maiore, continet aequitatem et rationem; nec quod casu admitterem opinionem illorum, qui dicunt leges deberent servari in foro saeculari, et canones in foro Ecclesiae: quia hic non curamus de legibus et canonibus, nisi in quantum sunt rationabilia". MIERES. *Ob. cit.*, parte 2 collatio 8, cap. 2, núms. 41, 42 y 43.

(53) Constitución 1, tít. 30, lib. 1, vol. 1 de las de Cataluña, que dice: "Axi be statuim, y ordenam ab loatio, y aprobatio de la present Cort, que los Doctors del Real Consell hajan de decidir, y votar les causes que portaran en la Real Audientia conforme, y segons la dispositio dels Usatges, Constitucions, y Capitols de Cort, y altres drets del present Principat, y Comtats de Rossello, y Cerdanya, y en los casos que dits Usatges, Constitucions, y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons

elemento: la doctrina de los autores como fuente de integración del Derecho Catalán y que parece sustituir en este siglo las referencias a la equidad y al sentido común; ello puede deducirse de la propia constitución cuando dice: «y que sia regulada (parece que se refiere a la equidad) y conforme a las reglas del Dret comú, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat». Parece deducirse de ahí que la equidad se identifica con la doctrina de los doctores, por lo que debemos concluir que a partir de este momento en el Derecho catalán, la doctrina científica se identificará con la equidad y por ello será fuente del Derecho. Pero aparte de añadir un nuevo elemento en las fuentes de integración del Derecho, esta Constitución establece una verdadera prelación, que se acerca ya mucho a las fórmulas utilizadas en la actualidad: después de la mención al Derecho propio de Cataluña, se dice que cuando éste contenga una laguna, las causas deberán decidirse por las disposiciones del Derecho canónico (54), «y aquell faltant del Civil» con lo que se concreta mejor la expresión *dret comú*, que se había utilizado en la Constitución de Martín el Humano rechazándose la aplicación del *ius commune* en bloque, a la vez que se distingue entre Derecho romano y Derecho canónico, otorgándose una primacía a este último en el orden de prelación de fuentes.

Sin embargo, aquí no interesa tanto el estudio de la citada Constitución, sino poner de relieve el problema que se plantea en relación al Derecho supletorio a partir del Decreto de Nueva Planta. El artículo 56 del citado Decreto establecía que «en todo lo demás, que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este Decreto, mando, se observen las Constituciones, que antes había en Cataluña, entendiéndose que son establecidas de nuevo por este Decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor, que lo individualmente mandado en él» (55). El problema del Derecho

la dispositio de Dret canonic, y aquell faltant del Civil, y Doctrines de Doctors, y que no les pugan decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a les regles del Dret comu, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat'.

(54) FONTANELLA, en su obra *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathalonica*. Ginebra 1735, señala la supletoriedad del Derecho canónico en los siguientes párrafos. Decisión 3, núm. 5: "quo Senatui, et Senatoribus iungitur iudicare, primum iuxta jus municipale, deinde, ea deficiente, iuxta jus canonicum". Decisión 431, núm. 9: "...est particularis hujus Provinciae in qua legem habemus praecipientem debere Judices illius iudicare in primis secundum jus municipale, deinde secundum jus canonicum, et postremo secundum ius civile, iuxta cap. 40, cur. anni 1599". También encontramos esta referencia en RIPOLL, *Variae iuris resolutiones, multis diversorum Senatum decisionibus illustrae*. Lyon, 1630, cap. 7. núm. 6, donde dice: "talis confessio valit saltim de iure Canonice (quod, ut iam supra dixi, ante omnia in hoc Cathaloniae principatu est observatum, deficiente constitutione)...".

(55) El número 56 del Decreto de Nueva Planta, corresponde a la numeración original. Pero cuando el Decreto se incorpora a la Novísima Recopilación, sufre una alteración, porque se suprimen algunos artículos

supletorio en Cataluña se plantea a partir de esta disposición, no por una razón científica, sino puramente política: en efecto, según el tenor de la disposición del Decreto de Nueva Planta, se volvían a poner en vigor *todas* las Constituciones de Cataluña y, entre ellas, la de 1599, que establecía el orden de prelación de fuentes, incluyendo como Derecho supletorio en Cataluña al Romano. Pero ésta, que era la única interpretación posible, se vio interferida por razones de política jurídica, llevadas a cabo a partir de Felipe V y que se centraron en la campaña llevada a cabo a lo largo de todo el siglo XVIII contra la alegación en los pleitos de leyes romanas y contra su enseñanza en las Universidades. Teniendo en cuenta que España estaba ya unificada administrativamente a partir del reinado de Felipe V, era lógico el planteamiento de la duda sobre si regía en Cataluña, aunque fuera como Derecho supletorio, un cuerpo de leyes, cuya alegación en juicio, había sido reiteradamente prohibida por los Monarcas castellanos y confirmada por Felipe V (56). El problema se plantea, pues, a nivel científico, puesto que si bien, la opinión común de los autores catalanes es la de que en defecto de la legislación propia de Cataluña, debe aplicarse el derecho canónico y en su defecto, el civil romano, hay ciertas interferencias que hacen dudar de esta aplicación.

En primer lugar podemos citar la obra de Cristóbal de Potau,

y otros se refunden; aparece entonces con el número 46, que es el que comunmente se cita.

Véase la obra de FONT i SOLSONA, *Notes històriques sobre el Decret de Nova Planta*. Barcelona 1933.

(56) Esta prohibición, sin embargo, no es específica de Castilla, porque en Cataluña, en 1422, la Reina María, que presidía las Cortes de Barcelona como lugarteniente de su esposo Alfonso IV, aprueba una ley en la que se fustiga a los abogados de la época por citar sólo las leyes romanas y así dice: "Assats es cosa ridicolosa als juristas qui volem exercir Offici de judicatura, o de advocatio en Catalunya, e no poc damnosa als litigans, ignorar las leys de la terra, per ço statium, ordenam, volem, e manam, que quiscun jurista qui volra usar dels dits Officis de judicatura, o de adbcatio en lo Principat de Cathalunya, ans que sien admesos en aquells, o en algu de aquells, hajan, e sien tenguts haver frau algu los Usatges de Barcelona, Constitutions, e Capitols de Cort de Catalunya, segons, las quals, ans de tots altres drets ha esser jutjat dins lo Principat, e si algu dits juristas no havent las ditas leys, presumira advocar, o jutjar, aquell aytal volem incorrer pena de sinquantia liuras, la meytat guanyadora al fisc, l'altra meytat al accussador: Volents en la present Constitutio esser compresos los juristas, qui de present advocan, o jutjan, si dins spay de sis mesos primer vintents no haran las ditas leys de la terra". (Vol. 1.º, lib. 2, tit. 4, cons. 1 de las Constitucions i altres drets de Catalunya).

Comentando esta disposición, MIERES advierte al juez que debe juzgar según las leyes de la tierra y que en último caso, debe recurrirse al Derecho común, es decir, a las leyes romanas y al Derecho canónico, según la equidad y la buena razón y añade que no se debe juzgar según los ejemplos que proporcionan los autores, sino según las leyes. Véase MIERES, *Ob. cit.*, Collatio X, cap. XIX in totum, págs. 426-429. *María Regina in curia Barcinonae*.

cuya censura planteó un problema muy interesante (57). Potau escribe su obra en 1679, es decir, antes del Decreto de Nueva Planta; por ello, la prelación de fuentes que cita es la de la Constitución de 1599. Pero al publicarse la obra de Potau, en 1759, aparece una anotación al margen, imposición de la administración central, que señala que después de las disposiciones del Decreto de Nueva Planta, es obligatorio recurrir al Príncipe, en defecto del Derecho propio (58). Sin embargo, es perfectamente demostrable que esta nota puesta al margen de la obra de Potau por obra y gracia del Senado Supremo de Castilla, no pasa de ser una mera opinión personal de los que formaban parte de esta institución, puesto que en 1782, Carlos III, en una Real cédula, declara exentos de cargos concejiles y otros privilegios a ciertos catalanes, con el siguiente razonamiento: «a fin de que viviendo en Castilla gocen de las exenciones personales, concedida por la expresada ley final del tít. 1, lib. 5 de la Recopilación a los padres de seis hijos varones y de ningún modo en Cataluña, ni en otra parte, donde se gobiernen por fueros y práctica diversa». Hay que advertir que la distinta regulación catalana a que se alude en la Real cédula citada es la contenida en C.10.32.24 y que se refiere a un problema de derecho público y no de derecho privado (59). Por otra parte, otra Real cédula de 2 de octubre de 1785 plantea, sin solucionarlo, el problema del Derecho supletorio en Cataluña, limitándose a afirmar que las leyes de la Recopilación de Castilla no eran extrañas en la Audiencia de Cataluña, aunque, como contrapartida, afirmaba que Felipe V mandó guardar las constitu-

(57) POTAU, *Ob. cit.*, pág. 59. dice: "Quae enim sententiae (ne dicam opinio), quod exceptio rei iudicatae est peremptoria, iuri communi, et communi Doctorum, et Senatum voto est conformis, ut ex d.1.exceptiones 53 ff. de except, cap. 1 de litis contest, in 6 fatetur Carleval dicta disputatio 5, núm. 23. Et nos in Cathalonia ab ea sententia non licet re cedere cum per iura patriae in cap. 40 Const anni 1599 caveatur deficientibus patriae legibus, iudicandum fore secundum ius Canonicum, et in defectum iuris Canonici, secundum ius civile, meritissimus jurisprudentiae parens D. Michael de Cortiada decís 24, núm. 185..."

(58) La nota que se obligó poner al margen de la edición de 1759 dice lo siguiente: "Haec autem procedebant iure veteri, atamen iure novo ad Principum recurrendum est. et servari debent ea quae statuta sunt Regio Philipi V, die 16 januarii anno 1716 sive auto acordado decimosexto tit. 2, libr. 3, Collectiones Regiarum Constitutionum Hispaniae idemque observari oportet in his quae in hoc opere dicta sunt de ritibus, et stilo Audientiae veteris Cathaloniae quae ad novam formam poenitus redacta fuit, et hic iure utimur".

Esta redacción se parece mucho a la de FRANCO DE VILLALBA en la obra y lugar que citamos en el texto, lo que nos confirma la impresión de que ambas aclaraciones se deben a sendas intervenciones de la censura de la época.

MUJAL I DE GIBERT, en su obra *Annotationes bene multis indicatis fontibus, ex quibus aquam haurire liceat*, publicada en Cervera en 1781, reproduce esta anotación, cuando se pregunta si la constitución de 1599 sigue vigente en Cataluña.

(59) C. 10.32.24. Si quis decurio pater sit tredecim liberorum, honoratissimae munerum quieti donetur.

ciones, como derecho nuevo establecido por él. Comentando esta Real cédula, Dou deduce varias consecuencias: 1.^a Que en la nueva Recopilación se contienen muchas leyes posteriores al Decreto de Nueva Planta y que implícitamente Dou considera aplicables en Cataluña, puesto que considera que tienen fuerza de ley y de derecho «no sólo supletorio, sino derogatorio», y 2.^a que el Rey conserva las regalías propias, una de las cuales es «arreglar nuestra legislación», pero tampoco queda claro que en esta obra la opinión del autor sobre la citada problemática (60).

Realmente en Cataluña se planteaba, en relación a este punto, un problema distinto al que se produjo en Aragón después del Decreto de Nueva Planta de 1711. Aquí no se produce una derogación expresa del Derecho anterior, como había ocurrido en 1707 en Aragón, sino que en un mismo acto, se deroga y restablece de nuevo el Derecho propio de Cataluña en lo no previsto por el Decreto, que, de acuerdo con lo dispuesto en la Real cédula de Carlos III, parece exceder del simple ámbito del Derecho privado. Por ello hay que dejar bien sentado que en Cataluña no rigió nunca el Derecho civil castellano, como ocurrió en Aragón. Por otra parte, Felipe V no eliminó nunca expresamente la aplicación de la constitución de 1599, porque no se oponía para nada a lo que a lo largo del texto del Decreto de 1716 se preveía y aún más, se adecuaba claramente a la solución de las lagunas que el propio Decreto contemplaba, cuando decía: «en lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto», puesto que es evidente que no se regulaba nada en concreto respecto al Derecho supletorio.

Todo lo dicho hasta aquí no obsta para que algunos autores castellanos del siglo XVIII, obedeciendo a esta prohibición de alegación del Derecho romano, dijeran que en defecto de ley particular en Cataluña «no debe recurrirse al Romano, según quieren algunos autores, sino al Derecho Real de Castilla» (61).

Esta era la situación a lo largo de todo el siglo XVIII, pero después de la Guerra de la Independencia, en 1815 se elevó una con-

(60) DOU Y DE BASSOLS, *Ob. cit.*, págs. 80-83. Sin embargo, aunque DOU no se manifiesta muy claramente en favor de la supletoriedad del Derecho romano en esta parte de su obra, al hablar de las penas por delitos en Cataluña, en el tomo VII, pág. 203, dice que en Cataluña se aplican las derivadas del Derecho romano y que «esto debe tenerse muy en cuenta en este Tratado y sobre todo lo que se ha dicho en el capítulo 3.^o de las Preliminares sobre ser el Derecho civil de los romanos supletorio en esta provincia y la influencia también de él en la legislación de Castilla, que se confirma en esta parte por la concordancia de unas leyes con otras y por la aplicación oportuna de las de los romanos».

Hay que tener en cuenta también que en 4 de abril de 1724, es decir, ocho años después del Decreto de Nueva Planta, el Consejo de Castilla, respondiendo a una consulta de la Real Audiencia de Cataluña, le indicaba que las recientes disposiciones sobre dotes no son aplicables al Principado. Véase en este sentido Archivo de la Corona de Aragón. Autos acordados de 1724, fol 11-12.

(61) ANTONIO PÉREZ Y LÓPEZ. *Ob. y lugar cits.*, nota 26.

sulta al Supremo Consejo, sobre cuál debía de ser el Derecho supletorio en Cataluña, ya que parece que existía una notable picaresca entre los litigantes, que se acogían al Derecho que más les convenía, según los casos. La polémica que planteó la consulta citada fue muy bien resumida por Vives i Cebria, en los siguientes términos: «Se elevó la consulta al Supremo Consejo, y S. A. mandó que la audiencia informase previo su dictamen del colegio de abogados, y después en falta de dicho colegio, previo dictamen de una comisión, que se compuso de don Francisco Tomás Ros, don Juan de Balle y don Juan Besora. Esta opinó que no debía hacerse novedad en la ley única de este título; pero sobrevinieron luego los disturbios de 1820, y nada se resolvió.

Posteriormente, el señor Canciller don Ramón Lázaro de Dou acudió a S. M. para que se dignase hacer una declaración sobre el particular. Y habiéndose pedido nuevamente informe a la Real Audiencia, oyó ésta a todos los Ayuntamientos de cabezas de partido y casi todos unánimemente manifestaron la necesidad o utilidad de la observancia de la ley única de este título (Lib. 1, tít. 30, vol. 1 de las Constituciones), apoyando la opinión del canciller.

Y en vista de todo, la opinión del señor Fiscal fue en substancia, que se declarase que ante todas las cosas debían observarse las disposiciones posteriores al Decreto de nueva planta y las que contiene dicho decreto; y que en falta de éstas debía estarse a lo dispuesto en la ley única de este título; y que no eran leyes en Cataluña las de Partidas y recopilación anteriores al decreto de nueva planta; excepto en cuanto a los procedimientos de los juicios respecto a los cuales podría igualarse la provincia de Cataluña con las demás del Reino; con este dictamen se conformó el Real acuerdo.

Y si bien se dice haber algunos señores formando voto particular se dice también que fue proponiendo uno que ni los procedimientos debían uniformarse, y tres que sería útil que S. M. declarase que debían observarse en esta provincia las leyes generales del reino» (62).

Los párrafos más importantes del dictamen de Dou son los siguientes: después de citar las Reales cédulas que antes hemos citado, dice que «No se negará en absoluto que hay alguna variedad en el punto referido de derecho supletorio, con motivo de una cédula expedida en 27 de noviembre de 1778 que no parece oponerse a la ley 8, tít. 2, lib. 10 de la Novísima Recopilación, pero prescindiendo de ésta, el mismo Fiscal habla de que los Jueces que vienen de fuera sólo pueden hallar en libros de este país el Derecho de Cataluña, y sólo dice que hay variedad

(62) VIVES I CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, Barcelona 1832. Tomo I, págs. 95 y ss. En este mismo lugar VIVES afirma que la cuestión del Derecho supletorio había sido un problema meramente académico durante el siglo XVIII y que nunca se había planteado la cuestión práctica.

de opiniones en cuanto al derecho supletorio entre los letrados; no es mucha cosa en que haya variedad de opiniones; el punto de la dificultad parece que sólo debe consistir en la solidez de ellas, o en la falta de fuerza para convencer, debiéndose añadir para lo mismo, que se ha dicho hasta ahora los motivos siguientes.

