

ACADEMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

L'ESTRUCTURA DE L'ORDENAMENT CIVIL ESPAÑOL

DISCURS
d'ingrés de l'acadèmic de número
Dra. D.^a ENCARNA ROCA I TRIAS

i

CONTESTACIÓ
del
Dr. D. FRANCISCO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO
ARÉVALO

llegits en la sessió del dia 15 de desembre de 1982

B A R C E L O N A
MCMLXXXII

DISCURS
de la
Dra. D.^a ENCARNA ROCA I TRIAS

Sr. President,
Srs. Acadèmics,
Senyores,
Senyors:

És obligat que en començar el discurs d'entrada a l'Acadèmia, l'acadèmic electe agraeixi l'atenció dels membres d'aquesta Corporació en elegir-lo. Creieu-me que acompleixo aquest deure quasi protocolari amb profunda emoció i amb el temor que no seré capaç d'aportar a aquesta docta Corporació els coneixements que els seus anys de tradició i la qualitat dels seus membres mereixen. Sabeu, ja, del meu ferm propòsit de collaboració en les tasques acadèmiques que procuraré portar sempre endavant en la mesura de les meves possibilitats.

Els Srs. Acadèmics em van elegir per ocupar la vacant produïda per la mort de l'Excellentíssim Sr. Francesc d'A. Condomines i Valls, President que fou d'aquesta Acadèmia. La personalitat i l'obra del Sr. Condomines, com tots l'anomenàvem, és ben coneguda de tots; per això el meu elogi segurament quedarà curt: foren tants els mèrits del Sr. Condomines com a jurista i com a advocat que molt fàcilment poden passar per alt algunes circumstàncies menys conegudes.

El Sr. Condomines va néixer a Barcelona el 1901 i em consta directamente la seva brillantor en els estudis de la llicenciatura en dret, que acabà el 1922. Aquesta brillantor que demostrà la seva gran mentalitat jurídica, es manifesta també en les oposicions a judicatura i en l'exercici de la seva professió com a advocat; això el portà a ocupar, a plaer de tots, el Deganat del Col·legi.

Aquests mèrits no ens han de fer oblidar, però, l'aspecte més important de l'obra duta a terme pel Sr. Condomines, que fou la Compilació del Dret civil català; en aquesta tasca hi intervingué directament com a redactor d'alguns dels seus preceptes i com a defensor de les tesis catalanes com a vocal de la Comissió general de Codificació representant de Catalunya i enfront dels criteris mantinguts per alguns dels membres d'aquest organisme, especialment en relació a les importants disposicions del títol preliminar de la Compilació.

La seva tasca personal en favor del Dret català i el prestigi que l'envoltava van fer que fos nomenat co-president del II Congrés Jurídic Català, on va ressaltar una de les seves preocupacions: la necessitat de superar un cert descrèdit del Dret, postura que ell considerava un error lamentable; Condomines deia que si bé cal afront-

tar les realitats futures, ja que sovint el Dret ha estat blasmat d'anar endarrerit i arribar tard a aquesta realitat, «no per això hem de caure en l'extrem contrari, promovent reformes precipitades, de cara a un futur que, encara que en les seves línies generals sigui previsible, no ho és pas tant, perquè fa referència a institucions concretes que han de sorgir amb la màxima claredat d'un conjunt unànim de voluntats abans no siguin sotmeses a l'alquimia dels juristes».

Desitjaria que aquesta prudència d'un home de seny, que no defugia, però, la gosadia del canvi de les institucions, presidís la meva actuació en el si de l'Acadèmia. I crec que el discurs que pronunciaré tot seguit és el millor homenatge que puc retre al Sr. Condomines per allò que té de defensa del Dret català i de gosadia en algun dels seus plantejaments.

1. PRESENTACIÓ

Quan hom comença un treball d'investigació sobre qualsevol tema polèmic, és corrent reproduir totes les doctrines més coneudes sobre aspectes del tema a tractar per tal d'ofrir un suport més ampli a unes conclusions que es preveu que no seran acceptades fàcilment per qui llegeixi el treball. Crec que això no és necessari i no perquè pensi que les meves apreciacions tenen de ser acceptades sense polèmica, sinó perquè considero que no cal gastar inútils esforços en centrar un tema a base de doctrines sobradament coneudes de l'auditori.

Una de les tècniques més emprades pels filòsofs analítics americans és precisament aquesta: definir el concepte sense pretendre res més que emmarcar el tema i a partir d'aquesta definició començar a treballar; ¿què és més important, doncs, que hom es perdi en llargues definicions, en constatar el que un autor opina i el que un altre pensa?, o bé ¿partir d'un concepte més o menys acceptat i arribar a les lògiques conseqüències que l'acceptació d'aquest concepte comporten? Els seguidors d'aquesta classe de filosofia pensen que això darrer és més important. Crec que aquesta tècnica és certament pràctica, especialment en el nostre país i en la nostra forma d'investigar, ja que com posen en evidència ALCHOURRON i BULYGIN, la metodologia de la ciència jurídica «sigue trabajando con herramientas tradicionales haciendo caso omiso de los adelantos metodológicos logrados en otros ámbitos del saber».

Amb això vull dir que parteixo d'un concepte donat de l'ordenament jurídic i no em plantejo aquí l'estudi previ de les definicions sobre el que pugui o no pugui ésser: per a mi, un ordenament és un conjunt format per elements que a la seva vegada, formen conjunts normatius; si l'estructura d'aquest ordenament és simple o bé està a la seva vegada, composta d'altres subordenaments és una cosa que veurem al llarg de l'exposició que seguirà; el que estic justificant és que no es trobi en tot l'estudi sobre l'estructura de l'ordenament jurídic espanyol una sola definició d'allò que entenc per tal.

Una de les actituds més compromeses d'un jurista és l'elecció d'una metodologia determinada pels seus treballs, ja que, darrera de tota opció metodològica, s'amaga una determinada ideologia; això és perfectament lícit sempre que les conclusions a que s'arribi siguin coherents amb els plantejaments i amb la pròpia opció personal. Els juristes espanyols som positivistes, normalment exègètics i molts fan gala que poden escriure de temes jurídics sense que es trasllueixi mai quina és la seva personal opció ideològica; els no positivistes són historicistes i amaguen també les seves opcions ideològiques per mitjà d'una recerca històrica. Permeteu-me que avui surti dels camins habituals de la metodologia jurídica del país i m'endinsi en un camp que ha sigut conreuat per altres autors estrangers abans d'ara, que constitueix una de les branques de la filosofia i que he creut que era el més adient per tractar el tema estudiat: la lògica formal en la que m'he introduït ata fa poc, la qual cosa farà, segurament, que existeixin alguns errors d'apreciació dels quals em considero única responsable. He escollit aquesta metodologia i no una altra perquè crec, des de fa temps, que cal ampliar veritablement el camp de la investigació jurídica i avui tenim una bona oportunitat com a conseqüència de la introducció dels postulats constitucionals que ens han obligat a canviar els antics esquemes; no es pot explicar el dret nou amb tècniques depassades i per això, avui i com a assaig, vull emprar aquesta nova metodologia, cosa que faig, evidentment, sense pretensions de novedat, perquè entre nosaltres, algú també ha optat per aquest mètode. Moltes gràcies.

Es parla en els àmbits jurídics del país de la dificultat d'organitzar un Estat distribuït en diferents comunitats autònomes, cada una amb un àmbit de competències aparentment delimitat, però de molt difícil concreció, cosa que porta a una sèrie abundant de conflictes amb el poder central. No s'ha trobat encara una terminologia precisa per tal de poder interpretar de forma adient les llistes competencials dels articles 148 i 149 de la Constitució; es recorre a l'esquema dels estats federals¹ o bé a l'esquema de l'estat regional italià² per tal de donar una explicació, amb uns models ja coneguts, a una estructura força original que pocs punts de semblança té amb els models esmentats.

¹ L'esquema de les competències en l'Estat d'estructura federal és el següent: existeixen competències plenes que s'oposen a competències compartides; en aquest sentit es diu que una competència és plena quan un ens (l'Estat federal o cada un dels Estats membres) tenen totes les facultats sobre una matèria, és a dir, la legislació i l'execució; pel contrari, serà concurrent quan la mateixa matèria estigui distribuïda entre els subjectes de la Federació de manera vertical: l'Estat federal té la legislació i els Estats membres, l'execució.

Per altra banda existeixen competències exclusives quan la facultat que es tracti s'atribueix a un subjecte excloent totalment a l'altre i existeix competència concurrent quan no existeix cap monopoli per part de cap dels ens que constitueixen la federació.

Per aquesta distinció vegeu OTTO PARDO, Ignacio de, *Prevalencia del Derecho estatal*, cit., pàgs. 66 i 67.

² Per la distribució de competències en l'Estat regional italià poden consultar-se els articles 117 i 120 de la Constitució italiana, però amb l'avertència de que no existeix una estructura semblant a la de l'Estat espanyol.

Però si bé la qüestió relativa a les competències en general ha estat estudiada, amb totes les tendències que corresponen als diferents punts de vista polítics que sostenen els diferents autors, la qüestió relativa al dret civil solament ha estat abordada per alguns civilistes des del punt de vista de l'abast de les competències que reconeix l'art. 149-1,8 C.E.³. La veritat és que encara ningú no s'ha plantejat la qüestió de si la nova estructura de l'Estat es tradueix en una nova estructura de l'ordenament civil.

L'estructura de l'ordenament civil espanyol tal com resulta de les disposicions constitucionals, ve perfilada per dos grans punts de partida: l'abandonament de l'antiga aspiració del Codi civil únic per a tot el territori i, correlativament, l'abandonament de la distinció entre Dret comú i Dret especial que, si bé subsisteix en algunes obres⁴, apareix en un context absolutament diferent.

L'explicació dels anteriors punts ens proporcionarà la tesi que vull arribar a demostrar en aquest assaig: *la Constitució espanyola configura l'ordenament jurídic civil com un conjunt format per diversos ordenaments (aquells creats per les Comunitats autònombes amb dret civil propi al moment d'entrada en vigor de la Constitució), ordenaments que formaran els subconjunts del marc ordenament espanyol.*

I. *Previ: la superació dels conceptes de Codi civil únic i dret comú-dret especial.*

Resulta ben curiosa la història constitucional espanyola en tot el que es refereix a l'exigència de la unificació del Dret civil. Des de l'Estatut de Baiona⁵ fins la Constitució de 1876 es vénen repetint els mateixos postulats: un únic Codi regirà en total la Monarquia en les matèries civil, criminal i de comerç⁶, ideal mai acomplert,

³ Estudis recents han posat en evidència l'íntima relació que existeix entre Constitució i Dret civil. És fonamental l'estudi de TARELLO a *Storia della cultura giuridica moderna* cit., pàgines 22 i ss. Per Espanya, podeu consultar LÓPEZ JACOISTE, J.J. *Constitucionalismo* cit., pàgines 589 i ss., i CLAVERO, Bartolomé, *El Código* cit., pàgs. 19 i ss., evidentment amb tendències diferents.

⁴ Per exemple, en la ja citada de OTTO PARDO, pàgs. 71-72 on diu que «toda forma de descentralización supone la existencia de un ordenamiento *general*, al que se llama ordenamiento del poder «central» frente a ordenamientos particulares vigentes tan sólo en una parte del territorio... En el Estado regional, por el contrario, la superposición de los ordenamientos se lleva a cabo mediante una técnica distinta (a la de l'Estat federal). El ordenamiento general no está limitado materialmente — todo el derecho del Estado es válido cualquiera que sea la materia de la que se ocupa — sino que en aquellas materias que sean de la competencia de la Comunidad Autónoma el ordenamiento general tiene una vigencia disminuida...»

⁵ L'art 96 de l'Estatut de Baiona deia: «las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales». Text de l'obra de TIENRO GALVÁN, *Leyes políticas fundamentales españolas*, cit.

⁶ Article 258 de la *Constitució de Càdis*: «El Código civil y Criminal, y el de Comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

Art. 4.º de la Constitució de 18 de juny de 1837: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios civiles y criminales».

ja que el Codi de 1899 fou totalment respectuós amb la disparitat legislativa espanyola. Evidentment es tractava llavors de superar el que pot qualificar-se com «particularisme jurídic», entenent per tal la falta d'unitat i coherència del conjunt de lleis vigents en una concreta esfera especial-temporal, individualitzada per un judici de valor segons el qual en aquella esfera devia existir o s'esperava que existís unitat i coherència de les lleis⁷.

Aquests no són el lloc ni el moment oportuns per tal de fer un estudi sobre les raons per les quals la proclamació reiterada de la necessitat d'unitat de l'ordenament jurídic civil no arriben mai a convèncer la classe política i jurídica espanyola⁸; el que sí sembla cert és que el manteniment del dret anomenat foral constitueix l'èxit més reeixit d'una classe política conservadora que veu així mantinguts els seus privilegis en la seva posició dintre d'una societat que, per la pròpia naturalesa dels temps, cal modernitzar⁹ i la modernització jurídica, sobretot pel que aquí s'escau de tractar, passa per la unificació del Dret civil, tal com s'havia ja produït la del Dret del comerç¹⁰.

Sigui com sigui es pot dir, sense que això suposi un error de massa embalum, que el Codi civil ja format significa l'existència d'un dret bàsic, el propi Codi que constituïa el dret racional, sistemàtic¹¹ i complet al qual no calia heterointegració, com veurem més endavant; que calia completar aquest ordenament amb les pròpies

Art. 5 de la no promulgada Constitució de 1856: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía y en ellos no se establecerá más que un sólo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales».

Art. 91-2 de la Constitució de 1869: «Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes».

Article 75 de la Constitució de 1876: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes».

Sense aportar cap suport documental, CLAVERO, *El Código* cit., pàgs. 21 i ss., afirma que l'excepció «sin perjuicio» «para algunos significaría, en cambio, que nuestra tradición constitucional reconoce de alguna forma un orden foral a ser de algún modo respetado por la unificación del derecho en los códigos, aunque más bien parece que tal cláusula se refería a la legislación especial de los territorios de Ultramar, y no a los derechos históricos de los territorios peninsulares...».

⁷ TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura* cit., pàg. 29.

⁸ La història de la Codificació espanyola ha estat mancada d'estudis fins fa ben poc. Ultra els estudis jurídics, cal destacar l'article de RIQUER sobre el conservadurisme dels polítics catalans, especialment DURAN I BAS i la seva influència sobre les teories en torn a la conservació del Dret civil català. Vegeu especialment pàg. 66. Els treballs de SALVADOR I CODERCH sobre el Projecte de Codi civil de 1851 on aporta una nutrida documentació sobre la reacció de la societat catalana més influent en torn als temes de l'emfiteusi, la llibertat de testar i la qüestió de la rabassa morta i el treball de MALUQUER DE MOTS que es centra en alguns aspectes de la regulació de la propietat, etc. Finalment l'obra de CLAVERO, Bartolomé, *Foros y rabassas*, publicada com un capítol del seu llibre *El Código y el Fuero* cit.

Les cites completes d'aquests treballs es troben a la relació bibliogràfica que s'acompanya.

⁹ Així, en general i per tots, TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura* cit., pàg. 33.

¹⁰ Sobre el significat de la Codificació mercantil vegeu GALGANO, Francesco, *Historia del Derecho mercantil* cit., pàgs. 94-114.

¹¹ En general, així ho confirma TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura* cit., pàg. 37.

crides que el Codi feia: a la Llei Hipotecària (arts. 605-608 C.c.), a la Llei de Propietat Intellectual (art. 429 C.c.), a altres lleis administratives (aigües, art. 425 C.c., mines, art. 427 C.c., etc.) i això és en el nostre cas el més important, a uns altres règims jurídics, escrits o consuetudinaris que la publicació del Codi no eliminava, com hauria estat el més adient amb la racionalitat de la llei. En efecte, de no existir l'art. 12 del Codi civil, en virtut de la disposició derogatòria continguda en l'article 1.976, haurien desaparegut tots els règims jurídics civils existents al territori espanyol a l'entrada en vigor del Codi, produïnt-se, per tant, la unificació exigida constitucionalment, si bé és conegut que la pròpia Constitució de 1876 salvava aquesta exigència quan aclaria que la necessària unificació caleria fer-la «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes» (art. 75-1 de la Constitució de 1876).¹²

Després del Codi civil, doncs, el sistema civil espanyol quedava aclarit solament en part, ja que venia format pel propi Codi, més la legislació especial en altres matèries, a les quals el Codi alludeix i a les quals el Codi integra (art. 16 C.c. antic) i uns règims jurídics que es mantenen íntegres, però necessitarats de la corresponent Codificació en Apèndix, que són els drets anomenats forals. L'efecte d'aquesta estructura era que el sistema quedava tancat pel Codi: era el Codi el que feia les crides a lleis externes, especials o forals, que constituïen uns subordinaments en relació de subordinació al Codi civil.

La conseqüència de l'adopció d'aquest sistema era la següent: no existeix altre ordenament civil que el derivat del sistema de fonts que estableix el propi Codi en l'art. 6 antic; el Codi civil no admet un supletori donades les pretensions de racionalitat i exhaustivitat que tacitament es reconeix ell mateix, com efecte immediat del sistema de Codificació adoptat a Espanya i arreu d'Europa en aquell moment; el Codi estableix les pròpies formes d'integració que, salvada la referència al costum, cal buscar dintre del propi sistema i d'aquí la qualificació dels principis generals del dret com a font integradora. Tot allò que no formi part del Codi o són lleis especials, vigents perquè el Codi les integra i els dóna els principis reguladors¹³ o bé constitueix dret especial perquè són regulacions parcials que contenen una normativa fragmentària d'una matèria, la civil, que solament serà completa en el conjunt format pel Codi més les lleis especials a les quals fa referència. Els drets anomenats forals responen a aquesta última concepció i per això cal recopilar-los en Apèndix, excepcions al Dret racional que es manifestava exclusivament en el Codi. La concepció que els legisladors tenen del Dret foral és una conseqüència lògica de l'adop-

¹² Les discussions parlamentàries en torn a la constitucionalitat de la conservació del dret nomenat foral es poden veure al meu treball *La Codificación y el Derecho foral* cit., pàgs. 598-599. En contra de la meva opinió i sense aportar cap argument de text CLAVERO, *El Código* cit., pàg. 24.

¹³ La inserció de les lleis especials dins el sistema civil per mitjà de les crides que fa el propi Codi ha estat evidenciat per BADOSA COLL, F., *Memòria* cit., pàgs. 197 i ss. Vegeu també AMORÓS GUARDIOLA, «Comentari al títol VIII del llibre II del Codi civil», a *Comentarios al Código civil* cits, pàgs. 246-247.

ció del sistema de Codificació derivat de l'Illuminisme: els drets històrics no són racionals perquè ni constitueixen un sistema, sinó que són uns conjunts desgabellats de fonts difícils de comprendre i de consultar¹⁴, ni abasten la totalitat dels possibles supòsits de fet que poden produir-se i que el Codi sí abasta.

Aquesta concepció es manifesta en dos moments històrics importants: en la Codificació, donat que l'art. 5è de la Llei de bases del Codi civil exigeix que les institucions que cal conservar dels drets forals siguin recollides en una llei complementària del Codi civil (l'Apèndix com a expressió més aclaridora de la concepció del legislador espanyol sobre els drets forals)¹⁵ i el 1947, després del Congrés de Saragossa, quan el Decret que ordena reemprendre el procés legislatiu fet a mitjies amb el Codi civil, estableix en l'art. 3 que solament s'ha de recollir en les Compilacions aquella part de Dret vigent que es cregui necessari conservar¹⁶.

Existeix llavors un dret civil format per dos elements: un dret pretesament general, encarnat bàsicament en el Codi civil i un dret especial, format per les Compilacions. El dret especial serà, doncs, aquell que té una deficiència en el sentit de que no és complet, però no en el sentit que suposi el reconeixement que les institucions regulades no són unitàries sinó susceptibles de descomposició en elements i que aquests elements no estan regulats completament per l'ordenament en presència¹⁷.

¹⁴ La irracionalitat (en el sentit més estricte de la paraula) dels nomenats dret forals ha estat evidenciada últimament per CLAVERO, *El Código* cit., cap. II: «Historia jurídica y Código político: los derechos forales y la Constitución» in totum; vegeu pàgs. 19-40 de l'obra citada.

¹⁵ I que es manifesta en els propis foralistes quan intenten conservar una parcella molt concreta de règim jurídic vigent. Existeixen sentències del Tribunal Suprem que apliquen dret romà en qüestions avui no recollides a la Compilació i que recullo a *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña* cit., tomo I, pàgs. 240-242.

Un cas curiós d'inaplicació del dret civil català el proporciona la sentència del Tribunal de Cassació de Catalunya, de 2 de juliol de 1937 (vegeu-la a *El dret civil català a la jurisprudència*, tomo IV-1, pàgs. 336 i ss.). Es tractava de l'exercici d'un dret de fadiga per la Societat general d'aigües de Barcelona i en tot el recurs s'allega la inaplicació de les disposicions sobre emfiteusi del Codi civil. El ponent de la sentència, Sr. Micó i Busquets redactà el següent atès: «en la matèria objecte del plet, hi ha a Catalunya legislació pròpia, que regula el dret de fadiga, i que en lleis posteriors al Decret de Nova Planta i més tard, en la Llei d'Enjudiciament civil i darrerament en el Codi civil, es legisla sobre el retracte; però havent-se plantejat la present qüestió, reforçant-se en l'esmentat Codi i en la llei processal, i desenvolupant-se tota la lílit, àdhuc el recurs de cassació, sota la interpretació i aplicació dels articles pertinents de les dues indicades lleis, no és possible legalment, davant la naturalesa i característiques del recurs de cassació, resoldre cap més qüestió que siguin sotmeses per les parts litigants...»

¹⁶ L'art. 3 del Decret de 23 de maig de 1947 deia: «Los anteproyectos de Compilaciones de las instituciones forales o territoriales que elaboren las Comisiones podrán hacerse tomando por base los actuales proyectos de Apéndices para llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente, adaptándose a la sistemática del Código civil y evitando coincidencias y repeticiones».

¹⁷ No estic d'acord amb BADOSA COLL, F., *Memoria* cit., pàg. 150, quan diu que una de les notes caracteritzadores del dret especial és la insuficiència normativa institucional, que «supone el reconocimiento de que las instituciones reguladas por aquél no son unitarias. Sino suscep-

He dit al començar aquest apartat que l'estructura de l'ordenament civil resultant de la Constitució espanyola supera la creada des de la vigència del Codi civil i que he descrit molt ràpidament. ¿Quins són els criteris que m'empenyen a aquesta afirmació? En primer lloc que la Constitució vigent abandona clarament la vella aspiració del Codi civil únic¹⁸, la qual cosa es demostra perquè existeixen diferents fonts materials de producció del dret (Parlaments autonòmics) que tenen competència per dictar lleis en matèria civil d'acord amb els postulats de l'art. 149-1,8 C.E. que examinaré tot seguit. Amb això la vigent Constitució recull el mateix esquema de pluralisme legislatiu civil que la Constitució republicana de 1931, si bé aquesta era més àmplia en quant reconeixia competència en aquesta matèria a qualsevol regió autònoma¹⁹.

En segon lloc, la vigent Constitució abandona també l'antic esquema dret general-dret especial i la demostració d'aquesta afirmació necessita més raonaments que l'anterior. Efectivament, algun autor considera que en un Estat autonòmic com l'espanyol, les competències exclusives de l'Estat (entre les que s'inclou la legisla-

tibles de descomposición en elementos (vid. art. 50 C. de co.) si son actos, dimensiones si se trata de entidades (personas jurídicas, órganos) y clases o tipos si se trata de efectos jurídicos». Aquesta tipología pot ésser satisfactòria en els drets especials, com el dret mercantil, però no es pot aplicar al Dret foral, que no és institucionalment insuficient, perquè les institucions que regula són completes, sinó en el sentit de que no regula tots els possibles aspectes del dret privat.

¹⁸ Com repeteix DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *La potestad legislativa* cit., pàg. 55, i així es recull en la conclusió 5 del «Congreso de Jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución», celebrat a Saragossa en 1981: «La Constitución garantiza la pluralidad de régimenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, entendiéndolo no ya como un problema, sino como un bien Enriquecedor. La Constitución de 1978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un *desideratum* la unificación del Derecho civil».

¹⁹ El art. 15 de la Constitución republicana decía: «Corresponde al Estado español la legislación y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1.º Legislación penal, mercantil y procesal, y en cuanto a la *legislación civil*, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España». D'acord amb aquesta disposició es redactaren els articles dels següents estatuts d'autonomia: art. 11 de l'Estatut de Catalunya: «Corresponde a la Generalidad la legislación exclusiva en materia civil, salvo lo dispuesto en el art. 15, número 1 de la Constitución y la administración que le esté plenamente atribuida por este Estatuto»; l'art. 2, b)-1 de l'Estatut basc: «Corresponde a la competencia del País Vasco, de acuerdo con los arts. 16 y 17 de la Constitución de la República, la legislación exclusiva, la ejecución directa en las materias siguientes... b) 1.º Legislación civil en general, incluso en las materias reguladas actualmente por el Derecho foral escrito o consuetudinario, y el registro civil. Todo ello con las limitaciones establecidas en el n.º 1 del art. 15 de la Constitución»; i l'art. 14, b) de l'Estatut galleg deia: «corresponde a la Región gallega: b) La formación de un Apéndice de Derecho civil gallego al Código general, que podrá comprender todas las materias no reservadas al Estado en el art. 15 de la Constitución». Sobre aquest Estatut vegeu la nota de TIERNO GALVÁN a *Leyes políticas fundamentales* cit., pàg. 208.

Sobre l'abast de l'art. 15 de la Constitució de 1931 vegeu SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al art. 1 de la Compilació», a *Comentarios al Código civil* cit., pàgs. 69 i ss., i CLAVERO, Bartolomé, *El Código* cit., pàgs. 33-38.

ció civil, d'acord amb l'art. 149-1,8 C.c.) no tenen límits, i són competències generals de forma que «los únicos límites se producen en la aplicación de esas normas: allí donde tenga competencia la Comunidad autónoma, la norma estatal que es válida tendrá una vigencia de segundo grado»²⁰; això ve confirmat, segons OTTO, en l'art. 149-3 C.E. quan estableix la supletorietat del dret de l'Estat, el que significa que el dret de l'Estat és vàlid, però té una aplicació disminuïda quan existeixi competència atribuïda a la Comunitat autònoma i aquesta hagi fet ús d'aquesta competència dictant lleis en la matèria²¹. Això anterior comporta la conseqüència lògica que el Dret de les Comunitats autònomes — entenen aquí la paraula dret en sentit ampli i no circumscrita exclusivament al civil — serà Dret especial, front al Dret de l'Estat que serà sempre dret general. Francament, jo no crec que sigui aquesta la interpretació més correcta de la qüestió i més quan es tracta de l'aplicació d'aquest esquema al Dret civil. En efecte, abans de la vigència de la Constitució, els autors sosteníem que la Compilació catalana no era una llei especial si com tal entenem solament aquella que evita l'aplicació d'un dret de caràcter general²², cosa que venia confirmada per la sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968, que declarava que la interpretació de l'expressió «Dret comú» en el Codi de comerç es feia en relació a aquella legislació que contenia els principis bàsics de la contracció, «pero al aplicarse en este caso el Derecho civil especial de Cataluña con preferencia, hay que entender que el concepto de Derecho común se refiere a la legislación que contiene dichos principios fundamentales, tanto si está en el Código civil como en el Derecho regional, y como éste es el aplicable en el presente recurso, no cabe duda que ese Derecho común para los catalanes está integrado por su Compilación»²³.

