

# Costum i dret comú versus codificació i la seva incidència dins el sistema de fonts del dret administratiu



Pere FIGUEREDA i CAIROL

*“A la justicia se deu tenir sempre gran amor y veneració; procurar que esta gloriosament regnie en las Valls; pues sempre es lo fonament de sa conservació”.*

Antoni Fiter i Rossell. *Manual Digest*  
Màxima 14

## Introducció

El notari Àngel Martínez Sarrion<sup>1</sup> deia que: *“és fàcil la desaparició del costum quan els pobles es deixen portar pel pendent en sentit de descens, agilitzat per aquesta uniformitat que sembla aplanar les diferències. La igualtat davant la Llei no deixa de ser una de les ficcions del món del dret. Per contra, el costum destaca per la idea de cooperació. I, per ser més dèbil i requerir més les tasques del notari, de l'advocat i del jutge, pot ser que si es descuiden, desaparegui arrasat per l'abundant heura trepadora legal. Davant d'una superabundància de lleis, el costum no pot fructificar”.*

Cal tenir present que el costum és la norma directa del poble i, en el cas andorrà, tal com esmenta l'antic jutge delegat d'apel·lacions i fiscal honorari Antoni Sabater i Tomàs:<sup>2</sup> *“Quan un andorrà se sotmet a un costum no claudica de les seves conviccions ni fa de relict de interessos, sinó que practica l'essència andorrana, enforteix la seva consciència d'independència com a individu.”* Una vegada més la polèmica entre Thibaut i Savigny sobre la necessàritat o innecessàritat de codificar torna a prendre embranzida. El costum és l'essència del poble andorrà, caldria preservar-lo tal com s'ha fet durant centúries i que es recull en els dos grans costumaris andorrans el *Manual Digest* i el *Politar*, i, que Fiter i Rossell assenyalava: *“no escrich cosas novas mias; sino apresas de aquells per los quals escrich, y usadas per lo Concell ja desde el temps de la antiquitat. No son estos preceptes al Concell y sos individuos, que han merescut nostras Valls, es tot loque expressa aquest tractat”.*<sup>3</sup> Tradicionalment, davant la manca de costum s'ha aplicat el dret comú, amb els seus dos pilars: el dret romà i el dret canònic, que ha permès

que igualment els tribunals andorrans poguessin fer front a les situacions que es donen en una moderna i avançada societat com l'andorrana. El batlle, en primera instància, ha d'harmonitzar en les seves resolucions el dret comú i el dret català amb els usos i costums andorrans. Cal tenir present que el costum no és immòbil, sinó que també és objecte d'evolució, adaptant-se als nous temps i a les situacions sobrevingudes. Cal no oblidar que l'aplicació supletòria del dret comú no està exempta de controvèrsia sobre quin és el preeminent.

## 2. Les fonts del dret

Dels antics Tribunals Superiors de la Mitra i del Copríncep Francès, aquest darrer va optar per establir com a dret supletori davant les situacions que s'escapaven a les regles consuetudinàries el dret romà, el dret canònic, el dret català, el dret francès o el dret espanyol, encara que aquests dos darrers no tinguin tradició en la seva aplicació supletòria i sigui més aviat la seva aplicació una interpretació més actual que històrica. L'actual sala civil del Tribunal Superior de Justícia no ha establert un ordre de preferència i ha optat per una enumeració genèrica. Antigament, Jean-Auguste Brutails assenyala com a ordre jeràrquic aplicable en defecte d'usos i costums el dret romà, el dret català i finalment el dret canònic i castellà, sense que d'aquests dos darrers pugui establir-se una preeminència de l'un sobre l'altre. El mateix autor cita una carta de Fiter i Rossell adreçada al Consell d'Estat del Regne d'Espanya en què deia: *"Se administra justicia según las constumbres patrias y, en falta de estas, según la disposición del derecho común."*

## 3. Els usos i costums enfront de la codificació

Cobren vigència les paraules de l'eminent jurista Antoni Sabater i Tomàs quan assenyala en relació amb els usos i costums, i adverteix de l'excessiva codificació, que: *"Les lleis s'improvisen mentre que els costums s'elaboren. La improvisació comporta una creació ex-nihilo. L'elaboració comporta un procés gradual que amb el transcurs del temps, fa que la llavor sembrada, amb cures i atencions, floreixi, maduri i doni el fruit. Per això en els sistemes legals, el magistrat aplica la llei que es troba als llibres i als repertoris legislatius, ja que el que s'hi conté és dret. Quan el costum té la primacia, el Magistrat no pot ser només un freqüentador de Codis i de Butlletins Oficials, sinó que ha de ser imprescindiblement coneixedor de l'home i de la realitat humana en què s'integra."* Unes paraules que constaten la dificultat de jutjar quan els usos i costums són els aplicables, però també la seva intrínseca proximitat i allunyament de la fredor que a vegades impregna la llei.