El primero consiste en que todos los escritores están de acuerdo en orden a que las leyes se hagan en cuanto sea posible con la consideración de seguir el genio y práctica de los súbditos.

El segundo, en que siendo corto el número de Jueces que han de venir de estas provincias respecto de la población de sus súbditos, y por otra parte, cada uno de ellos autorizado para administrar justicia con una larga carrera y título del Rey, es más fácil instruirse ellos con los libros, que ya se dice haber en el país, que no el que novecientas mil almas que habrá en Cataluña deban mudar sus costumbres y práctica.

En tercer lugar, si el Derecho de Cataluña no tuviese formado un capítulo relativo al derecho supletorio, o autorizada alguna constitución que la contuviese sin haberse derogado, sería él ciertamente imperfecto, faltando una cosa principal, que ya tiene la legislación de Castilla y los cuerpos regulares de Europa. La nueva planta de gobierno en Cataluña, como se intitula la ley, no tendría las ramas que debe tener. Su conclusión es la que sigue: «Tenemos pues, con lo dicho en varias partes de la nueva planta, aprobados, en cuanto no haya derogación con alguno de sus capítulos, las constituciones que antes había en Cataluña; aprobado el gobierno político de las ciudades, villas y lugares, aprobadas las penas, las probanzas, la práctica y las costumbres del país. Tenemos todo esto y casi en los mismos términos confirmado en la cédula de 8 de enero de 1775 y en la de 1782, que es la ley 8, tít. 2, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y tenemos también, por otra parte, el reconocimiento, que hace el Fiscal, de la Constitución de Cataluña, impugnándose casi todo lo que se contiene en este párrafo; tanta repetición de Constituciones, de práctica de costumbres y de naturales en diferentes leyes, no parece que pueda dejar de obedecerse por la débil razón de que diez, veinte o treinta Jueces que deben venir de fuera han de instruirse con libros del país.

La utilidad de lo que contiene la Constitución de Cataluña relativa al Derecho supletorio debe formar una séptima razón si se tienen presentes dos circunstancias; la primera es que las regalías de V. M. en este Principado están en su observancia igual o superior a la de otras provincias, por cuyo motivo no hay riesgo alguno en cuanto al Derecho supletorio que previene la Constitución; la otra es el modo con que en el día se discurre por muchos con el ardiente deseo de novedad...» (63).

(63) BIENVENIDO OLIVER, *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña*. Madrid-Barcelona 1867, donde reproduce todos los documentos oficiales relativos a la discusión a que se alude en el texto. Por su parte,

Esta discusión habida a nivel oficial, hace que algún autor se pronuncie acerca de la conveniencia de aceptar como supletorio el Derecho castellano. Ello es claro en Oliver, cuya enemiga hacia el Derecho catalán le hace pronunciarse en contra del dictamen de Dou y de la aceptación que tuvo en Cataluña; ahora bien, en todos los dictámenes que se pronunciaron en este punto parecen mezclarse dos temas, que también aparecen mezclados en Aragón: el problema procesal, con la agilización de los procesos y la modernización de las formas procesales y el problema puramente civil; por ello, al citar Oliver el informe del magistrado don Miguel de Castells en favor de la conservación del Derecho supletorio canónico y romano, mezcla ambos problemas (64), lo que le hace llegar a conclusiones falsas. Cabe concluir, en consecuencia, que

OLIVER añade lo siguiente: "La omisión del Cuerpo del Derecho canónico y del civil romano no puede ser casual; por el contrario, creemos que fue muy estudiada, y así lo hace presumir con evidencia el haberse dispuesto que en cada Sala de Justicia existiese un ejemplar de la nueva Recopilación Este Código carecía de objeto en el Tribunal Superior si las leyes de Castilla anteriores a Felipe V no debían observarse en Cataluña, y no es posible atribuir a los Magistrados que entendieron en la redacción de las Ordenanzas, y al Monarca que las aprobó, disposiciones vacías de sentido". (Pág. 57).

Como resumen de esta discusión puede consultarse BROCA I MONTAGUT, *Historia del Derecho de Cataluña y exposición de las instituciones de Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil y la jurisprudencia*. Barcelona 1914. Págs. 424 y ss.

(64) El informe del Magistrado don MIGUEL DE CASTELLS decía lo siguiente: "Que siendo una máxima general recomendada por los sabios, acreditada por la experiencia y reconocida por el señor fiscal en su dictamen que para establecer una cosa nueva y separarse de las leyes y costumbres a que un pueblo está connaturalizado, debe ser evidente la utilidad, se proponga igualmente en el informe que *no se haga novedad en el modo de sustanciar los pleitos civiles*.

El uniformar en esta parte la práctica de Cataluña con la de Castilla no produciría a los moradores de este Principado las ventajas que se suponen, ni les haría más felices, antes al contrario, les privaría de sus leyes con que por espacio de siglos han sido felizmente gobernados, antes y después de haberlas confirmado el señor don Felipe V, de gloriosa memoria, y les sujetaría a otras que hasta ahora no han conocido.

... Leyes son compiladas en el Código municipal las que arreglan la sustanciación de los pleitos, lo mismo que las que arreglan los contratos y demás concernientes al derecho privado de los particulares de esta provincia, y si se observasen religiosamente las primeras no se experimentarían las arbitrariedades y abusos que han excitado el celo del señor Fiscal...

Además no debe perderse de vista que en algunas causas de naturaleza no privilegiada, las leyes relativas a su sustanciación tienen un íntimo enlace con el objeto esencial del mismo pleito, como sucede en las de desahucio o desocupo de casa, y si en ellas se cumpliese puntualmente lo prevenido en la Real Pragmática de Pedro III, (ley 4.^a, tit. 7, lib. 4, 2.^o volumen) y se pensase a los letrados que separándose de esta ley, que es lo que siempre ha regido en Cataluña, quieren, por miras de interés privado, introducir la práctica de otras provincias y aplicarla a semejantes disputas, no se harían algunas de éstas como se hacen en el día, muy duraderas e interminables..."

Verlo completo en la citada obra de OLIVER, págs. 144-146.

la opinión general de los autores del siglo XIX parece orientada en Cataluña a distinguir ambos aspectos: es unánime, por una parte, la tendencia a conseguir una uniformidad en el Derecho procesal; en cambio, también parece unánime la tendencia a considerar vigente, en materia de derecho supletorio del civil, la Constitución de 1599 y, en consecuencia, aplicar los ordenamientos romano y canónico en defecto de disposición propia del Derecho catalán. Todo ello con una advertencia: también parece unánime la opinión en no aplicar la citada constitución en su integridad y por ello se suprime en todos los dictámenes que se produjeron en esta cuestión la última fuente de las enumeradas en la constitución de 1599, o sea, la doctrina de los autores, representativa de la equidad.

Después de esta polémica hay que decir que el problema del derecho supletorio del catalán queda definitivamente zanjado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 mayo 1845, que proclama la vigencia en Cataluña de los ordenamientos romano y canónico como Derecho supletorio, tesis que se ha reproducido reiteradamente en la jurisprudencia después de la publicación del Código civil (65).

D) *Navarra*

Navarra podemos incluirla dentro del grupo de países en los que rigió el Derecho común, presenta sin embargo, una recepción tardía: en efecto no es hasta 1576 en que se promulga un Decreto donde se admite que a falta de Fuero, debe juzgarse por el Derecho común (66).

La fundamentación de esta recepción tardía del *ius commune* en Navarra ha sido objeto de interpretaciones de distinto signo; los autores navarros han entendido, tradicionalmente, que la expresión «como siempre se ha acostumbrado» que aparece en el texto de la súplica de la ley que reconoce la supletoriedad del Derecho común pone de relieve la existencia de una práctica consuetudinaria de aplicación del *ius commune*, que recibe su reco-

(65) Pueden consultarse las siguientes sentencias: 12 junio 1894, 3 diciembre 1895, 3 febrero 1896, 16 enero 1897, 29 y 31 marzo 1892, 14 enero 1899, 8 julio 1892, 2 diciembre 1898, 1 marzo 1902, 13 mayo 1902, 14 febrero y 4 diciembre 1903, 9 abril y 8 junio 1904, 16 mayo 1918, 16 enero 1912, 10 y 13 junio 1914, 7 julio y 2 diciembre 1915, 23 noviembre 1917, etc. Pueden consultarse en la obra de PUIG FERRIOL, *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*. Volúmenes II, 1.º, III y V.

(66) Cortes de Pamplona de 1576. Ley 9 del cuaderno primero, inserta en el Libro 1, tit. 2 ley IV de la Novísima Recopilación de las leyes de Navarra, que dice: "Item, suplicamos a V. Magestad que en cuanto decidir y sentenciar las causas y pleitos, a falta del Fuero, y leyes de este Reino, se juzgue por el Derecho común, como siempre se ha acostumbrado."

DECRETO.—Visto el sobredicho capítulo, por contemplación de los dichos tres estados; ordenamos y mandamos, que se haga como el Reino lo pide".

nocimiento oficial en 1576 (67); pero últimamente, Lalinde, basándose en que «la raíz popular de un ordenamiento no se cohesionaba bien con la recepción del Derecho común, que es un ordenamiento de profesionales», deduce que la disposición de 1576 obedece a una reacción anticastellana y que «la afirmación de que siempre se había acostumbrado no tiene ningún valor, pues es una justificación no probada y aun siendo cierta, el *siempre* para una generación, pueden ser cincuenta años» (68). En apoyo de esta opinión, Lalinde señala la incompatibilidad entre el Derecho navarro y el romano, la ausencia de focos universitarios que lo propagaran y la de una verdadera ciencia jurídica que lo elaborara (69).

Sea cual fuese la opinión más acertada sobre la materia, lo cierto es que a pesar de la tajante declaración de la ley de 1576, no todos los autores navarros coincidieron en identificar el Derecho común con el romano y así Martínez de Olano entendía que esta expresión debería identificarse con el Derecho de Castilla, puesto que pudiendo el Rey imponer por la fuerza el Derecho que tuviese por conveniente, debía hacerlo en Castilla (no debe olvidarse que Navarra en esta época se había ya incorporado a Castilla), con la legislación castellana como supletoria; porque a falta de derecho propio, debería aplicarse la del país vecino, como diría más tarde Franco de Villalba al justificar la

(67) En este sentido se pronuncian SALINAS, *Derecho civil de Navarra*, tomo I, Pamplona 1971, pág. 223; AIZPÚN, *Ideas generales de las instituciones del Derecho civil navarro*, DFN, I, pág. 5.

(68) LALINDE ABADÍA, *El sistema normativo navarro*. AHDE, tomo XL, 1970, pág. 105. En contra de la teoría de la recepción del Derecho romano en Navarra, pero señalando como causa la de evitar la influencia del Derecho aragonés se pronuncia COVIÁN Y JUNCO en su obra *El Derecho civil privado de Navarra y su codificación*. Madrid, s/f, pág. 33. LALINDE dice que los foralistas navarros justifican la recepción del Derecho romano entre los siglos XIII al XV alegando que el fundamento se encuentra en que en el siglo XIII aparece alegada en los documentos navarros la *exceptio non numerate peniae*. Frente a esto alega dicho autor que no se trata de documentos numerosos y los que hay se refieren a personas importantes, dado que uno es una escritura entre Pedro II de Aragón y Sancho VII de Navarra, de los que el primero introdujo el Derecho romano en Cataluña; se alega también que una institución, y precisamente de derecho de obligaciones, no es suficiente para calificar un fenómeno de recepción, para concluir que una intensa recepción medieval en Navarra sólo podrá ser admitida cuando se observe la romanización en otros aspectos más peculiares, como el régimen económico-matrimonial, el régimen de bienes o la sucesión. Véase LALINDE, *Ob. cit.*, páginas 106-7.

(69) En favor de la tesis de LALINDE podría alegarse la opinión de los autores tradicionales de Navarra. Así, por ejemplo, el título que ARMENDÁRIZ da a su Recopilación de leyes de Navarra es el siguiente: *Longissiman additio, deficientibus legibus Regni, an sit iudicandum secundum ius civile, vel canonicum, vel secundum fueros generales, vel particulares, vel secundum leges Tauri, vel Partitarum, vel secundum dieta Sanctorum tam in foro eclesiástico, quam civili, vel in terrie Imperii, et in Regno Aragonum*. Publicada en 1614 y más tarde OLANO justificará la aplicación del Derecho castellano en Navarra. Ello significa que no debía ser tan segura esta recepción del Derecho romano.

aplicación en Aragón del Derecho castellano (70). Esta opinión de Olano, cogida expresamente por Antonio Pérez le hará decir que en Navarra no se aplica el Derecho romano como supletorio, sino el Derecho de Castilla (71). Sin embargo, esta opinión aparece aislada en el contexto del Derecho navarro, puesto que parece probado que cuando la ley de 1576 se refiere a Derecho común, lo hace en la terminología de la época, es decir, identificándolo con el Derecho romano (72), a pesar de la incompatibilidad entre éste y la legislación navarra señalada por Lalinde. El Tribunal Supremo ha reconocido asimismo la vigencia del Derecho romano en Navarra en sentencias de 4 mayo 1863, 15 junio 1865, 21 marzo 1867, 9 marzo 1871, 17 abril 1873, 9 abril 1884, 16 febrero 1887, etc.

La ausencia de un Decreto de nueva planta para Navarra hace que no exista problema sobre la aplicación del Derecho castellano, puesto que su sistema de fuentes permanece intacto hasta la publicación del Código civil, dada la confirmación que de los Fueros de Navarra se hace en la ley de 1839, juntamente con los de Vizcaya. Sin embargo, en este punto debemos destacar una diferencia esencial entre el Derecho vizcaíno y el de Navarra, dado que en este último país las Cortes promulgaron numerosas leyes civiles, cosa que, como hemos dicho, no ocurrió en Vizcaya.

(70) MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis*. Burgos 1575. En el prefacio de su obra dice: "Ius commune in Regno Navarrae non habere vien, nec auctoritatem leges (pár. XIII) en el párrafo XXIV dice: "Et cum leges Regni Castellae sint nostri Catholici Regis, et ipse, si vellet, posse eas dare Navarris, iutissimeque sint, et hac sola ratione ius commune ipsi sequentur, quodi ustum eis videatur; quis quaeso non videt maiori et incomparabili ratione ius Regni nostri sequi et amplecti eos debere?".

(71) Antonio PÉREZ cita a su favor las obras de Armendáriz y Martínez de Olano. También FERNÁNDEZ ELÍAS, en su *Novísimo tratado históricofilosófico del Derecho civil español*. 2.^a edición, Madrid 1880, tomo I, afirma "la Novísima Recopilación en el cuerpo de Derecho vigente hoy en Navarra en una parte del Derecho civil, toda vez que en lo demás se rige el Reino por las leyes generales de la Nación" (pág. 233).

(72) Así opinan YANGUAS MIRANDA, *Diccionarios de los fueros del Reino de Navarra*. San Sebastián 1828, pág. 307. La obra publicada en la colección "Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Navarra". Madrid 1888, pág. 49. MARICHALAR Y MANRIQUE, *Historia de los Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava*, segunda edición, 1868, edición facsimilar, publicada en San Sebastián en 1971, págs. 140-41. ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y leyes del antiguo Reino de Navarra*. Vol. 1.^o, 1.^a edición, Pamplona 1848. Reedición publicada en 1964, pág. 54. LACARRA, *Instituciones de Derecho civil navarro*. Reedición en Pamplona, 1965, pág. 51, aunque afirma que "la Ley de Partida era invocada con frecuencia en el foro de Navarra y también por el Tribunal Supremo en defecto del romano, pero últimamente le negó valor legal para esta provincia". COVIÁN, *Ob. cit.*, págs. 34 y ss. ECHAIDE, *Apuntes sobre la aplicación del Código civil en Navarra*. Pamplona 1891, pág. 18. SANCHO TELLO, *Lecciones de Derecho civil foral*. Valencia 1896, pág. 13. SALINAS, *Ob. cit.*, pág. 223 y LALINDE, aunque este último esté disconforme en cuanto al origen de la supletoriedad.