²⁰ OTTO I PARDO, Ignacio de, *La prevalencia* cit., pág. 72.

²¹ OTTO I PARDO, Ignacio de, *La prevalencia* cit., pàgs. 73 i 75. A la pàg. 73 afirma que «la regla de supletoriedad significa, por tanto, que cuando el Derecho del Estado se ocupe de materias de la competencia de la Comunidad Autónoma no por ello será nulo — como ocurriría en un derecho federal — sino que será de aplicación supletoria, esto es, válido, pero de vigencia disminuida allí donde exista un derecho válido de las Comunidades autónomas. Tal conclusión, viene exigida además, por la propia dicción literal de los arts. 26-1 y 21 de los Estatutos Catalán y Vasco, en los cuales el efecto previsto en las materias de competencia autonómica es que en ellas el derecho de la Comunidad será de aplicación preferente y sólo en su defecto se aplicará el derecho del Estado. Tales preceptos prevén, obviamente, que puede haber derecho válido del Estado en tales materias, esto es, que la limitación del poder del Estado no se lleva a término limitando el ámbito material de su validez, sino disminuyendo su vigencia para determinadas materias — las de competencia de la Comunidad — en determinados territorios: los que hayan accedido a la autonomía».

²² Vegeu especialment LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil* cit., tomo I, pàg. 42, i PUIG FERRIOL - ROCA TRIAS, *Fundamentos* cits., tomo I, pàg. 135.

En especial, la conclusió 23 de la Secció 1.^a del II Congrés Jurídic català deia: «La Compilació catalana no és cap *llei especial*; ho seria tan sols perquè té una aplicació limitada a la regió catalana o a les persones que gaudeixen de la ciutadania o regionalitat catalana»; vegeu-la a *Llibre del II Congrés* cit., pàg. 806.

²³ No obsta a lo dit en el text la sentència de 5 desembre 1981 que aplica el Codi de comerç per analogia a una rescissió per lesió d'una aportació d'una finca a una societat anònima.

Si acceptem que una de les notes caracteritzadores del Dret especial o particular és la insuficiència normativa, entenent per tal autolimitació la regulació d'aquells elements d'una relació jurídica en els quals existeix un fet diferenciador determinant de l'existència del Dret especial i la consegüent remissió a un dret general²⁴, haurem de concloure que això no es produeix en l'estructura de l'ordenament civil a partir del text constitucional i que, com a conseqüència d'això, no s'ha produït en aquelles lleis que s'han dictat pels Parlaments autonòmics en exercici de la potestat legislativa que els correspon d'acord amb els respectius Estatuts²⁵. L'art. 149-1,8 C.E. empra la frase «derechos civiles forales o especiales...» com a identificatius d'una realitat existent abans de la Constitució, però que no té res a veure amb la què la pròpia Constitució estructura, com demostraré. A més, la supletorietat del Dret de l'Estat, consagrada en l'article 149-3 C.E. i les disposicions estatutàries²⁶ permet afirmar que a partir d'ara la supletorietat no es produirà per deficiències estructurals o per limitacions de les regulacions estableertes, sinó per manca de legislació en els temes relatius a les competències assumides en els respectius Estatuts; per tant, quan el Parlament autonòmic legisli sobre les matèries atribuïdes en competència exclusiva, aquesta legislació exclourà l'aplicació supletòria del Dret de l'Estat que només actuarà a manca de norma pròpia. Això equival a dir que *el Dret de l'Estat només podrà ser considerat general quan s'examini des del punt de vista de les seves competències exclusives*. El dret de les Comunitats autònomes no és un dret especial, ni particular quant a no estar limitat per raó de la regulació parcial dels diferents elements constitutius de la relació normada, ja que certament en matèria civil té unes possibilitats molt amples, ni ho és quant a requerir un dret supletori, ja que aquest solament serà necessari en tant que l'activitat legislativa dels Parlaments autonòmics no s'exerceixi, ja que quan s'ha exercit, aquesta activitat exclou la supletorietat²⁷.

²⁴ Aquestes són les notes diferenciadores que li atribueix, entre altres, BADOSA COLL, Ferran, *Memòria* cit., pàgs. 151-152.

²⁵ I així per exemple, ho ha fet el Parlament de Catalunya amb la llei de 3 de març de 1982 de fundacions privades (Diari oficial de la Generalitat de Catalunya, n.º 206, de 10 de març de 1982).

²⁶ Els diferents Estatuts contenen gairebé tots una norma cridant el Dret de l'Estat com supletori: art. 21 de l'Estatut basc: «El derecho emanado del País Vasco en las materias de su competencia exclusiva es el aplicable con preferencia a cualquier otro y sólo en su defecto será de aplicación supletoria el derecho del Estado»; art. 26-2 de l'Estatut de Catalunya: «En defecte de dret propi, el dret de l'Estat serà d'aplicació supletòria; art. 38-2 de l'Estatut gallec, idèntic al català; art. 10-1 in fine de l'Estatut d'autonomia per a Andalusia; art. 42 de l'Estatut d'Aragó i art. 27 de l'Estatut de la Comunitat Valenciana. No n'hi ha cap norma als Estatuts de Cantàbria i Astúries.

La supletorietat de les disposicions transitòries és diferent, perquè la supletorietat en aquest cas és merament provisional: en tant no legisli la Comunitat autònoma sobre les matèries de la seva competència i per tal d'evitar un buit legislatiu. Vegeu les disposicions transitòries 7-1 de l'Estatut basc; 2 de l'Estatut català; 3 del gallec; 1 de l'andalús, 8 Estatuts de Cantàbria; 5 Estatut d'Astúries; 5 de l'Estatut d'Aragó, etc.

²⁷ Si no fos així, es podria dir que si per necessitats de la Comunitat de que es tracti o

2. L'ESTRUCTURA DE L'ORDENAMENT CIVIL ESPANYOL

La lectura dels preceptes constitucionals i dels Estatuts d'autonomia relatius a les competències sobre legislació civil porten a la conclusió, que caldrà demostrar, que l'ordenament jurídic civil espanyol és un conjunt compost d'objectes diferents, però perfectament determinats; cadascun d'aquests objectes és un subordenant pel fet que conté necessàriament els elements del conjunt i en forma part integrant. Aquesta tesi que pretenc demostrar en les pàgines que seguiran, està sostinguda sobre dos grans pilars que proporcionen la interpretació correcta del tema: l'art. 149,1-8 C.E. que atribueix competències exclusives a les Comunitats autònombes on existeixi dret civil vigent en el moment d'entrada en vigor de la Constitució i els arts. 10-5 E.B., 9-2 E.C., 35-4 EAr, 31-2 ECV i 27-4 E.G. Emprant les disposicions estatutàries com a normes interpretatives de les disposicions constitucionals per dues raons: la primera que, a la meva manera d'entendre, les disposicions estatutàries poden fornir la interpretació autèntica de les normes constitucionals pel fet que contenen el desenvolupament de les normes constitucionals relatives a les Comunitats autònombes²⁸ i més concretament, del cap. III, tít. VIII de la Constitució. La segona raó, perquè la doctrina constitucional està d'acord en assenyalar que en matèria d'assumpció de competències, regeix el principi voluntarista, en virtut del qual la Constitució solament estableix el marc dins del qual es poden moure els diferents Estatuts, però que cada Comunitat autònoma té capacitat per acceptar totes les competències que pot assumir o bé per acceptar solament aquella part que es cregui capacitada per a dur a terme²⁹ i aquesta possibilitat té el seu reflex també en matèria de legislació civil.

per raons de política legislativa la regulació autonòmica no abastés tots els aspectes d'una determinada institució o tots els elements d'un dels subordenaents s'hauria de recórrer sempre al dret supletori, lo qual és evidentment irracional. Vegeu ALBERTI ROVIRA, *L'articulació del sistema de fonts* cit., pàg. 25 i el que dic més avall sobre la supletorietat del dret de l'Estat.

²⁸ Ja que els Estatuts fixen definitivament, el marc d'autonomia en la que cada Comunitat decideix moure's a partir del marc constitucional. Vegeu FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, pàg. 262.

²⁹ La doctrina constitucionalista està d'acord en assenyalar el principi voluntarista en l'assumpció de competències per les Comunitats autònombes, lo que porta a un neo-contractualisme. Veure, entre altres, FERNÁNDEZ, T. R., *Sistema de distribución de competencias* cit., pág. 11 on diu que «la Constitución ha renunciado a establecer un nivel fijo de materias y ha dejado a cada Comunidad autónoma en libertad para asumir las que tenga por convenientes dentro de la lista que el art. 148 contiene. Serán, pues, los Estatutos de cada Comunidad los que acotarán definitivamente el campo de acción de las mismas (arts. 147, 2d), y 149-3»); i *Curso de Derecho administrativo* cit., pàg. 268. També LEGUINA VILLA, J., *Las Comunidades autónomas* cit., pàg. 808 on afirma que «La Constitución no delimita ni garantiza directamente un ámbito material de competencias propias de los entes políticos autonómicos, ni fija tampoco los diferentes niveles de poder que en cada materia habrán de corresponderles forzosamente. Ambas opciones — delimitación de las materias propias y señalamiento de niveles de competencia — se encomiendan a la voluntad de cada comunidad, a través de la técnica del reenvío a los respectivos Estatutos»; i PAREJO, L., *La prevalencia del Derecho estatal* cit., pàg. 81, afirma que «el principio dispositivo o de volun-

Per això segueix essent bàsica per determinar el marc de competències civils de les Comunitats autònomes la interpretació de l'art. 149-1,8 C.E., que recordem-ho, diu el següent: «L'Estat té competència exclusiva sobre les següents matèries: 8. Legislació civil, sens perjudici de la conservació, modificació i desenvolupament dels drets civils, forals o especials per part de les Comunitats autònomes allà on n'hi hagi. En qualsevol cas, les regles relatives a l'aplicació i eficàcia de les normes jurídiques, relacions jurídis-civils relatives a les formes del matrimoni, ordenació dels registres i instruments públics, bases de les obligacions contractuals, normes per a resoldre els conflictes de lleis i la determinació de les fonts del dret, d'acord, en aquest darrer cas, amb les normes del dret foral o especial».

L'abast de les competències que aquest article ofereix a les Comunitats autònomes s'ha formulat per part de tres grans teories civilistes que segurament per una pressa en interpretar la qüestió, no han tingut en compte la natura de l'expressió exclusives, emprada en l'esmentat article.

— La tesi de DELGADO ECHEVERRÍA que distingeix entre *Derecho civil catalán actual* i *Derecho civil catalán posible*: «*El primero es — como los demás derechos forales o especiales — un conjunto de normas e instituciones dotadas de propia sistematización y conexión interna, informado por principios y valoraciones peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. No forma un sistema completo y autosuficiente — ni siquiera en el ámbito del Derecho civil —, pues junto a él se encuentra el Derecho general español, uniformemente vigente en todo el territorio nacional, contenido en parte en el Código, parte en otras leyes*»; conseqüència d'aquesta positura serà que el Dret civil català està format per les normes de la pròpia Compilació, «*no entendidas, ni mucho menos, como elenco de excepciones de otro cuerpo legal, sino como elementos de un sistema propio, animado por principios recibidos de la tradición jurídica o inferidos de las conexiones entre sus normas*» i també pels preceptes del Codi civil «*porque su aplicación procede en Cataluña, precisamente por ser reclamados por los preceptos catalanes o para completarlos, en la forma adecuada a los principios catalanes*»³⁰. Del que se'n dedueix que la competència legislativa de les Comunitats autònomes sobre legislació civil «*ni siquiera está confirmada a lo que hoy son los Derechos civiles forales o especiales... Sólo mediáticamente queda determinada por el estado actual de estos Derechos. En efecto, es evidente que la potestad legislativa no puede ver limitado su*

tariedad que està, pues, en la base misma del desarrollo y limitación infraconstitucionales del ámbito en principio atribuible a las instancias territoriales autónomas...». Finalment, TORNOS, J., *La distribución de competencias* cit., pàg. 214, diu que «la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas debe realizarse, según la Constitución, en los Estatutos de autonomía de las respectivas Comunidades Autónomas. La Constitución ha establecido un marco de referencia, un esquema básico inamovible, pero dentro del mismo son los Estatutos de autonomía los encargados de configurar el poder político de cada Comunidad».

Les anteriors conclusions vénen propiciades per la interpretació de l'expressió «podrán» de l'art. 148-1 C. E.

³⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *La potestad legislativa de la Generalidad* cit., pàgs. 43-44.

ámbito a lo que hoy es derecho vigente, porque esto equivaldría a la negación de la potestad de legislar...» La competència legislativa s'ha d'entendre «como proceso que se desarrolla en tiempo indefinido» i que «puede afectar a todas las instituciones de los Derechos territoriales actuales, alterando no sólo los principios que los informan, sino el ámbito institucional del mismo». D'aquí que la conclusió lògica sigui que «en definitiva, las Comunidades autónomas, en el ámbito material señalado (de principis i institucional), podrán desarrollar el Derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes circunstancias e ideales de la sociedad con la misma libertad que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil»³¹.

Aquesta és la línia que es manté en les conclusions del «Congreso de Jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución»³², celebrat a Saragossa en 1981; aquestas conclusions limiten la competència legislativa civil de les Comunitats autònombes al desenvolupament dels principis informadors dels Drets civils vigents: «Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades autónomas» (conclusió segona).

Però el propi DELGADO considera que per mitjà de l'exercici d'algunes competències relacionades amb zones alienes al dret civil tradicional es pot arribar a ampliar el camp de competències de dret privat, amb el qual es podria incidir en els grans temes de la contractació, l'urbanisme, etc.³³; això formaria el contingut del Dret civil català possible del qual parla el mateix autor.

La tesi de DELGADO es pot qualificar com intermèdia entre les que veurem tot seguit. En definitiva, es tracta d'una tesi eclèctica que combina els elements tradicionals, com és la referència al text compilat, si bé aquesta referència és apositiva en el sentit de que no s'atura en el text legal, sinó que mira els principis que l'inspiren; però també inclou nous elements, que no cal oblidar, com serien totes les possibilitats contingudes en diferents números de l'art. 9 E.C. que obririen un camp, de molt ampli abast. A la meva manera d'entendre, aquesta tesi dista de ser

³¹ Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución, Ponencia Art. 149, 1, 8 de la Constitución, inèdita, pàg. 10.

³² Les conclusions 2 i 3 del Congrés de Saragosa de 1981 diuen el següent: «Conclusión segunda: La competencia legislativa no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informado por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades autónomas.

Conclusión tercera: Las Comunidades autónomas podrán desarrollar el Derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil».

Com es pot comprovar, aquestes conclusions responen a l'opinió de l'autor dels fragments transcrits al text.

³³ Així DELGADO ECHEVERRÍA, J., *La potestad legislativa de la Generalidad*, cit. pàgines 52-53.

satisfactoria, perquè té en compte l'estructura tradicional del dret civil, que no analitza, si bé, certament, aquesta interpretació seria perfectament aplicable a l'estructura tradicional.

— Tesi de PUIG I SALELLAS: els raonaments entorn de l'expressió «dret civil català», que apareix a l'art. 9-2 E.C. es concreten d'una forma molt esquemàtica en aquest autor: «és català el dret civil de Catalunya, és a dir aquell que s'aplica a Catalunya i no solament el dret de la Compilació i el relatiu a institucions molt específiques, com l'abans esmentada dels censos». Aquesta conclusió es dedueix de l'art. 149-1,8 C.E. que, segons PUIG I SALELLAS, cal interpretar en conjunt, de forma que la segona part que l'art. 149-1,8 C.E., en establir les competències exclusives de l'Estat «centra en els seus justos termes el primer incís, possibilita perfectament» la interpretació que fa l'autor de l'art. 9-2 E.C., de forma que «és l'àmbit dibuixat per ells el propiament reservat a l'Estat»³⁴.

Aquesta tesi es pot qualificar de maximalista en el sentit que per explicar un fenomen difícil parteix dels conceptes anteriors (en el sentit de vigents fins la Constitució); la tesi no és errònia en la seva conclusió, però no es pot justificar l'abast legislatiu del Parlament de Catalunya en matèria civil partint de la vigència actual d'un determinat ordenament. És cert que les competències legislatives civils són més amples i que van més enllà de la Compilació, però no vol pas dir que sigui Dret civil català tot el que s'aplica a Catalunya; la justificació de l'amplitud de les competències es pot fer per altres camins, com veurem tot seguit.

— Tesi de LASARTE. Interpretant la paraula «desenvolupament», de l'art. 149-1,8 C.E., aquest autor afirma que «el desenvolvimiento de los Derechos forales ha de ceñirse a los supuestos institucionales — esto es, realidades materiales o reguladas por criterios peculiares — tradicionalmente característicos de los respectivos territorios y divergentes — por su propia materia o por los criterios de regulación — del sector del Ordenamiento jurídico-civil (el llamado Derecho común)

³⁴ PUIG I SALELLAS, Josep M., *El concepte de Dret civil català* cit., pàgs. 110-111. En *La recuperació de l'autonomia legislativa* cit., pàg. 1055 afirmava que «l'autonomía legislativa en materia de Dret privat, una vez recuperada, se proyectará sobre una realidad conformada por a) *unes normes d'àmbit exclusivamente català...*», i b) unes normes que podríem qualificar *d'externes* amb vigència a Catalunya i a la resta de l'Estat. Entenem que tant un grup de normes com l'altra constitueixen el Dret Privat de Catalunya, puix a parer nostre, el Dret de Catalunya és aquell que s'aplica al Principat, sense distincions. Per tant, tot aquest Dret i no solament aquell que només té aplicació a Catalunya, ha de ser objecte potencial de reelaboració. En aquest mateix sentit estava redactat el manifest final de l'àmbit de Dret del Congrés de cultura catalana: «1. Afirma que el Dret de Catalunya es tot aquell que avui s'aplica al país, independentment del seu origen. Per tant, es consideren anacrónicas aquelles posicions doctrinals que, sota els apellatius de foral o especial, redueixin el Dret de Catalunya en determinades peculiaritats del Dret civil. És Dret de Catalunya tot aquell que s'aplica al Principat, tant públic, com privat. Ara bé, aquesta normativa i, en particular, la no específicamente destinada a Catalunya ha de ser aplicada tenint en compte les característiques i les actituds del nostre grup social i la nostra tradició jurídica. Aquesta particular forma d'aplicació transforma en Dret de Catalunya, encara que el seu origen, si és el cas, sigui forà». Vegeu-la a «Revista Jurídica de Catalunya», 1978, pàg. 236.

que, también por razones históricas, ha desplegado un papel de punto de referencia necesario»; per lo tant, «propugnar que el desarrollo de los Derechos forales no ha de atender a su estado actual, a los supuestos institucionales regulados en las Compilaciones..., entiendo que supone una alteración gravemente perturbadora del propio concepto constitucional, en cuanto manipulación del planteamiento histórico en que se asienta la propia Constitución»³⁵. D'aquí s'arriba a la conclusió que, si bé és possible seguir mantenint aquesta disparitat legislativa civil en temes relacionats amb el sector familiar-successori, sector en el qual més van lluitar els foralistes durant l'època de la Codificació³⁶, en el sector Dret privat patrimonial, integrat pel Dret mercantil en general i alguns sectors del Civil, «las formas jurídicas del tráfico económico de bienes y servicios, la contratación en general, la constitución de sociedades anónimas, el régimen de las llamadas propiedad intelectual e industrial, las garantías de carácter real... pueden decirse hoy día normalizadas (por utilizar adjetivos al uso) no sólo en márgenes nacionales, sino más bien internacionales», de forma que «se comprenderá que, en los términos expositivos que vengo siguiendo, el Derecho privado patrimonial no responde a peculiaridades regionales. Es fruto de las condiciones socio-económicas»³⁷.

Les crítiques a la tesi exposada es faran a continuació, tot exposant el meu pensament sobre aquest tema. Voldria fer evident que l'autor parteix del fet que els que ell segueix anomenant «Derechos forales» estan continguts exclusivament dins l'estret límit de les Compilacions; però, tenint solament a la vista els textos compilats, tampoc es pot arribar a aquesta conclusió, perquè aquests proporcionen dades suficients per a concloure que no ens trobem davant la regulació aïllada d'unes institucions excepcionals, sinó davant la resta (entès en el sentit de l'art. 3 del Decret de 1947), d'un *régimen jurídico* que es conservava en l'art. 12 C.c. Les Compilacions no regulen institucions més o menys obsoletes, sinó que en gran part són l'expressió d'un sistema³⁸.

³⁵ LASARTE, Carlos, *Autonomías* cit., pàgs. 104-106. Aquesta tesi és fins un cert punt sorprenent i incongruent amb els plantejaments de l'autor que en la pàg. 47 havia afirmat que «la contraposición insita en el precepto entre legislación civil en general y derechos civiles, forales o especiales, en particular, no puede tener como finalidad, desde luego, predicar una diferente naturaleza de estos mismos: *hic et nunc*, los Derechos forales son también legislación civil».

³⁶ LASARTE, Carlos, *Autonomías* cit., pàg. 156.

³⁷ LASARTE, Carlos, *Autonomías* cit., pàg. 154. ELIZALDE AYMERICH manté una opinió semblant a *Prelación de normas civiles* cit., pàg. 756, on diu que «El Derecho foral, particular y, en cuanto supone la inaplicación del Derecho común, excepcional y especial, carece de la eficacia expansiva propia de éste; por consiguiente «el desarrollo» a que la Constitución se refiere, no puede suponer su extensión a instituciones ajenas que, por ello, ya han quedado sometidas al Derecho general, sino exclusivamente al complemento de la regulación de instituciones propias forales. Este complemento podrá suponer, en algún caso, la aplicación del régimen foral a instituciones conexas a las privativas, pero sólo cuando los principios forales y la realidad social del territorio foral impongan una disciplina particular, diferente de la que correspondería al amparo del Derecho general».

³⁸ L'organicitat del sistema català, per exemple, està reconeguda a la conclusió 24 de la secció 1.^a del II Congrés Jurídic català, que diu: «El Dret català, i en particular la seva Compilació,

A) Claus interpretatives de l'art. 149-1,8 C.E.

La interpretació de l'art. 149-1,8 C.E. gira entorn de la clarificació de la frase «legislació civil» i de la determinació del tipus de competències que es reconeixen a l'Estat i a les Comunitats Autònombes. Aquestes són, a la meva manera d'entendre, les dues grans claus interpretatives de l'art. 149-1,8 C.E., interpretació que haurà de ser completada amb les disposicions estatutàries.

a) *El concepte de legislació civil.* — Segurament l'expressió prové de l'article 15 de la Constitució de 1931, quan deia que corresponia a l'Estat la legislació civil relativa a les matèries que s'enumeraven en la pròpia disposició. Actualment, l'art. 149-1,8 C.E. tracta de forma diferent la legislació sobre els elements que tradicionalment formen part de l'anomenada *matèria civil*, la qual cosa faria inclinar-se fortament a identificar el terme «legislació civil» amb «Codi civil». L'art. 149-1, reserva a l'Estat sempre la competència exclusiva sobre la nacionalitat (núm. 2) i propietat intel·lectual i industrial núm. 9), mentre l'art. 148-1,3 C.E. permet que les Comunitats autònombes assumeixin competències en matèria d'ordenació del territori, urbanisme i vivenda.

Això fa que calgui plantejar la qüestió de la matèria civil d'una forma diferent a la que s'ha fet referència tradicionalment: la matèria civil està continguda en normes civils, però no és forçós que aquestes formin part d'un Codi, ja que aquest, sigui quin sigui el seu grau d'aplicació, solament contindrà una part de les normes civils³⁹. Per tant, avui el concepte de legislació civil és més ampli que el de Codi civil, inclourà tota aquella normativa que tradicionalment s'ha identificat amb les normes civils. Però, a la vegada, no es pot dir que legislació civil sigui sinònim de dret privat, perquè existeixen altres apartats en el propi art. 149 que demostren aquesta dualitat: efectivament, el núm. 2 reserva a l'Estat la regulació de la nacionalitat, el núm. 6 li reserva la legislació mercantil (essencialment dret privat) i la processal i el núm. 9 la legislació sobre propietats intel·lectual i industrial. A més, en altres tipus de competències, considerades tradicionalment

contenen un conjunt de disposicions destinades a regular la vida social catalana amb un valor organitzatiu general i constitueix un ordenament orgànic, un règim jurídic conexe i, en conseqüència, tot un sistema de Dret amb mitjans d'integració autònoms. Per això, sens perjudici que es realitzi un acostament progressiu i mutu i una comunicació entre els distints Drets hispànics, el Dret català és el Dret comú i permanent de Catalunya i per als catalans; i com a tal Dret Comú cal que sigui considerat, en paritat, dins els seu àmbit natural, amb els que a compleixen la mateixa funció en els altres territoris i concretament amb el Codi civil espanyol», vegeu-la a *Llibre del II Congrés* cit., pàg. 806.

³⁹ La distinció entre norma i text legal que ha estat evidenciada degudament per tota la doctrina, es recull a la sentència del Tribunal Constitucional de 8 d'abril de 1981 dictada en el recurs d'inconstitucionalitat n.^o 3, en quina sentència fou ponent el Magistrat Glòria Begué. Es diu concretament: «Si se admite la distinción entre normas como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero».

administratives, s'inclouen elements civils, com la legislació sobre aigües (núm. 22), protecció del medi ambient (núms. 23 i 45-1) monts, aprofitaments forestals i vies pecuàries (núm 23), agricultura i ramaderia (art. 148-7), etc. Per tant, l'àmbit de la legislació civil a la qual es refereix l'art. 149-1,8 C.E. és més restringit que no pas el que tradicionalment s'ha pogut qualificar com Dret privat. D'on resultaria que quedarien integrats dins el concepte «legislació civil» totes aquelles matèries que s'han qualificat tradicionalment com dret privat i que no estiguin enunciades o recollides en altres apartats de l'art. 149-1,8 C.E.