Independentment de la contraposició usos i costums enfront codificació, tots els juristes coincideixen que la manca de codificació demana una excel·lent formació tant de batlles i magistrats, que formen el poder judicial andorrà, com dels advocats que exerceixen la direcció tècnica dels plets. És el que J. M. Font i Rius assenyala que *"aquesta labor demana en el jutge un comportament exquisit, un elevat sentit jurídic, un delicat tractament i combinació de principis generals amb normes positives, una assenyada ponderació dels fets i circumstàncies, en definitiva, una profunda rectitud, però també una flexibilitat de criteri per a saber-se moure àgilment en aquestes zones borroses i imprecises entre la normativa i la discrecionalitat, sense caure en el risc del pur arbitrari, millor, de l'arbitrarietat, que malmetria d'una bursada la noble*

trajectòria de la seva funció". Una anàlisi de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que avui després de vint anys d'ençà la Constitució ja comença a ser notable, ens mostra el caràcter testimonial de l'arbitrarietat en les resolucions emanades dels batlles i dels magistrats. Fet que corrobora que l'aplicació pràctica dels usos i costums i del dret català i del dret comú per part de la Batllia i del Tribunal Superior de Justícia no és una qüestió conflictiva, malgrat les veus que hi pugui haver sobre la necessitat de codificació.

#### **4. La Constitució i la codificació**

La Constitució, en l'article 95, estableix que les seves sentències vinculen els poders públics i els particulars. Sovint s'ha parlat sobre el fet que les constitucions porten indefectiblement cap a la codificació. Ben lluny d'això, vint anys més tard de l'entrada en vigor de la Constitució, el dret civil continua basant-se en l'aplicació dels usos i costums, el dret català i el dret comú. Mentrestant, el dret administratiu i el dret penal disposen de sengles codis, el primer anterior a la Constitució, atès que el Codi de l'Administració fou aprovat pels aleshores delegats permanents dels coprínceps el 29 de març de 1989, mentre que el Codi Penal i el Codi de Procediment Penal, ja s'insereixen dins el desenvolupament legislatiu posterior a la Constitució. La mateixa Carta Magna recull l'existència del costum com a font del dret administratiu i per tant com a part integrant de les relacions entre les administracions general i les comunals (comuns i quarts) i la necessitat de ser tingut en compte a l'hora de legislar. Així, en l'article 84 assenyalava que *"Les lleis tindran en compte els usos i costums per determinar la competència dels quarts i dels veïnats, així com les seves relacions amb els comuns"*, recollint allò que prèviament ja havia normativitzat el Codi de l'Administració en l'article 6 i que la nova redacció arran de la disposició addicional segona de la Llei del Govern de 15 de desembre de 2000, com a fonts del dret administratiu, estableix:

"1. L'Administració pública actua amb plena submissió a la Constitució, les lleis i els principis generals de l'ordenament jurídic definits en el títol primer de la Constitució.

[...]

4. Les normes de dret consuetudinari i les del dret comú tenen, per aquest ordre, caràcter supletori en l'àmbit de l'Administració pública".

#### **5. Costum i dret comú a l'administració pública**

La incidència més significativa de l'aplicació del costum en l'administració pública la trobem reflectida en la figura del quart, verdadera administració pública com ho reconeix el Codi de l'Administració, quan en l'article 13 assenyalava: *"Constitueixen l'Administració Pública (...) 2.- Els comuns i quarts i els òrgans que en depenen"* i que la mateixa Constitució en l'article 84 reconeix la manca de legislació en la seva regulació i el caràcter primordial del costum, tant pel que fa a la determinació de les seves competències com al seu funcionament, en assenyalar que *"Les lleis tindran en compte els usos i costums per determinar la competència dels Quarts i Veïnats, així com per les seves relacions amb els comuns."*

Cal assenyalar que amb l'entrada en vigor de la Constitució, la seva consideració de norma de normes fa que els usos i costums s'hagin interpretar d'acord amb els principis constitucionalment vigents.