E) Mallorca

Mallorca pertenece a aquel grupo de países españoles donde ha regido hasta la respectiva Compilación, el Derecho romano; pero si bien en Cataluña y Navarra existe una confirmación positiva de esta vigencia, la ausencia de una disposición concreta en Mallorca hace que existan serias dudas acerca de si se aplicaba el Derecho romano en el momento de la Codificación, o bien, se aplicaba el Derecho catalán.

Parece probado que al conquistar Jaime I las islas Baleares, les concede los Usatges de Barcelona (73); ahora bien, Pascual y González entiende que ello ocurrió sólo en el orden penal, y que no existiría una disposición semejante en el orden civil, por lo que con la disposición de Jaime I se estaría reconociendo implícitamente «la vigencia de otro derecho preexistente que colmaría el vacío» (74). Derecho que identifica con el romano, que no había dejado de regir en las Islas por pertenecer éstas al Imperio Bizantino al tiempo de la confección del *Corpus iusris*.

Sin embargo, Pedro IV de Aragón, el 22 de junio de 1365, sanciona el que se ha llamado Privilegio de San Felú de Guixols, donde se equiparan los mallorquines a los catalanes con las siguientes palabras: «sian hauts e reputats per catalans e puxan alegar aixi com a indubitats catalans de oficis e beneficis del nostre principat de Catalunya... e es hagen de alegar e observar las constitusions generals de Catalunya, privilegis e usatges de la ciutat de Barchinona» (75). La aplicación del Derecho catalán en

(73) Jaime I el Conquistador, en 1248, *Constitucions e ordenacions del Regne de Mallorca, siglos XIII-XV*. Recogidas por Antoni Pons. Mallorca 1932. En el capítulo XIV de la Carta de Franqueza dice: "Plets de injuries, en dans en nafres fetes, sia ennantat segons los usatges de Barcelona".

(74) PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Mallorca 1951, págs. 19 y ss.

(75) Se contiene en el Llibre de San Pere, folio 162; citado por PONS. *Constitucions*, I, p. LXXXIV.

Jaime II, en la confirmación de la carta de franquicia hecha por su padre, establece las siguientes disposiciones.

14. "Propter honorem et utilitatem civitatis et insulae et burgensium ibidem habitantium, additur quod super quaestionibus habendis a delinquentibus procedatur secundum usaticos Barchinonae.

31. "Quod ad ferendas sententias iudices regii et curiae bajuli, vicarii et locomententis, tam civitatis quam aliarum locorum, vocent quilibet octo probos viros idoneos, inter quos si potest fieri, duo sint iuris periti, qui jurent consilium dare secundum consuetudines et libertates insulae, et his deficientibus, juxta usaticos Barchinonae in casibus stabilitis, et in deficientiam istorum secundum ius commune".

Reformas e correccions fetas per Jaime II Rey de Mallorca als privilegis del Conqueridor son pare otorgats al Regne, annullant los instants de que en aquest acte no's fa memoria. Dado en 1299.

Puede consultarse en QUADRADO, *Privilegios y franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas otorgadas por los Reyes de Mallorca, de Aragón y de España*, S. XII-XVII, Palma 1894.

las Islas Baleares parece quedar confirmada por una constitución de Jaime II en 1291, contenida en las Constitucions i altres drets, que dice: «Lo noble infant en Pere mentre sie Procurador de Cathalunya, e los altres Procuradors de Cathalunya, e de las ditas Illas que aquí avant hajan Consellers, e Jutges Cathalans en los fets de Cathalunya, e del Regna de Mallorca, de las ditas Illas, e no altres, persço com los Cathalans saben mils las costumaz, e las observanças de Cathalunya e de las ditas Illas» (vol. 1.º, lib. 1, tít. 68, const. 2); en esta disposición, la última frase, además de significar la existencia de unas costumbres propias, en conjunto parece querer indicar que se enviaban jueces catalanes a Mallorca, porque conocían mejor las costumbres de Cataluña y de dichas Islas, era porque se aplicaba en ellas idéntico derecho que en el Principado (75 bis).

Para los autores mallorquines estas disposiciones que acabamos de citar no parecen tener demasiada importancia, pero para autores más imparciales, como Elías de Tejada y Lalaguna es notoria en ellas una clara influencia de la legislación catalana en la organización social de las Baleares. Elías de Tejada opina que «la legislación mallorquina fue calcada sobre el espíritu abiertamente popular de Cataluña»; aunque añade que «el nuevo Derecho mallorquín es un Derecho inspirado en el de Cataluña», reconoce que es «de cuño diferente: los separa nada menos que el abismo del Derecho feudal» y que en Mallorca los Usatges «extienden por la isla su sombra protectora, al punto de que en el Archivo general de Mallorca se conservan alguno de los mejores ejemplares llegados hasta nosotros, la realidad nueva supera la de la Cataluña continental» (76). Lalaguna, a su vez, después de demostrar con abundantes citas la aplicación del Derecho catalán en Mallorca, concluye: «Para nuestro tema (la enfiteusis), la vigencia formalmente reconocida de los Usatges como Derecho supletorio tiene menos importancia que el hecho social de su general aplicación durante más de dos siglos, desde la Conquista hasta que se destierra su autoridad como derecho supletorio con el triunfo del Romanismo por el privilegio de Gaeta, concedido por Alfonso V el Magnánimo el 17 de junio de 1493, a petición de los jurados de Mallorca» (77).

Sin embargo, los autores mallorquines alegan, en contra de esta tesis, que cuando Jaime II confirma la Carta de Franqueza

(75 bis) MIERES, *Ob. cit.*, tomo II, collatio 10, capítulo VI, núm. 5, página 371 dice que las leyes y constituciones de Cataluña obligan en la Isla de Mallorca y también en la de Menorca y a los ibicencos. Comenta el capítulo de las Cortes de la Reina María como lugarteniente de su esposo Alfonso.

(76) ELÍAS DE TEJADA y GABRIELA PERCOPO, *Historia del pensamiento político catalán. Mallorca y Menorca clásicas*. Madrid 1963, págs. 24-25.

(77) LALAGUNA, *La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares*, Pamplona 1968, pág. 51. Aunque con algunas reservas es también la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*. Madrid, 1899, tomo I, segunda edición, págs. 479-480.

otorgada por su padre Jaime I, declaraba que a falta de privilegios especiales de Mallorca, debería aplicarse el Derecho común, expresión que debe identificarse en la época con el Derecho romano (78), aunque se olvidan de advertir que en la propia Carta, Jaime II lo coloca como supletorio de segundo grado, puesto que antes había declarado como principal supletorio a los Usatges.

Parece, pues evidente, que antes del Privilegio de Gaeta, el Derecho catalán se aplicaba en Mallorca, lo que hace afirmar a Sureda que «la primera fuente de nuestro Derecho positivo está constituida por la Carta de repoblación y disposiciones posteriores de nuestros Monarcas, y la segunda, en concepto de Derecho supletorio, por las Constituciones de Cataluña y los Usatges de la ciudad de Barcelona» (79).

Ahora bien, una clara reacción anticatalana (80) hace que los Jurados de Mallorca pidan a Alfonso V el Magnánimo, en 1439, que declare la independencia formal del Reino de Mallorca y mande que «e en res en lo mon sia sotmés al Principat de Catalunya ne a la observancia de llurs constitucions, ne usatges», sin señalar, al mismo tiempo, un derecho supletorio. Con esta disposición se eliminaba la aplicación del Derecho civil catalán, que antes habían establecido Jaime I y su hijo Jaime II, suponiendo la entrada del Romanismo, como reconoce Elías de Tejada (81). Un autor clave en el contexto mallorquín, como lo es Ripoll niega la aplicación del Derecho catalán en la isla y dice que «todo hace creer que en el inmenso vacío que se observaba en el Reino respecto de la legislación verdaderamente civil se acudió siempre al Derecho canónico y al romano que era el Derecho universal y al que con más facilidad podía llegarse como supletorio», lo cual considera probado por la ausencia de escrituras que se refieren al Derecho catalán (82). En favor de su tesis alega que el contenido de la Compilación de Canet y Mesquida alude a la aplicación del Derecho canónico y a falta del mismo, del Derecho común, pero hay que tener en cuenta que esta Compilación se confeccionó por encargo que recibieron los autores en 1662, lo cual lleva a la conclusión de que no es argumento válido, por cuanto en 1439 se había abolido la aplicación del Derecho catalán en Mallorca.

Es por tanto, a partir de la promulgación del Privilegio de Gaeta que entraría como supletorio el Derecho común, dado que al suprimirse el catalán, resulta lógica la aplicación de un Derecho universal, como lo llama Ripoll y la mayoría de autores mallorqui-

(78) Véase la confirmación de la carta de Franquicia por Jaime II en la nota 73. Sobre este tema puede consultarse SUREDA, *Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca*. R.D.P., 1913, pág. 37.

(79) SUREDA, *Ob. cit.*, pág. 35.

(80) LALINDE, *Ob. cit.*, pág. 105.

(81) ELÍAS DE TEJADA y GABRIELLA PERCOPO, *Ob. cit.*, pág. 28.

(82) RIPOLL, *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*. Palma 1885, pág. 9.

mes (83), pero creemos que es un error anticipar esta aplicación a los tiempos en que Mallorca formaba parte del Imperio bizantino, como quiere demostrar Pascual y González y la razón nos parece evidente: entre el Imperio bizantino y la conquista por Jaime I transcurren muchos años de dominación árabe y durante este período, ¿cuál era el Derecho que se aplicaba? (84), puesto que si la tesis de Pascual y González fuese cierta deberíamos concluir que en España estuvo siempre vigente el Derecho romano, a pesar de la dominación visigoda y de la posterior dominación árabe y creo que esto es insostenible.

El Decreto de Nueva Planta de Mallorca, de 28 noviembre 1715, establecía en su artículo 13 que «en todo lo demás, que no está comprendido en este decreto, es mi voluntad y mando, se observen todas las Reales pragmáticas y privilegiados con que se gobernaba antiguamente la Isla y Reyno de Mallorca, menos en las causas de sedición y crimen de lesa Magestad» (85). Este decreto, en opinión de los autores mallorquines no modificaba el Derecho vigente, sino que a través de la disposición que acabamos de transcribir, no hacía más que confirmarlo (86); en consecuencia, es opinión unánime que hasta la publicación del Código civil, está vigente en Mallorca como Derecho supletorio el Derecho romano e incluso esta vigencia se extiende después de la publicación del Código civil. Así, la sentencia de 12 noviembre 1872 dice: «Considerando que una de esas legislaciones especiales, derivaba en su mayor parte del Derecho romano, es la del antiguo Reino de Mallorca, la cual recibió nueva confirmación por el decreto llamado de nueva planta, expedido por el Rey Don Felipe V en 28 de noviembre de 1716, que forma la ley 1.^a, tít. 10, libro 5 del mencionado Código (La Novísima Recopilación) estableciendo que en todo lo que no esté comprendido en el mismo se observan todas las prácticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la isla de Mallorca...». Pero podemos decir que los autores mallorquines no se plantean una duda que se nos ha planteado en la lectura del texto del Decreto de Nueva Planta de la Audiencia de Mallorca: ¿cómo puede decirse que este decreto mantenga la vigencia del Derecho romano como supletorio del propio, cuando su aplicación no está recogida en ningún privilegio ni pragmática de las que se aluden en el citado Decreto de Nueva Planta? Es quizá por esta razón que en la publicación del Código civil, se re-

(83) Los autores mallorquines se inclinan unánimemente por la consideración del Derecho romano como derecho supletorio. Así, RIPOLL, *Ob. cit.*, pág. 9; SUREDA, *Ob. y lugar cit.*; MASCARÓ Y ALBERTY, *Ensayos jurídicos sobre el Derecho foral en Mallorca*. Palma 1896, pág. 9; BALLESTER, *El Apéndice de Baleares*, "Revista de Menorca", tomo XX, 1925, pág. 67 y PASCUAL Y GONZÁLEZ, *El Derecho romano como supletorio de la Compilación de Derecho civil de Baleares*. RJC 1960, pág. 156.

(84) SUREDA, *Ob. cit.*, nota 2, pág. 12.

(85) *Novísima Recopilación*. Libro 5, tít. 10, ley 1.

(86) Así, SUREDA, *Ob. cit.*, pág. 38 y PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho civil*, cit., pág. 34.

da el artículo 13 del antiguo Título preliminar en el sentido de declarar al Código único supletorio del Derecho mallorquín. De todos modos, reconozco la poca eficacia práctica de esta pregunta, por cuanto se ha admitido normalmente la aplicación del Derecho común en Baleares, no como Derecho propio, como intenta demostrar Pascual, sino como supletorio. En el intento del autor citado por demostrar la vigencia del Derecho romano como propio, juegan un papel muy importante razones de política jurídica, que pueden resumirse en la necesidad de los mallorquines de identificarse como pueblo independiente, lo que hace que se sienta la necesidad de eliminar un elemento a esta independencia, como sería la aplicación del Derecho catalán. De todos modos, el Derecho propio de Mallorca se circunscribía, antes del Decreto de Nueva Planta a pocas materias y éstas eran preferentemente de Derecho administrativo, procesal y penal; en materia civil podían distinguirse varios tipos de instituciones: las propias, reguladas por costumbres, las que en mayor o menos grado recibían influencia catalana, ya fuese por aplicación directa del Derecho catalán, ya porque se tratase de instituciones con una común raíz romana, como la enfiteusis y, por último las reguladas por el Decreto romano como la sucesión intestada. Sobre estas materias, a partir del privilegio de Gaeta y por una práctica forense, se aplicará el Derecho propio de Mallorca y en su defecto el común, aunque el propio Ripoll reconozca que en todo lo demás «*impera la ley común que sin cortapisa alguna viene aplicada diariamente por los Tribunales*» (87).

Este breve examen del conjunto de los Derechos supletorios de los nacionales españoles nos puede llevar a interesantes conclusiones. Todos los derechos territoriales gozaban, hasta la publicación del Código civil de un sistema completo de fuentes formales, basado, eso sí, en la heterointegración, cosa muy propia de la época. Pero este mismo recurso a un cuerpo superior de leyes, sea el Derecho romano o el castellano (como ocurría en Vizcaya), pone en evidencia este carácter de ordenamiento completo que tenían todos los ordenamientos civiles españoles y que hacía que no pudieran ser considerados como privilegios o leyes especiales que regulen aspectos parciales de las relaciones jurídicas que se producen en una sociedad. La previsión de unas fuentes propias de integración y el normal recurso al Derecho romano hace que cada uno de estos sistemas tenga una coherencia interna evidente, coherencia que se verá rota cuando, en 1889, el Código civil se aut nombra derecho supletorio de estos ordenamientos, que en realidad, no lo necesitaban.

Además esta coherencia resultará asimismo rota por la puesta en marcha de la maquinaria administrativa de un Estado centralizador, como lo es el creado a partir de Felipe V, por lo que

(87) RIPOLL, *Ob. cit.*, pág. 12.

todas las leyes dictadas a partir de los Decretos de Nueva Planta sean leyes generales para todo el Estado, siendo como eran, en principio, derecho castellano. Ello traerá consigo los tremendos problemas de aplicación a las regiones con un ordenamiento civil propio, de leyes completamente incompatibles con sus sistemas jurídicos, como ocurrió con la Ley de Mostrencos (88) y si bien es cierto que otras leyes, como la de 1870 sobre matrimonio civil, proclamaron su total respeto hacia los derechos nacionales (89), lo que es absolutamente cierto es que las leyes procesales, los Códigos de comercio (90) y la Ley Hipotecaria partían de bases completamente distintas a aquéllas que organizaron el proceso, el comercio y la propiedad en las nacionalidades españolas, derogando las disposiciones propias sobre estas materias y provocando unos tremendos problemas de adaptación, que aún todavía duran.

II. LA DIRECCIÓN DEL DERECHO SUPLETORIO EN EL PERÍODO DE LA CODIFICACIÓN.

En el período de la Codificación, el problema de la supletoriadad se plantea desde dos puntos de vista distintos: por una parte se examina desde el punto de vista de la necesidad de unificar el Derecho civil en España, lo que lleva a la conclusión de que un primer paso para ello es la proclamación del futuro Código civil como único supletorio de los derechos nacionales subsistentes una vez promulgado el citado Código. Por otra parte, desechada esta idea por antipolítica, la persistencia en la necesidad de unificar el Derecho hace que se llegue a la imposición de un nuevo derecho supletorio a los derechos nacionales, lo cual comporta un total y absoluto absurdo, como luego veremos.