Partint d'aquí es poden formular dues grans teories entorn del concepte de legislació civil: aquella que comprèn «totes aquelles situacions o actes identificables en la vida social i que es consideren amb transcendència suficient per a ésser regulats pel dret, que tinguin com a punt de referència la persona humana contemplada en abstracte (és a dir, sense cap altra qualificació que el seu caràcter de subjecte)». D'acord amb aquesta teoria, «s'exclouen, doncs, aquelles situacions i actes també rellevants jurídicament però que suposin en la persona una prèvia qualificació jurídica resultant d'una activitat la regulació de la qual doni lloc a l'existència d'un Dret específic (vgr. la qualitat de comerciant pel Dret Mercantil o la de treballador i empresari pel Dret del Treball)»⁴⁰. Es pot dir que aquesta tesi, amb diferents matisos, és la més correntment acceptada entre els civilistes espanyols, de forma que serà civil tota aquella regulació que tingui per objecte les relacions de les persones entre elles contemplades a nivell d'igualtat⁴¹. Enfront a aquesta tesi tradicional se'n formula una altra segons la qual la distinció bàsica entre dret públic i dret privat (incloent-hi la qüestió civil dins l'última expressió) es basa en la diferent natura de les matèries: serà dret privat aquell que atén principalment les relacions econòmiques, sigui quina sigui la natura, privada o pública del subjecte que actua, concepte que porta, segons GALGANO, a la superació del mateix concepte de dret privat⁴². Evidentment, no són aquests ni el lloc ni el moment per a formular una teoria sobre la qüestió plantejada, que solament interessa aquí de forma instrumental, és a dir, als efectes de determinar l'àmbit de competències de l'Estat i les Comunitats autònombes en matèria civil. Perquè el que es dedueix de la lectura constitucional citada és que la legislació civil és competència de l'Estat, en tant que aquest es reserva l'estandardització de la societat civil⁴³. Llavors només podem moure'ns dins dues alternatives: o bé

⁴⁰ BADOSA COLL, Ferran, *Memoria* cit., pàgs. 149 i ss.

⁴¹ La doctrina espanyola coincideix en posar com a eix central del concepte de Dret civil a la persona: ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. I-1.º, pàg. 41; CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España* cit., pàg. 127; HERNÁNDEZ GIL, *El concepto de Derecho civil*, Madrid 1943, pàgs. 173 i ss.; DÍEZ PICAZO - GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1, Madrid, 56 pàgs., i Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, Madrid 1975, pàgs. 28-29.

⁴² GALGANO, Francesco, *Il diritto privato* cit., pàg. 43.

⁴³ GALGANO, Francesco, *Il diritto privato* cit., pàg. 56. L'adopció de l'estatalització de la producció del Dret privat ha sigut acceptada plenament entre nosaltres per LASARTE, C., *Autonomías* cit., pàgs. 34-35 i 154-155 bàsicament. FIGA FAURA en *El ordenamiento* cit., pàg. 49, critica

aquesta competència és atribuïda totalment a l'Estat (com passa a Itàlia) i llavors la legislació civil té per definició, la natura de *dret comú* o bé existeix un fraccionament en diferents drets. A l'hora de plantejar la qüestió des del punt de vista constitucional, només existeixen aquestes dues opcions; tot fent meves les paraules de GALGANO, puc afirmar que, l'atribució de poder legislatiu a les regions obedeix, en la Constitució, a una finalitat de democratització del dret i aquest designi no pot ésser circumscribit al dret públic, sinó que cal extender'l al dret privat⁴⁴. I aquesta sembla ser la línia oberta, si bé no massa clarament pel legislador constitucional espanyol.

Aquesta línia es manifesta en l'art. 149-1,8 C.E., i també en tots els Estatuts d'autonomia de les Comunitats amb dret civil propi: l'art. 10-5 E.B. estableix que «*la Comunidad autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias. 5. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos que integran el País Vasco y la forjación del ámbito territorial de su vigencia*»; l'art. 9-2 E.C. estableix la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya per a la «conservació, modificació i desenvolupament del Dret civil català»; l'art. 27-4 E.G. estableix la competència exclusiva de la Comunitat Autònoma gallega sobre «*la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego*», i l'art. 35-4 EAr diu que: «*Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva... 4. La conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado...*»⁴⁵ Però també s'adverteix que el concepte de matèria civil no s'accepta uniformement per les diferents Comunitats autònomes que han assolit l'autonomia i que poden legislar en matèria civil: des de l'amplitud de l'article 9-2 E.C., fins la concreció de l'art. 27-4 E.G. Això significaria dues coses que ajuden a la interpretació de l'art. 149-1,8 C.E.: la primera, que el terme «legisla-

aquesta postura quan diu que «el ordenamiento general, por tanto, es un *artefacto* con el cual el poder político construye o pretende construir o mantener una sociedad con arreglo a una determinada manera de entender lo que clásicamente ha recibido el nombre de justicia general o arquitectónica».

⁴⁴ GALGANO, Francesco, *Il diritto privato* cit., pàg. 57. La sentència del Tribunal Constitucional (per més dades vegeu nota 73) de 28 de juliol de 1981 declarava que «la larga enumeración de competencias exclusivas del Estado (en el sentido más restringido del término) que hace el apartado primero del art. 149 de la Constitución está construida por referencia a materias o actividades concretas del poder respecto de determinados fines sociales». Cal remarcar que en aquest art. 149-1 C. E. es troba la legislació civil.

⁴⁵ Curiosament l'art. 31-2 de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana diu que «la Generalidad valenciana tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias... 2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano». Si no és a partir de la disposició addicional primera de la Constitució, és impossible assumir aquesta competència, ja que aquesta competència queda exclosa de l'art 149, 1-8 C. E. per quant atribueix competències en matèria civil a aquelles Comunitats autònomes on n'hi hagi. Aquest no és el lloc per entrar a discutir aquesta qüestió; quedí solament constància d'aquesta possible inconstitucionalitat.

ció civil» és més restringit que el de dret privat, per tal que algunes matèries privades queden regulades de forma diferent (en tema de competències) per l'art. 149-1 C.E. i que és més ampli que el que pugui identificar-se parlant de Codi civil i Compilacions, per tal com inclouria totes aquelles matèries no exclòses per una competència específica pel propi art. 149-1 C.E. La segona qüestió que es derivaria del plantejament anterior és la de que el concepte abstracte de l'art. 149-1,8 C.E. es concreta quan cada Comunitat autònoma fa ús de les seves facultats de delimitació de l'àmbit de competències i estableix un marc concret a les seves competències per legislar en matèria civil. El marc constitucional ofert per l'art. 149-1,8 C.E. pot ésser assumit totalment com en el cas de la Comunitat autònoma catalana⁴⁶ o de forma restringida com en el cas de la Comunitat autònoma gallega.

El plantejament abstracte de la interpretació de la frase *legislació civil* de l'art. 149-1,8 C.E. ve donada per la pròpia disposició. Efectivament, he sostingut en altres llocs⁴⁷ que l'esmentada disposició conté dues normes bàsiques, que determinen l'àmbit de les competències civils de les Comunitats autònomes: *la primera norma general* és *la de reservar* a l'Estat la competència exclusiva sobre la legislació civil; per tant, emprant aquella interpretació social que proposa GALGANO, la configuració de la societat civil ve reservada a l'Estat ja des de la Revolució francesa⁴⁸ i un dels instruments a utilitzar en aquesta configuració és la regulació de les situacions bàsiques de la societat civil; per això l'Estat té competència exclusiva per legislar en matèria civil. Però l'art. 149-1,8 C.E. conté *una altra norma general*: les Comunitats autònomes on sigui vigent Dret civil, foral o especial, tindran competència exclusiva per a la conservació, modificació i desenvolupament; per tant, tindran competència exclusiva per legislar en matèria civil conservant, modificant o desenvolupant aquest dret civil. Llavors caldrà conèixer els límits de la competència de les Comunitats autònomes i per això se'n ofereixen dos camins: el primer i més fàcil, acudir als drets avui vigents, ja que quan la pròpia Constitució fa referència als Drets civils forals o especials, es referiria principalment a les Compilacions, però ensopeguem amb certs obstacles que impossibiliten aquesta solució, com són que les normes civils vigents en els territoris en que existeix dret propi no necessàriament estan compilades, perquè el Dret vigent és més ampli⁴⁹ que el que està codificat i que no veig de quina

⁴⁶ Per Catalunya, així ho proposa PUIG SALELLAS, Josep, M., *El concepte de dret civil català* cit., pàgs. 108-109, on explica la gènesi de l'expressió estatutària.

⁴⁷ Així a *El derecho civil catalán en la Constitución de 1978* cit., pàg. 28.

⁴⁸ Així, entre altres, GALGANO, Francesco, *Historia del Derecho mercantil* cit., pàgs. 94 i ss. RODOTÀ, Stefano, «Ipotesi sul diritto privato», en *Il diritto privato* cit., pàg. 11, i TARELLO, G., *Storia della cultura* cit., pàgs. 22 i ss. Últimament existeix una tendència que negaria a l'Estat la capacitat per a assenyalar les línies mestres del Dret civil, que constituiria una opció privada. Així PUIG BRUTAU, J., *Introducción* cit., pàg. 189, i FIGA FAURA, Ll., *El ordenamiento jurídico* cit., pàg. 44.

⁴⁹ I així ho reconeix FIGA FAURA, Ll., *El ordenamiento jurídico* cit., pàg. 41, on diu que

manera es pot desenvolupar un dret (no una institució) si no és aportant les noves solucions i fins i tot les noves institucions que la realitat demana⁵⁰. Un altre camí consisteix en emprar el propi text constitucional que, a la meva manera d'entendre, proporciona la delimitació competencial de les Comunitats autònombes en matèria civil: l'excepció que conté l'art. 149-1,8 C.E. en tant que reserva a l'Estat en qualsevol cas determinades submatèries dins de la genèrica civil, està, per un cantó, delimitant la reserva de l'Estat en aquestes submatèries i per l'altre, està delimitant la matèria civil competència de les Comunitats autònombes: *tota aquella que no estigui reservada exclusivament a l'Estat.*

Conseqüència de tot això dit, per determinar les competències des del punt de vista de la matèria civil ens caldrà fixar-nos no tant en l'actual sistema, residu històric superat per la pròpia Constitució, sistema que distingeix entre Codi civil i Compilacions, sinó en l'estructura creada per la Constitució de forma que la matèria pròpia de la legislació civil ve determinada negativament: és aquella que no és mercantil (núm. 6), ni afecta a la nacionalitat (núm. 2) ni és propietat intel·lectual o industrial (núm. 9). Un cop determinat aquest concepte, per a establir la divisió de competències entre l'Estat i les Comunitats autònombes s'utilitza un criteri exhaustiu: l'Estat tindrà competències exclusives sobre unes submatèries especificades clarament en l'art. 149-1,8 C.E. i les Comunitats autònombes amb Dret propi a l'entrada en vigor de la Constitució la tindran sobre tot allò que no estigui inclòs en aquestes submatèries. La referència als drets civils, especials o forals, allí on n'hi hagi és solament competencial i no material, ja que la competència material ve donada pel propi art. 149-1,8 C.E. en el sentit fins ara propugnat.

b) *Determinació dels tipus de competències que s'atribueixen a l'Estat i a les Comunitats autònombes en matèria civil.* — Determinat l'àmbit de l'expressió *legislació civil*, ens cal delimitar l'altra clau interpretativa de l'art. 149-1,8 C.E. sobre quina és la natura de les competències atribuïdes per l'esmentat article i en relació als diferents articles dels Estatuts d'autonomia citats en l'apartat anterior.

El Tribunal constitucional ha reconegut la dificultat de determinar el concepte de competència exclusiva en la sentència de 16 de novembre de 1981⁵¹ i les

«la coexistencia *intraestatal* de varios grupos normativos no puede ser debida más que a una causa: a la coexistencia de dos o más sistemas de principios generales, origen, causa y *ratio de* las normativas citadas. Y si estamos tratando —y conviene recordarlo— de normativas sustancialmente y casi exclusivamente constitutivas de órdenes espontáneos habrá que admitir que la vigencia de sistemas de normas de conflicto intraestatal denuncia la coexistencia en el interior de la comunidad nacional de grupos sociales presididos por sistemas conceptuales y axiológicos distintos, admitidos, respetados y protegidos como tales por los poderes públicos». Vegeu també el que diu aquest autor a la pàg. 45.

⁵⁰ Com s'ha dit abans, LASARTE, Carlos, *Autonomías* cit., pàg. 155, manté la tesi restrictiva.

⁵¹ La sentència del Tribunal Constitucional de 16 de novembre de 1981 prové d'un recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Govern de la Nació front a la llei del Parlament basc 3/1981, de 12 de febrer sobre «centros de contratación de cargas en transporte terrestre de mercaderías». És el recurs n.º 8, fou ponent el Magistrat Fco. Rubio Llorente i podeu consultar-la íntegra a B. J. C., 7, 1981, pàgs. 491-507.

diferents formulacions de la doctrina espanyola estan d'acord amb aquesta idea bàsica, però la veritat és que ningú no dóna un concepte aclaridor del que vol dir la Constitució quan empra el terme i el donen per sabut com si fos ja un valor sobreentés⁵²; OTTO ressalta la diferència entre el concepte de competència exclusiva en un Estat federal, on significa l'exclusió de la facultat de legislar per part d'aquell en què no té competències, de forma que és exclusiva perquè un altre subjecte està exclòs⁵³, mentre que en la Constitució espanyola quan una competència s'atribueix a una Comunitat autònoma, això comporta la concurrència amb la competència subsistent de l'Estat, de forma que hi haurà competències exclusives quan s'ostenta la plenitud de les faculatats — legislativa i executiva — sobre una matèria⁵⁴; i, finalment, SALAS distingeix dos tipus de competències exclusives, amb independència, assegura, de que es projecti sobre tota una matèria o no; segons SALAS, una competència és exclusiva «en la medida que hagi estat atribuïda a un ens, els altres siguin exclosos de la seva titularitat», distingint, però, dues grans possibilitats segons que la titularitat es refereixi a *una parcel·la o sector de tota la matèria* — distribució horitzontal — o bé a una *fase* o moment d'un procediment específic dins un complex procedural d'actualització de les potestats públiques de la matèria — distribució vertical o en clau de procediment —⁵⁵. Però a la vegada SALAS apunta una nova classificació de les

En allò que afecta al tema del text, diu el següent: «Sin entrar en el sentido marcadamente equívoco con que el adjetivo «exclusivo» se utiliza tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos de Autonomía hasta ahora promulgados...»

⁵² Així FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo* cit., pàgs. 265 i ss.; ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo* cit., pàgs. 98 i ss., i TORNOS MAS, J., *La distribución de competencias* cit., pàg. 216, entre altres autors. També el *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías* no conté una explicació del terme exclusiu. Encara que intenti precisar més, el Dictàmen del Consell consultiu de la Generalitat de Catalunya, sobre la LOAPA, de 30 de juliol de 1982 (Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, n.º 95, de 1 de setembre de 1982), no acaba de trobar la determinació exacta del terme «competència exclusiva» a l'Estatut català. Vegeu especialment pàgs. 3690-3693.

⁵³ OTTO I PARDO, Ignacio de, *La prevalencia* cit., pàg. 66.

⁵⁴ OTTO I PARDO, Ignacio de, *La prevalencia* cit., pàg. 80, on diu que en el nostre dret el concepte de competència exclusiva «no se opone, por tanto, al de competencia concurrente, sino al de competencia compartida. El criterio no es el monopolio de la facultad normadora, sino el que se atribuyan o no todas las facultades sobre una materia o todas las facultades de una misma calidad, por ejemplo, toda la legislación o toda la ejecución. Exclusividad equivale así a plenitud, de modo que hay *competencia exclusiva* cuando se ostentan la plenitud de las facultades — legislativa y ejecutiva, sobre una materia y hay competencia legislativa exclusiva cuando se ostentan todas las facultades de ejecución. Por el contrario, la competencia no es exclusiva cuando es compartida, cuando no abarca todas las facultades o cuando no abarca todas las de una misma calidad, por ejemplo, cuando es sólo ejecutiva o cuando incluya tan sólo la legislación de desarrollo, pero permaneciendo en manos del Estado, en monopolio, la legislación básica». Si això és així, voldrà dir que totes les competències són concurrents, com afirma TORNOS MAS, J., *La distribución de competencias* cit., pàg. 217, i *Informe de la Comisión de expertos* cit., pàg. 47.

⁵⁵ SALAS HERNÁNDEZ, J., *Els poders normatius* cit., pàg. 119. La distribució vertical i horitzontal de competències ha fet fortuna entre els autors espanyols i així es recull també per

competències, quan parla de l'existència de *competències separades*, que són les que s'atribueixen «en relació a tota una matèria amb exclusió de qualsevol altra, ja sigui a propòsit d'un sector o parcel·la d'aquesta matèria, ja sigui en una determinada fase del procediment simple o complex d'actuació de tals competències» i assenyala que «és cert que existeixen exemples de competències “separades” atribuïdes a la Generalitat per l'Estatut, pel que fa a matèries en les quals l'Estat no pot desenvolupar cap funció»... Aquest seria el cas, segons SALAS, del número 2 de l'art. 9 E.C.⁵⁶. Serien aquelles competències que en un Estat federal són conegudes amb el nom de concurrents, ja que diferents ens territorials tenen la mateixa facultat sobre la mateixa matèria, de forma que les decisions legislatives dels diferents ens determinen un concurs de normes diferents al mateix temps, amb la necessitat de determinar els criteris d'aplicació⁵⁷.

És ben cert, per altra banda, que aquestes definicions no són acceptades sense discussió per la major part dels constitucionalistes espanyols, però mentre tant no existeixi una doctrina admesa sobre l'esmentat precepte, m'inclino per acceptar la tesi de SALAS, que té una traducció exacta en l'art. 149-1,8 C.E. En efecte, en aquesta disposició combina dos tipus diferents de competències: unes competències *exclusives de l'Estat*, determinades en la frase «en qualsevol cas»; aquestes competències exclusives vénen determinades per raó de la matèria, interpretant legislació civil en el sentit que he donat abans i constitueixen una zona de coincidència comuna de tots els ordenaments civils espanyols en el sentit que la legislació de l'Estat serà l'única possible sobre aquestes matèries. Tota norma de les Comunitats autònombes sobre alguns d'aquests temes serà inconstitucional perquè ultrapassarà l'àmbit de competències civils de les Comunitats. Crec que aquest és el sentit veritable del terme exclusiu, ja que significa el monopoli d'un ens (en aquest cas l'Estat) sobre la matèria i sobre el procediment legislatiu. Resta aquí la gran dificultat del tema de la competència de l'Estat per legislar sobre les bases de les obligacions contractuals, del qual m'ocuparé al tractar de les relacions entre el Dret de l'Estat i el de les Comunitats autònombes i el de les fonts del Dret, que també veurem.

Serà *competència separada* en el sentit abans propugnat⁵⁸ aquella que faci

T. R. FERNÁNDEZ, *Sistema de distribución de competencias* cit., pàgs. 16-17. Així també en l'*Informe que emite la Academia* cit., pàg. 11.

⁵⁶ SALAS HERNÁNDEZ, J., *Els poders normatius* cit., pàg. 118. En contra, TORNOS MAS, J., *La distribución de competencias* cit., pàg. 217.

⁵⁷ OTTO i PARDO, Ignacio de, *La prevalencia* cit., pàg. 67. T. R. FERNÁNDEZ, a *Sistema de distribución de competencias* cit., pàg. 13, diu que «la idea de competencia compartida o concurrente exige la previa definición de una zona común de actuación en la que las dos autoridades pueden moverse simultáneamente» i a la pàg. 19 diu que la legislació civil és una de les competències compartides.

⁵⁸ L'*Informe que emite la Academia* diu que les competències concurrents són aquelles «en las cuales la potestad legislativa ordinaria se distribuye entre el Estado y la Comunidad autónoma, por ejemplo, en base a la materia o al territorio donde se extiende la competencia (más

concórrer sobre una mateixa matèria les competències legislatives de l'Estat i d'una Comunitat autònoma; per tant, en matèria civil (entenent el terme en el sentit ja delimitat en l'apartat anterior) constitueix una competència separada (mai concurrent), perquè sobre la mateixa matèria (la que no és exclusiva), recauen normes diferents dictades per Parlaments diferents; les normes dictades en virtut d'aquest tipus de competència formen un comportament aïllat envers les normes dictades per altres ens, no s'influeixen mútuament i són l'expressió de dos ordenaments amb una dinàmica pròpia.

Malgrat aquesta distribució, es pot afirmar que la Constitució no imposa a les Comunitats autònomes amb Dret vigent a la seva entrada en vigor l'obligació d'assumir les totals competències que en abstracte reconeix l'art. 149-1,8 C.E. Per això cal dir que en matèria civil les competències separades s'articulen a dos nivells diferents: un nivell abstracte que, d'acord amb els plantejaments anteriors, possibilita l'assumpció de competències en les submatèries no reservades en exclusiva a l'Estat. I un nivell concret, materialitzat en els diferents Estatuts d'autonomia avui vigents, d'acord amb els quals les competències de cada Comunitat vindran determinades pel grau d'assumpció que s'hagi concretat en els respectius Estatuts. Aquesta solució és possible a través d'una interpretació sistemàtica dels arts. 148-1 i 149 C.E. i tenint present que malgrat l'enunciat, l'art. 149 també conté un nivell de reconeixement de competències a les Comunitats autònomes, encara que sigui de forma negativa, és a dir, per la seva no atribució en exclusiva a l'Estat. En efecte, l'art. 148, referint-se a les competències pròpiament autonòmiques, diu que «les Comunitats Autònomes *podran* assumir competències...»; això ha estat interpretat per la major part de la doctrina com la introducció d'un criteri voluntarista que possibilita la confecció dels Estatuts d'acord amb les necessitats socials de la Comunitat de que es tracti; aquesta possibilitat d'assumir competències de forma desigual està també permesa en l'àmbit de les competències civils i està d'acord amb l'actual grau de desenvolupament dels diferents drets civils territorials, ja que és ben cert que cap de les Compilacions avui vigents té el mateix àmbit ni les mateixes característiques.

B) *El marc constitucional de l'estructura de l'ordenament civil espanyol*

L'estructura actual de l'ordenament civil vindrà, doncs, establerta per la Constitució en tant que trenca l'anterior estat de coses i admet l'existència d'ordenaments civils coexistents dins el territori nacional, amb les característiques que he examinat abans. *L'ordenament civil espanyol és un conjunt format per uns elements molt ben concrets: la legislació civil de l'Estat, i la de les Comunitats*

allá de la Comunidad o no), algunas de las que, por ejemplo, se encuentran incluso en el art. 9 del Estatuto» (pàg. 12); després en les pàgs. 18-19 entén que són competències concurrents les que l'art 149-1,8 C. E. atribueix en exclusiva a l'Estat. Es pot comprendre que no estic d'accord amb aquesta caracterització donada la tesi que sostinc al text.

autònoms que se'ls ha reconegut la competència per legislar en matèria civil. La legislació de l'Estat apareixerà en dos subconjunts diferents: la legislació dictada en exercici de les competències exclusives de l'art. 149-1,8 C. E. i la legislació en exercici de les competències separades; la de les Comunitats autònomes té un àmbit material més limitat i abastarà aquell àmbit que forma part de les competències separades (tot el que no és competència exclusiva de l'Estat).

Aquesta estructuració, ¿significa que es negui la unitat de l'ordenament civil? Diu FIGA FAURA, tot referint-se a les normes secundàries que formen l'ordenament, que «*la existencia de dos grupos de normas secundarias distintos tanto en el sistema de fuente y de determinación como en la determinación de los organismos legislativos y jurisdiccionales supone una pluralidad de ordenamientos; cosa que podemos comprobar ocurre cuando comparamos dos o más ordenamientos pertenecientes a distintos países*»; «*esta constatación, sin embargo, nos lleva a una concepción unitaria — estatal — del ordenamiento que, como habrá ocasión de ver, carece casi totalmente de utilidad práctica*». Per això afirma que «*una concepción realmente operativa del ordenamiento jurídico debe atender a su posible pluralidad intraestatal*», cosa que cal entendre com la constatació d'una paral·lela «*pluralidad de maneras de entender, interpretar y aplicar la norma jurídica, objeto último y centro de gravedad de toda la ciencia de los juristas*»⁵⁹. Aquesta tesi que parteix d'una concreta postura ideològica, no és incompatible amb la que propugno: a la meva manera d'entendre l'ordenament civil és un ordenament unitari, format per elements diversos, elements que qualifico com subordenaaments, amb les seves pròpies fonts de producció de normes, d'integració, etc. El conjunt de normes que es deriva d'aquests subordenaaments no necessita ser uniforme, sinó que poden i de fet tenen elements diferents; tots tenen la natura de subordenaaments perquè no són ordenaments independents, sinó que s'insereixen en un conjunt major, d'on prové la necessària coherència i estructuració, però cadascun d'ells té autonomia dins el conjunt general. Es definitiva es pot dir que existeix una pluralitat de subordenaaments que forma una unitat, el conjunt *ordenament civil espanyol*.

A la vegada em cal dir que aquesta estructura és estatal i ho és perquè forma part de l'organització de l'Estat i perquè la Constitució possibilita l'existència de subordenaaments amb una dinàmica pròpia al reconèixer a determinades Comunitats autònomes competències per legislar en matèria civil ultra les disposicions compilades.

Per tant, crec que l'ordenament civil espanyol és *unitari* en la seva formulació externa i *pluralista* (en el sentit de que conté diferents subordenaaments) en l'estructura interna. Aquesta estructuració facilita les coses quan s'hagi d'aplicar el dret espanyol en virtut de la crida feta per una norma de conflicte: aquesta

⁵⁹ FIGA FAURA, Ll., *El ordenamiento cit.*, pàgs. 38, 39.

norma remet a tot l'ordenament i les normes de conflicte internes d'aquest (dret interregional), determinaran quin dels subordenaments caldrà aplicar^{59 bis}.

Cal parlar tot seguit del paper que la Constitució, com a norma jurídica fonamental de l'ordenament espanyol, juga en matèria civil. La doctrina administrativa s'ha preocupat de ressaltar la característica de la Constitució com a norma aplicable, deixant de banda els plantejaments que consideren tota Constitució com a declaració programàtica, no una norma d'aplicació immediata⁶⁰. En el tema que m'ocupa ara, aquesta consideració (que no rebutjo) comporta dues meses d'efectes: el primer, la subordinació de tot l'ordenament civil a la Constitució espanyola, de forma que seran inconstitucionals aquelles normes que contradiguin els principis o normes constitucionals; el segon efecte serà el problemàtic tema de la incidència dels principis constitucionals en la legislació pre-constitucional i la consegüent derogació o inconstitucionalitat.

a) *La subordinació de l'ordenament civil espanyol a la Constitució.*— És evident que la norma fonamental que cal respectar en les solucions legislatives de qualsevol Parlament — Central o Autonòmic — és la vigent Constitució.

Per això és dirà⁶¹ que «*las normas constitucionales fundamentales se sitúan en posición de jerarquía y no de igualdad en relación a las ordinarias en caso de que coincidan parcialmente en cuanto a la materia o área regulada*» i per això existeix el control del Tribunal Constitucional, com es dedueix de l'art. 161-1 a) C.E. i de l'art. 1-1 de la llei orgànica del Tribunal Constitucional.