Pel que fa al comú i al Govern, l'aplicabilitat del costum i el dret comú resulta molt més fugaç, si tenim en compte que en dret administratiu la tendència ha estat, després de la codificació de 1989 amb el Codi de l'Administració, desplegar una vasta normativa sectorial que ha desenvolupat minuciosament el dret administratiu en tots aquells aspectes més actuals. És el que Martínez Sarrión ens diu que: "*Davant una superabundància de lleis, el costum no pot fructificar.*"

## **6. Costum i jurisprudència administrativa**

La jurisprudència de la sala administrativa del Tribunal Superior de Justícia (TSJ) ha tingut ocasió de pronunciar-se en relació amb el costum i la seva aplicabilitat en diverses sentències, entre d'altres en la sentència 113-2012 del TSJ, de 20 de desembre de 2012 i més concretament en el fonament de dret segon, quan assenyala en un supòsit de reagrupament familiar que:

"[...] En definitiva, la decisió governativa del dia 27 de juny de 2012 ni s'ajusta a les normes actuals ni al costum andorrà que predica: "los homens de honor i de honestas costums se deuen emparar" (màxima 42 del Manual Digest)."

O bé en la sentència 48-2012 del TSJ, de 15 de juny de 2012 i més concretament en el fonament de dret quart quan assenyala:

"[...] Aquesta interpretació és més favorable a l'assegurat: ara bé, és de costum, per la interpretació dels texts de caràcter social, que en cas de silenci dels texts, ha de prevaldre la interpretació més favorable a l'assegurat."

Ara bé el costum en cap cas no podrà anar contra la llei (*contra legem*); consegüentment en aquests casos queda exclòs del dret administratiu, com recull la sentència 52-1998 del TSJ, de 9 de desembre de 1998, que recull una anterior resolució, la sentència 33-1995 del TSJ, de 6 de setembre de 1995 i més concretament en el fonament de dret quart, quan assenyala:

"(...) L'aplicació del costum *contra legem* es troba exclosa, tanmateix, en l'àmbit del Dret administratiu andorrà, segons resulta del seu sistema de fonts específic, que té una substantivitat pròpia respecte del Dret privat, i que es troba regulat als articles 6 i següents del Codi de l'Administració.

L'enumeració de les fonts del Dret administratiu que es conté en l'article 6è –amb les modificacions que es deriven necessàriament de l'entrada en vigor de la Constitució del Principat– es troba presidida pel principi de jerarquia normativa, tal i com afirmen de forma expressa el darrer apartat del mateix precepte i l'article següent, de manera que les normes de rang inferior no poden en cap cas ser aplicades quan transgredeixin el contingut de les jeràrquicament superiors.

En conseqüència, tampoc per aquesta raó es podria reconèixer cap virtualitat a un hipotètic costum contrari a una llei emanada del Consell General, ja que l'aplicació del dret consuetudinari en l'àmbit de l'Administració pública té un valor merament supletori respecte de les normes reconegudes com a jeràrquicament preferents".

## **7. Dret comú i jurisprudència administrativa**

Pel que fa al dret comú com a dret supletori en el dret administratiu, el trobem reflectit molt esporàdicament en la jurisprudència de la sala administrativa del Tribunal Superior de Justícia i circumscrit en l'aplicabilitat de les costes processals i més concretament en el principi de

l'equitat en la seva aplicació, com recull, entre d'altres, la sentència 48-1995 del TSJ, de 19 de desembre de 1995, quan en el fonament de dret quart assenyala:

"[...] És cert que la regla objectiva d'imposició íntegra de les costes al litigant vençut ve del dret romà en virtut d'una llei de Zenó (Cod., 7, 51, 5) que es va apartar del tradicional criteri de la temeritat, pròpia del dret clàssic (Inst., 4, 6) per bé que amb l'excepció introduïda per Justinianà en la Novel·la 82, cap. 10, que permetia als jutges modular el rigor del principi objectiu en atenció a l'equitat, sistema del qual els tribunals civils n'han fet una reiterada aplicació al Principat." Veiem doncs que el dret comú esdevé testifical en la seva invocació supletòria davant l'administració pública atesa la profusió de normativa que allunya l'existència de qualsevol llacuna.

**Pere FIGUEREDA i CAIROL**

advocat i autor de les publicacions *Procediment administratiu en el dret andorrà* (2012), *Manual de dret urbanístic andorrà* (1994) i *Las instituciones del Principado de Andorra en el nuevo marco Constitucional* (1996)

#### NOTES

- 1- MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel "La Notaría. Derecho civil del Principado de Andorra". Presentación, Barcelona 1986.
- 2- SABATER I TOMÀS, Antoni "De les fonts del dret andorrà fins a llur aplicació: La jurisprudència com a conducte". Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 1993.
- 3- FITER I ROSSELL, Antoni *Manual Digest*. Consell General d'Andorra, 1987. Llibre 6, pàg. 488.