La primera posibilidad es la que expresaba Alonso Martínez en el Proyecto de Ley de Bases de 1881, en cuya base 17 se tolera la conservación de los derechos territoriales, siempre que éstos

(88) Véase, aparte de la discusión en los autores catalanes, la obra de GIL BERGES, *Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea, Estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*. Zaragoza 1920 y las sentencias del Tribunal de Casación de la Generalitat de Catalunya de 26 de julio de 1935, 16 mayo 1936 y 28 mayo 1936.

(89) El art. 1.º de la Ley de 18 de junio 1871, que publica la de Matrimonio civil, decía que "El Gobierno publicará como ley provisional el proyecto de la de Matrimonio civil presentado a las Cortes sin perjuicio de las alteraciones que las mismas tuvieran por conveniente hacer en él en su discusión definitiva, y sin perjuicio además de lo que se dispone por el Derecho foral vigente respecto a los efectos civiles de matrimonio en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes".

(90) El primer Código de comercio de 1829. sustituía todo el sistema catalán de Derecho marítimo, contenido en el Libro del Consulado de mar, cuya vigencia se conservaba expresamente en el art. 57 del Decreto de Nueva Planta.

acepten como único supletorio el futuro Código civil. Así se decía: «Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el Reino, se trasladarán al Código civil en su esencia, las instituciones forales que por su índole pueden y deben constituir con ventaja común, el derecho general de los ciudadanos españoles... En consecuencia con lo dispuesto en párrafos anteriores, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio». Esta idea de pacto sobre la conservación del derecho nacional, a cambio de admitir como único supletorio al Código aparece claramente expresada en la Exposición de Motivos de este proyecto cuando Alonso Martínez dice que «aquellas instituciones jurídicas que en cada provincia de régimen foral deban conservarse por ahora, a condición de que aquel Código constituya en adelante su derecho supletorio, en lugar de las Decretales y Códigos romanos».

Siendo reprobable la idea expresada en estos párrafos transcritos, sin embargo, resulta jurídicamente mucho más viable que la que más tarde se plasmó en la Ley de Bases de 1888, originada en el Proyecto de Silvela, de 1885, porque resulta jurídicamente absurdo creer que existiendo ya un derecho supletorio, que teóricamente cierra el sistema, pueda introducirse uno nuevo, puesto que este último no tendría posibilidad de ser aplicado, ya que se lo impediría la actuación del supletorio anterior.

El Proyecto de 1881 no llega a discutirse, pero hay que poner de relieve alguna intervención de los representantes catalanes en defensa de la subsistencia del derecho supletorio propio. Así, el Senador Marqués de Monistrol, presenta al Senado una Exposición de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Barcelona y de los propietarios de fincas rústicas y urbanas de Cataluña, en la que se pone de relieve la necesidad de conservar el derecho supletorio propio de Cataluña (91).

Pero en una nueva legislatura, se plantea de nuevo el problema de la Codificación. El propio Rey en el discurso de la corona de 20 de mayo de 1884, resaltaba la necesidad de codificar el «Derecho de Castilla», pero sin aludir naturalmente, a otras cuestiones técnicas. Quien plantea un nuevo estilo en la consideración oficial de los derechos nacionales es Silvela, entonces Ministro de Gracia y Justicia, quien propone una fórmula de transacción con los representantes de las denominadas regiones forales en el artículo 5.º del Proyecto de Ley de Bases, presentado el 7 de enero de 1885 al Senado. Dicho artículo decía lo siguiente: «En las provincias y territorios en que subsiste derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos y costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del derecho común de Castilla,

(91) Sesión del Senado de 28 de marzo de 1882. "Diario de sesiones", núm. 78, pág. 1460 y sesión de 16 de marzo de 1882, "Diario", núm. 100, pág. 2034.

de 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». En cuanto a la explicación que se daba en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley en cuestión, hay que decir que se intentaba suavizar esta imposición, por cuanto se decía que en la aplicación como supletorio del Código «no es de temer tampoco dificultad grave, pues las instituciones y materias en las que el actual derecho supletorio completa la legislación foral positiva, son bien conocidas y estudiadas y el Código tendrá muy escaso empleo, quedando sólo como doctrina que pueda resolver algún caso raro, puesto que el pensamiento de la ley no es alterar nada de lo existente, subsistir ninguna fórmula legal o consuetudinaria que hoy se respete o aplique por otra distinta, sino llenar algún vacío, suplir alguna deficiencia en aquello que no contradigan el régimen actual; no se trata, pues, de que desaparezcan el Derecho romano y las Decretales en cuanto ellos completan instituciones forales o desenvuelven en armonía de principios su sentido, sino de que el nuevo cuerpo legal se admita también para suplir los vacíos que esas legislaciones no hayan llenado ya». Pero no es la redacción del artículo 5.º que hemos transcrito más arriba, la que pasa a la discusión del Senado, sino la que propone la Comisión nombrada al efecto para el estudio de la ley de Bases, cuya simple redacción sería muy discutida y más ampliada. Decía el artículo 5.º del Proyecto redactado por la Comisión del Senado que «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio» (92). Sobre esta redacción, pues, se plantea la discusión en el Senado, en los siguientes términos: podemos decir que los senadores se hallan divididos entre los partidarios de conservar el régimen jurídico de los derechos nacionales *íntegro*, es decir, con su propio derecho supletorio, y los que se muestran partidarios de introducir el Código civil, porque así se irá logrando paulatinamente la unificación del Derecho civil en España. Incluso dentro de los miembros de la propia Comisión senatorial dictaminadora, que había redactado el artículo 5.º conservando la integridad del régimen foral, se observa que la tendencia es a suprimir este régimen.

Coronado, Catedrático de Derecho romano, después de decir que el que se denomina Derecho común de Castilla no es tal, sino que Derecho común sólo puede decirse del Derecho romano, concluye que «así como ya quiero y deseo, y creo que será un bien,

(92) Proyecto presentado por la Comisión del Senado el 14 de febrero de 1885. Estaba compuesta por Fco. Cárdenas, presidente. Manuel Silvela, Salvador de Albacete, Manuel Colmeiro y Benito Gutiérrez, secretario.

quede un derecho común supletorio al que pueda acudirse en defecto de las disposiciones legales del nuevo Código que se forma, así también creo debe quedar un derecho supletorio de la legislación foral, y que si merece respeto ese derecho foral y hay consideraciones de gran peso hoy por hoy, para conservarlo *se deje como supletorio en esas provincias el que realmente lo es, el Derecho romano*. Así lo han pedido los catalanes y no pueden menos de pedirlo las demás provincias que se encuentran en este caso» (93). Evidentemente se manifiesta a favor de la conservación de los ordenamientos romano y canónico como supletorio el Senador catalán Maluquer, apoyando el proyecto del Ministro de Gracia y Justicia en contra del de la Comisión, porque señala que «no conteniéndose como Derecho supletorio el romano ni el canónico, con cuya supresión se echa abajo, se mata por completo el Derecho foral de Cataluña». Silvela, por su parte, tranquiliza a Maluquer cuando, con una cierta ironía y empleando el catalán afirma que «se deja por ahora en toda su integridad el actual régimen jurídico de las provincias que tienen legislaciones especiales. Por manera que, si en esas provincias rigen como supletorios el Derecho canónico y el romano, no por ser canónico o romano, sino por estar en las tradiciones jurídicas de esas provincias, quedarán allí rigiendo» y continúa diciendo de forma muy clara que «en este artículo que tanto ha alarmado a S.S. entendemos dejar en toda su integridad las instituciones de que gozan provincias y conservarles su régimen foral sin alteraciones de ninguna especie. ¿Tienen como supletorio el Derecho canónico y el romano? Pues continúan teniéndolos, porque en respecto a la traducción y a los intereses de estas provincias, seguirán rigiendo supletoriamente, si bien no como legislación extranjera, porque no puede admitirse que una parte de España tenga derecho a regirse por una legislación extranjera; pero si los usos y costumbres de Cataluña, por ejemplo, la admiten vigente, toda vez que si la dejamos su régimen jurídico y ese Derecho supletorio, forma parte de él, claro es que ha de continuar» (94).

En las palabras de Silvela se plantea una cuestión que ciertamente no debía tener más importancia que la puramente teórica, puesto que no la encontramos en ningún sitio más: la consideración de la legislación romana y canónica como legislación extranjera. Esta afirmación de Silvela se basa en la distinción de que si el Derecho supletorio romano y canónico se aplicaba como derecho extranjero, entonces la soberanía española no lo podía admitir, porque hubiera supuesto el reconocimiento de la ingerencia de una soberanía extranjera en la ordenación de las relaciones jurídicas de una parte de los ciudadanos españoles; pero que si

(93) Sesión del Senado de 20 de febrero de 1885. "Diario de sesiones", núm. 67, págs. 1258-59.

(94) Sesión de 20 de febrero de 1885. "Diario de sesiones", núm. 67, pág. 1268.

ello se basaba en la aceptación por el ordenamiento jurídico catalán de la supletoriedad de estos ordenamientos, esta aceptación los convertía en derechos nacionales y, en consecuencia, podían ser aplicados sin ningún recelo. Silvela en esta argumentación, olvidaba dos cosas: habían pasado ya los tiempos en que el Derecho romano se consideraba el Derecho de un sistema político concreto, como era el Sacro Imperio romano-germánico, que, por otra parte, no había incorporado nunca a su Corona los territorios españoles; pero además, olvidaba las constantes decisiones de las Cortes catalanas que declaraban supletorios del Derecho catalán el romano y el canónico. Esta aplicación no se basaba, pues, en usos y costumbres, como decía Silvela, sino en normas positivas concretas.

El Senado aprueba, pues, aunque con muchos votos en contra, el mantenimiento de la aplicación de los Derechos canónico y romano como supletorios, siempre que para aquellas materias no reguladas por éstos, se aplique el futuro Código civil. Esta es la argumentación que se utiliza en la Exposición de Motivos del dictamen de la Comisión del Congreso, relativo al proyecto de Ley de Bases presentado por el Senado (95) que dice textualmente: «Cree la Comisión que el Gobierno de S.M. guiado por los importantes estudios de los que le han precedido y por incansantes trabajos de la Comisión general de Codificación y de sus individuos correspondientes, ha conciliado ambas tendencias, pues si, por una parte, el proyecto de Código civil respeta en toda su integridad el régimen jurídico de las provincias forales, como al mismo tiempo adopta en puntos de derecho muy controvertidos soluciones intermedias, y acepta por base de algunas instituciones el principio de libertad de contratación, y regulariza aquellas otras que no presenten diferencias esenciales entre las legislaciones que rigen en España, no cabe duda de que así prepara por medios prudentes y adecuados la unidad de derecho, de la que sólo las relaciones comunes y la mutua conveniencia han de ser con el transcurso del tiempo, eficaces e interesados agentes.

No hará, pues, el Gobierno de S.M. en virtud de tales principios, variación alguna en el régimen general vigente en algunas provincias del Reino, respetando así en tiempo y ocasión en que la unidad y aún la uniformidad van, como forzosamente, imponiéndose, lo que es digno de respeto como rasgo de individualidad vigorosa y característica en aquellos pueblos y razas que vienen desde hace siglos, para nuestra común fortuna, participando en la obra gloriosísima de la unidad nacional».

En consecuencia, según este proyecto de Ley de Bases, el ar-

(95) Proyecto de Ley de Bases dictaminado por la Comisión del Congreso en 6 de junio de 1885. Dicha Comisión estaba compuesta por Alonso Martínez como presidente, Germán Gamazo, Rafael Conde y Luque, Manuel Durán y Bas, Rodríguez de San Pedro, Canalejas y Santiago de Liniens, como secretario.

título 5.º quedaría redactado de la siguiente forma: «Las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El Título preliminar del Código civil en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino».

En esta redacción aparece un elemento nuevo que no surgía en las anteriores leyes de Bases, que es la consideración de una parte del futuro Código como de aplicación general y directa, como lo sería el Título preliminar «en cuanto determina los efectos generales de las leyes y de los estatutos» y las reglas generales para su aplicación. Ya veremos en otro apartado que esta aclaración se introduce de nuevo en la redacción de la Ley de Bases por la Comisión del Congreso encargada de redactar el dictamen, pero el hecho de que aparezca supone la introducción de un elemento nuevo en favor de la progresiva introducción del Código civil en las legislaciones forales, sumando en la obligatoriedad de que se recurriera a él como supletorio.

En el Congreso, durante la legislatura 1884-85, se plantean discusiones en torno al mantenimiento del derecho supletorio propio de los derechos territoriales y concretamente, el importante voto particular de Alonso Martínez en contra de lo establecido en el artículo 5.º del proyecto de Ley de Bases, presentado en el Congreso el 8 de junio de 1885, firmado por el propio Alonso Martínez, Germán Gamazo y José Canalejas. El texto del voto particular diría lo siguiente: «Los Diputados que suscriben, individuos de la Comisión elegida por el Congreso para dar dictamen sobre el proyecto de ley de bases para la publicación de un Código civil, profundamente convencidos de que el interés de la Codificación civil disminuye, si no desaparece, mediante las soluciones que propone la mayoría de la Comisión, con el sentimiento de discrepar de sus dignos y repetables compañeros, tienen el honor de someter a la aprobación del Congreso el siguiente Voto particular sobre el artículo 5.º del proyecto de ley aprobado definitivamente por el Senado, facultando al Gobierno para publicar un Código civil. Artículo 5.º Sin perjuicio de lo que se dispone en la Base 1.ª, en las provincias en que subsiste derecho foral se conservarán por ahora en toda su integridad aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres no puedan suprimirse sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia.

En consecuencia, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias en que hoy se aplican como derecho supletorio».

El paralelismo entre este voto particular y la base 17 del Pro-

yecto de Ley de bases de 1881 es evidente: Alonso Martínez seguía pretendiendo suprimir una parte del sistema de los derechos nacionales españoles para introducir como derecho supletorio un cuerpo extraño (éste sí verdaderamente extranjero para el derecho territorial de que se tratase), cuya aplicación debería ir dirigida a conseguir la unidad jurídica en materia civil, por una vía indirecta; conservando los árboles, se pretendía destruir el bosque, es decir, conservando formalmente algunas instituciones forales, se pretendía destruir el sistema, ya que no otra cosa hubiese sucedido de suprimir los ordenamientos supletorios, introduciendo el Código civil.

El problema de los legisladores de la época era la consideración de los ordenamientos canónico y romano como verdaderos derechos extranjeros y de ahí todo el empeño de Silvela en demostrar que no lo eran y así en el discurso que, como Ministro de Gracia y Justicia, pronuncia en el Congreso el 13 de junio de 1885, antes de la discusión de los votos particulares de Alonso Martínez y Durán y Bas, vuelve a remarcar lo que anteriormente había dicho ya en el Senado y refiriéndose concretamente al voto particular de Alonso Martínez le dice que cuando se realice la codificación del Derecho foral, «en esa codificación se comprenderá todo lo que haya de Derecho romano y de Derecho canónico vivo y existente en la vida jurídica actual de esas provincias, y desaparecerán, por tanto, como Derecho supletorio canónico y el Derecho romano, y quedará únicamente el Código foral en lo que represente las diferencias del Código general en todo lo demás», pero además añade que cuando se produzca, no existirá ningún problema de derecho supletorio, puesto que «se habrá incorporado y quedará estando al lado de ese derecho indígena la parte de derecho romano y de derecho canónico que constituyen con él un solo todo, mas no con el propósito que sería verdaderamente funesto para aquellas provincias, de mutilarlo sólo por el diferente origen de sus leyes y de sus preceptos, que aceptado por aquellas provincias, aunque lleven el nombre de Derecho romano y de Derecho canónico, son verdaderamente Derecho indígena y Derecho foral libremente aceptado, no mutilando lo que al fin y al cabo representa un todo orgánico y armónico» (96).