En aquest sentit també es pot dir, amb GARCÍA DE ENTERRÍA, que d'accord amb l'art. 53-1 C.E. la qüestió relativa al reconeixement i protecció dels drets fonamentals i la part habilitadora i habilitant dels poders constitucionals són d'aplicació directa i vinculen als jutges i als particulars⁶².

Per tant, qualsevol disposició legal dels Parlaments espanyols posterior a la Constitució haurà de respectar unes normes constitucionals essencials: la primera, *el principi de competència per raó de la matèria*, principi que es combina amb la

^{59 bis} PREDIERI, A., *El sistema de las fuentes* cits., pàgs. 176 i ss., afirma que per regular el sistema de les fonts del dret la Constitució espanyola empra conjuntament els criteris de jerarquia i de competència, de manera que «son, pues, fuentes distintas, pero no subordinadas a otra fuente, sino equiparadas entre sí, que regulan materias o áreas diversas que permanecen separadas... no rige aquí la regla diacrónica de la prevalencia de la norma posterior, sino el criterio sincrónico de la coexistencia de distintas áreas... La jerarquía no impone que todos los actos normativos se sitúen en una misma escala... Jerarquía y competencia son dos criterios que se integran, en el sentido de que, firme y omnipresente la regla de jerarquía, puede añadirse a ella la de la competencia que será válida en el ámbito de un determinado nivel de jerarquía, que existe siempre, al menos por lo que se refiere a la relación entre cualquier acto-fuente y la Constitución...»

⁶⁰ Es clàssica sobre el tema la monografia de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma jurídica* cit., pàgs. 117 i ss., on afirma el valor normatiu de la *Constitució espanyola*. Vegeu també PREDIERI, A., *El sistema de fuentes* cit., pàg. 166, i ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo* cit., pàg. 86, entre altres opinions coincidents.

⁶¹ PREDIERI, A., *El sistema de las fuentes* cit., pàg. 209.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, A., *La Constitución como norma jurídica* cit., pàg. 126.

distribució territorial del poder legislatiu, de forma que en totes aquelles matèries civils no atribuïdes en exclusiva a l'Estat, aquest no podrà legislar amb eficàcia per a tot el territori, sinó solament per aquella part a la qual s'aplica la legislació civil de l'Estat⁶³ i el mateix caldrà respectar pels Parlaments autonòmics. El no respecte a aquesta distribució de competències podrà donar lloc a un conflicte constitucional, que haurà de resoldre el Tribunal Constitucional⁶⁴.

L'altra norma — en sentit general — que hauran de respectar els Parlaments en dictar la seva legislació civil és la del propi art. 53 C.E. quan declara que *els drets i llibertats reconeguts en el capítol segon vinculen els poders públics* (article 53-1 C.E.) i que «el reconeixement, el respecte i la protecció dels principis reconeguts en el Capítol tercer informarà la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics» (art. 53-3 C.E.). Per això dirà la sentència del Tribunal Constitucional de 14 de juliol de 1981⁶⁵ que els drets fonamentals reconeguts en la Constitució tenen una doble característica: són drets subjectius, «pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución».

El mateix respecte per la Constitució han de tenir els actes dels particulars quan creïn dret, amb la qual cosa em refereixo a dos grans aspectes del tema que per les seves incidències, solament apuntaré aquí, ja que caldria un tractament molt més profund de les qüestions que susciten: un és el tema del costum, de

⁶³ Així, per exemple, es reflexa en la disposició addicional 1, b) de la Llei d'arrendaments rústics de 31 de desembre de 1980 (BOE 30 gener 1981) que diu «la presente Ley será de aplicación en todo el territorio nacional sin perjuicio de: b) La conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de las normas de su Derecho civil relativas a las materias reguladas en esta Ley».

⁶⁴ Això no vol pas dir que les disposicions legislatives de les Comunitats autònombes tinguin limitat llur àmbit d'aplicació al territori autònom de que es tracti. Així, l'art 7-1 E. C., després d'affirmar l'eficàcia territorial de les normes i disposicions de la Generalitat, afegeix «sens perjudici de les excepcions que puguin establir-se en cada matèria i de les situacions que s'hagin de regir per l'estatut personal o altres normes d'extraterritorialitat». El mateix en l'art. 9-1 E. Ar.

L'extraterritorialitat està reconeguda en la sentència del Tribunal Constitucional de 16 de novembre de 1981 (vegeu les dades concretes a la nota 51): «Es bien cierto que la competencia de los órganos de la Comunidad Autónoma del País Vasco se entiende siempre referida, salvo disposición en contrario (en este caso inexistente), al ámbito territorial del País Vasco, como declara el art. 20,6 de su Estatuto de Autonomía, pero esta limitación territorial de la eficacia de las normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le está vedado por ellos a estos órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación».

⁶⁵ Vegeu les dades sobre la sentència de 14 de juliol de 1981 a la nota 82.

forma que totes aquelles activitats destinades a crear un costum no podran mai tenir com a base una actitud inconstitucional en la qual no es respectin els principis fonamentals; el costum contra llei, possible en algun ordenament civil espanyol (llei 2-1 C.D.C.F.N.) no pot ser mai costum contra Constitució, que comportarà sempre la no aplicació pel jutge en base a la seva oposició a la norma fonamental. L'altra qüestió es refereix al tema de les activitats bàsiques dels particulars, els quals, en virtut de l'ample principi de l'autonomia de la voluntat, poden regular al seu gust les seves relacions jurídiques; deixant apart el tema de la seva consideració com a fonts del dret⁶⁶, el que s'ha de dir aquí és que, malgrat el principi d'autonomia de la voluntat, les regulacions privades de situacions amb transcendència jurídica no poden traspassar les normes imperatives de l'ordenament⁶⁷ entre les que es troben els principis constitucionals i seran els Tribunals els qui hauran d'efectuar el control de legalitat de totes aquestes regulacions privades.

b) *Incidència dels principis constitucionals en la legislació pre-constitucional.* — La jurisprudència constitucional segueix l'esquema de GARCÍA DE ENTERRÍA⁶⁸ i per això em fixaré preferentment en les idees d'aquest autor. A tal efecte, GARCÍA DE ENTERRÍA distingeix diversos tipus de normes afectades per la Constitució: en relació als drets fonamentals, afirma que «*la totalidad de las regulaciones pre-constitucionales de regulación de los derechos fundamentales contrarias a la regulación constitucional han quedado directamente derogadas por la promulgación de la Constitución, a tenor de la disposición transitoria 3, sin que sea precisa una declaración expresa de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional*», de manera que «*los jueces civiles, a su vez, deben ya considerar derogada cualquier norma civil que discrimine la aplicación de la ley por razón de nacimiento, sexo, etc. (art. 14)*». Però el propi autor es pregunta si aquesta solució cal estendre-la «*a la totalidad de la legislación anterior a la Constitución en cuanto sea reprochable una contradicción cualquiera con alguna de las normas o principios constitucionales*»; en definitiva, el que es pregunta GARCÍA DE ENTERRÍA és si la inconstitucionalitat d'una llei anterior comporta sempre la seva derogació, en virtut del que disposa la disposició derogatòria 3 del text constitucional, de manera que no pot ser mai aplicada pel jutge perquè la seva derogació comporta la seva desaparició com a «lleï aplicable» al cas que es tracta de resoldre; o bé si cal una declaració d'inconstitucionalitat. Comparant les solicions ofertes per altres ordenaments constitucionals, GARCÍA DE ENTERRÍA arriba a la conclusió que «*la cláusula derogatoria 3 sólo puede interpretarse en el sentido de que*

⁶⁶ Sobre condicions generals de la contractació vegeu DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas* cit., pàg. 127.

⁶⁷ Així, per exemple, els articles 1.255 i 1.328 C.c. posen com a límit de la voluntat dels particulars les lleis i l'orde públic que avui estan continguts clarament a la Constitució.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, A., *La Constitución como norma jurídica* cit., especialment pàgines 128-130 i 136-141.

alcanza únicamente a aquellas normas de contenido político que regulan las mismas materias que la Constitución, que ésta ha querido dar efecto de aplicación inmediata y directa (esto es: derechos fundamentales...) y que efectúan esta regulación de manera precisamente opuesta o no compatible, «icto oculi», con la regulación constitucional. Toda otra posible contradicción de la legislación pre-constitucional, en bloque, con los principios constitucionales no será causa de derogación formal... sino que dará lugar simplemente al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal constitucional».

El Tribunal Constitucional distingeix entre derogació i inconstitucionalitat: la sentència de 8 d'abril de 1981⁶⁹ declara, enfront a l'argument de l'advocat de l'Estat que, per ser la Constitució norma directament aplicable, el problema es planteja com una qüestió de vigència o de derogació, que «*hay que señalar que no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de la constitucionalidad, porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino, simplemente, la premisa de esta consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad».*

La sentència del mateix Tribunal de 29 d'abril de 1981⁷⁰ afirma que «*el tratamiento de la derogación y el de la inconstitucionalidad de las Leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de nulidad con ineeficacia originaria, si bien dentro del respeto a situaciones consolidadas...*» La primera conclusió a la qual cal arribar és que *inconstitucionalitat no comporta derogació i això es produeix de forma segura en les lleis posteriors a la Constitució, que són nulles si són inconstitucionals.*

⁶⁹ La sentència de 8 d'abril de 1981 del Tribunal Constitucional fou dictada en un recurs d'inconstitucionalitat n.º 3 en contra del Reial Decret-llei 17/1977 de 4 de març, regulador del dret de vaga i conflictes collectius de treball. El ponent de l'esmentada sentència fou DÍEZ PRICAZO. Podeu consultar-la completa a B. J. C., 2, 1981, pàgs. 83-105.

Aquesta sentència ha sigut comentada per DE ALFONSO Bozo, Alfonso, *Derecho de huelga y conflictos colectivos de trabajo* (comentario a la sentencia de 8 de abril de 1981), R. J. C., 1982, pàgs. 185 y ss.

⁷⁰ La sentència del Tribunal Constitucional de 29 d'abril de 1981 fou dictada per a resoldre una qüestió d'inconstitucionalitat promoguda per la Sala de lo Contencios-administratiu de l'Audiència Territorial de Sevilla sobre l'art. 365-1 en relació amb l'art. 362-1, 4 de la llei de Règim local, per oposició als articles 137 i 140 de la Constitució. Fou ponent Jerónimo Arozamena. Podeu consultar-la completa a B. J. C., 2, 1981, pàgs. 106-112.

Partint d'una base certament important com és la declaració de no retroactivitat de la Constitució⁷¹, el tema de la inconstitucionalitat s'examina pel Tribunal Constitucional quan la Llei anterior i inconstitucional s'ha d'aplicar a situacions creades amb posterioritat a la vigència de la Constitució: la sentència de 2 de febrer de 1981⁷² declara que «*la peculiaridad de las Leyes inconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior — criterio jerárquico — y posterior — criterio temporal —. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar — de una parte — a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y — de*

⁷¹ Així es fa, per exemple, en la sentència de 7 de maig de 1981, dictada en un recurs d'emparament n.º 230-80 en contra d'una sentència de la Sala segona del Tribunal Suprem, recolzat en l'art. 25.1 C. E. El ponent fou Plácido Fernández Viagas (B. J. C., 3, 1981, pàgs. 198-203) «... Y no vale decir que alguna jurisprudencia ha tenido presente a la Constitución para juzgar hechos acaecidos con anterioridad a su promulgación. Sin entrar a discernir los efectos que tal doctrina pudiera tener sobre la de este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, haya de establecer, lo cierto es que “tener presente” las declaraciones constitucionales a los meros efectos dialécticos y por abundancia argumental no significa que el caso se resuelva con arreglo a tales criterios».

Més clarament encara, en la sentència dictada en la qüestió d'inconstitucionalitat contra els arts. 252-2 i 3 de la Compilació catalana; la sentència és d'1 de juny de 1981. El ponent fou Rubio Llorente (B. J. C., 3, 1981, pàgs. 163-198): «en el presente caso y de existir efectivamente la contradicción total o parcial entre el art. 252 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña y la Constitución, la derogación total o parcial de aquella norma se habría producido el día 29 de diciembre de 1978 y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a esta fecha....».

Malgrat això, la sentència de 6 d'abril de 1981, dictada en un recurs d'emparament en base als arts. 10 i 14 C. E. en contra de la llei de Drets passius dels funcionaris de l'administració civil de l'Estat aprovat per Decret de 21-4-1966, en la que fou ponent Díez de Velasco (B. J. C., 3, 1981, pàgs. 184-190) afirmava que «con base a la estricta aplicación del criterio temporal — la Constitución como “lex posterior” — debe entenderse derogada la Ley de Derechos Pasivos en lo relativo al párrafo segundo del n.º 2 de su art. 28. Ahora bien, si la derogación produce la pérdida de vigencia de una norma, de modo que no puede ser aplicada para regular situaciones nuevas, no se puede decir lo mismo de aquellas situaciones que habiendo surgido con anterioridad a dicha derogación produzcan, sin embargo, efectos con posterioridad a la misma. De acuerdo con este criterio, los efectos de la derogación del art. 38-2, de la Ley de Derechos Pasivos impedirían la aplicación de este precepto a la regulación de situaciones surgidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución... La situación del recurrente, sin embargo, ha surgido con anterioridad a la Constitución..., pero no cabe duda de que los efectos de la misma perduran una vez entrada en vigor la Constitución... Ahora bien, toda ley preconstitucional que se oponga a la Constitución debe entenderse no solamente derogada, sino también inconstitucional y, en consecuencia, tal invalidez sobrevenida puede producir efectos en situaciones que aun surgidas con anterioridad a la norma fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor... Es precisamente la superioridad o supremacía absoluta de la Constitución la que permite extender la aplicación de la misma a la regulación de tales situaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución...».

⁷² La sentència de 2 de febrer de 1981 resol un recurs d'inconstitucionalitat contra determinats articles de la Llei de Bases de Règim local, la Llei de Bases de Sanitat nacional de 1944, la Llei de Monts de 1957 i el text articulat parcial de les bases de l'Estatut de règim local, per ser contraris als articles 140 i 142-2 C. E. i 145-146. El ponent fou Rafael Gómez-Ferrer Morant (B. J. C., 1, 1981, pàgs. 7-22).

otra — a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación»; la sentència del mateix Tribunal de 31 de març de 1981 afirmarà que «la naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el Ordenamiento de conformidad con la Constitución y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella. Inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación»⁷³ i, finalment, la sentència de 6 d'abril de 1981 declara que «toda ley pre-constitucional que se oponga a la Constitución debe entenderse no solamente derogada, sino también inconstitucional y, en consecuencia, tal invalidez sobrevenida puede producir efectos en situaciones que, aun surgidas con anterioridad a la norma fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor».

D'acord amb els anteriors criteris, *caldrà considerar inconstitucionals i per tant derogades, totes aquelles normes que continguin prohibicions d'adquirir, d'obligar-se, etc., imposades per raó de naixement, sexe⁷⁴ o matrimoni⁷⁵.* Però el propi Tribunal Constitucional és conscient que aquestes afirmacions anteriors porten a una situació perillosa, perquè segurament els Parlaments competents encara no hauran dictat la legislació adient per substituir aquelles normes inconstitucionals i derogades, en el qual cas es produeixen evidents llacunes⁷⁶. La sentència de 2 de febrer de 1981 declara que «la inconstitucionalidad sobrevenida — y con-

⁷³ Resol el recurs d'emparament n.º 7 en base a l'art. 24-1 C. E. El ponent fou R. Gómez-Ferrer Morant, B. J. C., 3, 1981, pàgs. 177-183.

La sentència de 28 de juliol de 1981 dictada en el recurs d'inconstitucionalitat en contra de la llei del Parlament de Catalunya, 6/1980, de 17 de desembre per la qual es regula la transferència urgent i plena de les Diputacions a la Generalitat de Catalunya, en la que foren ponents Rubio Llorente, Gómez-Ferrer Morant i Escudero del Corral (B. J. C., 6, 1981, pàgs. 415-426) diu que si bé la legislació estatal vigent és la que proporciona els principis als quals cal que s'ajusti la legislació de les Comunitats autònombes, «en este sentido, aun afirmando que la promulgación de la Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no pueden ser interpretadas de conformidad con la Constitución, no es menos cierto que es preciso matizar la presunción de constitucionalidad atendiendo al diverso objeto de esas Leyes preconstitucionales».

⁷⁴ I així podrien quedar derogats els articles 321, 252 i 254 de la Compilació per tal com són contraris a l'art 14 C. E. TARELLO, Giovanni, a *L'interpretazione della legge*, pàg. 335, considera que existeixen dos interpretacions de la norma constitucional: com límit de les normes inferiors, interpretació típica de la doctrina constitucional nord-americana o com relació entre normes, com és més corrent en el constitucionalisme europeu.

⁷⁵ I així es podrien considerar derogats els arts. 23 i 322 de la Compilació catalana.

⁷⁶ Com afirma la sentència del Tribunal Constitucional de 26 de gener de 1981, dictada en un recurs d'emparament allegant la violació del principi de llibertat religiosa de l'art. 14 C. E. Fou ponent J. Arozamena (B.J.C. 2, 1981, pàgs. 113 i ss.). En l'esmentada sentència es diu: «El art. 73 y con él el 82, tenemos que interpretarlos en nuestro tiempo, marginando soluciones fáciles apoyadas en la efectividad de la disposición derogatoria de la Constitución, y evitando, sin daño para el sistema, y, desde luego, para la armonía en las relaciones institucionales que dice el artículo 16-3 de aquélla, vacíos normativos, a la espera de las nuevas regulaciones en la materia».

siguiente derogación — sólo procede declararla en aquellos casos en que las normas pre-constitucionales — aun en el supuesto de que respondan a principios diversos — no pueden interpretarse de acuerdo con la Constitución por ser de un contenido incompatible con la misma. Esta interpretación de conformidad con la Constitución es una consecuencia obligada de su doble carácter de Ley posterior y de Ley superior, y responde, además, a un criterio de prudencia que aconseja evitar que se produzcan lagunas en el ordenamiento».

Resulta evident que l'estructura de l'ordenament civil espanyol és una conseqüència dels postulats constitucionals, ja que l'ordenament civil és un subordennament dels previstos constitucionalment i està subordinat a la Constitució. Per tant, qualsevol norma de l'ordenament espanyol, entès com la unió dels diversos subordennaments resultants de la interpretació de l'art. 149-1,8 C.E., que s'hagi d'aplicar vigent la Constitució en la qual estan continguts, caldrà que estigui d'acord amb els principis constitucionals i si no hi estan, caldrà que sigui eliminada. Per això la pròpia Constitució estableix el mecanisme adient per a la seva eliminació: la derogació, en la disposició derogatòria 3. Aquesta derogació és, per tant, una conseqüència de la inconstitucionalitat, ja que un ordenament no pot permetre l'existència d'elements contraris al propi conjunt i queden absolutament eliminats quan són originàriament o posteriorment contraris a l'estructura de l'ordenament.

3. LES CONSEQÜÈNCIES DE L'ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE L'ORDENAMENT JURÍDIC CIVIL

L'estructuració de l'ordenament jurídic espanyol com un conjunt format pels subordennaments determinats constitucionalment constitueix una abstracció, de forma que l'ordenament jurídic civil espanyol no existeix sense els subordennaments que avui el formen i que constitueixen els elements concrets i tangibles; en definitiva, l'ordenament jurídic civil no existeix amb independència dels seus elements. La seva pròpia existència depèn de la permanència dels subordennaments que el formen en l'estructura determinada constitucionalment, però la dependència és recíproca en el sentit que els subordennaments, elements del conjunt, li pertanyen, estan continguts en ell mateix.

Això anterior obliga a plantear dues grans qüestions: la problemàtica de les fonts del dret i les relacions entre els diferents ordenaments.

A) Problemàtica de les fonts del dret

El veritable plantejament de la qüestió passa per la lectura conjunta de l'article 148-1,8 C.E., els articles dels Estatuts d'autonomia sobre el tema de les fonts i l'art. 1-1 C.C.

L'art. 149-1,8 C.E. diu que és competència exclusiva de l'Estat «la determinació de les fonts del dret, d'acord, en aquest darrer cas, amb les normes del dret foral o especial». Per la seva banda els articles dels Estatuts d'autonomia repeteixen una fórmula semblant, a l'art. 26-3 E.C. que estableix que «en la determinació de les fonts del dret civil, l'Estat respectarà les normes de dret civil català» i l'art. 38-3 de l'Estatut gallec conté una fórmula igual a la catalana. Curiosament, l'Estatut basc no té una normativa pròpia en matèria de fonts i tampoc existeix a l'Estatut d'Aragó.

He afirmat en altres llocs que la interpretació de la disposició constitucional passa per la següent afirmació: «Si Catalunya té possibilitats de legislar en matèria civil, amb l'abast que li marquen els arts. 149-1,8 i 9-2 E.C., és un absurd considerable suprimir la possibilitat que el sistema jurídic català fixi per ell mateix les fonts creadores del Dret civil català. Per això cal considerar contradictòria l'expressió de l'art. 149-1,8 C.E., ja que no es reserva a l'Estat la determinació de les fonts del dret civil, però alhora es respecten les normes del Dret foral o especial, resulta com a conseqüència immediata que l'Estat no té competència exclusiva sobre aquesta matèria, ja que, a més, el mateix article 149-1,8 no salva, com fa quan consagra la vigència dels drets nacionals, el fet que aquestes normes sobre fonts del dret existeixin en entrar en vigor la Constitució»⁷⁷.

He dit abans que la lectura de l'article constitucional i de les disposicions estatutàries cal fer-la a la vista de l'art. 1-1 C.C. que estableix que «*las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*». Dins del propi ordenament civil — si a aquest exclusivament es refereix l'art. 1-1 C.c. — l'expressió distava molt de ser plenament afortunada perquè existeixen dues compilacions, l'aragonesa i la navarra, on es determinen de forma expressa les fonts del dret en aquells sistemes i altres, com la catalana, que contenen prous elements per deduir-ne la regulació⁷⁸.

¿Què vol dir la disposició constitucional?, perquè segons com s'interpreti, caldrà considerar la seva inutilitat, cosa que tampoc sembla massa possible.

Evidentment, el concepte de font del dret és equívoc⁷⁹ i la mateixa perplexitat que manifesta la doctrina es repeteix en l'article constitucional citat, perquè

⁷⁷ Vegeu *L'Estatut i el Dret civil* cit., pàg. 27 i *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978* cit., pàg. 33. En contra de la meva opinió, LASARTE, C., *Autonomías* cit., pàgs. 145 i ss., en contra de la possibilitat de que les Comunitats autònombes legislin sobre fonts del Dret.

⁷⁸ Sobre la vigència d'un sistema de fonts propi de Catalunya vegeu PUIG FERRIOL, Ll. - ROCA TRIAS, E., *Fundamentos* cit., t. I, pàgs. 167 i ss. Al seu torn, FIGA FAURA considera que l'existència d'un sistema de fonts propi és un dels elements determinants per a demostrar l'existeixència d'un ordenament jurídic autònom. Vegeu *El ordenamiento jurídico* cit., pàg. 40.

⁷⁹ És evident que no és aquest el lloc per a estudiar el concepte de font del dret. Solament vull citar alguns treballs sobre la qüestió i a tal efecte vegeu DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas* cit., pàg. 126; CRISAFULLI, V., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)* cit., pàgs. 925, 927; PREDIERI, A., *El sistema de fuentes* cits., pàgs.s 161, i GARRIDO FALLA, *Las fuentes del Derecho* cit., pàg. 31.

si estem dient que els diferents elements de l'ordenament jurídic civil constitueixen a la vegada ordenaments amb entitat pròpia, resulta impossible predicar res del conjunt format per l'ordenament jurídic espanyol que, com abstracció que és, no té elements de producció amb independència dels seus elements, que, com hem vist, proporcionen la idea concreta. Per tant, solament podríem predicar el concepte *fons* en relació a cada subordenament que serien a la vegada les fonts de l'ordenament jurídic civil espanyol considerat de manera abstracta.

Malgrat això anterior, cal dir que, o bé ensopaguem amb una contradicció entre l'art. 149-1,8 C.E. i les disposicions estatutàries esmentades o bé cal donar un contingut a la frase constitucional que ompli l'expressió fonts del dret. A tal efecte pot ser d'utilitat la idea expressada per DÍEZ PICAZO que afirma que «*los derechos forales o especiales podrán establecer su propio sistema de fuentes y su propio orden de fuentes que el Estado deberá respetar, pero ese especial sistema de ordenación de las fuentes sólo tendrá aplicación interna, dentro de los específicos ordenamientos forales y no podrá nunca modificar el sistema de relaciones entre el derecho foral, el Derecho general del Estado y el derecho común*»⁸⁰. Això vol dir que la Constitució espanyola crea diferents blocs de normes (que aquí he denominat subordenaments), repartits segons els criteris de competències ja vistos i que s'integren dins el conjunt que he esmentat⁸¹, però la referència a l'Estat en la determinació de les fonts del dret solament pot fer-se en tant que aquest pot regular les relacions entre els diferents elements del sistema: no pot incidir però, en l'estructura interna de cada ordenament, que resulta una competència atribuïda a les Comunitats autònombes.

Això comporta una nova apreciació: la determinació de les fonts del dret que ve determinada per l'interès general de l'Estat o correspon a l'àmbit d'interès de les Comunitats autònomes de les característiques de la catalana, o sigui, amb dret civil propi? La solució d'aquesta qüestió passa evidentment per la determinació prèvia del concepte d'interès.

Segons el Tribunal Constitucional, el concepte d'interessos que empra l'article 137 C.E. ve concretat en els marcs dels diferents Estatuts d'autonomia i afirmar que «*es el legislador, sin embargo, el que, dentro del marco de la Constitución, determina libremente cuáles son estos intereses, los define y precisa su alcance, atribuyendo a la entidad las competencias que requiere su gestión*»⁸².

⁸⁰ DÍEZ PICAZO, L., *Constitución y fuentes del derecho* cit., pàg. 658.

⁸¹ En aquest sentit, entre altres, PREDIERI, A., *El sistema de fuentes* cit., pàgs. 215 i 217.

⁸² La cita del text correspon a la sentència del Tribunal Constitucional de 16 de novembre de 1981, citada en la nota 51. I no és l'única vegada que el Tribunal Constitucional s'ha pronunciat sobre aquest tema: el vot particular formulat pels magistrats Latorre, Díez de Velasco, Tomàs i Valiente i Fernández Viagas a la sentència de 14 de juliol de 1981 en el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Parlament basc en contra de la llei orgànica 11/1980 sobre els supòsits previstos a l'art. 55.2 C. E. diu que «cuando el art. 137 de la Constitución reconoce a las Comunidades autonomía para «la gestión de sus respectivos intereses», comprende los intereses jurídico-administrativos (competencias en sentido estricto) y los intereses políticos consagrados en la

Si la llista d'interessos apareix confeccionada pel propi legislador i es plasma en l'Estatut d'autonomia corresponent és evident que la determinació de les fonts del dret civil constitueix un interès de la Comunitat autònoma amb dret civil propi, perquè el legislador li reconeix competència legislativa en matèria civil i la determinació de les fonts del dret civil és instrumental en relació a aquesta competència i servirà per establir el mecanisme del dret civil propi.