El discurso de Silvela plantea en realidad muchos más problemas de los que parece querer resolver; en efecto, si tenemos en cuenta que en los derechos territoriales españoles no todos aceptaban al *ius commune* (romano-canónico) como derecho supletorio, sino que existía el grave problema del Derecho aragonés, que sólo por aproximación lo admitía (lo cual justificará la actitud de Gil Bergés que ya expondremos), podríamos decir que en algunos sistemas territoriales sí eran Derecho extranjero los ordena-

(96) Sesión del Congreso de 13 junio 1885. "Diario de sesiones", número 172, pág. 5037.

mientos romano y canónico, porque su legislación positiva no los había refrendado como supletorios, como había ocurrido en Cataluña y Navarra. Por otra parte, las afirmaciones de Silvela, dirigidas a demostrar la unidad interna de los sistemas forales, conducen a otra conclusión, que suponía un grave peligro para la substancia de estos sistemas una vez publicado el Código civil: ello era que se considerase que las disposiciones positivas autóctonas y los supletorios reconocidos por estas disposiciones positivas formaban un todo orgánico, de tal manera que subsistía así el derecho supletorio propio de los derechos territoriales no como un elemento integrador del sistema, sino formando parte del mismo e introduciendo a continuación el elemento integrador, que era el Código civil (97). Con esta concepción se conseguía algo totalmente inadmisibles; la supletoriedad del Código en segundo grado que no hubiera tenido razón de ser si se hubiese continuado considerando a los supletorios como verdaderos supletorios y no como partes integrantes del sistema. Sólo puede existir un único Derecho supletorio, ya que su misión es cubrir las lagunas que se den en el ordenamiento suplido, integrándolas con las normas del supletorio, así es imposible que existan lagunas, porque el Derecho supletorio tiene como misión integrar el sistema, evitando que éstas existan. El ordenamiento supletorio evita que existan lagunas y por ello decimos que es imposible que exista un supletorio de segundo grado, ya que las lagunas se hallarán siempre cubiertas con el supletorio anterior. Lo que ocurrió con esta introducción del Código civil en el segundo grado de supletoriedad es que se introdujeron instituciones que habían permanecido totalmente desconocidas en el sistema nacional de que se tratase, so pretexto de que el supletorio de primer grado no decía nada de ellas y, por tanto, existía una laguna que había que cubrir: así ocurrió en Cataluña, por ejemplo, con el testamento ológrafo, las reservas trocales del artículo 811 C. c. o los retractos de colindantes.

Pero sigamos con la discusión parlamentaria de la ley de Bases del Código civil; el diputado Rodríguez de San Pedro, en la discusión del voto particular a que hemos hecho referencia, después

(97) SILVELA, en sesión del Congreso de 16 junio 1885, "Diario de sesiones", núm. 174, pág. 5085, dice las siguientes palabras, que confirman nuestra interpretación en el texto: "¿Por qué los jurisconsultos y los hombres todos que se ocupan de las cuestiones de Cataluña muestran un empeño decidido en que se respete su derecho supletorio, canónico y romano, y no le siguen los jurisconsultos aragoneses y navarros? Pues es por la sencilla razón de que en el Derecho de Cataluña esta legislación supletoria no merece verdaderamente este nombre: es porque la mayor parte de las disposiciones del Derecho canónico y del Derecho romano forman un todo completo, un todo armónico, y el desmembrarlo constituye una verdadera mutilación en aquellas leyes; al paso que en el aragonés no ocurre nada de esto, sin que pueda tacharse ni a los jurisconsultos ni a los hombres que de estos particulares se ocupan en Navarra, de menos celosos, de menos interesados por sus fueros, ni de menos entusiastas por ellos que los catalanes" y sigue diciendo que "lo que unas y otras provincias defienden y mantienen es la integridad de la vida jurídica".

de establecer que existen dos codificaciones paralelas, la del Código civil y la de los derechos nacionales, que no pueden ser llevadas al mismo ritmo, dice que, al plantearse este punto, si bien existe en la Comisión el deseo de que todas las legislaciones forales tengan el mismo supletorio, es decir, el futuro Código civil, «apreciando la cuestión bajo el punto de vista de la realidad y del estado histórico actual de esas mismas legislaciones forales, no han podido menos de reconocer que allí existen el Derecho canónico y el Derecho romano, y que verdaderamente carecerían de sentido y explicación en la actualidad muchas de las instituciones forales, si no encontrasen su autorizado comentario en las disposiciones del Derecho canónico y del Derecho romano» (98).

El voto particular lo defiende Gamazo el cual, después de equivocarse al hablar del Derecho supletorio del catalán (99) y de establecer cuáles son los distintos supletorios en los distintos derechos territoriales: (100) entiende que debe unificarse el Derecho suple-

(98) Sesión del Congreso de 13 junio 1885. "Diario de sesiones", número 172, pág. 5038.

(99) GAMAZO dice en su discurso que poco tiempo después del Decreto de Nueva Planta, "el rey Carlos III resolvía una cuestión nacida precisamente del decreto de su padre y la resolvía declarando que el Derecho supletorio de la legislación foral en Cataluña era el Derecho español, el Derecho de la Península". Suponemos que se debe aludir al problema planteado por DOU en su obra sobre Derecho público, acerca de la aplicación de la Ley del C. 10.32.24 y a la que nos hemos referido más arriba; pero la cita de GAMAZO es tendenciosa, puesto que precisamente Carlos III resuelve lo contrario de lo que se dice en el discurso. En realidad todo el discurso en defensa del voto particular que había presentado conjuntamente con ALONSO MARTÍNEZ es tendencioso, puesto que se utilizan en él verdades, que pueden demostrarse históricamente en forma contraria a la utilizada en el discurso. Sin embargo, el propio discurso demuestra el profundo conocimiento del autor sobre la materia, aunque la ofrezca tergiversada. Sesión y diario cit., pág. 5040.

Para que pueda comprobarse la idea de GAMAZO sobre el Derecho foral, reproducimos un fragmento de su discurso: "Lo que no se ha dicho nunca, lo que nadie ha pensado es, señores diputados, que se pudiera por unas Cortes españolas, en una forma más o menos directa, al concluir el siglo XIX, proclamar como legislación de España un Código escrito a retazos por la autoridad eclesiástica en un idioma extraño, en la mayor parte de las cosas inútil para los asuntos civiles, y otro Código en que amontonaron las sentencias de muchos sabios en un idioma también extraño y de pocas personas conocido. No, a nadie se le ha ocurrido y nadie lo podía esperar; contra esto se subleva mi conciencia, y contra esto creo ha de sublevarse también la ciencia y la rectitud del señor Ministro de Gracia y Justicia, aunque crea, engañado por un espejismo que yo procuraré desvanecer, que todo lo que hace lo exigen las necesidades de la vida, confundiendo, a mi modo de ver, dos cosas que son completamente distintas: la vida y la preparación para la muerte; la afirmación del principio del Derecho y la abdicación completa del Derecho". Diario y sesión cit., pág. 5041.

(100) En la sesión de 16 junio 1885 (diario núm. 74). GAMAZO da muestras de conocer el tema a fondo, por cuanto habla de Derecho supletorio del vasco, cuando dice que con el art. 5.º de la Ley de Bases "se entendía que derogábamos el Derecho castellano para todos sus efectos; es decir, para la región que disfruta ese Derecho como único y para la región que lo aplica como supletorio" (pág. 5080.)

torio de los forales y pide que «desaparezca el Derecho supletorio, que desde luego no haya más Derecho supletorio que el de la Nación». El propio Gamazo utiliza argumentos demasiado partidistas para basar sus afirmaciones y así después de decir que en Aragón y Vizcaya va a existir otro Derecho supletorio distinto a partir de la publicación del Código civil, puesto que al ser el Derecho castellano supletorio en estos ordenamientos, quedaba sustituido por el nuevo Código, formula un razonamiento en el que se halla implícita una declaración de privilegio para ciertas regiones y así dice que para Aragón y Vizcaya «concluirá el Derecho supletorio, mientras que se mantiene ese Derecho supletorio, Derecho extraño además en Cataluña y Navarra». Esto no es cierto en absoluto, puesto que lo que ocurría en Aragón y Vizcaya no era que el Derecho supletorio concluyera, sino que siendo como era el Derecho castellano supletorio en estos ordenamientos (con dudas en Aragón, como hemos visto), quedaba sustituido por el nuevo Código (101). Esta última afirmación enlaza con el voto particular de Gil Bergés el 19 de junio de 1885, en el que se pedía que se declarase la aplicación inmediata del Código civil en Aragón y así pedía que el artículo 7.º de la Ley de Bases se redactase en la forma siguiente: «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». Este voto particular podría haber conducido a un grave problema, porque podría haberse interpretado en el sentido de la renuncia al régimen foral por parte de Aragón; por ello Alonso Martínez, después de hacer un repaso a todos los supletorios de los Derechos nacionales (102), propone la siguiente redacción, que pasó prácticamente a ser la definitiva; «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 oponga a aquellas disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente están vigentes» (103); con ello se salvaba el problema de la posible renuncia

(101) El argumento utilizado es el siguiente: "consideración que sería igualmente decisiva a mis ojos para mantener el Derecho de Castilla como supletorio en Aragón y Vizcaya, puesto que mantenemos el Derecho canónico y romano en Cataluña y Navarra; porque no veo que sean ciertamente más armónicos el Derecho romano y el Derecho canónico con el Derecho foral de Cataluña y Navarra, que lo son el Derecho nacional y el Derecho foral de Aragón y de Vizcaya. Seamos, pues, lógicos; lo uno o lo otro: si ese argumento de que desarmonizamos el conjunto no basta para detenernos ante la derogación del Derecho supletorio en Aragón y en Vizcaya, tampoco debe ser causa de que nos detengamos en la derogación del Derecho canónico y del Derecho romano en Cataluña y Navarra". "Diario de sesiones", núm. 74, pág. 5083. La falsedad del argumento salta a la vista y no requiere más explicaciones que la aportada en el texto.

(102) Sesión de 19 junio 1885. "Diario de sesiones", núm. 177, página 5230.

(103) Esta redacción, plenamente aceptada en la legislatura 1884-85, es matizada en la legislatura 1888-89 por el propio GIL BERGES, quien dice que "Aragón ha manifestado siempre tendencia a acercarse en cuanto

a la formalidad, puesto que sólo se aplicaría el Código civil como supletorio en lo que no se opusiese al régimen jurídico aragonés (104).

Alonso Martínez es plenamente consciente de que en algunos puntos de España el Código civil empezará a regir directamente como Derecho supletorio y así, en la legislatura de 1887-88, cuando se aprueba definitivamente el proyecto de Ley de Bases en el Congreso dice lo siguiente: «Tengo la opinión de que publicado el Código civil, aunque por de pronto no hayan de regir la mayor parte de sus artículos en las regiones forales, cuando vean un Código sencillo, especie de cartilla de los derechos y deberes que tienen los ciudadanos españoles, así respecto de la familia como de la propiedad y de la contratación, por la fuerza de las cosas, ese Código se irá imponiendo a las regiones forales. Pero ocurre además que dentro del proyecto de ley aprobado por el Senado y por el Congreso, y que es materia de debate, hemos dado una solución razonable a la cuestión; hemos fijado un plazo de cuatro años para traer leyes especiales a estas regiones forales, y cuando se hagan estas leyes el Código civil, el Derecho común será el Derecho supletorio en las provincias de régimen foral. Aparte de que en Aragón y Vizcaya empezará a regir como supletorio desde el momento mismo de su publicación» (105).

Pero resulta altamente significativo observar que incluso aprobada la Ley de Bases, cuyo artículo 5.º mantenía la integridad del sistema, aceptando el Derecho supletorio propio de los sistemas nacionales, se sigue hablando en los Cuerpos legislativos de este problema. Ello arranca ya del texto de la Exposición de Motivos del dictamen de la Comisión del Senado, encargada de estudiar la adecuación del texto articulado del Código civil a lo dispuesto en la Ley de Bases. En dicho texto se decía: «Reconoce la Comisión como todo el mundo, la necesidad imperiosa de metodizar y unificar la legislación diluida en Código, y compilaciones y leyes sin cuento; lamenta, o por lo menos alguno de sus miembros lamenta, que esta obra no resulta positiva y real, una vez que se dejan subsistentes las llamadas legislaciones forales, cuya conveniencia total no considera debida y suficientemente demostrada,

sea posible a la unificación del Derecho. Con este fin patriótico tuve el honor en 1885 de presentar una enmienda, por encargo de las corporaciones, enmienda que luego fue artículo y que conmigo suscribieron otros compañeros. ¿Sabéis para qué? Para que el futuro Código rigiera allí inmediatamente en cuanto se compadeciera con las disposiciones *forales y consuetudinarias*, actualmente vigentes, respetadas ya por el art. 5.º en toda su integridad". Sesión de 2 abril de 1889. Congreso. "Diario de sesiones", núm. 84, pág. 2247.

(104) Sobre la interpretación de las discusiones parlamentarias en este punto puede consultarse el trabajo de JERÓNIMO LÓPEZ, *La conservación de los regímenes forales y las leyes generales anteriores al Código civil*. ADC 1951, pág. 184.

(105) Sesión del Senado de 14 abril 1888. "Diario de sesiones", número 86, pág. 1741.

cuyo mantenimiento no lo estima provechoso a los fines sociales ni adecuado a los sanos principios de la política del derecho» (106) y en otras intervenciones esporádicas se hace referencia a esta supletoriedad de Derechos canónico y romano, con preferencia al Código civil, como en el discurso de Hernández de la Rúa, en el Senado, contestando a Maluquer (107), el de Paso y Delgado, refiriéndose al Derecho supletorio en Navarra (108) y el de Durán y Bas (109).

Evidentemente, la conservación de los supletorios propios de cada uno de los derechos nacionales, va ligada al problema de la conservación de la integridad del sistema y así, sin referirse directamente al Derecho supletorio, sí que existen numerosas alusiones al mantenimiento de esta integridad, ya en la discusión de la Ley de Bases (110), pero quizá de forma más rotunda una vez

(106) Exposición de Motivos del dictamen de la comisión de la Ley de Bases para la publicación del Código civil. Apéndice núm. 1 al "Diario de sesiones del Senado", núm. 305, pág. 406. La comisión estaba formada por Telesforo Montejo y Robledo como presidente, Vicente Romero y Girón, Vicente Hernández de la Rúa, Nicolás de Paso y Delgado, José de Aldecoa, José de la Torre García de Villanueva, secretario.

(107) HERNÁNDEZ DE LA RÚA, en sesión del Senado de 9 de febrero de 1889, "Diario de sesiones" núm. 41, pág. 614, dice refiriéndose a este punto que "ya las constituciones catalanas parten del Rey Felipe V, que es el que estableció allí, si bien no la unificó en un mismo y sólo cuerpo; de manera que son tantas las fuentes del derecho, cuando son tantos los libros que hay que consultar, cuando hay que ir al Derecho canónico, cuando hay que estudiar el Derecho romano, ¿qué es lo que, en suma, produce este cúmulo de legislaciones para poder venir al verdadero conocimiento del derecho? Pues una gran confusión".

(108) PASO Y DELGADO. Sesión del Senado de 15 febrero 1889. "Diario de sesiones", núm. 46, pág. 723, contestando algunas dudas planteadas por el senador navarro Escudero, dice: "Decía S. A., ¿será el Derecho supletorio de Navarra este Código civil? ¿Es que dice el Código en su artículo 12 que en defecto de leyes forales entra el Código civil general como supletorio? No; terminantemente se dice que conservarán en toda su integridad sus fueros las indicadas provincias, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación de este Código, el cual regirá como supletorio. ¿Cuándo? ¿En qué forma? En defecto del que lo sea allí, en defecto del Derecho supletorio que tengan esas provincias.

Sí, por ejemplo, tiene Navarra como Derecho supletorio el romano; si esa o cualquier otra provincia tiene las Decretales, este Derecho supletorio lo seguirá siendo, y sólo en defecto de él, del supletorio, será admitido el Código con tal carácter."

(109) La actuación de DURÁN I BAS en las discusiones parlamentarias de la Ley de Bases, en la legislatura 1884-85 y en el texto articulado del Código civil, siendo ya senador, en la legislatura 1888-89 son altamente importantes. Sus discursos en este último periodo están recogidos en el libro *Colecció dels discursos pronunciats per... en defensa de la legislació civil catalana en lo Senat y en lo Congrés ab motiu de la presentació a las Corts del Codich civil de 1889*. Barcelona 1891.

(110) Es importante citar en este punto el discurso de DURÁN I BAS en defensa del voto particular formulado en contra de las ideas de Gamazo. Ciertamente, la primera parte de su discurso, pronunciado el 18 de junio de 1885, constituye un alegato contra la codificación, de la que no se mostraba partidario DURÁN I BAS, como digno seguidor de la escuela histórica del Derecho, mezclando además el problema con la idea

publicado el texto articulado del Código civil, por cuanto muchas veces sus disposiciones destruían esta integridad. Así la discusión en el Senado la empieza Maluquer quien dice que si bien es cierto que el artículo 5.º de la Ley de Bases proclama el respeto a la legislación foral, estas legislaciones no se respetan principalmente por lo que se refiere al antiguo artículo 15 (111). Pero la discusión se vuelve más agria cuando Luis Silvela afirma que las únicas legislaciones españolas que a partir de la publicación del Código civil no tendrán a éste como formando parte de su sistema jurídico son las de Cataluña y Navarra, «porque son las únicas provincias forales que no aceptan el Código ni como supletorio» (112). Silvela planteaba en este discurso un problema altamente interesante, que dio lugar a pocas discusiones, pero que fue más tarde hábilmente aprovechado por Borrell i Soler para fundamentar la subsistencia del derecho anterior, alegando que no había sido modificado por el Código civil. El argumento de Silvela es el siguiente: cuando el artículo 12 C. c. dice que se mantiene al régimen anterior a la publicación de este Código, hay que entenderlo en el sentido de que este régimen jurídico era el que tenían al publicarse la Ley de Bases, que no comprendía únicamente sus fueros, sino que se incluían todas las leyes que estaban vigentes al publicarse la citada Ley de Bases, como Minas, Aguas, etc. (113). En realidad este es un problema poco tratado o tratado de una forma muy superficial. Cuando se contesta a Silvela, Aldecoa le dice que el Código civil incorpora en su articulado las leyes especiales, que rigen en toda España, *no como leyes forales, sino como leyes de Derecho común* (114). Este punto no se discutió.

política de la Codificación; la segunda parte de su discurso, pronunciado el 18 de junio del mismo año (“Diario de sesiones núm. 176, págs. 5183 y ss.), defiende las legislaciones forales en base a los siguientes argumentos: “Yo propongo que el régimen jurídico de cada provincia foral se formule no puramente en lo diferencial, sino en todo lo que como diferencia es característico y base de cada régimen, y junto a ello, en una u otra forma todo lo que ha de observarse para el complemento de dicho régimen, cual sucede hoy, para que tenga la correspondiente unidad sistemática cada legislación especial en los respectivos territorios forales”. Como consecuencia de ello propone una codificación propia para cada Derecho nacional: “Sin duda allí donde se encuentre completa homogeneidad entre lo general y lo especial, no hallo dificultad en que en lugar de trasladarlo a una ley foral se hagan meras referencias; ... en mi propósito entra que se fije íntegramente el régimen jurídico propio de cada provincia foral sin bastardías ni deficiencias y sobre todo, sin contradicciones en las tendencias o espíritu... que no aparezca subalternizado, si el verbo se me permite, el régimen foral al régimen general, sino en que aparezca cada régimen íntegro para cada provincia o región”.

(111) Senador JOSÉ MALUQUER. Discurso pronunciado el 9 de febrero de 1889. Recogido en el libro de los discursos citado, págs. 23 y ss.

(112) Sesión de 29 febrero 1889. “Diario de sesiones” núm. 49, página 794.

(113) Sesión del Senado de 14 febrero 1889. “Diario de sesiones”, número 45, pág. 698.

(114) ALDECOA, por la Comisión del Senado. Sesión de 19 febrero-1889, “Diario de sesiones”, núm. 49, pág. 802.

más en el Senado, pero fue planteado de nuevo en el Congreso, en el discurso del catalán Vilaseca (115) y que había sido objeto de controversias en Cataluña, en relación a la Memoria de la Academia de Jurisprudencia y Legislación (116).

La transcripción de estos puntos de la discusión parlamentaria viene a demostrar que, tras una pretendida voluntad de conserva-

(115) VILASECA, en sesión del Congreso de 2 abril 1889, dice lo siguiente sobre este punto: "Nos vamos a encontrar, publicado el Código, con leyes especiales derogadas en absoluto y con leyes especiales subsistentes. Quizá la solución se ofrezca clara y sin dificultad por lo que toca a los territorios de Derecho común. Respecto de las leyes derogadas se habrá de estar exclusivamente a lo que disponga el Código sobre las materias de que ellas se ocupan respecto de las declaradas subsistentes, éstas, en cuanto sean deficientes, quedarán suplidas por el Código por lo que dispone el art. 16 y en cuanto resulten modificadas, bien modificadas estarán, ya que el Código es una ley posterior.

Pero ¿qué va a suceder en las provincias que quedan sujetas al régimen foral y sobre todo en Cataluña?...

A mi juicio, respecto de las subsistentes, en los territorios de Derecho foral, toda vez que allí se las impuso como de aplicación general, y como de aplicación general han sido observadas, habrán de seguir rigiendo, pero sin las modificaciones del Código, porque esas modificaciones se introducen en títulos que no son aplicables a las provincias y territorios de derecho especial. ... Resultado de lo manifestado: una doble legislación desde 1.º de mayo próximo, sobre puntos y materias respecto de las cuales ha habido hasta ahora una legislación uniforme, completamente uniforme, en todo el Reino".

En cuanto a las leyes derogadas por el Código, dice: "algunas leyes especiales que han sido derogadas en absoluto por el art. 1976, como son las de matrimonio civil, gracia y sacar y otras. Estas desaparecen por completo de la esfera del Derecho común, y de éstas se ha dicho que ni siquiera como Derecho supletorio pueden ser invocadas.

¿Sucederá lo mismo en las provincias y territorios en que se declara subsistente el Derecho foral?

Esto sostienen muchos, y esto además sería lo racional, porque no se comprende que un cuerpo, siquiera sea un cuerpo legal, esté muerto y esté vivo al mismo tiempo. Además sería ilógico, porque si esas leyes se dictaron como generales, ya que como generales desaparecen, es consiguiente que desaparezcan para todos. Y sería legal también, perfectamente legal, porque el art. 12, tantas veces citado, ha dicho que en las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral se mantenga en toda su integridad; y como esas leyes no han constituido Derecho foral, sino general, aunque ese art. 12 habla asimismo de régimen jurídico, bien puede decirse que ese régimen jurídico no puede ser otro que el foral.

Pero ¿es así como se entenderá? Yo temo que no; y temo que no y lo voy a decir francamente, porque constituyendo el art. 1976 un precepto legal que no está contenido en la parte del Código declarada subsistente para las provincias de Derecho foral, se puede sostener que la derogación que se hace ese artículo no ha de tener aplicación en las provincias y territorios de ese derecho, y que en éstos han de quedar subsistentes las leyes especiales que para el resto de España se declaran derogadas. Resultará que esas leyes especiales se tendrán como formando parte del régimen jurídico de esas provincias y territorios y no podrá acudir al Código como Derecho supletorio, porque encontraremos derecho principal bien definido, con lo cual el Código ha de quedar excluido".

Verlo en el Libro de los discursos, cit., págs. 302-305.

(116) A ella se alude claramente en el discurso transcrito en la nota anterior.

ción de los sistemas forales, latía la idea de unificar el Derecho civil, con la progresiva implantación del Código civil, que empezaría rigiendo como supletorio, para ir integrándose en la vida jurídica de las regiones y acabar por ser el único Derecho civil vigente en España. Las regiones con Derecho civil propio lo irían postergando, según esta idea, para adoptar al Código civil, que en aquellos momentos representaba un ideal más perfecto y avanzado de leyes que las que podían aportar los Derechos nacionales.

III. CONSECUENCIAS POSTERIORES DE LA CODIFICACIÓN.

Al entrar en vigor el Código civil, la declaración de su artículo 12 C. c. produjo una de las crisis más agudas por las que han pasado los derechos nacionales desde el Decreto de Nueva Planta. Hemos dicho ya que el antiguo artículo 12 reconocía la subsistencia del sistema de fuentes legales propio de cada uno de los derechos nacionales, pero introduciendo como supletorio un cuerpo totalmente extraño e incluso contradictorio muchas veces, con el sistema de cada uno de ellos. Por otra parte, la ausencia de codificación de los derechos forales, dado que nunca se llevó a cabo la pretendida codificación en Apéndices, salvo en Aragón, comportaba una dificultad nada despreciable en conocer cuál debía ser el derecho aplicable en cada una de las regiones.

Pero la introducción del Código civil como derecho supletorio trajo consigo un problema todavía más agudo: ya hemos puesto de relieve cómo resulta totalmente absurdo introducir un nuevo derecho supletorio, porque la existencia de unos cuerpos integradores elimina totalmente la posible existencia de lagunas de la ley y por tanto, no se necesita más de un supletorio. Ello comportó que se introdujeran en los sistemas forales instituciones verdaderamente desconocidas en dichos sistemas, que repugnaban a su coherencia interna y que, en algunos casos, han acabado por incorporarse a las Compilaciones, como si de derecho propio se tratara. Ello ocurrió, por ejemplo, con la reserva troncal del artículo 811 C. c., recogida hoy en el artículo 272 de la Compilación catalana, con el testamento ológrafo, que tampoco se conocía en derecho catalán, que sólo aceptaba el *parentum inter liberos* del Derecho romano o con los retractos de colindantes, que se aplicaron, por constituir un avance técnico en esta materia, en opinión de los expertos.

Ello nos lleva a preguntarnos varias cosas: ¿cuál era el régimen jurídico existente en Cataluña y en el resto de las regiones forales al promulgarse el Código civil? y además, ¿en qué ocasiones era lícito utilizar la supletoriedad del Código por no hallarse la institución regulada en los derechos regionales de que se tratase o regulada deficientemente? La respuesta a estos interrogatorios debía ser consecuencia de un punto previo de partida, puesto

que si consideramos que los derechos regionales son sistemas completos que viven en pie de igualdad con el Código civil llegaremos a la conclusión de que en contadas ocasiones podía haberse producido la introducción masiva de las instituciones codificadas, bajo el pretexto de que no estaban reguladas o lo estaban deficientemente en los derechos de que se tratase; pero si se parte de la idea de la excepcionalidad de los derechos territoriales, como parece partirse en casi todas las sentencias del Tribunal Supremo y en las obras de los juristas castellanos, es lógico llegar a concluir que el Código debía siempre actuar como supletorio, dado el escaso número de instituciones que componían el panorama jurídico en las regiones.

Limitándonos a Cataluña, por sernos más conocido el problema, cabría decir que el Derecho civil catalán, a la hora de la entrada en vigor del Código civil, estaba compuesto por varios tipos de normas: por una parte, su derecho propio, contenido en las Constitutions i altres drets de Catalunya, vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto de Nueva Planta. Pero este derecho propio, al contrario de lo que se cree por la mayoría de los autores, no había quedado desprovisto totalmente de evolución, ya que, por una parte, el uso de la costumbre *praeter* y *contra legem* y, por otra, la potestad legislativa de los Monarcas del siglo XVIII (117), le había proporcionado un medio de evolución, que realmente se vio truncado después de las Cortes de Cádiz y de la conclusión de legislar de manera uniforme para toda España. Después de la Guerra de la Independencia, los reyes españoles promulgan leyes uniformes para todo el territorio, leyes que recibirán el nombre de generales y que tendrán la virtud de modificar las normas propiamente forales sobre algunas materias. Es conocida la polémica en torno a la Ley de Mostrencos, de 1835 (118) y la referencia que en la Ley de Matrimonio civil de 1871 se hace a la conservación del régimen foral sobre aquella materia. Por tanto, las leyes generales, en tanto que leyes generales y porque, además, modificaban la legislación civil propia en algunos puntos, formaban parte del régimen jurídico de las regiones. La incidencia de las leyes generales ya fue altamente perturbadora para la

(117) Según BROCA, los reyes posteriores a Felipe V dictaron disposiciones especiales para Cataluña y así cita una pragmática de Fernando VI, de 9 de julio de 1750, relativa a la reducción de pensiones en los censales y de los censos redimibles, extendiendo a Cataluña otra pragmática dada en 1705 para Castilla y León; una real cédula de 27 de febrero de 1742, sobre la retención *pro creditis*; la Real provisión de 26 de noviembre de 1736, relativa a los testamentos autorizados ante párroco; una Real resolución de 13 de marzo de 1753 estableció reglas para la regulación de los testamentos nuncupativo y cerrado en poder del notario, derogando el *Recognoverunt* en algún punto y otras que cita. Véase *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*. Barcelona 1914, págs. 433 y ss.

(118) Véase sobre el mismo, lo dicho en la nota 88.

subsistencia y coherencia interna del sistema catalán o vasco, etc., pero en este orden podía decirse que como leyes generales, se aplicaban de forma uniforme en todo el territorio español, y en lo que ellas no recogían, actuaba como derecho supletorio el propio de aquel territorio donde debieran aplicarse. Pero la vigencia del Código civil plantea además, un nuevo problema. Supuesto que el régimen jurídico de las regiones se componía del derecho general y de su propio derecho, que actuaba siempre como supletorio del anterior cuando debería aplicarse en las regiones, ¿qué ocurrirá a partir de la publicación del Código civil? Porque, por una parte, el Código vendrá a sustituir muchas veces las leyes generales que estaban vigentes a su entrada en vigor, pero en otras, como la Hipotecaria, la de Minas, Aguas, etc., se limita a recoger en su articulado los principios generales que las informan, como si se tratase de unas bases, dejando el desarrollo ulterior a la ley ya existente, de manera que el Código no deroga estas leyes, sino que las deja subsistentes. Pero a partir de este momento y, después de la declaración del antiguo artículo 16 C. c. el supletorio de esta legislación, por otra parte bastante abundante, será el propio Código, olvidando que en muchas ocasiones habrá que acudir a ciertas instituciones reguladas de forma distinta en el Código y en las legislaciones de que se trate. Es cierto que no puede decirse, como lo hace Borrell i Soler (119) que el sistema catalán esté compuesto por la legislación general y por las instituciones propias, por cuanto las leyes generales, formando parte del sistema catalán por ser generales, sin embargo no forman el sistema peculiar de Cataluña. El hecho de que deban aplicarse en Cataluña no las foraliza, por decirlo así. Pero también es cierto que no puede aplicarse un régimen distinto a los catalanes cuando se trata de aplicar una ley general o una institución de derecho propio: así no puede medirse la capacidad de un modo distinto si la examinamos porque debemos aplicar la Ley Hipotecaria, o si debemos aplicar una institución de la Compilación. Por esta razón, creo que la promulgación del Código civil vino a romper esta coherencia interna, por cuanto su artículo 12 proclamaba su supletoriedad en relación a la legislación especial, excluyente de los derechos forales cuando hay que aplicarlos integrando las leyes especiales.

Lo que acabamos de decir nos lleva a otras consideraciones: supuesto que el régimen propio de las regiones lo formaba la legislación general y sus propias instituciones, ¿es cierto totalmente que el Código civil respetaba la integridad de este sistema? El problema lo ponía de relieve ya que Maluquer en su discurso en el Congreso el 20 de marzo de 1889 (120) y es absolutamente cierto que después el Tribunal Supremo admitió que el Código civil había

(119) BORRELL I SOLER, *El Còdic civil a Catalunya*. Barcelona 1904, pág. 56.

(120) MALUQUER I VILADOT. Discurso pronunciado en el Congreso en 20 de marzo de 1889. Recogido en el Libro de los discursos cit., pág. 257.

derogado todos los preceptos de las leyes generales que habían sido incorporados a su articulado y que por ello era aplicable el Código civil y no la Ley general (121).

La problemática de la aplicación del Código en defecto de leyes generales sigue viva después de la publicación del Código civil. Así la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, en su dictamen publicado en 1895 (122), entendía que el régimen jurídico de Cataluña que se conserva *por ahora* en el artículo 5.º de la Ley de Bases y en el artículo 12 del Código civil estaba formado, como había dicho ya Luis Silvela en el Senado, por todas las leyes que regían hasta la publicación de dicho Código, amén de las peculiares disposiciones catalanas. También Borrell i Soler entendía que las leyes generales posteriores al Decreto de Nueva Planta

(121) Así, por ejemplo, la sentencia de 20 de marzo de 1893, referida a una sucesión intestada en Cataluña, a la que declara aplicable la Ley de Mostrencos, la de 3 de febrero de 1896 que dice que “si bien el régimen jurídico que existía en Cataluña en materia de enfiteusis al publicarse el Código civil era el establecido por las disposiciones de carácter general contenidas en la Ley de señoríos de 3 de mayo de 1823, mandada observar de nuevo en 2 de febrero de 1837, y en la Real Cédula de 17 de enero de 1805, a la que expresamente se refirió dicha ley, cuyos amplios efectos han sido determinados por la jurisprudencia, y entre cuyas disposiciones resalta el principio de la redimibilidad de los expresados censos, es por lo mismo evidente que a semejante estado *ha venido a sustituir el del Código aplicable a Cataluña*, según el art. 12 del mismo, en todo aquello que había dejado ya de constituir su régimen foral especial”.