Per tant, la noció d'interès en aquesta matèria en les Comunitats autònombes que poden legislar tot creant normes civils, inclou necessàriament la fixació de les fonts del dret de la Comunitat. Altra cosa serà l'articulació de les relacions entre les fonts del dret de les Comunitats autònombes i el Dret de l'Estat, articulació que no pot venir donada més que per les disposicions constitucionals i no pel dret de l'Estat. Aquest últim només podrà legislar en la matèria tot aplicant i desenvolupant les normes constitucionals, però no podrà excedir-se dels límits que li vénen marcats per l'art. 149-3 C.E. A la meva manera d'entendre, l'expressió de l'art. 149-1,8 C.E. que sembla reconèixer a l'Estat competència exclusiva

Constitución y en sus respectivos Estatutos: iniciativa legislativa (art. 87-2 C.E.); reforma constitucional (art. 166); representación directa en el Senado (art. 69-5) planificación de la actividad económica (art. 131-2). En todos estos casos no se restringe la defensa de sus intereses particulares, sino que actúan en colaboración con otros órganos constitucionales del Estado, promoviendo los intereses generales. Cualquier norma que pudiera incidir en este ámbito determina la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad». El ponent de la sentència fou Truyol Serra (B.J.C., 5, 1981, pàgs. 324-333).

La sentència del Tribunal Constitucional de 22 de desembre de 1981 en contra de l'art. 13-2 i disposició transitòria 2 de la llei 3/81 de la Generalitat de Catalunya sobre biblioteques (ponent Gómez-Ferrer, B. J. C., 9, 1982, pàgs. 14 i ss.) diu que «es necesario recordar que la Constitución distingue entre distintos niveles de interés general, en función de los cuales han de atribuirse las distintas competencias (arts. 150-3, 155, 1 y 137 entre otros). En concreto, la consecuencia del interés general de la Nación, en cuanto tal, y de los de carácter supracomunitario, queda confiada a los órganos generales del Estado, lo que se traduce en la atribución al mismo de una serie de competencias entre las cuales se encuentran las del art. 149, 1 de la Constitución, y, por otra parte, el interés general propio de cada Comunidad se refleja asimismo en la asunción de una serie de competencias en su respectivo Estatuto.

La tècnica utilizada por la Constitución es compleja, dada la coincidencia sobre una misma materia de intereses generales de diverso alcance, y dado que un mismo objeto es susceptible — generalmente — de ser situado en diversos campos. De aquí que para solucionar las cuestiones que puedan plantearse hay que partir del contenido inherente a cada competencia y sólo si, aun aplicando este criterio, se sigue produciendo un entrecruzamiento, habrá que determinar la competencia que debe prevalecer».

Contra aquesta sentència es formulà el vot particular del magistrat Sr. Díez Picazo, al qual s'adhereix el Magistrat Sr. Díez de Velasco i que en el punt concret que ens afecta diu el següent: «El precepto impugnado... opera exclusivamente en el ámbito de las Bibliotecas Públicas o de interés público de Cataluña que no son de titularidad estatal... y sobre las que la Generalidad de Cataluña tiene «competencia exclusiva»... Resulta, pues, contrario a este carácter exclusivo, respecto al cual no prevalecerán en caso de conflicto las normas del Estado (art. 149, 3 C.E.), el privar a la Comunidad autónoma de la competencia para establecer requisitos para seleccionar el personal... La negación de esta competencia supone imponer un recorte o cortapisca a esas competencias exclusivas que sólo sería admisible si la legislación impugnada violase el principio de igualdad u otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución».

per la determinació de les fonts del dret, cal entendre-la en aquest últim sentit, és a dir, a nivell d'articulació de les relacions entre subordenaments. Però no podrà mai referir-se a l'estructuració interna dels ordenaments que formen el conjunt ordenament civil espanyol, per les següents raons:

1.^a Perquè la determinació de les fonts pròpies d'aquests ordenaments és instrumental a l'ordenament de referència i, per tant, és una conseqüència de l'existència mateixa d'aquest ordenament la qual cosa ve reconeguda en la pròpia Constitució.

2.^a Perquè el conjunt format pels diferents subordenaments constitueix una formulació abstracta, depenent totalment dels elements que la formen pel que fa a la seva estructuració actual i de la Constitució pel que fa a la seva pròpia existència i determinació. L'única font d'aquest ordenament serà la Constitució que el crea i el reconeix, però les fonts de les normes pròpies vindran donades per l'estructura del subordenament que es tracti.

3.^a Perquè l'ordenament jurídic espanyol no té normes pròpies, sinó per mitjà de les normes que formen els subordenaments que sí les tenen i són els únics que tenen capacitat productora de tals normes. Per tant, quan parlem de la noció fonts del dret en el sentit tradicional de la civilística espanyola, ens referim sempre a les fonts productores de normes jurídiques i aquestes sols es poden predicar dels diferents ordenaments que formen el conjunt general.

B) *Les relacions entre els ordenaments civils espanyols*

Abans d'entrar a determinar els diferents nivells de relació entre els ordenaments que formen l'ordenament civil espanyol, caldrà que recapituli sobre els criteris abans defensats, que constitueixen a la vegada les premises de les conclusions que seguiran.

En primer lloc, haig de dir que el concepte i l'estructura del vigent ordenament jurídic espanyol vénen establertes per la Constitució, per tant, cal oblidar les antigues formulacions basades en l'art. 12 i l'actual art. 13 C.c., que resulten plenament superades pels plantejaments constitucionals. En segon lloc, cal recordar que els diferents ordenaments civils resultants de les disposicions constitucionals pertanyen a l'ordenament civil espanyol perquè en formen part i aquesta pertinença comporta necessàriament que estan relacionats entre ells, com correspon a la seva qualitat d'elements d'aquest ordenament civil⁸³.

Cal dir també que avui ha desaparegut l'antic concepte de l'aplicació general i directa de determinades disposicions del Codi civil⁸⁴, que s'ha substituït per

⁸³ I que es pot formular de la següent manera:

OJCE = LCEE **U** LE **U** LCCAA: Ordenament jurídic civil espanyol = competències exclusives de l'Estat unit a legislació civil de l'Estat unit a legislació civil de les Comunitats autònomes. Per tant, CEE **C** OJCE; LE **C** OJCE; LCCAA **C** OJCE. Com es veu, no existeix ni subordinació ni intersecció.

⁸⁴ Es evident que abans de la Constitució s'havia de parlar de l'aplicació general i directa

l'articulació entre la legislació de l'Estat sobre les competències que la Constitució li atribueix en exclusiva i la legislació de l'Estat i de les Comunitats autònombes amb competència per legislar en matèria civil, el que abans he qualificat de competències separades.

a) *Estructuració del nivell de vigència per mitjà de la classe de competència atribuïda.* — Fins ara m'he limitat a determinar quina és l'estructura que la Constitució fixa dins l'àmbit civil; aquesta estructura no queda determinada jeràrquicament entre els diferents subordenaments que la formen, sinó per dos criteris diferents: el competencial i el relatiu a l'àmbit d'aplicació; la combinació d'aquests dos criteris determinarà la situació de cada subordenament dins l'àmbit general de l'ordenament civil espanyol.

1. *Competències exclusives de l'Estat:* Com s'ha vist, són les que apareixen enumerades taxativament en l'art. 149-1,8 C.E. en la segona part. La legislació dictada fent ús d'aquestes competències és d'aplicació a tot el territori espanyol, perquè solament l'Estat té competència legislativa per crear les normes que regulin els conceptes derivats de l'exercici d'aquesta competència. No existeix cap inconvenient en dir que aquestes normes són d'aplicació general i directa a tot el territori de l'Estat, però no es pot confondre amb l'antiga expressió de l'art. 13-1 C.c. que, a la meva manera d'entendre, ha quedat derogat per l'art. 149-1,8 C.E.; l'art. 13-1 s'oposa a la Constitució perquè aquesta estructura l'ordenament civil de forma diferent a aquella que fins ara feia el sistema fixat en el Codi des de 1897.

He dit que no es pot confondre amb l'antiga expressió de l'art. 13-1 C.c., ja que no es tracta que certes normes del Codi civil s'apliquin directament perquè el propi Codi així ho determini, sinó que certes normes del Codi civil s'apliquen de forma general perquè són la concreció de la matèria que correspon a l'Estat en forma exclusiva. Així es pot dir que l'actual regulació de les formes del matrimoni efectuada en el títol IV del llibre I del Codi s'aplica de forma general, no perquè l'art. 13-1 C.c. ho digui, sinó perquè l'Estat ha legislat sobre la matèria en exercici de la competència que li reconeix l'art. 149-1,8 C.E. i ho ha fet modificant les antigues normes del Codi, com podia haver-ho fet dictant una llei independent⁸⁵, que hauria tingut el mateix àmbit territorial.

El mateix es pot dir de la legislació de l'Estat dictada en matèries, la competència exclusiva sobre les quals se li atribueixi en distribució competencial vertical, com passa en les normes de propietat intel·lectual i industrial.

L'àmbit d'aplicació en aquest tipus de competències ve determinat per la mateixa naturalesa de competència que li atorga la Constitució. En definitiva, doncs, competència exclusiva significa àmbit d'aplicació general⁸⁶.

del Codi civil i per això ho faig en el treball *El Código civil y los derechos nacionales* cit., pàgina 539 i a l'obra conjunta amb PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos* cits., t. I, pàgs. 224 i ss.

⁸⁵ Com va passar en 1932 en dictar-se la llei de divorci.

⁸⁶ No qüestioño la possibilitat de que les Comunitats autònombes amb competència legislativa civil puguin legislar sobre divorci. Arguments favorables a aquesta possibilitat serien

2. Competències separades de l'Estat i les Comunitats autònombes: El criteri competencial resultant de la interpretació de l'art. 149-1,8 C.E. no dóna per si mateix l'àmbit d'aplicació de la legislació dictada en exercici d'aquestes competències; caldrà buscar uns altres criteris que, en aquest cas, proporcionen els diferents Estatuts d'autonomia: els arts. 10-5 E.B. i 7-1 E.C., entre altres, delimiten o permeten la delimitació de l'àmbit d'aplicació del dret civil propi de la Comunitat autònoma que es tracti.

Això vol dir que els efectes o conseqüències de la caracterització de les competències en matèria civil com a competències separades s'ha d'examinar des dels dos àmbits que afecta: l'àmbit material i l'àmbit d'aplicació territorial⁸⁷, que ens proporciona la primera conclusió: poden coexistir en el territori de l'Estat diferents normes reguladores de les mateixes matèries, amb un àmbit d'aplicació diferent. L'anterior afirmació comporta, com a conseqüència necessària, *la independència entre ordenaments*, de tal manera que *en les competències separades les legislacions de l'Estat i de les Comunitats autònombes no s'interfereixen mai* mútuament. Això és cert perquè els subordenaments previstos constitucionalment solament estan sotmesos a la Constitució a la qual cal ajustar les seves normes, però mai a l'ordenament civil espanyol que, com hem vist, no té normes pròpies. No existeixen, per tant, normes intermèdies de l'ordenament civil espanyol que determinin el nivell de relacions entre els subordenaments; les normes estan a la Constitució i en els nivells abans esmentats — competència per raó de la matèria i aplicació territorial —, caldrà que siguin respectades per les fonts legislatives corresponents en dictar la normativa civil⁸⁸.

Si la legislació de l'Estat i la de les Comunitats autònombes en matèria civil

l'art. 149-1, C C. E. quan diu que l'Estat té competència exclusiva per a legislar sobre relacions jurídico-civils relatives a les *formes* del matrimoni, relacionat amb l'art. 32-2 C. E. que diu que la llei regularà les causes de separació i dissolució i els seus efectes. Evidentment aquesta referència a la llei no pot ser interpretada en el sentit de llei orgànica, perquè sinó la reforma de 7 de juliol de 1981 hauria d'haver seguit aquest tràmit i no fou així i tampoc pot ser interpretada com llei estatal, perquè l'art. 149-1, 8 C. E. solament es refereix a formes de matrimoni i no a formes de dissolució. En aquest sentit per tant, trobaríem un argument favorable a la possibilitat que les Comunitats autònombes amb competència civil legislessin sobre aquesta qüestió.

Un argument contrari seria la interpretació àmplia de l'art. 149-1, 8 C. c., com ho vaig fer jo mateixa en el meu treball *El Derecho catalán en la Constitución de 1978* cit., pàg. 30, en una interpretació ràpida i que en aquest moment potser reconsideraria. Lo que sí és ben cert és que pugui o no legislar sobre si s'admet o no el divorci com causa de dissolució del matrimoni o sobre les causes d'aquest divorci, les Comunitats autònombes amb competències per a legislar en matèria civil poden ordenar de manera diferent a com ho fa avui el Codi els efectes del divorci.

⁸⁷ En relació a l'àmbit d'aplicació territorial del Dret civil català, vegeu l'art. 7 E. C.

⁸⁸ La sentència del Tribunal Constitucional de 28 de juliol de 1981 (vegeu les dades a la nota 73) afirma que «La Constitución prefigura, como antes decíamos, una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel, que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía; las Comunidades autónomas, caracterizadas por su autonomía política y las provincias...»

no s'interfereix⁸⁹, no existeix mai un punt de connexió entre aquests subordena- ments, sinó que vénen referits a la Constitució de la qual depenen tots ells, caldrà arribar a unes conclusions lògiques que deriven de la pròpia estructura:

1.^a Que les restes de l'anterior estructura del sistema civil espanyol, és a dir, els cossos de les Compilacions, han passat a ser competències de les Comunitats autònomes corresponents, sense necessitat de traspassos, perquè aquests solament es prediquen dels serveis i no de les competències legislatives que vénen atribuïdes pels Estatuts⁹⁰. Per tant, les Comunitats autònomes podran modificar sempre la llei estatal de la seva Compilació si opten per mantenir l'anterior sistema compilat, la qual cosa serà una opció de política legislativa de cada Parlament autonòmic. No caldrà, per tant, que els Parlaments promulguin de nou la Compilació corresponent per modificar-la tot seguit; si més no, caldrà aplicar la mateixa conclusió a que ha arribat la doctrina entorn de la possibilitat que els Parlaments autonòmics legislin sobre matèries a les que s'ha atribuït la competència de desenvolupar les bases que cal que fixi l'Estat⁹¹. Si això es pot fer quan

⁸⁹ La independència de les legislacions civils tal com es proposa en el text en relació als diferents ordenaments que formen el conjunt espanyol està evidenciada pels diferents constitucionalistes quan estudien el nivell de relacions entre la legislació de les Comunitats autònomes i la de l'Estat. Vegeu en aquest sentit, entre altres, PREDIERI, A., *El sistema de fuentes* cit., pàgina 220; FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo* cit., pàgs. 271, i MUÑOZ MACHADO, *Las potestades legislativas* cit., pàg. 96.

⁹⁰ En aquest mateix sentit SALAS HERNÁNDEZ, X., *Els poders normatius* cit., pàg. 135. En contra, FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo* cit., pàg. 276.

⁹¹ La sentència del Tribunal Constitucional de 28 de juliol de 1981 (vegeu les dades a la nota 73) permet a les Comunitats autònomes legislar en matèries en les quals cal la legislació de bases de l'Estat abans que aquest promulgi aquesta legislació perquè es poden desenvolupar els principis continguts en lleis preconstitucionals en quant «los principios o bases que de esas Leyes se derivan pueden ser interpretados en la generalidad de los casos de conformidad con la Constitución, y pueden ser aceptados en consecuencia como marco necesario para el ejercicio del poder legislativo que corresponde a las Comunidades Autónomas»; en quant a les lleis preconstitucionals que responen a principis contraris a la Constitució, «podría pensarse que en este terreno no tiene validez el criterio interpretativo antes indicado y que, o bien las Comunidades Autónomas deben abstenerse de legislar sobre estas materias en tanto que el legislador constitucional promulgue leyes que establezcan los correspondientes principios o bases, o bien que, en ausencia de legislación estatal postconstitucional, pueden legislar respetando simplemente los principios que inmediatamente se derivan de la Constitución»; aquesta última solució és la que accepta el Tribunal Constitucional, tot dient que «es forzoso concluir, por tanto, que también cuando se trata de legislar sobre cuestiones que conciernen directamente a la composición, estructura y competencia de los Entes territoriales y de sus órganos de gobierno y administración deben las Comunidades Autónomas respetar las bases establecidas en la legislación vigente. Esta solución, que es la única que hace posible la asunción inmediata por las Comunidades autónomas de las competencias legislativas que los Estatutos les confieren, sin invadir por ello competencias reservadas al Estado», si bé aquesta solució «conlleva seguramente algunos inconvenientes que son, sin embargo, ineludibles en cuanto que no se haya completado la reorganización territorial del poder del Estado».

Aquesta mateixa doctrina es manté en la sentència de 8 de febrer de 1982 (B. J. C., 10, 1982, pàgs. 95 i ss.) en el recurs d'inconstitucionalitat promogut pel Govern en contra de la llei de la Generalitat de Catalunya 4/1981, de 4 de juliol sobre mesures urgents sobre la funció pública. El Ponent fou el Magistrat Rubio Llorente i entre altres coses s'affirma que si bé no és

es tracta d'una competència exclusiva de distribució vertical, raó de més per pro-pugnar la mateixa doctrina en relació a les competències separades. Evidentment, les lleis no es traspassen, però l'atribució de competències en matèria civil fa que la Comunitat autònoma pugui estructurar el seu dret civil prescindint i al marge de la Compilació que regeixi o bé modificant directament la Compilació⁹². En tot cas, la determinació de la tècnica legislativa és sempre una qüestió de política jurídica: el que vull dir és que la possibilitat d'adoptar fa que es dirigeixi a la modificació del vigent text compilat.

2.^a L'adopció de la idea de competència separada en matèria civil comporta, a més, una conclusió molt important: *la promulgació o derogació de qualsevol norma de qualssevol dels diferents subordenaments coexistents en el conjunt espanyol no influeix per res en els ordenaments que estan situats en el pla d'igualtat amb ell*; així, la reforma del Codi civil en matèria de filiació no comporta la modificació subsegüent de les normes de la Compilació en la mateixa matèria, ni al contrari⁹³. La independència entre ordenaments porta aquesta necessària conseqüència. Avui, per tant, no cal una disposició com la de l'art. 2 del Decret legislatiu que promulgà el text articulat del títol preliminar del Codi civil; la mateixa estructura de l'ordenament civil espanyol fa que aquella norma continguda en aquella disposició presideixi les relacions entre els subordenaments. El que sí passarà és que qualsevol reforma, ampliadura o derogatòria, de les normes de qualsevol dels subordenaments civils espanyols influirà en el conjunt, que veurà les seves normes alterades per alteració dels diferents elements que el componen, però, repeteixo, sense influència mútua.

Això voldrà dir que la mateixa matèria podrà ser regulada de forma diferent en cada subordenament i aquí entraran els diferents criteris d'aplicació per raó del territori seguint les normes de solució de conflictes interregionals (art. 7-1 E.C.). La vigència del subordenament està referida a un àmbit territorial concret i a una

clara la diferència entre competència exclusiva i competència atribuïda amb caràcter exclusiu sens perjudici de la legislació bàsica de l'Estat, «Estas diferencias de dicción autorizan a entender, entre otras consecuencias, que cuando se utiliza esta segunda fórmula se intenta sujetar más estrechamente la competencia legislativa comunitaria al marco de la legislación básica del Estado, pero en modo alguno sostener que se ha privado con ello a la Comunidad Autónoma de su facultad de legislar hasta que sea habilitada para ello por una ley estatal, pues esto equivaldría una vez más a equiparar legislación básica con Leyes marco, tesis ya rechazada explícitamente por este Tribunal».

La doctrina és també partidària d'aquesta solució; vegeu FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo* cit., pàg. 274 i MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas* cit., pàg. 95.

⁹² Aquesta sembla ser la tècnica adoptada pel Parlament de Catalunya per a la reforma de la Compilació de Dret civil català avui vigent.

⁹³ FERNÁNDEZ, T. R., a *Curso de Derecho administrativo* cit., pàg. 279, afirma que «Estas igualmente han de ser las Leyes que regulen la investigación de la paternidad (art. 39-2)», la qual cosa em sembla falsa, ja que la investigació de la paternitat no és un dret fonamental, sinó un mitjà per tal d'establir la vertadera paternitat o maternitat; per això crec que no requereix el seu desenvolupament per llei orgànica, cosa que realment ha passat en la modificació del Codi civil de maig de 1981.

condició jurídica també concreta i aquest àmbit de vigència no es veu mai envaït per les normes dels altres subordenaments que són dret estrany respecte als diferents subordenaments entre sí, però és dret integrant del conjunt de l'ordenament civil espanyol.

b) *Estructuració del nivell de relacions per mitjà de l'articulació dels subordenaments entre ells.* — Els ordenaments que formen el conjunt espanyol són, per tant, independents entre ells, però la nostra Constitució no organitza l'Estat espanyol com un estat federalista i per això es diu que «*la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía — y aún este poder tiene límites —, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad*»⁹⁴. Això fa que sigui necessari articular les relacions entre aquests subordenaments que, si bé estan en un pla d'igualtat entre ells, cal coordinar dintre del conjunt. Aquestes relacions vénen determinades entorn de dos grans conceptes del dret constitucional europeu i americà: la clàusula de prevalència i la supletorietat del Dret de l'Estat, recollides a l'art. 149-3 C.E., el significat de les quals cal deixar ben determinat en aplicar-les a l'ordenament civil.

1. *La clàusula de prevalència del Dret de l'Estat:* L'art. 149-3 C.E. estableix que les normes de l'Estat «prevaldran, en cas de conflicte, sobre les de les Comunitats autònomes en tot allò que no hagi estat atribuït a la competència exclusiva d'aquestes darreres»; aplicant aquesta disposició, tots els Estatuts d'autonomia contenen una clàusula de prevalència del dret de la Comunitat, que formula de manera positiva la negativa que se'n dedueix de l'esmentat article constitucional: així, per exemple, l'art. 22-1 E.C. estableix que «en matèria de la competència exclusiva de la Generalitat, el dret català és aplicable en el seu territori amb preferència a qualsevol altre»⁹⁵.

La clàusula de prevalència ha sigut objecte d'estudis constitucionals pel que suposa d'aparent contradictori amb el sistema de distribució de competències establert en els arts. 148 i 149 C.E. Així T. R. FERNÁNDEZ afirma que la disposició de l'art. 149-1,8 C.E. «*presupone la existencia de zonas de concurrencia y que, por otra parte, puede entenderse sin ella*», zones que són de tal magnitud que segons aquest autor «*de hecho, la mayor parte de las competencias de las Comunidades autónomas van a tener inevitablemente este carácter*» de competències compartides o concurrents⁹⁶. OTTO parteix del principi d'especialitat del Dret de

⁹⁴ Es tracta de la sentència del Tribunal Constitucional de 2 de febrer de 1981 (vegeu les dades concretes a la nota 72).

⁹⁵ No tots els Estatuts d'autonomia vigents en aquest moment tenen disposicions sobre la prevalència del Dret de la Comunitat sobre el de l'Estat; solament apareix aquesta prevalència formulada en el sentit que es recull en el text en els articles 21 E. B., 26-1 E. C., 38-1 E. G., 10-1 E. An. i 42-1 E. Ar.

⁹⁶ FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, pàgs. 268-269. Vegeu també MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas* cit., pàgs. 88-89.

les Comunitats autònomes i de validesa de les normes dictades per les Comunitats, ja que com constata clarament, no ens trobem davant de l'esquema de l'Estat federal⁹⁷, de forma que «es preciso considerar las consecuencias a que conduce el juicio de validez como criterio de aplicación. Ya hemos visto que si éste conduce a un resultado afirmativo (és a dir, si la norma de la Comunitat autònoma és vàlida perquè s'ha dictat en virtut de les seves competències), si la norma autonómica se considera válida, la colisión resultante se resolverá con arreglo al principio de la «lex specialis», y la norma autonómica se aplicará con preferencia a la del Estado. La regla de la «lex specialis» llevaría así a un resultado similar al de una regla de prevalencia en favor del Derecho de las Comunidades autónomas. Esto se aplicaría siempre al operar a su favor el principio de especialidad del que disfrutarán también las normas dictadas fuera de su competencia, pero amparadas por la concentración de la jurisdicción constitucional». Això portaria, segons aquest autor, a que s'apliqués sempre preferentment una norma nulla (quan ho fos), cosa que evitarà la clàusula de prevalència del dret de l'Estat que el que evita és que «cuando la Comunidad autónoma actúe fuera de su competencia exclusiva prevalecerá el derecho del Estado. Con tal precepto no se pretende introducir una presunción de validez del derecho estatal y de correlativa nulidad del derecho autonómico, sino que se pretende tan sólo evitar el efecto a que conduce la combinación del principio de especialidad y el de concentración de la jurisdicción constitucional», de forma que «cuando el órgano llamado a la aplicación considere que la ley de la Comunidad autónoma es nula no se verá sometido a la obligación de aplicar la que deriva de los principios señalados, sino que se aplicará el Derecho del Estado, esto es, el derecho general, sin perjuicio del que ulteriormente pueda demostrar que su juicio era erróneo y que, por tanto, debió utilizar la regla de especialidad y aplicar el derecho autonómico»⁹⁸.

PAREJO entén que l'àmbit d'aplicació de l'art. 149-3 E.C. es refereix: «a) en las materias del art. 148-1 y las residuales a que se refiere el art. 149-3 en su inciso inicial, cuando las competencias normativas hayan sido estatutariamente asumidas como concurrentes o compartidas con el Estado. b) En las materias del art. 149-1 y en las que éste prevé la posibilidad de acceso a las mismas por parte de las Comunidades autónomas con competencias normativas, siempre que éstas hayan sido estatutariamente asumidas». D'aquí dedueix que «se trata del Derecho en su conjunto, es decir no sólo las leyes en sentido formal, sino también y significativamente de las normas reglamentarias. De esta forma, todas y cada una de las normas del Estado tienen capacidad, con independencia de su rango jerárquico, para desencadenar la consecuencia legal conectada al conflicto respecto de cuales-

⁹⁷ OTTO I PARDO, Ignacio de, *La prevalencia* cit., pàgs. 58, 72, etc., posa de relleu les diferències que existeixen entre l'organització federal i la autonòmica, especialment en lo que es refereix a la clàusula de prevalència.

⁹⁸ OTTO I PARDO, Ignacio de, *La Prevalencia* cit., pàgs. 86-87. En un sentit semblant TORNOV MAS, J., *La prevalença* cit., on qualifica l'art. 4 de la LOAPA com a norma de conflicte.