Asimismo la sentencia de 16 enero de 1897 dice que “según reiterada jurisprudencia de este Supremo Tribunal, el párrafo 2.º del art. 12 del Código civil, que declara subsistente el Derecho foral en su integridad, no ha alterado absolutamente en nada las condiciones y extensión del expresado derecho en cuanto fue modificado por las leyes de carácter general, siendo igualmente aplicables a las provincias y territorios en que aquél subsiste las variaciones introducidas en estas leyes”.

También la resolución de 15 de noviembre de 1899, relativa a un problema de disposición de bienes dotales inestimados, dice que “el Tribunal Supremo, al interpretar el art. 1.976 del expresado Código en sus relaciones con el art. 12 del mismo, ha sentado en repetidas sentencias, y especialmente en las de 3 de diciembre de 1895, 3 de febrero de 1896 y 9 de abril de 1898, la doctrina de que “las instituciones de derecho regidas exclusivamente por la legislación común cuando se publicó el Código civil en territorios en que rigen disposiciones forales, están sometidas a las prescripciones de dicho Código como ley general”.

(122) Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Régimen jurídico de Cataluña después de la publicación del Código civil*, R.J.C., 1895, especialmente página 97, donde se dice: “porque real y positivamente, la idea a que el legislador alude, es la de conservación de la legislación civil o del régimen jurídico (usa también indistintamente una u otra frase) de aquellas provincias o territorios que debiendo distinguirse con uno u otro nombre se han apellidado forales”; en la página 95 había dicho que no existe en Cataluña el Derecho general y el Derecho foral, porque “nada importa que al dictarse para Cataluña unos preceptos estos mismos preceptos se dictaran a un tiempo para otros territorios; no por esto estos preceptos dejaban de constituir menos el Derecho de Cataluña que aquellos otros preceptos que en otros tiempos exclusivamente para Cataluña fueron dictados; al combinarse, y al engranar con las demás instituciones de nuestro suelo, formaban el conjunto del *Derecho civil* de Cataluña.”

no habían sido sustituidas por el Código (123), si bien para Martí i Miralles, el régimen jurídico catalán estaba formado sólo por la legislación propia y las leyes generales habían sido derogadas por el Código civil, por lo que había que aplicarle en esta materia (124); por su parte, Brocá dice que «nadie ha dudado de que el Código civil dejó subsistentes las disposiciones dadas especial y directamente para Cataluña con posterioridad al Decreto de Nueva Planta, las generales que el mismo Código declara subsistentes y aquéllas que, versando sobre materias no reguladas en él, ni remotamente puede pensarse que fueron derogadas. Respecto de las generales cuya materia ha sido objeto de las disposiciones del Código civil, dividiéronse las opiniones», cita en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1892, relativa a Navarra, que dice que si en materia de tutelas y curadurías se aplicara el Código civil, éste no sería supletorio sino derogatorio, porque el artículo 12 excluye terminantemente la aplicación de todo el contenido del mismo cuerpo legal, salvo lo que de un mo taxativo consigna; en contra, cita la circular del Fiscal del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1893, quien dice que el artículo 12 C. c. «llevó a la legislación de Cataluña un elemento del que antes carecía; llevó el Derecho civil general, el castellano, a ocupar un lugar, siquiera el último en el orden de prelación de sus códigos» (125), de lo que deduce Borrell i Soler que en sustitución de las leyes generales hipotéticamente derogadas, deberían entrar en las demás disposiciones propias y sobre todo las supletorias del Derecho catalán aplicables al caso, antes de tener que recurrir al Código civil (126).

El problema de la supletoriedad del Código es tratado de una manera muy superficial por los proyectos de Apéndice catalanes al Código civil, limitándose aquí sólo a los publicados después del Código. El Proyecto de la Academia de Derecho (127), hace

(123) BORRELL I SOLER, *Ob. cit.*, pág. 67.

(124) MARTÍ I MIRALLES, *Estudio sobre el artículo 12 del Código civil*. Barcelona 1901, págs. 39 y ss.

(125) BROCA, *Ob. cit.*, pág. 488.

(126) BORRELL I SOLER, *Ob. cit.*, pág. 63.

(127) Academia de Derecho de Barcelona. *Proyecto de Apéndice al Código civil para Cataluña*. Barcelona 1896. Art. 1.º: Ahora bien, en la exposición que precede al articulado, los autores del citado proyecto ponen de relieve que “el Código civil irá acentuando la introducción de preceptos en pugna con el Derecho catalán constituido, ora dejando, lo que es más grave aún, a las sutilezas de la crítica y a las veleidades de la jurisprudencia la determinación del régimen jurídico que había de conservarse en Cataluña durante el período, más o menos largo, de transición que mediar desde la publicación del Código a la del Apéndice, ha dado al problema caracteres de conflicto inmediato” (pág. 13). Claramente preveía, además, la desaparición de la vigencia del segundo párrafo del antiguo artículo 12, cuando se decía que “Una vez publicado el Apéndice, cesará ya de estar en vigor el párrafo 2.º del art. 12, cuya redacción, dando pie a interpretaciones y críticas, ha venido a aumentar la perturbación anárquica producida en el Derecho catalán, hasta el punto de no saberse con fijeza cuál sea el régimen jurídico vigente” (pág. 22).

extensivo a Cataluña el Código civil, con lo que está reconociendo el carácter excepcional del Derecho catalán; Almeda no se refiere a él en su proyecto (128); en cambio, Romani y Trías i Giro rechazan de plano la aplicación en Cataluña del Código civil, siquiera sea como supletorio. Dado que en el artículo 7.º del Anteproyecto admitían la aplicación *in totum* del Título preliminar del Código civil, debían especificar qué es lo que se entendía en Cataluña por principios generales del Derecho (129) y así, en el artículo 8.º del citado Anteproyecto establecían que «para la aplicación de los principios generales de Derecho, establecida en el artículo 6.º del Código civil, se observará la siguiente prelación: 1.º las reglas establecidas en este Apéndice y aplicables a casos análogos al dudoso; 2.º las establecidas en la opinión científica o en las legislaciones españolas o extranjeras, en casos iguales o análogos; 3.º el Derecho canónico comprendido en las cuatro compilaciones del *Corpus iuris canonici*; 4.º el Derecho romano comprendido en las compilaciones del *Corpus iuris civilis*» (130).

(128) ALMEDA y TRÍAS I DOMENECH, *Anteproyecto de Apéndice del Derecho catalán al Código civil*. Barcelona, s/f.

(129) ROMANÍ I PUIGDENGOLAS y TRÍAS I GIRO, *Anteproyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*. Barcelona 1903. En el prólogo del citado anteproyecto, los autores introducen una serie de novedades hasta aquel momento realmente impensadas. Así, se dice que “se elimina de este contenido (del Derecho civil catalán) el art. 12 del Código civil, pues desde el momento en que en Cataluña rijan los Apéndices, cesa ya el imperio solamente interino o transitorio de las disposiciones de este artículo, las cuales quedan sustituidas por el artículo 7.º de este Apéndice”. El art. 7.º establecía que “son aplicables a Cataluña las siguientes disposiciones del Código civil: 1.ª Las que en este Apéndice se declaran especialmente aplicables. 2.ª El título preliminar, excepto el art. 12, cuya disposición queda sustituida en Cataluña por las disposiciones del presente Apéndice. 3.ª Las disposiciones del Título IV, libro 1.º, excepto en su sección 4.ª”.

Pero además, se rechaza la aplicación del Código civil como Derecho supletorio, basándose en la necesidad de dar fijeza al derecho aplicable y así lo justifican de la siguiente forma: “La Comisión, en este punto, respondiendo a esta misma tendencia, ha creído que daba fijeza a su derecho y orientación a los Tribunales que han de aplicarle, señalando taxativamente y una a una todas las disposiciones del Código civil aplicables al Principado de Cataluña. Fuera de ellas los tribunales ya sabrán que a las relaciones jurídicas regulables por la ley catalana no cabe aplicar otras, y esta concreción facilita notablemente el trabajo de los juzgadores y les conquistará seguramente grandes prestigios ante la opinión pública, pues hoy, en la incertidumbre en que vive el Derecho catalán, cada nueva aplicación del Código civil al Principado de Cataluña la recibe la opinión como empeño de los tribunales en imponer el régimen del Derecho castellano” (pág. 21).

(130) La justificación de esta enumeración de fuentes se hace en el prólogo de la siguiente forma: “La Comisión ha creído de su deber concretar el uso de los principios generales de derecho admitidos como fuente supletoria en el art. 6.º del Código civil. Disposición análoga establecida en la ley de introducción del Código civil de Italia se ha prestado en dicho país a diferentes interpretaciones, y respetables jurisprudencias entienden que a título de principios debieran aplicarse los del Derecho romano como legislación algún tiempo universal y base aún de las legislaciones euro-

En este sentido también Permanyer, redacta, en su Proyecto de Apéndice al Código civil un segundo párrafo del artículo 6.º en el que se dice que «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho, especialmente los de la Legislación Romana y los fundados en la doctrina de los autores basada en la misma (131). A su vez el Apéndice de Derecho catalán de 1930 contenía dos disposiciones fundamentales en la materia, se trata de los artículos 1 y 3, cuyo texto era el siguiente: Artículo 1.º: «En Cataluña regirán en materia de Derecho civil los preceptos de este Apéndice como expresión del régimen jurídico especial de su territorio a los fines previstos en el artículo 12 del Código civil; y sólo en defecto de tales preceptos, o de costumbre que los complete o supla, se aplicarán como Derecho supletorio, las disposiciones del Código y de las leyes de carácter general que modifiquen o adicione el propio Código en materias no reguladas en este Apéndice» y el artículo 3.º establecía que «en todos los casos en que para la aplicación de este Apéndice aparezca incompatibilidad entre sus preceptos y los del Derecho común que puedan entenderse aplicables como supletorios, deberá acudir a las disposiciones que han regido según la ley única, tít. 30, lib. 1, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña» (132). Este último artículo respondía a una metodología

peas. Y en España la tendencia del Tribunal Supremo a rechazar los recursos fundados en la infracción de los principios generales de Derecho, prueba también las vacilaciones de los funcionarios del poder judicial en la concreción de esta fuente. No hay duda, por otra parte, de que una vez admitida debe ajustarse al criterio y espíritu del Derecho a que se aplique como supletoria, y de ahí, una vez admitida la conveniencia de esta concreción, reconocida también la necesidad de realizarla dentro de cada legislación y con arreglo al espíritu general que respectivamente las informe. He aquí porque la Comisión ha regulado este punto, y porque ha dado entrada a los elementos canónico y romano que integraron por algunos siglos el *Derecho común europeo* y fueron especialmente la base del catalán" (págs. 21-22).

(131) PERMANYER I AYATS, *Proyecto de Apéndice al Código civil*. Barcelona 1915.

(132) *Apéndice de Derecho catalán al Código civil. Proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminente jurisconsulto don Manuel Durán i Bas. Revisado y completado, después de información pública, por la actual Comisión, constituida de acuerdo con el R. D. de 24 de abril de 1899*. Barcelona 1930. En la introducción se dice lo siguiente, después de reconocer la necesidad de fijar el régimen jurídico de Cataluña: "Era necessari que, abans de resumir en el text d'un Apèndix tot el que resta vigent d'aquestes fonts de dret, d'origen tan divers o de contingut tan complexe, quedés ben clar, en primer lloc, que el Codi civil i les lleis generals que el complementen regiran com a dret supletori, no directament de les Constitucions, sino del dret que dintre de Catalunya ha esdevingut dret propi com a supletori d'aquelles, i en segon lloc, que per interpretar el contingut i suplir les possibles deficiències de l'Apèndix, es té de donar preferència a les fonts del nostre dret propi per damunt de tot altre text legal.

Aquest és el criteri que la Comissió desenrotlla amb la màxima cla-

muy grata a Martí i Miralles quien entendía que con la Codificación no debía hacerse tabla rasa del Derecho anterior y así, en una conferencia pronunciada en Valencia justificaba este sistema comparándolo con el utilizado por el vigente *Codex iuris canonici*, con lo que se conservan las legislaciones anteriores, «tanto en el concepto de fuente supletoria, como en el de fuente interpretativa» (133). El Proyecto de 1956 recogía en buena parte lo establecido en el de 1930 y así en el artículo 6.º se decía: «Si no obstante lo prevenido en el artículo anterior, las disposiciones a que se refiere resultaren obscuras o insuficientes, se aclararán o completarán por la costumbre local o territorial y, en su defecto, por el Código civil y por las leyes de carácter general que las modifiquen o adicionen. Estas leyes se aplicarán también a las anteriores civiles no reguladas en la Compilación».

La importancia de la regulación que preveía el Proyecto de 1956 residía en este *artículo anterior* citado en el artículo 6.º, que establecía el procedimiento interpretativo e integrador de las normas del Derecho catalán contenidas en la Compilación; el artículo 5.º decía lo siguiente: «Las normas de esta Compilación se interpretarán e integrarán por los textos originarios y conforme al siguiente orden prelativo:

- 1.º *Constitucions i altres Drets de Catalunya*, texto de 1704.
- 2.º *Corpus iuris canonici* y legislación canónica recibida posteriormente.
- 3.º *Corpus iuris civilis*.
- 4.º Doctrina común y constante de los autores de Derecho catalán, canónico y romano.
- 5.º Opiniones de aquellos autores aceptadas en Sentencias de la Antigua Audiencia Real de Cataluña o del Tribunal Supremo de Justicia» (134).

redat que ha pogut en el Títol primer del projecte. L'article 3 estableix com a regla d'aplicació de l'Apèndix que sempre que hi hagi incompatibilitat entre un dels seus preceptes i un altre del dret comú que es cregui aplicable com a supletori, s'estarà a les disposicions que han estat vigents segons la llei única, tit. 30, llib. I, vol. I de les Constitucions de Catalunya i que són totes les fonts del nostre dret propi" (pág. 19).

(133) MARTÍ I MIRALLES, *El Derecho civil de Cataluña en sus relaciones con el llamado "Derecho común"*. Conferencia leída en el Colegio de Notarios de Valencia el 12 de mayo de 1934. La Notaría, 1934, págs. 12-18.

(134) La doctrina del Tribunal Supremo se mostró contraria a aceptar la doctrina de los autores como fuente del Derecho, a pesar de la declaración de la Constitución de 1599. Entre otras, podemos citar las sentencias siguientes: 12 noviembre 1894, 16 abril 1898, 19 febrero 1898, 20 diciembre 1899, 2 febrero de 1900, 17 de marzo de 1927. La de 29 de noviembre de 1927 repudiaba las "opiniones de los comentaristas, por respetables que sean que contribuirán, como contribuyen con sus decisiones a ilustrarla (la jurisprudencia), pero no a formar doctrina". La de 18 de enero de 1930 dice que "las opiniones de los tratadistas o jurisconsultos

El orden de este artículo es muy parecido a lo que en 1973 dispone la Ley 1.^a, párrafo segundo de la Compilación de Navarra (135). Hay que tener en cuenta, además, que el proyecto de Compilación de 1956 no contiene disposiciones finales y, por tanto, no aparece aquí la disposición final segunda, que declara supletorio del catalán al Código civil.

Hoy, dadas las disposiciones de las diversas compilaciones en este sentido, es indudable el carácter supletorio del Código civil; ya Castro había dicho que «la condición de último Derecho supletorio hace del Código civil el único Derecho supletorio de los Derechos forales con carácter de verdadero derecho común y de continuador del anterior Derecho común patrio» (136). Pero si bien es indudable que hoy el Código civil es el único supletorio de los derechos nacionales españoles (137), no es, sin embargo, de aplicación indiscriminada, porque la mayoría de las Compilaciones han incluido en sus artículos una disposición que priva la aplicación de esta supletoriedad cuando vaya en contra de los principios generales del Derecho de que se trate. Si esta disposición hubiera estado contenida en el anterior artículo 12 C. c. se hubiese evitado quizá esta aplicación indiscriminada del Código que provocó la introducción de instituciones verdaderamente desconocidas en el sistema de los derechos de cada región. Hoy, el

sólo constituyen doctrina legal a tenor de lo dispuesto en la Constitución única, tít. 30, libro I de las del Principado, y según la sentencia de este Tribunal de 4 mayo 1859, cuando apareciese su conformidad, y la aplicación constante por los Tribunales del territorio, conformidad y aplicación que se deben justificar”. La sentencia de 22 diciembre 1943 exige la prueba de la opinión de los tratadistas, lo que se exige asimismo en la de 12 de mayo de 1947. Véanse, en sentido parecido, las sentencias de 17 de marzo de 1927, 31 octubre 1953, 11 noviembre del mismo año y 7 de julio de 1955.