*quiera normas territoriales contradictorias, sea cual fuere el rango de éstas... Es en definitiva el Derecho estatal en bloque el que prevalece sobre el Derecho regional asimismo en bloque... La nota esencial de la prevalencia es, pues, la supremacía, preeminencia o superioridad, toda vez que el efecto de prevalecer atribuido a la norma estatal no es sino la consecuencia de la supremacía de la comunidad nacional y de su interés sobre la comunidad territorial y su interés»*⁹⁹.

Finalment, la «COMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE AUTONOMÍAS», en el seu famós *«Informe»*, al remarcar la necessitat que en la proposada llei orgànica d'ordenació del procés autonòmic s'inclogui un aclariment entorn a la clàusula de prevalència del Dret de l'Estat, ho fa referint-se a les competències exclusives de l'Estat, reconeixent la dificultat que comporta el que en els Estatuts d'autonomia s'hagin definit com exclusives competències relacionades amb l'article 149-1 sobre les quals l'Estat també té competència exclusiva; això «exige reconocer la primacía de la legislación estatal que recaiga sobre cualquiera (sub. meu) de las materias enumeradas en el propio artículo 149»¹⁰⁰, perquè «un análisis más pormenorizado de las atribuciones de potestad legislativa que se contiene en el citado precepto en favor del Estado, arroja inequívocamente el resultado de que todas estas competencias o son compartidas o son concurrentes, pero nunca exclusivas de las Comunidades autónomas en el plano legislativo», «la regla a aplicar en los supuestos de coalición es la de la primacía del derecho estatal» afegint que donat qualsevol dels dos ordenaments pot entrar en collisió amb l'altre ordenament per regular de forma concurrent una mateixa matèria, «la articulación competencial se realiza, pues, y no podría ser de otra manera, sobre la base de normas del Estado que

⁹⁹ PAREJO, L., *La prevalencia* cit., pàgs. 112-113. No em resisteixo a citar alguna de les idees expressades per aquest autor en les pàgines cits.: «ello significa, pues, en el supuesto máximo, que una simple norma reglamentaria estatal (por ejemplo, una Orden ministerial) puede imponerse y prevalecer sobre una Ley regional... La posición de superioridad del Derecho estatal permite a éste desplegar la eficacia propia de la misma frente al Derecho regional discrepante tanto anterior como posterior al mismo»; per això podrà dir que «la regla de prevalencia (pertenece) al orden competencial» i com que aquest ordre es pot alterar per la legislació esatal (segons PAREJO, pàg. 114), «la norma estatal produce sólo la abrogación de la regional y ello por virtud de su superioridad que es manifestación de la primacía de la competencia del Estado».

¹⁰⁰ Lo que fa que l'*Informe que emite la Academia...* cit., pàgs. 34 i ss., digui que si d'acord amb el text proposat a l'art. 4.rt de la LOAPA el dret de l'Estat és prevalent sobre el de les Comunitats autònombes en aquelles matèries que incideixin en l'àmbit que la Constitució reserva a l'Estat, «es incuestionable que aquellas concretas posibilidades de erosión del derecho civil de Cataluña, de una parte, quedan plenamente confirmadas pero de otra, podrían entenderse y extenderse sin ninguna limitación por razón de la materia» per lo qual «la versión deformante de los arts. 1 y 4 de la LOAPA crearía los mecanismos suficientes para poder transformar en inútil toda aquella historia de resistencia a la pérdida de la propia personalidad jurídica que discurre bajo los acontecimientos apuntados en el párrafo anterior. Y si es cierto, como queda indicado, que no debe ser ésta la intención del autor del Proyecto, es evidente que, a pesar del respeto que los Tribunales pudieran tener para con la existencia de las instituciones civiles, un texto como el del art. 4 de la LOAPA sería un vehículo poderísimo de penetración en Cataluña de los planteamientos del Código civil, tan discutidos en tantos ámbitos de los que, desde hace siglos, se han aplicado y se aplican actualmente y quisieramos que se continuaran aplicando en el Principado».

*enmarcan y limitan la competencia de las normas territoriales, puesto que cualquier contradicción de éstas con aquéllas impediría que las normas territoriales pudieran tener efecto»*¹⁰¹.

Les anteriors opinions intenten donar una explicació a una norma constitucional que aparentment queda buida en contingut, ja que si l'exercici de les competències s'efectua en base a les que la Constitució possibilita i que s'assumeixen en els respectius Estatuts, sembla lògic que no podrà donar-se mai el cas de conflicte que sembla preveure l'article 149-3 C. E., com els diferents autors senyalen.

Però cal que ens preguntarem si la prevalència del Dret de l'Estat és possible dins de l'esquema d'ordenament civil que he proposat en aquest treball i per això cal plantejar el tema previ de què cal entendre per *conflicte*. L'expressió podrà ser entesa de dues maneres diferents: o bé com a concorrència de regulacions diferents sobre la mateixa matèria (com sembla entendre's per la doctrina examinada) i sempre que l'Estat i la Comunitat autònoma tinguin competència sobre la mateixa matèria, o bé com a col·lisió de normes de diferents ordenaments, aptes cada una d'elles per solucionar el supòsit en presència. És evident que en matèria civil es donarà sempre una concorrència de regulacions diferents sobre la mateixa matèria; això ha succeït fins ara en l'estructura civil espanyola i així ho va posar de relleu la sentència del Tribunal Constitucional de 16 de novembre de 1981¹⁰².

¹⁰¹ *Informe de la Comisión de Expertos sobre autonomías* cit., pàgs. 46-49. L'art. 4 de la LOAPA ha sigut redactat per la Comissió constitucional del Congrés de la forma següent: «El Derecho del Estado dictado en el ejercicio de sus competencias prevalecerá, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149 de la Constitución, sobre las normas de las Comunidades Autónomas»; aquesta redacció modificava la primerament proposada que deia el següent: «las normas que el Estado dicte en el ejercicio de las competencias que le reconoce el art. 149-1 de la Constitución prevalecerán, en todo caso, sobre las normas de las Comunidades Autónomas, cualquiera que sea la denominación de las competencias que a éstas atribuyen sus Estatutos».

La nova redacció de l'art. 4.ºt LOAPA no afegeix res de nou, a la meva manera d'entendre, a lo que ja diu l'art. 149-3 C. E. en el tema de la prevalència del dret, de l'Estat; el que passa és que en aquesta qüestió ens trobem davant d'un cercle sense sortida: el dret que l'Estat dicti en l'exercici de les seves competències exclusives no solament és prevalent sinó que serà l'únic constitucional, ja que qualsevol norma de les Comunitats autònomes sobre les matèries de competència exclusiva de l'Estat és inconstitucional. El problema es planteja en les competències compartides i en aquest cas, el dret de l'Estat no és prevalent de manera absoluta per dos raons: *a)* perquè la competència no és exclusiva i d'acord amb l'art. 149-3 C. E., la prevalència solament se'ls aplica a aquestes; i *b)* perquè existeixen altres criteris determinants de l'aplicació d'una o altra norma en cas de conflicte, com el de la territorialitat o el de la regionalitat en el cas concret del dret civil. Lo que m'inclina a considerar que l'art. 149-3 C. E. i l'art 4.ºt LOAPA (que té que estar d'acord amb aquest últim, perquè en cas contrari serà inconstitucional) solament es refereixen a les competències exclusives de l'Estat i en aquest cas no es tracta d'una norma de prevalència, sinó d'una norma de validesa. Segurament l'afany de traslladar institucions de l'Estat federal a un sistema diferent pot portar a greus contradiccions que al voler explicar, provoquin problemes d'inconstitucionalitat.

Sobre la inconstitucionalitat de l'art. 4 de la LOAPA vegeu el Dictamen del Consell consultiu de la Generalitat cit., pàg. 3693.

¹⁰² La sentència del Tribunal Constitucional de 16 de novembre de 1981 (vegeu les dades concretes a la nota 51) diu que «el primero de tales principios (els de l'art. 139 C. E.) es el de

I ara aquesta possibilitat està propiciada per l'estructura de l'ordenament civil adoptada per la Constitució: l'existència de competències separades en tot allò que no siguin competències exclusives de l'Estat es resol en una diversitat legislativa, que no és una creació constitucional, sinó que modifica, perfeccionant-la l'estructura existent anteriorment. Però aquí entra la segona accepció del terme *conflicte*, la col·lisió de normes per resoldre un conflicte concret té una tècnica molt especial i determinada: les normes de dret interregional que resolen els conflictes concrets. I en aquest cas i per la determinació de les normes de conflicte sí que es pot dir que preval el dret de l'Estat, perquè aquest serà l'únic que té competència en estructurar un sistema conflictual.

A nivell concret, per tant i en matèria civil, serà l'Estat qui tingui competència, per mitjà de les normes de conflicte, per decidir quina de les normes (estatal o territorial) en presència tindrà capacitat reguladora de la problemàtica plantejada; l'Estat solament proporcionarà la norma de conflicte que es remetrà a una legislació o a una altra (i en aquest sentit, també l'article 7-1 E.C.), sense que en matèria civil sigui mai possible parlar de prevalència del Dret de l'Estat, donada la situació d'igualtat en que els diferents subordenaents es troben en les seves relacions.

Per tant, en matèria, civil coexisteixen diferents normatives que poden coincidir sobre una mateixa matèria amb regulacions diferents; totes les normes civils dels Parlaments autònoms són vàlides sempre que estiguin dictades exercint la competència pròpia; això vol dir que no existeix prevalència en cap dels subordenaents sobre els altres, ni tampoc una presumpció de validesa o invalidesa del dret territorial. Els criteris d'aplicació d'un o altre dret vénen donats per les normes conflictuals dictades per l'Estat. La subjecció a un o altre dels ordenaments jurídics és una qüestió de condició de les persones que impedeix en tot cas la primacia d'un dret sobre un altre, cosa que resulta impossible donat que la pròpia estructura constitucional preveu l'existència de normes de conflicte fet que resulta impensable en una situació de dret general-dret especial.

2. *La supletorietat del dret de l'Estat:* L'altre nivell de relacions entre els diferents subordenaents que formen el conjunt proposat és el de supleto-

igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo, que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del derecho privado... la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente de nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional...»

En la sentència de 22 de desembre de 1981 (vegeu les dades concretes a la nota 82) el Magistrat Díez Picazo formulà un vot particular que, entre altres coses, s'oposava a la interpretació del concepte d'igualtat expressat en la sentència i deia que «para que exista una violación del principio de igualdad es necesario que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable...».

rietat del dret de l'Estat, sancionada en l'article 149-3 C.E., quan diu que «en qualsevol cas el Dret estatal serà supletori del Dret de les Comunitats autònombes», norma que es repeteix en tots els Estatuts d'autonomia avui vigents¹⁰³.

Deixant de banda la problemàtica que aquesta supletorietat planteja en altres àmbits, en el Dret civil la norma assenyalada incideix en les de l'article 13-2 C.c. i en les normes que criden al Codi civil com a supletori en les diferents Compilacions. Això obliga a plantejar en primer lloc quina és la significació de la norma constitucional i, en segon lloc, quan caldrà aplicar el Dret de l'Estat com a supletori en matèria civil, vella problemàtica que s'enfoca de forma diferent a partir de l'existència de competències exclusives legislatives en matèria civil en certes Comunitats autònombes¹⁰⁴.

a) *Significació de la norma constitucional sobre supletorietat del Dret de l'Estat:* Des del punt de vista constitucional, la norma té dues vessants: la primera, que posa de relleu OTTO, que la supletorietat és una conseqüència de la no derogació del Dret de l'Estat per les normes dictades pels Parlaments autonòmics, de forma que «cuando el Derecho del Estado se ocupe de materias de la competencias de la Comunidad autónoma no por ello será nulo — como ocurriría con un derecho federal — sino que será de aplicación supletoria, esto es válido, pero de vigencia disminuida allí donde exista un derecho válido de las Comunidades Autónomas»¹⁰⁵; la supletorietat seria un efecte de l'exercici de les competències de les Comunitats, perquè l'atribució d'una matèria en competència exclusiva a una Comunitat autònoma no comporta l'exclusió de l'Estat de la legislació sobre aquella matèria.

Una altra formulació es troba a MUÑOZ MACHADO per a qui el Dret de l'Estat serà supletori «en el supuesto de que las Comunidades autónomas no hayan hecho aún uso de su potestad legislativa»¹⁰⁶ i així «en tanto no sea sustituida seguirán aplicándose las normas estatales y si el Estado dicta otras nuevas que alteren el contenido de aquéllas se aplicará siempre la nueva legislación estatal y no las

¹⁰³ Només existeixen disposicions sobre la supletorietat del Dret de l'Estat en els Estatuts de les Comunitats autònombes que tenen Compilació vigent. Així vegeu els articles citats a la nota 26.

¹⁰⁴ Les Compilacions actualment vigents accepten clarament el Codi civil com Dret supletori: disposicions finals 2 de la Compilació de Biscaia i Alava; 2 de la de Catalunya, introduint la frase «que no se oponga a ella»; 2 de la de Balears; 2 de la de Galícia sense la referència de la catalana i la de Balears; art. 1-2 de la Compilació d'Aragó i llei 6 de la Compilació de Navarra.

¹⁰⁵ OTTO I PARDO, Ignacio de, *La prevalencia* cit., pàg. 73, on afegeix que «tal conclusión viene exigida, además, por la propia dicción literal de los arts. 26-1 y 21 de los Estatutos Catalán y Vasco, en los cuales el efecto previsto en las materias de competencia autonómica es que en ellas el Derecho de la comunidad será de aplicación preferente y sólo en su defecto se aplicará el derecho del Estado. Tales preceptos prevén, obviamente, que puede haber derecho válido del Estado en tales materias, esto es, que la limitación del poder del Estado no se lleva a término limitando el ámbito material de su validez, sino disminuyendo su vigencia para determinadas materias — las de competencia de la Comunidad — en determinados territorios: los que hayan accedido a la autonomía».

¹⁰⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas* cit., pàg. 91.

normas vigentes en el momento de entrada en vigor del Estatuto, puesto que de este hecho no cabe derivar sin más, que la potestad legislativa estatal o sus productos normativos hayan quedado congelados». A aquesta tesi responen les disposicions transitòries dels diferents Estatuts d'autonomia¹⁰⁷. Per això, quan el Dret de l'Estat actuï com a supletori en temes civils i mentrestant el Parlament de Catalunya no legisli sobre les matèries de la seva competència, qualsevol modificació del dret supletori (aplicable per manca de regulació) provocarà el canvi de la normativa aplicable. Així passa amb l'article 248 de la Compilació, amb la seva remissió a les regles del Codi civil per regular la successió intestada. I el cas és que les dues explicacions són certes: el Dret de l'Estat és el supletori del de les Comunitats autònomes, però en el ben entès que, perquè tal supleto-rietat operi, tindrà de produir-se un buit legislatiu en l'ordenament de la Comunitat que es tracti i això obliga a plantejar el tema següent:

b) *Supòsits d'aplicació del Dret de l'Estat com a supletori en matèria civil:* S'ha dit de forma repetida des de posicions ideològiques diferents que un dels ideals de la Codificació va ésser organitzar un cos de lleis complet, que pogués solucionar tots i cada un dels supòsits que la vida real plantejava i que calia regular¹⁰⁸; però aquesta finalitat es va veure aviat superada i llavors els juristes recorren a la idea de la plenitud de l'ordenament jurídic de tal manera que tots i cada un dels supòsits plantejats tenen una solució normativa, si bé la norma reguladora és possible que no hagi estat encara objecte d'investigació i ànàlisi¹⁰⁹.

Com es veu, en matèria civil no és fàcil donar una resposta a l'abast de la supleto-rietat del dret de l'Estat, per la qual cosa cal plantejar prèviament una sèrie d'hipòtesis coherents amb el plantejament que fins ara s'ha fet del tema.

— *Existència de llacunes:* Resulta tradicional la distinció entre llacunes de la llei i llacunes de l'ordenament jurídic o llacunes del dret¹¹⁰. Em cal determinar molt clarament aquest concepte, perquè constituirà la base de les solucions que donaré tot seguit.

En principi es pot dir que existeix una llacuna quan en la relació conjunta de normes — conjunt de situacions de fet — conjunt de respostes es produeix una manca en aquest últim element¹¹¹. Per tant ens cal diferenciar, com fa

¹⁰⁷ Vegeu les disposicions transitòries sobre aquest punt citades a la nota 26; el text de totes elles és el mateix: «Mentre les Corts generals no elaboraran les lleis a les quals es refereix aquest Estatut i el Parlament de Catalunya no legislara sobre les matèries de la seva competència, continuaran en vigor les actuals lleis i disposicions de l'Estat que es refereixen a les esmentades matèries, sense perjudici de que llur desenvolupament legislatiu, si s'escau i llur execució, siguin efectuats en els supòsits així previstos en aquest Estatut» (Disposició transitòria 2 E. C.).

¹⁰⁸ Com afirman repetidament TARELLO, G., *Storia della cultura* cit., pàg. 28 , i GALGANO, F., *Il diritto privato* cit., pàgs. 16 i ss.

¹⁰⁹ DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas* cit., pàg. 281.

¹¹⁰ VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas* cit., pàgs. 70-71 i DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas* cit., pàg. 280.

¹¹¹ ALCHOURRON, C. - BULYGIN, E., *Introducción a la metodología* cit., pàg. 123.

VILLAR PALASI, la llacuna del conjunt buit¹¹², de manera que existirà conjunt buit dins de l'estructura normativa quan «una conducta, un acto o en general, una situación no está jurídicamente ni aprobada, ni autorizada, ni ordenada, ni desaprobada, ni permitida, produciendo todo ello que tal situación no sea el objeto del supuesto de hecho ni de una consecuencia jurídica por tanto»¹¹³. L'existència de conjunts buits es produeix en tot ordenament jurídic i això no és un obstacle a la idea de l'abast general o la completeness de tot ordenament jurídic; en canvi, sí que poden produir-se llacunes en el sentit abans propugnat, de conductes mereixedores de regulació, ja que el supòsit de fet està previst o possibilitat en l'ordenament de que es tracta, però no té resposta jurídica.

La situació dels ordenaments civils territorials espanyols cal examinar-la en dos espais temporals diferents en relació al tema que ens ocupa: en l'actualitat i quan els Parlaments autonòmics facin ús de les seves competències i legislin en matèria de dret civil amb l'abast abans assenyalat. Avui, els ordenaments civils territorials són incomplets i ho són en el sentit que els cal heterointegrar-se, per mitjà del recurs a un cos estrany a la seva estructura, com és el Codi civil; i no existeixen llacunes de la llei, ja que aquestes es poden salvar a través del recurs a l'aplicació analògica dels preceptes compilats¹¹⁴, perquè en les matèries regulades en les Compilacions, aquestes forneixen tots els elements necessaris per tal de resoldre les possibles deficiències que la regulació planteja. La seva mateixa característica d'ordenament incomplet provoca la necessitat d'un dret supletori que integrarà des de fora el sistema, les llacunes que aquest sistema conté, però aquesta complementació no pot fer-se en contra dels principis inclosos en els sistemes compilats i és per això que quasi totes les compilacions vigents criden al Codi civil com a supletori en tant que no contradiguï els principis continguts en les regulacions corresponents. Per això es pot afirmar que els drets territorials primer s'autointegren i solament quan aquesta autointegració resulti insuficient, caldrà recórrer al dret estrany, que proporcionarà segurament per si

¹¹² VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas* cit., pàg. 71, recull les opinions d'alguns autors que consideren que conjunt buit i llacuna són la mateixa cosa.

¹¹³ VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas* cit., pàg. 80.

¹¹⁴ En contra d'aquelles interpretacions que, tot partint de la idea de dret foral com a dret especial, sostenen la impossibilitat d'aplicar analògicament les disposicions del dret que es tracti per omplir les llacunes que presenten, crec que aquesta aplicació analògica és possible, per la interpretació correcta del art. 1 i disposició final 2 de la Compilació catalana; per això he dit que «no resulta un grave error pensar que cuando la Compilación catalana utiliza estas expresiones se refiere tanto a la aplicación directa de la norma porque el supuesto de hecho planteado es adecuado al supuesto de hecho de la norma, como a la aplicación de las disposiciones de la misma porque el supuesto de hecho planteado tiene la misma *ratio* que el supuesto de hecho de la norma, aunque no quede directamente regulado por ella... Por otra parte, la propia disposición final 2.^a se refiere a la analogía *iuris* cuando alude a los preceptos del Código civil «que no se opongan a ella», es decir, a sus principios generales, por lo que no resulta demasiado difícil aceptar el recurso a la interpretación analógica de los preceptos de la Compilación». Vegeu PUIG FERRIOL - Roca TRIAS, *Fundamentos* cit., t. I, pàg. 199.

o a través del seu propi sistema d'integració, els materials suficients per a solucionar la situació plantejada.

Aquesta problemàtica cal plantejar-la en el sistema espanyol, no dins del conjunt format per l'ordenament civil espanyol, sinó dins de cada un dels sub-ordenaments que el formen; per això cal distingir entre llacunes internes o inherents al propi conjunt, que serien totes aquelles a que m'estic referint i per tant es poden definir com l'absència de resposta al supòsit de fet en un dels concrets conjunts de normes que formen l'ordenament civil espanyol o bé llacunes externes, que no poden ésser solucionades de cap manera, ni tan sols recorrent als altres subordenaments. En definitiva, quan ens estem referint al fet que els ordenaments territorials espanyols tenen llacunes, el que estem dient és que no existeix una ordenació o un subconjunt de normes reguladores de la situació: per exemple, quan es diu que l'usdefruit no està regulat en el Dret civil català, estem dient que caldrà recórrer a un sistema integrador (sigui quin sigui) per solucionar els problemes de regulació d'usdefruit que plantegin les relacions en presència; aquí ens trobem, per tant, davant d'una llacuna ja que la Compilació catalana regula aspectes molt parcials de la institució deixant de banda l'estructura normativa de l'usdefruit. Aquí es presenta de forma clara una llacuna i per tant, caldrà buscar el sistema d'integració.

Però no existeix una llacuna quan l'ordenament en presència no conté les mateixes institucions que els altres subordenaments que formen el conjunt; llavors ens trobarem davant d'un conjunt buit que no necessita d'integració; és tracta, per exemple un conjunt buit en dret català l'absència de la institució de la reversió de donacions a l'ascendent donant per premoriència del donatari (article 812 C.c.). La diferència essencial, per tant, entre llacuna i conjunt buit es troba en que en la llacuna el conjunt de normes de l'ordenament on es produeix preveu o possibilita el supòsit de fet, però no se li atribueix una conseqüència jurídica (exemple de l'usdefruit en la Compilació catalana) i en el conjunt buit no es preveu el supòsit de fet (reversió), que no pertany a aquest ordenament. Pensem en un exemple molt aclaridor en el panorama civil espanyol recent: la dissolució del matrimoni per divorci era un conjunt buit en l'ordenament civil espanyol fins al juliol de 1981, perquè el legislador no considerava convenient introduir-lo; no existia una llacuna, sinó un conjunt buit.

— *L'actuació del dret supletori:* L'anterior distinció tenia com objecte clarificar l'actuació del dret supletori. Cal excloure d'aquesta actuació els conjunts buits, que com resulta d'allò dit abans, no cal integrar per tal com són estranys a l'ordenament que manifesta la mancança¹¹⁵ i, per tant, solament actuarà enfront a les llacunes enteses com aquella absència de regulació que no es pot solucionar amb el recurs a cap dels elements d'integració que el subordenament en que es

¹¹⁵ En definitiva és la mateixa figura que FIGA FAURA qualifica de *institución desconeguda*, en el seu treball *La Compilación y sus conexiones con el Código civil* cit., pàg. 119.

produceix preveu. L'existència de llacuna la dóna, per tant, l'ordenament que la pateix i mai comparativament amb l'ordenament que té de suplir-lo, de forma que el major nombre d'elements d'aquest no és un punt de referència per afirmar que el subordenament menys descriptiu conté llacunes, perquè d'ésser certa aquesta afirmació, arribaríem a l'absurd que, per tal d'evitar la supletorietat, l'ordenament suplert té de tenir el mateix número d'elements que el supletori, cosa que aniria en contra de la pròpia idea de legislació d'acord amb les necessitats de la societat a qui va dirigida la regulació. El conjunt buit, per tant, no pot ésser mai objecte de supletorietat mentre continui essent conjunt buit¹¹⁶.

La solució de les llacunes que contingui un dels subordenaments cal fer-la recorrent al conjunt de l'ordenament jurídic en el qual està contingut aquest subordenament. En el nostre cas, l'ordenament jurídic al qual cal recórrer per solucionar la llacuna afirmarà que el Dret de l'Estat és el supletori quan i després d'acudir a tots els recursos que proporcionen el subordenament afectat (sistema de fonts propi, principis i analogia), es manifesti la incapacitat d'aquest per solucionar el supòsit de fet plantejat. Per tant, és pot afirmar que l'existència de diferents conjunts de normes dins el conjunt general ordenament jurídic civil espanyol té de proporcionar necessàriament la solució adient, perquè un dels subconjunts (el Dret de l'Estat) pot actuar, perquè així ho diu la Constitució, a falta de regulació en l'ordenament immediatament aplicable¹¹⁷. D'aquesta manera s'aconsegueix que sigui veritat el dogma de la completenessa de l'ordenament.

La solució constitucional obliga a plantear la pregunta següent: ¿existeix una contradicció entre l'affirmació que cada un dels subordenaments constitueix un conjunt dinàmic, que significa l'existència de fonts de producció pròpies i la supletorietat del dret de l'Estat? La resposta té de ser forçosament negativa, ja que preveiem l'existència de conjunts buits, la qual cosa impedirà l'aplicació automàtica del dret de l'Estat; aquest solament tindrà aplicació com a supletori quan el supòsit de fet no regulat estigui previst en el sistema de fonts de l'ordenament suplert, és a dir, quan el sistema prevegui un supòsit que el propi sistema o es veu incapç de regular o bé accepta la regulació externa que li proporciona el supletori (cas de les crides directes a blocs de regulació del Codi civil, com passa, per exemple, en els articles 52 Compilació catalana, 55 de la de Balears, etc.). Per tant, resulta perfectament compatible l'existència conjunta d'aquests dos sistemes d'integració, quan l'estructura de referència deixa llacunes, voluntàriament o involuntàriament.

L'altra qüestió que cal plantear és la relació en que es troben l'ordenament suplert i el supletori. La resposta fàcil és la tradicional: sempre que calgui un

¹¹⁶ Deixa d'ésser conjunt buit quan l'ordenament on no existia preveu el supòsit de fet sense donar-li una regulació pròpia; llavors podem parlar de llacuna.