La doctrina del Tribunal de Casación de la Generalitat razonó muchas veces en base a las doctrinas de los tratadistas y autores de Derecho catalán y del *ius commune*: así las de 8 de octubre de 1936 y 8 y 22 de marzo de 1937, aunque la de 16 de mayo de 1936 no la reconoce como fuente del Derecho, en base a las aclaraciones del Tribunal Supremo, pero dice que ello no será obstáculo para que sea tenida en cuenta y consideración por los tribunales, sino por la fuerza que por sí misma no tiene, como elemento orientador.

(135) La Ley 1.^a, párrafo 2.^o, de la Compilación de Navarra, dice que “como expresión del sentido histórico y de la comunidad del Derecho privado foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación, y por este orden: las leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos de Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales, el Fuero reducido, y el Derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre ó la presente Compilación hayan recibido del mismo”.

(136) CASTRO, *Derecho civil de España*. Madrid, 1955, pág. 284.

(137) Además de la disposición contenida en el art. 12, 2 C. c., las Compilaciones aceptan expresamente esta supletoriedad. Así, las disposiciones finales de las Compilaciones de Vizcaya y Alava, Cataluña, Baleares y Galicia, el art. 1, 2 de la Compilación de Aragón y la Ley 6.^a de la Compilación de Navarra.

nuevo artículo 13.2 C. c. repite el mismo principio que el antiguo artículo 12. Díez Picazo y Gullón critican esta repetición, que consideran fuera de lugar (138), por creer que en la actualidad ningún sistema civil español reclama como supletorio otro derecho que no sea el contenido en el Código civil. En cambio, Cossío dice que la redacción del artículo 13.1 C. c. es perfectamente coherente con ciertas compilaciones que mantienen «la plenitud de sus propias fuentes, y admiten la aplicación del Código civil, únicamente como fuente supletoria de segundo grado» y se refiere concretamente a las compilaciones aragonesas y navarra (139).

Creo que después de la promulgación de las Compilaciones hay que dar un significado distinto a la declaración del artículo 13.1 C. c. En efecto, el antiguo artículo 12 limitaba la auto-proclamación del Código civil, considerándole supletorio de segundo grado; hoy las Compilaciones han sustituido sus propios derechos supletorios por las normas en ellas contenidas y todas ellas reclaman como supletorio al Código civil y así el artículo 13.2 C. c. debe interpretarse en el sentido de que el Código se reconoce como supletorio, no después de los Derechos supletorios específicos, que no existen, sino por detrás del sistema de fuentes propias de los derechos regionales.

¿Cómo se organiza en Cataluña esta supletoriedad del Código civil dejando aparte aquellos casos en que la Compilación se remite a artículos determinados del Código (140) en cuyo caso, éstos actúan como Derecho catalán y no como derecho supletorio y

(138) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*. Madrid 1976, pág. 96.

(139) COSSÍO, *El Derecho común y los derechos especiales en el nuevo Título preliminar del Código civil*. "Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título preliminar del Código civil". Barcelona 1975, pág. 35.

(140) DELGADO dice que en este caso debe entenderse como si se hubiera reproducido letra a letra el artículo citado del Código civil, porque lo que se ha querido declarar vigente es precisamente el contenido normativo encerrado en el guarismo de que se trate. *Fuentes del Derecho civil catalán* en particular la compilación y la legislación común. Llebre del II Congrès, cit., pág. 170. Esto plantea el problema de saber cuál sea la redacción a la que la Compilación se refiere: si la vigente en el momento de publicarse la propia Compilación, o si las sucesivas modificaciones del artículo en cuestión afectan al Derecho catalán, entendiéndose que la Compilación se refiere al texto del artículo vigente en el momento de aplicarse la citada disposición. El anteproyecto de 1956 decía en su artículo 6.2 que "siempre en esta Compilación se citen artículos del Código civil, se entenderá que en su redacción actual quedan incorporados a la misma". Esta locución desapareció en la actual Compilación pero, por las razones que damos en el texto, creemos que debe entenderse que es la redacción vigente en el momento de promulgarse la Compilación y así opina también DELGADO.

En este mismo sentido ROCA SASTRE distingue las normas generales de remisión de la Compilación, entre las que coloca el art. 1.º y la disposición final 2.ª y las normas especiales de remisión, que son las que se remiten a artículos concretos del Código civil, distinguiendo entre ellas las puras y las condicionales. Véase su trabajo *Los elementos componentes de la Compilación* en "Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña". Barcelona 1961, págs. 25 y ss.

como tal deben ser interpretados y aplicados (como ocurre con el artículo 320 Comp. que acoge al 1.625 C. c.), hay que estudiar aquellas situaciones en que el Código civil actúa como verdadero derecho supletorio.

Hay distintas posibilidades: a) Podría decirse que en ciertas materias, como la relativa a la normativa vigente sobre obligaciones y contratos y derechos reales, el Código civil es, por naturaleza, el derecho supletorio del catalán, porque acogería el mismo sistema que el *ius commune*, a través, como dice Figa Faura, de Pothier y del Código napoleónico (141). Pero para afirmar esto tan rotundamente hay que estudiar el origen de las normas en ambos ordenamientos. El Derecho catalán estaba formado por normas propias emanadas de la legislación dictada en Cortes y por el *ius commune* romano-canónico. El Derecho castellano, recogido en el Código civil, estaba formado por normas de Derecho autóctono, recogidas en las sucesivas Recopilaciones y un cuerpo de Derecho supletorio, las Partidas, formado por el Derecho romano en el estado evolutivo de la época en que fueron redactadas. Cuando se codifica el Derecho castellano (142), adopta en ciertas materias el modelo francés; lo había hecho ya el Proyecto de 1851 y lo hace también el Código civil en 1889. Pero la pregunta que se nos plantea, es si hemos de considerar que el Código civil recoge el *ius commune* y por ello es supletorio natural del catalán, cuando sabemos que se basa en el modelo francés, es si el Código de Napoleón recoge a su vez el *ius commune*. Estudiando el origen respectivo de las normas hay que matizar la afirmación de Figa Faura y decir que el Código civil no es derecho supletorio del catalán por contener la misma normativa que en materia de obligaciones y contratos y derechos reales existía en el *ius commune* (que regía en Cataluña y que vendría así sustituido sin traumas por el Código civil), sino por imposición de la Ley de Bases de 1888. El Código, utilizando el mismo material proporcionado por el Derecho romano, lo incorpora a través de una interpretación distinta a la del Derecho catalán y sin olvidar que se trata siempre de *ius commune*, el Código lo incorpora a través de la interpretación *more gallico*, que es la utilizada por Pothier (143), al paso que el Derecho catalán,

(141) FIGA FAURA, *El nuevo Título preliminar del Código civil y el Derecho catalán*. "Documentación jurídica", núm. 4, 1974, pág. 279. Antes había llegado a una conclusión parecida en su trabajo *La Compilación en sus conexiones con el Código civil*, "Comentarios de la compilación del Derecho civil especial de Cataluña". Barcelona 1961, pág. 112.

(142) Es significativa en este punto la lectura de las Concordancias de GARCÍA GOYENA al Proyecto de 1851 y las que destaca PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, en *El Anteproyecto del Código civil español*. Madrid 1965.

(143) Que POTHIER es un autor que interpreta el *ius civile more gallico* nos lo demuestra su propio biógrafo M. La Trosne cuando, comentando las *Pantectas* de Pothier dice que el autor introduce notas aclaratorias en los pasajes difíciles, que la mayoría de las veces ha obtenido en Cujacio y la diferencia que establece entre la glosa de Acursio y los comentarios de Alciato. Véase págs. 30 y 32 del *Eloge Historique de*

salvo los autores de la escuela de Cervera, no tuvo nunca una tradición interpretativa en este sentido y siguió aplicando el Derecho común a través de la Glosa y los autores que lo interpretaban *more itallico* (144). Podría haber ocurrido que ambos ordenamientos hubiesen llegado a las mismas soluciones en esta materia, a no ser porque en 1716 se cegaron las fuentes de producción del Derecho civil catalán. Lo que realmente resulta difícil es afirmar la identidad de planteamiento y soluciones por razón de su origen entre las normas de estos dos ordenamientos y creo que la aceptación de las ramas del Código en materia de obligaciones y contratos y derechos reales como supletorias del Derecho catalán fue una corrupción cómoda de los juristas posteriores al Código, que carecía de una base científica, puesto que el Derecho catalán no carecía de normas sobre la materia, al tener todas las que la doctrina del *ius commune* había elaborado sobre la base de la aplicación práctica de los textos romanos.

b) Ni que decir tiene que en otras materias, la supletoriedad del Código es todavía mucho más forzada, como ocurre, por ejemplo, con el derecho de acrecer, la rescisión de los contratos, etc., ya que al tener una regulación distinta en el Derecho catalán, no puede acudir al Código civil para suplir los vacíos que tenga la regulación catalana (145). En otros supuestos hay que plantearse, como lo hace Figa, una situación análoga como la que puede darse en Derecho internacional privado, con la llamada institución desconocida, ya que no puede decirse que dado que el Derecho catalán no regula la prescripción ordinaria y el Código civil sí lo hace, debe acudir al Código para suplir este vacío, porque con esta conclusión se llegaría a una aplicación indiscriminada del Código, introduciendo instituciones extrañas al sistema del Derecho catalán (146).

c) Hay otros casos en que la propia Compilación llama a los preceptos del Código civil para que suplan sus deficiencias; así ocurre, por ejemplo, en el artículo 52 Comp. que remite la regulación de la sociedad de gananciales, pactada en Cataluña en capitulaciones matrimoniales, a la normativa del Código civil. Pero aun en este caso, no puede aplicarse sin más esta normativa, dado que hay que contrastar los preceptos del Código con los principios generales del Derecho civil catalán y aplicar solamente aquéllos que no se opongan a la propia Compilación y a los principios ge-

M. Pothier, por M. LE TROSNE, publicado como prólogo en el Tomo I de las "Obras completas de Pothier". París 1825.

(144) FIGA FAURA, "*Mos Itallicus*" y los juristas catalanes. AAMN. Tomo XX. Madrid 1976, pág. 292, reconoce esta misma influencia.

(145) Algunas contienen instituciones realmente desconocidas en el Derecho catalán, como la mejora, que no pueden introducirse en un sistema que las rechaza; otras instituciones deben asimismo rechazarse, porque responden a principios distintos, así ocurre con la rescisión por lesión en Derecho catalán y la de los arts. 1.290 y ss. del Código civil.

(146) FIGA FAURA, *La Compilación en sus conexiones*, cit., págs. 119 y ss.

nerales que la informan (147). Esta es, además, la conclusión a que se llegó en el II Congrés Jurídic Català (148).

d) Por último, puede ocurrir que haya que aplicar el Código civil o las leyes especiales por falta de un precepto expreso en Cataluña que regule la materia de que se trate, como sucede con los arrendamientos urbanos, propiedad intelectual e industrial, legislación hipotecaria, etc. En estos casos, tanto el Código civil como las leyes especiales rigen como derecho supletorio siempre que no se opongan al espíritu del Derecho catalán. Por ejemplo, en materia de usucapión *secundum* o *contra tabulas*, reguladas en los artículos 35 y 36 L. H. hay que tener en cuenta el tipo de usucapión que se adopta en el artículo 342 Comp.

Pero antes que recurrir al Derecho supletorio, el jurista catalán debe agotar la jerarquía de fuentes que le proporciona el artículo 1 C. c. (aplicable en Cataluña, como Derecho supletorio, por falta de norma compilada) e incluso aplicar por analogía los preceptos de la Compilación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1 C. c. En este punto debemos plantearnos la cuestión de si es posible aplicar analógicamente preceptos de un Derecho foral en otro Derecho foral o para una cuestión no resuelta en el Código civil. Según alguna teoría, existirían unos principios generales del Derecho civil que estarían presentes en todos los ordenamientos vigentes en España, aunque expresados en forma distinta o no expresados (149); si esto fuese así, sería permitido aplicar analógicamente preceptos de un sistema a otro, porque constituirían la materialización de aquel principio que está flotando en el ordenamiento civil español. Esta conclusión es en

(147) PARA MARTÍN, *Comentario al Capítulo I del Título III de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña sobre disposiciones generales relativas al régimen económico conyugal*. R.J.C., núm. 1974, página 493 y en donde destaca la validez del pacto que ampliara el consentimiento uxorio para otros supuestos que los previstos en el art. 1.413 C. c., cuando se pacta en Cataluña un régimen de gananciales y también del supresivo de la administración del marido, que considera válido en el sistema catalán, debido a la inexistencia de la autoridad patrimonial del marido y de la posición de igualdad de los cónyuges en el aspecto patrimonial.

(148) La conclusión 17, de la Sección 1.^a del II Congrés Jurídic català decía: "Les normes objecte de la remissió, o per virtut de la remissió mateixa, constitueixen el Dret català, i, per a operar legítimament com a Dret supletori, caldrà que s'apliquin d'acord amb l'esperit i els principis del sistema en que s'integren.

En conseqüència, l'aplicació del Dret supletori no s'ha de realitzar automàticament ni amb rigidesa, sinó amb l'adequada flexibilitat, talment que no en resultin contrariades les normes compilades ni els principis generals del Dret català i de la tradició que els empara.

Caldrà curar especialment: els problemes de qualificació, el distint significat que un precepte del Codi civil pot tenir quan sigui aplicat com a part del Dret català i la coherència del Sistema del Dret Català i dels principis que l'informaren".

(149) Véase LÓPEZ JACOISTE, *Los principios generales de la Codificación foral*. R.C.D.I., 1956, pág. 624 y VALLET DE GOYTISOLO, *La esencia y principios del Derecho civil foral*. R.J.C., número extraordinario, 1970.

parte cierta y en parte falsa, porque, si bien es cierto que existen principios generales de Derecho que están presentes en todos los sistemas, también lo es que lo están en todos los ordenamientos jurídicos civiles, no sólo españoles, sino también en los extranjeros y no aplicaremos por analogía un precepto francés que lo contenga como máxima expresión positivizada de este principio además de que llegar una conclusión de este tipo indica la confusión entre la *analogía legis* y la *analogía iuris*. No podríamos hacerlo nunca a través de la primera porque no se produce entre normas del mismo ordenamiento ni podríamos utilizar la *analogía iuris* porque no se aplica el principio general, sino la expresión positivizada en este principio. El criterio expresado en esta formulación supone un intento de acercar los ordenamientos regionales al Código civil, pero creo que supone también un intento de unificación del Derecho civil español, como lo supone también la supletoriedad, impuesta, del Código civil. El estudio de los problemas que plantea la supletoriedad del Código hace patente la veracidad de nuestra afirmación de que ello supone la rotura de la coherencia interna del sistema catalán.

Por otra parte, esta declaración de supletoriedad supone la consideración del Código como un cuerpo más perfecto de normas, cuando únicamente es un cuerpo más extenso y puede hacer llegar a la conclusión de que el Código civil es un sistema superior por ser completo, frente a las Compilaciones, que serían sistemas imperfectos, por ser incompletos. Esta heterointegración a que se somete a los sistemas regionales (150) resulta claramente discriminatoria y es posible que gozaran de mayor coherencia interna antes de la promulgación de las respectivas Compilaciones, que en la actualidad.

Pero aún existe una última cuestión importante a considerar: cuando acudimos al Código civil para que actúe como Derecho supletorio en Cataluña, lo estamos incorporando al sistema jurídico catalán, una de cuyas fuentes es el Código, como antes lo fueron los Derechos romano y canónico. Por ello es un reflejo del sistema la disposición final 2.^a de la Compilación, que no pretende excluir la aplicación del Código cuando no sea estrictamente necesario, sino adaptar su normativa al sistema catalán, pensado para una base social distinta. Por ello hay que decir también que cuando hay que buscar un Derecho supletorio a otras materias jurídicas distintas, como el Derecho laboral, el administrativo, el mercantil, etc., hay que acudir al Derecho catalán, que proporcionará las normas necesarias para solucionar el problema, a través suyo o de su supletorio, el Código civil, por lo que éste entrará formando parte del sistema jurídico catalán y no podrá aplicarse cuando sus preceptos sean contrarios a los principios generales catalanes.

Sólo así se puede conseguir la absoluta igualdad entre uno y otro ordenamiento.

(150) Excepto en Aragón y en Navarra con su propio sistema de fuentes.