¹¹⁷ Com és l'exemple que posa VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas* cit., pàg. 75, pel cas dels contractes administratius i la regulació supletòria del Codi civil.

supletori ens trobem davant la presència d'un dret especial i solament serà dret general aquell que sigui complet, el supletori, en definitiva, que per això és cridat com a tal, ja que és més fàcil trobar la solució jurídica del supòsit de fet plantejat. Repeteixo que aquesta és la solució fàcil, que podia tenir una base en el sistema anterior a la Constitució, donat que l'Exposició de motius del nou títol preliminar del Codi afirmava que dins dels procediments integradors de llacunes «*el otro procedimiento integrador está constituido por el derecho supletorio, función que siguiendo la línea del anterior artículo 16, corresponde al Código civil, exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del derecho común*». Aquesta solució resulta avui difícil de donar perquè no es tracta de relacions entre un dret general i un dret especial que seguirà sempre amb aquesta característica, sinó que es tracta de relacions entre un subordenament més complet i un altre *transitòriament incomplet*; el Dret de l'Estat estarà en una relació de domini envers els ordenaments territorials entretant els òrgans legislatius d'aquests no exercitin les competències legislatives que els hi han estat atribuïdes pels Estatuts d'autonomia, tot seguint la Constitució. Des del punt de vista civil, la supletorietat del Dret de l'Estat és temporal i per això les disposicions transitòries dels Estatuts respectius afirman que seguirà vigent el Dret de l'Estat. Aquesta temporalitat justifica que no es parli aquí de dret general, identificant-lo amb Dret de l'Estat, perquè els subordenaments que formen el conjunt espanyol no es troben en una relació jeràrquica entre ells i el subordenament format pel Dret de l'Estat dictat exercint les competències separades de l'article 149-1,8 C.E., 1.^a part, no conté en relació de subordinació, els altres subordenaments, de la mateixa manera que aquests últims no contenen el subordenament civil de l'Estat. L'única relació que es troba entre ells és la de supletorietat, que significa una relació de domini, establerta constitucionalment, del Dret de l'Estat envers el dret de les Comunitats autònombes. Aquesta relació de domini pot resultar temporal, ja que l'ordenament suplent pot tenir una vocació a la completenessa, que pot assolir o no, segons l'activitat legislativa del Parlament de que es tracti ¹¹⁸.

¹¹⁸ Perquè també seria possible que aquest Parlament, fent us de la seva facultat per a legislar, decideixi o bé no legislar o bé legislar incorporant una llei de l'Estat al propi ordenament jurídic, en quin cas, la llei estatal quedarà incorporada a l'ordenament regional i no podrà ser modificada per disposicions estatals posteriors. Sobre això vegeu MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas* cit., pàg. 92.

4. CONSIDERACIÓ FINAL

Si he començat dient que no és necessari que tot jurista, en explicar les seves postures sobre un tema concret, es perdi en consideracions marginals que no fan més que desviar l'atenció del veritable objecte del seu discurs, ara sí que crec convenient de fer una consideració final sobre els resultats obtinguts amb la investigació i la metodologia emprada.

He afirmat que la Constitució espanyola conforma una estructura diferent de l'ordenament civil que deriva de la combinació dels diferents tipus de competències que s'atribueixen en l'article 149-1,8 C.E.; existeixen, per tant, uns conjunts normatius formats per les normes de les Comunitats autònombes i la legislació de l'Estat, al qual s'afegeix la legislació d'aquest dictada en virtut de les seves competències exclusives. He dit també que aquests conjunts venien limitats constitucionalment quant al tipus de matèries que poden contenir i quant a l'ordre que es troben situats dins del conjunt general: no existeix una subordinació entre ells ni un ordre jeràrquic, per la qual cosa hauria calgut una norma expressa de la Constitució.

D'aquestes preses de posició se'n deriva una important conseqüència: el Dret de l'Estat no és prevalent, perquè la relació de concorrència de tots fa que calguin unes normes específiques de resolució de conflictes, vull remarcar-ho, no es produeix en altres ordenaments i el Dret de l'Estat solament serà aplicable quan existeixi una llacuna en l'ordenament que es tracti, en una relació de domini amb el dret territorial que desapareixerà en el moment que el Parlament autonòmic esgoti les seves possibilitats competencials.

El que he volgut dir amb tot això és que cal proclamar d'una vegada per totes que els ordenaments civils han deixat de ser aquells drets especials que hom creia permesos «*por ahora*» en el Codi civil. No m'he pronunciat en cap moment sobre la bondat d'aquesta estructura; m'he limitat, com un bon tècnic, a constatar que una adient interpretació de les disposicions constitucionals porta a aquesta formulació. Però la tècnica jurídica no és mai asèptica, com he dit al principi; potser si aquesta investigació l'hagués feta un jurista que treballés en unes altres òrbites no hauria arribat a les conclusions a les quals he arribat jo; però crec que la meva qualitat de jurista, d'universitària i de catalana m'ha empès a formular la teoria que Vs. han tingut l'amabilitat d'escoltar. Si he aconseguit assolir el resultat que cercava, són Vs. els qui han de jutjar-ho.

Moltes gràcies.

B I B L I O G R A F I A

- Les obres que es relacionen a continuació són les citades en les notes.
- ALBALADEJO i GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, tomo I, vol. 1, Barcelona 1980.
- ALBERTI i ROVIRA, Enoch, *L'articulació del sistema de fonts del dret en les Comunitats autònomes en el sistema de fonts de l'Estat a la Constitució espanyola de 1978 (especial consideració de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya)*, Memòria de llicenciatura dirigida pel Dr. Eliseo Aja, inèdita, Barcelona febrer de 1982, Facultat de Dret, Universitat de Barcelona.
- ACADEMIA DE JURISPRUDÈNCIA i LEGISLACIÓ DE CATALUNYA, *Informe que emite la ... sobre la incidencia del Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del proceso autonómico en las competencias de ámbito legislativo de la Generalitat de Catalunya*, 1982, inèdita.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, «Comentario al art. 605 C.c.», a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, t. VII-2, EDERSA, Madrid 1978, pàgines 521 i ss.
- ALCHOURRON, Carlo E. - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1974.
- BADOSA COLL, Ferran, *Memoria de Derecho civil*, inèdita, 1978, Facultat de Dret, Universitat de Barcelona.
- BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho civil de España*, Parte general, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949.
- COMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE AUTONOMÍAS, *Informe de la ...*, Centro de Estudios constitucionales, mayo de 1981, Colección informe n.º 32, 3.^a ed., Madrid 1981.
- CLAVERO, Bartolomé, *El Código y el Fuero. La cuestión regional en la España contemporánea*, Siglo XXI de España editores, S.A., Madrid 1982.
- CONGRESO DE JURISCONSULTOS SOBRE LOS DERECHOS TERRITORIALES EN LA CONSTITUCIÓN, Ponencia «art. 149, 1, 8 de la Constitución», Zaragoza octubre de 1981, inèdita. *Conclusiones inéditas*.
- CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. *Dictamen sobre el proyecto de «Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico»*. «Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya», n.º 95, 1 setembre 1982, pàgs. 3673-3707.
- Cossío, Alfonso de, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Alianza editorial, Madrid 1975.
- CRISAFULLI, Vezio, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, Enciclopedia del Diritto, vol. XVII, Giuffrè, Milán 1968, pàgs. 925-966.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Los derechos forales en la Constitución*, R.J.C., 1979, pàgs. 643 i ss. *La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho civil catalán en «Jornadas sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya»*, Barcelona 1980, pàgs. 39-56.
- DÍEZ PICAZO i PONCE DE LEÓN, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Madrid 1973; *Constitución y fuentes del Derecho*; a «La Constitución española y las fuentes del derecho», Dirección general de lo contencioso del Estado, Madrid 1979, t. I, pàgs. 653-665.
- DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1, 3.^a ed., Tecnos, Madrid 1980.
- ELIZALDE i AYMERICH, Pedro, *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas*, a «La Constitución española y las fuentes del derecho» cits., t. II, pàgs. 727-777.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, vol. 1, Tecnos, Madrid 1979.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Co-*

municipalidades autónomas, «Revista de estudios de la vida local», n.º 201, Madrid 1979, páginas 10-36.

FIGA FAURA, Lluís, *La Compilación en sus conexiones con el Código civil*, a «Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña (ley de 21 de julio de 1960)», Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, Barcelona 1961, pàgs. 107-130; *El ordenamiento jurídico mercantil*, R.G.L.J., gener 1982, t. LXXXIV, 2.ª época, n.º 1, pàgs. 5 i ss.

GALGANO, Francesco, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Il Mulino, Bologna 1978; *Historia del Derecho mercantil*, trad. de J. Bisbal, Editorial Laia, Barcelona 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica*, a «La Constitución española de 1978, Estudio sistemático dirigido por los profesores A. García Predieri y E. García de Enterría», Civitas, 2.ª ed., Madrid 1981, pàgs. 95 i ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, reimpresión de la 3.ª ed., Madrid 1981.

GARRIDO FALLA, *Las fuentes del Derecho*, en «La Constitución española y las fuentes del derecho», cit., t. I, pàgs. 31 i ss.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El concepto de Derecho civil*, Madrid 1943.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, t. I, Parte general, Librería Bosch, Barcelona 1974.

LASARTE, Carlos, *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Cuadernos Civitas, Madrid 1980.

LEGUINA VILLA, Jesús, *Las Comunidades autónomas*, a «La Constitución española de 1978» cit., pàgs. 771 i ss.

LIBRE DEL II CONGRÉS JURÍDIC CATALÀ, Barcelona 1972.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *Constitucionalismo y Codificación civil*, a «Lecturas sobre la Constitución española», Facultad de Derecho de la UNED, vol. II, Madrid 1978, pàgs. 581-612.

MALUQUER DE MOTES i BERNET, Carlos, *La Codificación en España (síntesis de un proceso)*, R.D.P., diciembre 1981, pàgs. 1083-1101.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Las potestades legislativas de las Comunidades autónomas*, Cuadernos Civitas, Madrid 1979.

OTTO PARDO, Ignacio de, *La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional*, «Revista Española de Derecho constitucional», vol. 1, n.º 2, 1981, pàgs. 57-92.

PAREJO, Luciano, *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, Centro de estudios constitucionales, Madrid 1981.

PUIG BRUTAU, José, *Introducción al Derecho civil*, Bosch casa editorial, Barcelona 1981.

PUIG FERRIOL, Lluís - ROCA TRIAS, Encarna, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. I, Introducción, Bosch casa editorial, Barcelona 1979.

PUIG SALELLAS, Josep M., *La recuperació de l'autonomia legislativa a l'àmbit del dret privat*, R. J. C., 1978, pàgs. 1055-1058; *El concepte de Dret civil català a l'Estatut de Catalunya*, a «Jornades sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya» cit., pàgs. 107-113.

PREDIERI, Alberto, *El sistema de fuentes del derecho*, trad. de Miguel Sánchez Morón, a «La Constitución española de 1978», pàgs. 157 i ss.

RIQUER, Borja de, *El conservadurisme polític català: del fracàs del moderantisme al desencís de la Restauració*, Recerques n.º 11, Curial, Barcelona 1981, pàgs. 80 i ss.

ROCA TRIAS, Encarna, *La Codificación y el Derecho foral*, R.D.P., 1978, pàgs. 596-642; *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*, R. J. C., n.º 1, 1979, pàgs. 7-36; *L'Estatut i el Dret civil*, a «Jornades sobre l'Estatut de Catalunya» cit., pàgs. 27-38; *El Código civil y los*

- derechos nacionales españoles, en especial el Derecho civil catalán*, R. J. C., 1977, pàgines 511-563.
- RODOTÀ, Stefano, *Il diritto privato nella società moderna*, Saggi a cura de..., Il Mulino, Bologna 1971.
- SALAS HERNÁNDEZ, Javier, *Els poders normatius de la Generalitat de Catalunya*, trad. M. A. Oliver i J. Fuster, Taula de canvi extra 2: «Lectures sobre l'Estatut de Catalunya», maig 1980, pàgs. 112-156.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, *El Proyecto de Código de Derecho civil de 1851 y el Derecho civil catalán*, R. J. C., 1980, pàgs. 49-98 i 313-372; «Comentario al art. 1 de la Compilación catalana», a *Comentarios al Código civil* cits., t. XXVII-1.º, EDERSA, Madrid 1981, pàgs. 1-145
- TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto, Il Mulino, Bologna 1976; L'interpretazione della legge, a «Trattato di diritto civile e commerciale de Cicu - Messineo», t. I, 2, Giuffrè, Milán 1980.
- TIERNO GALVÁN, Enrique, *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)* 2.ª ed., Tecnos, Madrid 1979.
- TORNOS MAS, Joaquín, *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas: algunos problemas actuales*, a «Estudi jurídic de l'Estatut d'autonomia de Catalunya», Generalitat de Catalunya, Universitat de Barcelona, Barcelona 1981, pàgs. 212-229.
- La prevalença del dret de l'Estat i l'art. 4 de la LOAPA*. Comunicació presentada a les II Jornades de Dret català de Tossa. 1982. Inèdita.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos a la luz del nuevo Título preliminar del Código civil desde una perspectiva teórica*, Tecnos, Madrid 1975.

CURRICULUM

Encarna Roca i Trias nasqué a Barcelona el 26 d'abril de 1944.

I. Graus acadèmics

Llicenciada en Dret per la Universitat de Barcelona en 1966, amb la qualificació de «Notable».

Doctor en Dret per la Facultat de Dret de la Universitat autònoma de Barcelona en 1972, amb la qualificació d'Excellent «cum laude». El tema de la tesi era: «Configuración jurídica de la legítima en el Derecho civil catalán».

II. Activitat docent

Professora ajudant de classes pràctiques a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona des de l'any 1968. Des de 1975, professora adjunta de Dret civil, per oposició, en la 1.ª càtedra de Dret civil d'aquesta facultat.

L'any 1978 obté per oposició la plaça de Professor Agregat de Dret civil a la Facultat de Dret de la Universitat de Santiago de Compostela. El mes de gener de 1979 pren possessió de la plaça de Professor Agregat de Dret civil (Dret civil català) a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, lloc que exerceix a l'actualitat, impartint l'assignatura «Dret català», creada per O. M. de 4 de juny de 1979 (B.O.E. 30-7-79).

Des de febrer de 1979 és Secretària de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona.

En el mes de novembre de 1979 és nomenada Directora de la Càtedra de Dret civil català «Duran i Bas», pel Patronat d'aquesta, a proposta de la Junta de la Facultat de Dret i per renúncia de l'anterior Director.

Ha impartit diversos cursos de Doctorat a la Càtedra «Duran i Bas» durant els cursos 1973-74, 1974-75, 1977-78, i 1978-79.

III. Activitats científiques

a) *Beques.* Beca d'investigació de la Càtedra «Duran i Bas», durant els anys 1970 i 1971, per l'estudi del tema «La naturaleza jurídica de la legítima catalana». Aquest treball fou dirigit pel Notari de l'Iltre. Col·legi de Barcelona, en Lluís Figa i Faura.

Ajut a la investigació, concedit pel Fons d'Investigació Universitària, durant els anys 1978 i 1979.

Directora del treball *La reforma de la Compilación del Derecho civil catalán*, objecte d'un ajut a la investigació concedit a la Càtedra «Duran i Bas» per la Fundació Juan March, de Madrid, el mes de febrer d'enguany. Aquest treball és dut a terme per un equip de l'esmentada Càtedra.

b) *Premis.* «Antoni M. Borrell i Soler», de l'Institut d'Estudis Catalans, concedit el 23 d'abril de 1973, pel treball *Natura i contingut de la legítima en el Dret civil català*. «Duran i Bas», de l'Iltre. Col·legi d'advocats de Barcelona, concedit el 23 de gener de 1977, per a desenrotllar el tema *La consideración actual del Código civil como derecho común*.

c) *Congressos.* Ponent general a la IV Ponència del II Congrés Jurídic català.

Comunicant a les «Jornadas de Derecho foral» celebrades a Jaca, l'any 1972.

Comunicant a les «Jornadas de Derecho civil Zaragoza-Valladolid», celebrades a Saragossa en abril de 1975; presentà una comunicació sobre *Las fuentes del Derecho interregional*, actualment inèdita.

Comunicant a la «Semana de Derecho vasco», celebrada a Bilbao el mes de novembre de 1979. Presentà una comunicació sobre *La creación y reforma del Derecho civil de las Nacionalidades después de los Estatutos de Autonomía*. Inèdita.

Coordinadora i ponent del tema *La competència legislativa en matèria de Dret privat*, de les Jornades sobre l'Estatut de Catalunya, a celebrar a partir del 15 d'enguany.

d) *Altres activitats.* Soci fundador de l'*Instituto Español de Derecho Foral*, formant part de la Junta directiva de la Secció catalana, per acord de l'assemblea de socis.

Pren part a la commemoració del centenari de Lluís Pascual i González, celebrat a Palma de Mallorca el mes de març de 1979, amb una conferència sobre *El sistema de fuentes del Derecho mallorquín según la obra de Pascual y González*.

També ha pres part a la commemoració de VIII centenari de les costums de Tortosa, celebrat a Tortosa el mes de març de 1979.

IV. Publicacions

Problemas de l'«engany a mitges», RJC., 1967, pàgs. 267-299.

Responsabilidad de los bienes parafernales, RJC., 1969, pàgs. 575 i 593.

Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos. Comentari a la sentència del T. S. de 8 abril 1969, RJC., 1970, pàgs. 301-321.

Rescisión por lesión. Determinación del justo precio. Criterios para su valoración. El justo precio en los contratos distintos de la compraventa. Cuestiones procesales, Comentari a la sentència del T. S. de 22 desembre 1969, RJC., 1970, pàgs. 565-580.

Configuración jurídica de la legítima en el Derecho civil catalán, RJC., 1977, pàgs. 7-56.

La vecindad local como estado civil. El testamento sacramental. Comentari a l'auto de la Audiència Territorial de Barcelona de 3 desembre 1970, RJC., 1971, pàgs. 647-662.

La rescisión por lesión en los llamados «negotium mixtum cum donatione». Consecuencias. Comentari a la sentència del T. S. de 18 novembre 1970, RJC., 1971, pàgs. 103-117.

Heredamiento preventivo en Cataluña; función. La supervivencia del heredamiento preventivo cuando existe un testamento posterior e ineffectuado. Comentari a la sentència del T. S. de 30 abril 1971, RJC., 1972, pàgs. 367-388.

La extinción de la legítima, RJC., 1972, pàgs. 699-747.

Dictamen de la IV ponencia general del II Congrés Jurídic Català, titulada *La llibertat de disposició per causa de mort*, en col·laboració amb R. Noguera Guzmán, J. O'Callaghan Muñoz, J. A. Pérez Torrente, L. Puig Ferriol, L. M.ª Sastre Muncunill i Ramon Mullerat Balmaña. Llibre del II Congrés Jurídic Català, Barcelona 1972, pàgs. 461-507.

Heredamiento preventivo: características. Afinidades con los testamentos pluripersonales de Aragón y Navarra. Inscripción del heredamiento preventivo. Comentari a la Resolució de la Direcció General dels Registres del Notariat de 13 març 1973, RJC., 1974, pàgs. 151-181.

El estatuto de la mujer casada ante la reforma del Código civil. Cuaderns d'orientació familiar, de l'Institut Catòlic d'Estudis Socials de Barcelona, n.º 56, desembre de 1974, pàgs. 51-63.

La computación del tiempo de residencia de los menores sujetos a la patria potestad durante su minoría, a los efectos de la adquisición de la vecindad civil, amb collaboració amb José González Porras. Anuario de Derecho Aragonés, tomo XVI (1972-73), pàgs. 323-328.

La llei d'equiparació dels cònjuges a la Generalitat de Catalunya. Taula de Canvi, 1976, pàgs. 83-88.

El Tribunal de Cassació de la Generalitat de Catalunya. L'Avenç, n.º 0, 1976, pàgs. 69-71.

El Dret civil català en la jurisprudència, anys 1934-1937, Barcelona 1977.

Qui és català, DOPESA, Barcelona 1977.

Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos. Revista de Dret Privat, 1976, pàgs. 783-797.

El Código civil y los derechos nacionales, en especial el Derecho civil catalán, RJC., 1977, pàgs. 511-563.

Unde cathalanus quasi in Cathalonia stans. La condición de catalán en el Derecho histórico, RJC., 1978, pàgs. 7-44.

Veus «Mujer casada» i «Memorias testamentarias» a l'Enciclopèdia jurídica Seix, t. XVI, Barcelona 1978, pàgs. 660-678 i 256-270 respectivament.

La Codificación y el Derecho foral. Revista de Dret Privat, 1978, pàgs. 596-642.

El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles. Anuari de Dret Civil, 1978, pàgs. 227-286.

El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978, RJC., 1979, pàgs. 7-36.

Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1979, pàgs. 9-72.

El testamento de Tortosa sin institución de heredero. Configuración y consecuencias jurídicas del mismo en el Derecho Histórico y en la Compilación del Derecho civil catalán. Costums de Tortosa. Estudis, Tortosa 1979, pàgs. 327-360.

Amb Lluís Puig i Ferriol té publicat el volum III de la col·lecció *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*, Barcelona 1971, i ha collaborat amb aquest autor en els volums II, 1.º i V.

Ha publicat també amb Puig i Ferriol, l'obra *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*.

CONTESTACIÓ

del

Dr. D. FRANCISCO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO
ARÉVALO

Sr. Presidente,
Srs. Académicos,
Señoras,
Señores:

El apasionante tema abordado por la profesora Encarna Roca y Trias en su discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, ofrece matices realmente profundos y supone, adicionalmente, una incursión de gran altura en el campo constitucional.

La estructura que propone respecto al ordenamiento civil español podrá discutirse, pero las bases que utiliza para sostener su tesis son difícilmente rebatibles.

He de poner de relieve, en particular, su sugestiva teoría de la relación entre el ordenamiento español y los ordenamientos autonómicos, dentro de la cual destaca la preferencia por la conjunción de los ordenamientos y el deseo de evitar cualquier género de subordinación sobre la base del dinamismo interno de cada uno de aquéllos.

A esta conclusión llega a través de un exhaustivo estudio de temas intrincados y de difícil dominio, como son el de las competencias, el de las claves interpretativas del artículo 148.1.8 de la Constitución, el de la vinculación directa del ordenamiento civil con la ley fundamental, las reglas de prevalencia y de supletividad, etc.

Con ello, se ha revelado como una verdadera maestra en el tema de las fuentes del Derecho, que es en definitiva la cuestión vertebral de todo ordenamiento jurídico.

Ya que comarto el esquema fundamental de su trabajo y la mayor parte de sus afirmaciones, voy a limitarme a hacer ciertas precisiones en relación con la materia competencial civil.

En mi breve y modesto estudio pueden encontrarse afirmaciones aparentemente contrarias a las de la Dra. Roca; mas, en realidad, se trata de matizaciones que, en la búsqueda de la verdad esencial de su discurso, creo que pueden tener alguna utilidad.

LA MATERIA CIVIL
DESDE EL PUNTO DE VISTA COMPETENCIAL:
ALGUNAS PRECISIONES

I. LA CONSTITUCIÓN, CENTRO DE TODOS LOS ORDENAMIENTOS

1. La pretendida construcción del ordenamiento civil como tal sobre principios comunes es una de las muchas inexactitudes que se han vertido al examinar el alcance del Código Civil.

Se oponen a ello, en primer lugar, el cúmulo de leyes generales de carácter civil promulgadas antes del Código y que quedaron vigentes; y en segundo término, las modificaciones posteriores, fuera o dentro del artículado del Código, sobre la materia civil.

La defensa del concepto de ordenamiento civil es meramente instrumental y no de fondo. El Código civil, a través de sus reformas y las leyes generales no constituye un todo orgánico. Por el contrario, precisamente porque no lo es, se pretende que constituya un ordenamiento a través de dos reglas instrumentales: su potenciación como Derecho Supletorio y la elevación a fuente del Derecho de los principios generales.

Dentro del racionalismo que inspiró su redacción, el legislador no se resignó a prescindir del concepto de «conjunto normativo completo». Y para ello asumió esas dos ideas, incoherentes con la variedad del propio sistema.

Consciente de la imposibilidad de ofrecer un cuadro único del ordenamiento jurídico civil, la Dra. Roca parte, provisionalmente, de un conjunto formado por elementos que, a su vez, forman conjuntos normativos.

Con esta predefinición está anunciando una idea que se desarrollará a lo largo de su trabajo, esto es, que el ordenamiento civil español está formado por la recíproca relación y coexistencia de varios subordenamientos que, en plano de igualdad, competen a centros de poder distintos y complementarios.

Me atrevería a decir que la Dra. Roca mantiene un concepto formal del Ordenamiento civil, y no un concepto verdaderamente sustantivo.

2. Antes de la Constitución, las Compilaciones, como leyes del Estado y como leyes especiales, formaban constelación en torno al Código civil.

Todos nos hemos esforzado por mantener que no se trataba de un Derecho especial, alejando lo más posible la función supletoria del Código civil mediante interpretaciones un tanto forzadas de los artículos 12 (antiguo) y 13 (moderno) del mismo y de los artículos 1 y Disposición final 2.^a de la Compilación.

Pero, al final, este esfuerzo reivindicativo no podía evitar que el Código Civil entrara prácticamente en el juego incluso en materias constitutivas del núcleo del Derecho catalán, incluyendo las materias que la Dra. Roca, entre otros autores, llama «unitarias».

3. Es cierto, a nuestro entender, como se ha dicho, que por la disolución de la Diputación y Generalitat como consecuencia del Decreto de Nueva Planta, el restablecimiento de las Constituciones de Cataluña perdió el fundamento político de su validez, que había sido el pacto.

El mismo sistema se perpetúa con el Código Civil y con el régimen de las Compilaciones.

Esta situación sólo es susceptible de alteración y de renovación por vía constitucional, puesto que, evidentemente, las Constituciones constituyen un pacto.

Y hoy podemos afirmar que las competencias de la Generalitat, cualquiera que sea su alcance, y especialmente en materia de Derecho civil, han recobrado su razón de validez por el pacto constitucional.

4. La Constitución, en efecto, ha institucionalizado diversos centros de producción legislativa. A la hora de hacerlo, ha escogido entre los distintos puntos de conexión, prefiriendo el concepto y también el principio de competencia a cualquier otro.

Es ésta la causa de que pueda afirmarse que, en nuestro ámbito constitucional, todas las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas, giran en torno a la norma constitucional y conectan directamente con ella.

De ello se siguen dos consecuencias:

A) Que en su relación con la Constitución, las Leyes de las Comunidades Autónomas y las leyes del Estado no pueden interferirse entre sí. El camino entre las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas y viceversa es una ruta que pasa siempre a través de la Constitución.

B) Por supuesto, la conexión con la Constitución, tanto para las leyes del Estado como para las leyes de las Comunidades Autónomas, no puede en manera alguna quedar interferida por una ley intermedia como quisieron algunos enmendantes al proyecto constitucional.

II. MATERIA COMPARTIDA Y MATERIA ACOTADA

1. Al hablar de las competencias reservadas al Estado por el artículo 149.1 de la Constitución, se alude en algunos casos a competencias «compartidas» con las Comunidades Autónomas sobre la misma materia.

Realmente, los adjetivos son en ocasiones peligrosos y en todo caso ambiguos, porque se basan en una terminología que, subjetivamente, es de signo equívoco.

Ni la Constitución ni el Estatuto de Autonomía de Cataluña hablan de competencias «compartidas»; tampoco, como acepta la Dra. Roca, de competencias «separadas»; y menos aún de competencias — con resonancias federalistas — «concurrentes».

Repetimos que, en la materia de que tratamos, la Constitución y el Estatuto hablan, simplemente, de materias de competencia «exclusiva».

Con ello se quiere significar, como bien advierte el artículo 25.2 del Estatuto, que en estas materias, salvo excepciones, corresponde a la Comunidad Autónoma, y en su caso al Estado, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva.

2. A mi entender, el calificativo, sea el que sea, no corresponde al término «competencia», sino al de «materias».

Creo que los civilistas tenemos gran culpa del embrollo que se ha creado alrededor del sistema, porque hemos descuidado, en el campo constitucional, la misma función de la norma jurídica. En efecto, la norma jurídica tiene por objeto, primordialmente, acotar un sector de la realidad social contingente para, también con carácter contingente, elevarla a la categoría de realidad jurídica. Por eso, puede afirmarse que la meta del Derecho es tratar jurídicamente un sector de la realidad social, o lo que es igual, de la materia social.

Esto ocurre en cualquier campo del Derecho y en todas sus ramas. Pero no hay razones para negar que ocurra también en la consideración «relativa» de ciertas materias.

Trasladando esta idea a la estructura de las competencias del Estado y de las competencias autonómicas, en particular cuando son exclusivas, el problema no es el de si las materias objeto de la competencia son o no compartidas, sino el de fijar cuál es la materia que corresponde al Estado exclusivamente y la materia que corresponde también exclusivamente a la Comunidad Autónoma. En consecuencia, la cuestión no es la de determinar si la materia es o no compartida. Por el contrario, me atrevería a decir que no existen competencias realmente compartidas porque, delimitada bien la materia, la competencia es siempre única, cuando es exclusiva. En otras palabras, el problema fundamental no es el de la calificación, sino el del acotamiento de la materia.

Podríamos poner el ejemplo de la materia mercantil. Pensemos, a este respecto, si constituyen materia mercantil, aunque sea indirectamente, las bases de las obligaciones contractuales; o si lo es la ordenación del crédito, de la Banca y de los seguros; o si lo es la marina mercante, o el régimen del comercio de armas y explosivos, o las cooperativas, o la propiedad industrial.

Todas éstas son materias contenidas en el artículo 149.1 de la Constitución y en el artículo 9 del Estatuto, fuera de la expresa referencia a la legislación mercantil. Lo que demuestra que, con todas las naturales complicaciones que ello lleva consigo, el trabajo de interpretación del Derecho implica necesariamente la previa acotación que determine los sectores de la materia mercantil que se reserva el Estado o que corresponden competencialmente a las Comunidades Autónomas, y en qué medida.

3. Mi modesto objeto es simplificar un tema que creo innecesariamente complicado.

Estimo, de acuerdo con lo expresado, que el primer paso consiste en determinar qué materia es, total o parcialmente, objeto de la competencia. Y para ello es preciso utilizar los criterios interpretativos habituales, sin aspiraciones que, frecuentemente, son de mera semántica; ya que, acotada una materia debidamente, resulta ocioso calificarla como compartida o separada por razón de la titularidad competencial. La única trascendencia la tiene el adjetivo «exclusiva», simplemente a efectos de la determinación de las potestades que el Estado o las Comunidades Autónomas tienen sobre la materia objeto de la competencia.

De ello se deriva que no existe simultaneidad (cualquiera que sea su denominación) de idénticas competencias normativas sobre una misma materia. Por el contrario, si las materias son debidamente acotadas, resultan siempre distinguibles; lo que hay es competencia sobre *distintas* materias en todo caso, aunque, en mayor o menor grado, un grupo de materias, cuya competencia corresponda en parte al Estado y en parte a la Comunidad Autónoma, sean habitualmente conocidas bajo una denominación indicativa única.

III. LA HETEROGENEIDAD COMO RESULTANTE DE LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN AUTONÓMICA

Uno de los equívocos que recaen sobre el tratamiento constitucional es el de pensar que la Constitución ha «transformado» un modelo de Estado. Por el contrario, la Constitución *ha creado y construido* un modelo de Estado.

Es conocido el criterio según el cual nuestro modelo de Estado no tiene un diseño acabado, quedando por tanto un espacio vacío que deja a los Estatutos un excesivo poder dispositivo.

De este punto de partida, erróneamente, y a nivel de Estado, se han precisado dos consecuencias:

- a) La posible heterogeneidad de la resultante autonómica.
- b) La necesidad consiguiente de aminorar dicha heterogeneidad mediante la limitación («*ex ante*» y no sólo «*ex post*») de la mencionada libertad de disposición autonómica.

En cuanto al primer punto, estimo que la heterogeneidad (aunque en cierto modo disparada por la ampliación del mapa autonómico) tiene su base en la propia Constitución, que establece, dentro de los límites conocidos, la libertad en la asunción de competencias por medio de los Estatutos. La diversidad autonómica es, para la Constitución, un bien nacional, una manifestación al más alto nivel del interés general y, por supuesto, un principio absolutamente respetable. El Estado de las

Autonomías es un Estado «esencialmente» heterogéneo, sin más limitaciones que las constitutivas de la unidad y soberanía nacionales y otras semejantes.

Y por lo que se refiere a la limitación de libertad de disposición autonómica, es evidente que no puede referirse más que al «ejercicio» de sus competencias por las Comunidades y no a la titularidad ni al carácter de dichas competencias. Por otra parte, dicha limitación, fuera de tal ámbito, es inconcebible desde dos puntos de vista: en cuanto que contradice no sólo a la Constitución sino a los propios Estatutos de Autonomía, y en tanto que introduce «de facto» una normativa intermedia entre la Constitución y el Estatuto, totalmente rechazable, aunque se disfrazase como interpretativa o de desarrollo constitucional.

IV. INAPLICABILIDAD DE LA REGLA DE PREVALENCIA DEL DERECHO DEL ESTADO EN MATERIA CIVIL. LA SUPLETORIEDAD

1. El contenido del artículo 149.3 de la Constitución podría y debería haber sido objeto de un precepto independiente, puesto que su relación con el resto del articulado es meramente ocasional.

Precisamente la inclusión del párrafo 3 en el artículo 149 es causa de innumerables confusiones y de desviaciones doctrinales, aun dejando de lado la diversidad de reglas que contiene el propio párrafo.

Por lo que ahora nos interesa, el artículo 149.3 de la Constitución contiene dos normas de gran trascendencia:

a) Ante todo, viene a establecer que las Comunidades Autónomas sólo pueden asumir materias no atribuidas *expresamente* al Estado. Nótese que el precepto no habla de materias sobre las cuales el Estado ostente competencia exclusiva, sino de cualesquiera materias atribuidas expresamente a él.

b) Sigue diciendo el artículo 149.3 que si una materia asumible por las Comunidades Autónomas (evidentemente, mediante el Estatuto, que es una verdadera ley competencial) no ha sido efectivamente asumida, la competencia sobre la misma corresponderá al Estado.

Estas dos primeras reglas nos llevan a la conclusión de que el Estado tiene competencias *expresas* —no asumibles— sean o no exclusivas (y ésta es una de las razones por las que ha de estimarse que el precepto no está bien situado), y competencias *redisueltas* —no asumidas—.

Es cierto que la nueva estructura del Estado español incide en una nueva estructura del ordenamiento civil (o de los ordenamientos civiles). Sin embargo, esa estructura original no está exenta de ciertas influencias producidas por los esquemas del Estado federal y del Estado regionalista, como ocurre con la cláusula de prevalencia, la distribución competencial y el nivel de potestades en relación con las correspondientes competencias.

2. Nos referimos en particular a la tercera regla del artículo 149.3 que es la llamada de prevalencia.

Nuestra tesis es que la regla de prevalencia debe considerarse ambivalente. O sea, que, con las matizaciones que se dirán, en el Estado de las Autonomías, la regla de prevalencia rige tanto en favor del Derecho del Estado como del de las Comunidades Autónomas, pero nunca a favor del Estado frente a la Comunidad Autónoma, *si la materia es exclusiva de ésta*.

En efecto, si la Constitución hubiera construido un Estado federal, la prevalencia del Derecho estatal, en caso de colisión, supondría la validez de este Derecho en todo supuesto, y en consecuencia, una a modo de presunción de nulidad de las normas de los Estados federados. La colisión en tal caso se produciría a nivel de competencias y por tanto la regla de prevalencia sólo regiría a favor del Derecho estatal.

Pero en un Estado Autonómico, el conflicto no se produce ni puede producirse en el campo de la competencia, sino en el de la aplicación del Derecho. La colisión, por ello, no afecta a la validez de las normas sino a la simple prelación en la aplicación de las mismas. Lo que ocurre es que, ante la duda por parte de jueces y funcionarios sobre la validez del Derecho Autonómico, procederá la aplicación sustitutiva *provisional* del Derecho del Estado.

De ahí que, coherentemente, la genuina manifestación práctica de la regla de prevalencia resida en la suspensión de la disposición o resolución recurrida, que sólo puede acordarse cuando se trate de impugnación del Derecho autonómico y no del Derecho estatal (artículo 161.2 de la Constitución).

Como quiera, pues, que la regla de prevalencia no se encuentra en el nivel de las competencias sino en el de la aplicación del Derecho, entiendo que, tratándose de la fijación de las competencias en materia civil (que son exclusivas) y del acomatamiento de esta materia, la regla de prevalencia resulta ociosa y no arroja luz alguna, en pro ni en contra, del tema que nos ocupa; antes bien, conforme el artículo 26.1 del Estatuto catalán, en materia de la competencia exclusiva de la Generalitat, el Derecho catalán es el aplicable en su territorio «con preferencia» a cualquier otro.

En resumen, pues, la regla de prevalencia es aplicable (sin la defensa procesal antes aludida) al Derecho de la Generalitat en materia de su competencia exclusiva.

Aplicando esta doctrina a la competencia en materia civil, debe concluirse que, en ninguna manera y por varios motivos, el Derecho del Estado sobre la materia expresamente reservada al mismo en el artículo 149.1.8 de la Constitución pueda tener carácter prevalente.

3. En cuanto a la supletoriedad, hoy es necesario distinguir dos acepciones del término, pues el planteamiento ha cambiado radicalmente.

La primera y tradicional se basa en la insuficiencia intrínseca de un Ordena-

miento, que contiene lagunas, las cuales es necesario colmar. Estos vacíos pueden ser completados por los mecanismos previstos en el propio Ordenamiento e incluso por los principios generales que le informan. En definitiva, se trata de un problema de fuentes propias y por tanto de autointegración. Sólo en último término habrá que acudir a una fuente heterointegradora. En este sentido, el Código civil y las leyes de general aplicación, pueden, al fin del proceso, constituir Derecho supletorio, de cualquier grado que sea.

La segunda acepción es la correspondiente al Derecho supletorio como aplicable en sentido constitucional, *por falta de actividad del poder competente*. Es decir, se trata del supuesto en que los poderes públicos (del Estado o de una Comunidad Autónoma) no legislen sobre la materia civil sobre la cual tengan competencia exclusiva. Si el Estado no lo hace, regirá el Derecho del Estado a la sazón vigente. Si quien no legisla es la Comunidad Autónoma, regirá supletoriamente el Derecho del Estado.

V. EXCLUSIÓN DE LA «LEGISLACIÓN BÁSICA» EN MATERIA CIVIL

Puede plantearse, como cuestión complementaria, la resultante de la frase empleada por el artículo 49.1.8 de la Constitución, «bases de las obligaciones contractuales», en relación con el tema de la legislación básica. Así lo hace la Dra. Roca.

Dentro de nuestro ya expresado temor a la adjetivación de las competencias sobre materias que sean en parte del Estado y en parte de las Comunidades Autónomas, la verdad es que sólo podría hablarse con propiedad de competencia «compartida» en aquellos casos en que se reservan al Estado, con implícita o explícita reserva de Ley, la regulación de las normas o principios fundamentales (en la acepción de estables y no coyunturales), reservándose, por el contrario, a la Comunidad Autónoma la competencia para legislar, simplemente respetando aquellos principios (artículo 9 del Estatuto de Cataluña en varios apartados), bien desarrollándolos (art. 10), lo que supone, en el último caso, según el Tribunal Constitucional, una sujeción más estrecha de la competencia autonómica.

Debe remarcarse, sin embargo, que en este supuesto no se trata del de las leyes-marco estatales (en el sentido, por ejemplo, del artículo 150.1 de la Constitución) cuyo título es la ley estatal, ni tampoco de una forma de distribución material de competencias, ni aun de una norma habilitadora, como lo demuestra la disposición transitoria segunda del Estatuto.

La reserva de la legislación básica constituye una mera limitación principal de una competencia específica asumida única y exclusivamente por la Comunidad Autónoma.

Por ello, aunque el término «bases de las obligaciones contractuales» se entendiera como equivalente al de «legislación básica», no se alteraría en manera alguna

la materia competencial ni el propio concepto de la competencia que, por lo que hemos dicho, solamente se vería limitada al respeto o desarrollo de unos principios previos, pero sin perder su carácter exclusivo.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

De cuanto he afirmado hasta ahora se desprenden unas consecuencias aplicables al contenido de los artículos 149.1.8 de la Constitución y 9.2 del Estatuto catalán:

1.^a Salvo por lo que se refiere, tal vez, a las bases de las obligaciones contractuales (posiblemente concernientes también a la materia mercantil), toda la materia contemplada en el artículo 149.1.8 de la Constitución puede considerarse como materia civil, sin perjuicio de que, posiblemente, otras materias de carácter civil sean contempladas en otros preceptos de la Constitución y del Estatuto de Autonomía.

2.^a La competencia en materia civil está distribuida entre el Estado y la Generalitat con carácter exclusivo en cada caso. Esta distribución tiene únicamente su título en la Constitución y en el Estatuto.

3.^a La regla de prevalencia no es título de distribución de competencias en materia civil. Por tanto, no afecta ni puede afectar a la competencia exclusiva de la Generalitat en el sector de la materia civil que le corresponde; y, a lo sumo, tal regla de prevalencia se compensaría con otra regla de igual signo a favor de la Comunidad Autónoma, sin más diferencia que el privilegio procesal de suspensión atribuido al Estado por el artículo 161.2 de la Constitución.

4.^a No puede hablarse de legislación básica estatal en materia civil. Podría entenderse, sin embargo, que la alusión a las «bases de las obligaciones contractuales» constituye una referencia a cierta legislación básica. En tal caso, la competencia autonómica vendría simplemente limitada (no acotada) por tales bases, siendo de aplicación lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda del Estatuto, en la forma en que ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional.

5.^a Ello supuesto, la problemática del tema de la competencia en materia civil queda constitucionalmente reducido al del acotamiento de la materia que corresponde al Estado y de la que corresponde a la Comunidad Autónoma.

VII. CONTRIBUCIÓN AL ACOTAMIENTO DE LA MATERIA CIVIL EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

1. Ciertamente, la construcción del artículo 149.1.8 de la Constitución es particularmente embrollada.

Es obvio que el precepto atribuye competencia en materia civil tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas, y que las atribuye al mismo nivel de competencia exclusiva. Pero la serie de incisos que contiene la norma puede producir confusión.

Evidentemente, la primera parte del precepto es clara: corresponde al Estado la competencia en materia civil en todo aquello que no constituya Derecho Civil Foral o Especial, allí donde exista, respecto a cuya materia las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia respecto a la conservación, modificación y desarrollo de tales Derechos.

2. El acotamiento de la materia en que es competente la Comunidad Autónoma se manifiesta en distintas formas literarias por los diferentes Estatutos. Así, los Estatutos vasco y navarro parecen emplear fórmulas bastante amplias. El Estatuto gallego, al emplear el término «instituciones» parece algo restrictivo. Es interesante la fórmula del Estatuto aragonés, que diciendo lo mismo que el artículo 149.1.8 de la Constitución, invierte los términos, atribuyendo a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva respecto a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, «*sin perjuicio* de las competencias exclusivas del Estado».

El único Estatuto que, a nuestro entender, se ajusta literalmente a los términos de la Constitución, es el catalán, en su artículo 9.2.

La asunción de la competencia en la materia civil resulta del artículo 9.2: «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán».

Complementario de dicho precepto, a efectos interpretativos, es el artículo 20.1 a), que refiriéndose a la competencia de los órganos judiciales en el orden civil, habla de «las materias del Derecho civil catalán».

El planteamiento se completa con la referencia genérica del artículo 26.1 al «Derecho catalán» y en el mismo artículo, parágrafo 3, con la norma según el cual, «en la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas del Derecho civil catalán».

3. Ha de admitirse que tales preceptos no son demasiado clarificadores y que requieren una interpretación adecuada.

Es ésta la causa de que en la doctrina se observen dos posiciones fundamentales y extremas a que alude la Dra. Roca. O sea, aquélla según la cual la competencia exclusiva de la Generalitat se refiere sólo a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán contenido en la Compilación de 1960, y la que,

por el contrario, entiende que se refiere a todo el Derecho civil no reservado *expresamente* al Estado por el artículo 149.1.8 de la Constitución.

Me inclino por esta segunda postura, que es la sostenida por la doctrina más reciente y por la propia Dra. Roca.

Sólo intentaré reforzar su opinión con algunos argumentos interpretativos.

4. Con carácter general, no puede considerarse válida la conclusión de que, según el artículo 149.1.8 de la Constitución, toda la materia civil que no esté reservada expresamente al Estado, corresponde a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Evidentemente, esta regla sólo es cierta para el caso de que la Comunidad Autónoma asuma en su máxima amplitud la competencia no reservada al Estado en materia civil.

En definitiva, aquella conclusión sólo es válida si se atiende al correspondiente Estatuto, que constituye, junto con la Constitución, una norma de competencia a este respecto.

Éste es el sentido de las denominadas competencias «compartidas». Cada una de ellas tiene un alcance que corresponde fijar al intérprete bajo dos pies forzados: la reserva del artículo 149.1 y el nivel de asunción por los respectivos Estatutos.

Evidentemente, como vemos en otro lugar, la conclusión es perfectamente válida en relación con el Derecho civil catalán.

5. El artículo 149.1.8 de la Constitución es en cierto modo un precepto defensivo, en cuanto que el Estado se defiende de la natural expansión de los Derechos civiles históricos (inclusive del Derecho castellano, por cierto), estableciendo el mínimo contenido material de su propia competencia exclusiva.

No otra cosa significa, a mi entender, la frase «en todo caso» que en realidad define ese mínimo de materia, lo que permite, por otra parte, que, a salvo ese mínimo, las Comunidades Autónomas expandan la de su competencia alcanzando el máximo posible. Hasta el punto de que, incluso dentro del mínimo estatal, se respetan las normas de Derecho foral o especial sobre determinación de las fuentes del Derecho, que es el punto neurálgico de todo ordenamiento.

Este último punto no deja de tener una gran importancia para Cataluña, en cuanto que «en la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas del Derecho civil catalán» (artículo 26.3 del Estatuto), siendo así que la Compilación catalana no contiene una determinación formal de las fuentes de nuestro Derecho civil.

6. Según la Disposición adicional primera de la Constitución, ésta «ampara y respeta los Derechos históricos de los territorios forales. — La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

Esta importantísima Disposición adicional ofrece dos puntos de meditación que a mi entender abonan la tesis que intentamos apoyar:

a) De una parte, supone una voluntad de respeto de los Derechos históricos — tantas veces preferidos o desvirtuados — y, como es lógico, *en la medida en que esos Derechos históricamente existían*, o sea, como ordenamientos jurídicos globalizados.

b) De otro lado, se perfila que dichos Derechos, en el marco de la Constitución y de los Estatutos, habrán de ser *actualizados*. Ello significa un implícito mandato, en nuestro caso al Parlamento catalán, para que el ordenamiento histórico sea actualizado. Por tanto, el principio constitucional va más allá de la aparente significación restrictiva de los términos «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil catalán.

7. Es evidente que el planteamiento constitucional ha dejado al margen los del Decreto de 23 de mayo de 1947.

En efecto, el proceso compilador inspirado en las conclusiones del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1946 comprendía varias etapas: primera, la sistematización adecuada de las instituciones históricas *teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento*; segundo, la comunicación de los diversos Derechos hispánicos; y en tercer lugar, como aspiración última, la elaboración de un Código Civil general.

Contra lo que en ese proceso se preveía, la Constitución no atiende, cuando trata de los Derechos forales o especiales, a las instituciones *vigentes y aplicables*. Es más, ni siquiera habla de instituciones.

Por otro lado, el futuro Código Civil general ni siquiera es mencionado, antes bien, la misma distribución de las materias competenciales supone la eliminación definitiva de la idea del Código civil único. Por tanto, si las Compilaciones suponían, de una parte, una *selección* del Derecho histórico en cuanto vigente y aplicable en la realidad, y de otro lado constituían un hito en el proceso hacia el Código civil general, es evidente que, al faltar la base de política legislativa programada por el Decreto de 1947, las Compilaciones han dejado de ser una pieza útil en relación con la distribución de competencias. Es más, podríamos pensar que el sistema de Compilaciones está totalmente desfasado, como preferido por la Constitución y que las Compilaciones mismas han llegado a convertirse en normas constitucionalmente obsoletas.

Por cierto que sólo un Estatuto alude a la Compilación respectiva. Se trata del Estatuto navarro, cuya mención de la Compilación es fácilmente explicable, habida cuenta del techo alcanzado por la Compilación navarra y por la forma un tanto singular en que fue promulgada.

8. No cabe duda que el artículo 13 del Código civil tiene cierto valor interpretativo, siquiera sea como precedente, de la norma constitucional. Pero sólo como

precedente, ya que es inimaginable que hoy, contra lo que ocurre con el artículo 149.1.8 de la Constitución, pueda emplearse el artículo 13 como una norma de distribución de materias competenciales.

Por el contrario, el artículo 13 no tenía otro objeto que el de fijar las materias en que el Código civil operaba, bien como Derecho de aplicación general y directa en toda España, bien como Derecho supletorio.

Respondía, pues, a la constante histórica del valor del Código civil como Derecho común.

En cierto modo, como se ha dicho y entiende también la Dra. Roca, el artículo 13 del Código es totalmente inútil a la hora de determinar el significado de la frase «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan».

Y no negamos con ello que el Código civil siga teniendo un valor supletorio en defecto del que lo sea en cada una de las Comunidades históricas, según las normas especiales de ésta.

Pero este valor supletorio no tiene su base en el artículo 13.2 ni en el artículo 4.3 del Código civil, sino en el artículo 149.3 in fine de la Constitución: «El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas». Y esta función la respeta el Estatuto catalán, al afirmar que «en defecto de *Derecho propio*, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado» (artículo 26.2).

Lo que por otro lado justifica el sentido amplio que asignamos a la conocida frase de «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán», pues presupone, aunque no lo diga expresamente el artículo 26 del Estatuto la existencia de un ordenamiento jurídico civil catalán (con sus propias fuentes, e incluso con sus propias fuentes *supletorias, como parte fundamental del Derecho propio*).

9. Primero tímidamente el Decreto de 23 de mayo de 1947, y después las normas interpretativas del artículo 3.1 del Código civil han puesto de relieve la importancia de la aplicación de las normas y la configuración de las instituciones *de acuerdo con la realidad social*.

Este principio se expande respecto a todo ordenamiento autonómico en virtud de la disposición adicional primera de la Constitución, que establece «la actualización general» del régimen foral.

Ésta no puede ser una norma vacua de contenido. Constituye, por el contrario, un principio que ha de servir de base a la expresión «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán».

Es cierto que la modificación y el desarrollo pueden llevar consigo una actualización. Pero también lo que es *la actualización no se logra sólo mediante la modificación y el desarrollo de un ordenamiento, sino a través de la reestructuración e incluso de la ampliación del mismo*.

Por tanto, si la modificación y el desarrollo sólo se refieren a las materias

compiladas, sería imposible suplir funciones actualizadoras respecto a la total materia civil asumida, lo que iría contra la misma norma constitucional.

10. No puedo dejar de referirme a un argumento, ciertamente discutible, pero que a primera vista produce un cierto impacto.

La Compilación es una ley del Estado.

Si se entiende que el Estado puede derogar la Compilación y la deroga (cosa evidentemente improbable), toda la materia no atribuida *expresamente* al Estado por el artículo 149.1.8 en relación con el 149.3 quedaría sometida íntegramente a la potestad legislativa de la Generalitat. Con ello se ratificaría la idea de que la Compilación no forma parte *sustancial* sino accidental del Ordenamiento jurídico catalán, al menos en su aspecto formal.

Puede pensarse, por el contrario, que al asignarse a la Generalitat la competencia exclusiva en cuanto a la conservación del Derecho civil catalán, el Estado carece de competencia para derogar la Compilación. En tal supuesto, se está implícitamente reconociendo el valor de las fuentes del Derecho civil catalán como manifestación estructural y básica del ordenamiento jurídico correspondiente. En otras palabras, si el Estado no puede derogar la Compilación es porque ésta, dentro del marco constitucional, ha pasado a ser sustancia del Derecho civil catalán, pero no la única sustancia del mismo, sino una parte de ella, en la medida en que sea acogida por el sistema de fuentes del Derecho civil catalán reconocido en el artículo 26.3 del Estatuto.

11. Creemos que los argumentos anteriores refuerzan suficientemente el concepto material amplio del artículo 9.2 del Estatuto, así como la idea de que el artículo 149.1.8 de la Constitución no pretende otra cosa, en materia civil, que construir un baluarte de competencia exclusiva del Estado, de manera que todas las materias no integradas en el mismo, corresponden a la competencia de las Comunidades Autónomas que tenían ya Derecho civil propio, coincida, o exceda, de la materia contemplada por las respectivas Compilaciones.

Í N D E X

Discurs de la Dra. D.^a Encarna Roca i Trias

Salutació ...	5
1. Presentació	6
2. L'estructura de l'ordenament civil espanyol ...	15
A) Claus interpretatives de l'art. 149-1,8 C.E. ...	20
B) El marc constitucional de l'estructura de l'ordenament civil espanyol ...	27
3. Les conseqüències de l'estructura constitucional de l'ordenament jurídic català ...	35
A) Problemàtica de les fonts del dret ...	35
B) Les relacions entre els ordenaments civils espanyols ...	39
4. Consideració final ...	55

Contestació del Dr. D. Francisco Fernández de Villavicencio Arévalo

Salutación	63
I. La Constitución, centro de todos los ordenamientos ...	64
II. Materia compartida y materia acotada ...	65
III. La heterogeneidad como resultante de la libertad de disposición autonómica	67
IV. Inaplicabilidad de la regla de prevalencia del Derecho en materia civil. La supletoriedad ...	68
V. Exclusión de la «legislación básica» en materia civil ...	70
VI. Algunas conclusiones ...	71
VII. Contribución al acotamiento de la materia civil en el ámbito competencial de la Generalitat de Catalunya ...	72