

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE LAS
ILLES BALEARS

XII

PALMA DE MALLORCA, 2012

Con la colaboración de:



Parlament de les Illes Balears

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51
07001 Palma de Mallorca

Depósito Legal: P.M. 981 - 1989
ISSN: 2254-2515

SUMARIO

I.-	JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA	pág.	5
II.-	RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD, ELECTOS, DE HONOR Y FALLECIDOS	pág.	7
III.-	MEMORIA DEL CURSO ACADÉMICO 2009-2010	pág.	9
IV.-	DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2010-2011 <i>El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal,</i> de Don RAFAEL PERERA MEZQUIDA	pág.	19
V.-	SESIÓN NECROLÓGICA EN MEMORIA DEL ACADÉMICO DE NÚMERO DON RAIMUNDO CLAR GARAU 1. Intervención de Don RAFAEL GIL MENDOZA 2. Intervención de Don BARTOLOMÉ SITJAR BURGUERA	pág.	36 43
VI.-	SESIÓN NECROLÓGICA EN MEMORIA DEL ACADÉMICO DE NÚMERO DON FÉLIX PONS IRAZAZÁBAL 1. Intervención de Don JOSÉ ZAFORTEZA CALVET: <i>Félix Pons, el hombre</i> 2. Intervención de Don TOMAS MIR DE LA FUENTE: <i>Félix Pons, jurista de prestigio notorio</i> 3. Intervención de Don FERNANDO LEDESMA BARTRET: <i>Félix Pons, el político</i>	pág.	48 53 66
VII.-	ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS EN RECUERDO DE LOS ACADÉMICOS FALLECIDOS 1. <i>En la muerte de Raimundo Clar.</i> 2. <i>Fèlix Pons a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears.</i>	pág.	74 76

VIII.- CONFERENCIAS

- Reformas procesales, novedosa Oficina Juridial
e incidencia en el proceso penal,*
de Don JAIME SUAU MOREY. pág. 81

IX.- VIII PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ

1. *Tradición jurídica civil balear del derecho de
toma de aguas: vigencia de las antiguas costumbres,*
de Don FELIO BAUZA MARTORELL. Trabajo premiado. . . pág. 103
2. *La función de la costumbre en el Derecho medieval
de Mallorca,* de Don ANTONIO PLANAS ROSSELLO.
Intervención oral en el acto de entrega del Premio . . . pág. 165

X.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO

- Los contratos sucesorios en las Illes Balears.* pág. 176

XI.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO

1. *La traducción al castellano de las leyes de la
Comunidad Autónoma de las Illes Balears.* pág. 218
2. *La publicación en el Boletín Oficial de las
Illes Balears de los textos de los actos de los órganos
periféricos de la Administración General del Estado
en las dos lenguas cooficiales en la Comunidad
Autónoma (Comentario a la sentencia del Tribunal
Supremo de 18 de mayo de 2010).* pág. 226

XII.- RELACIÓN DE LOS AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE NÚMERO DEL BOLETÍN

pág. 259

I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA

Presidente

Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel

Vicepresidente

Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera

Censor

Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana

Tesorero

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell

Secretario

Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente

Vicesecretario

Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo

II.- RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD, ELECTOS, DE HONOR Y FALLECIDOS

ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell
Ilmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas
Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel
Ilmo. Sr. D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente
Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet
Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez
Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons
Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez Ramos
Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida
Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló
Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera
Ilmo. Sr. D. José Cerdá Gimeno
Ilma. Sra. D^a Isabel Tapia Fernández
Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana
Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo
Ilmo. Sr. D. Josep Maria Quintana Petrus
Ilma. Sra. D^a María Pilar Ferrer Vanrell

ACADÉMICOS ELECTOS

Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras
Ilmo. Sr. D. Carlos Jiménez Gallego

ACADÉMICO DE HONOR

Ilmo. Sr. D. Angel Reigosa Reigosa

ACADÉMICOS FALLECIDOS

Ilmo. Sr. D. Juan Blascos Serra
Ilmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau
Ilmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras
Ilmo. Sr. D. Rafael Gil Mendoza
Ilmo. Sr. D. Francisco Noguera Roig
Ilmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal
Ilmo. Sr. D. Antonio Puerto Planas
Ilmo. Sr. D. Andrés Rullán Castañer
Ilmo. Sr. D. Francisco Téllez Miguélez
Ilmo. Sr. D. Juan Vidal Perelló.

III.- MEMORIA DEL CURSO 2009-2010

La publicación de las memorias de los cursos académicos es una obligación impuesta por el art. 38 de los estatutos de la Corporación, que, además, sirve para divulgar las actividades que nuestra Academia viene realizando, a pesar de la precariedad de sus medios, tanto materiales como personales. En la inauguración del curso académico 2010-2011, y de manera previa a la exposición de la lección inaugural, a cargo del Académico Rafael Perera Mezquida, el Secretario de la Corporación Tomás Mir de la Fuente leyó la memoria que por él mismo había sido redactada, en donde detallaba, de manera rigurosa, todas las actuaciones realizadas. De la misma destacan sus últimas palabras, en las que narra el sentimiento de la Corporación por la muerte de dos Académicos tan prestigiosos como fueron Raimundo Clar Garau y Félix Pons Irazazábal, fallecimientos acaecidos a lo largo del curso 2009-2010.

ACTOS ACADÉMICOS MÁS RELEVANTES

El primer acto académico del Curso fue la sesión de 28 de septiembre de 2009, en la que se acordó:

1º. Fijar el día 23 de noviembre para la sesión pública y solemne de inauguración.

2º. Anteponer a dicha sesión la de lectura del discurso de ingreso del nuevo Académico de Número Don Josep María Quintana Petrus, por haber de celebrarse en la isla de Menorca, de la que es natural y donde reside, y (al no estar asegurada la presencia de la mayoría de los Académicos, por causa de la necesidad de su desplazamiento) no considerarse conveniente que tal lectura, fuera de su sede, constituya la sesión inaugural, como, por otra parte, estatutariamente está previsto que pueda ser.

Desde dicha primera sesión hasta el día 30 de junio de 2010, en que estatutariamente termina el Curso, hay que reseñar, por la solemnidad de la sesión o la importancia de los acuerdos adoptados en sesión ordinaria o extraordinaria, los siguientes actos:

1º. La sesión académica pública y solemne de lectura del discurso de ingreso del Sr. Quintana, que tuvo lugar el 2 de octubre de 2009, en Mahón, en el Salón de Sesiones del Consell Insular de Menorca, presidida por el Presidente de la Academia, y con la asistencia de once Académicos de Número (que tuvo reflejo en la Memoria del Curso anterior, por celebrarse antes de la inauguración del objeto de ésta), en la que:

a) Intervinieron dicho Presidente y el del Consejo Insular anfitrión.

b) El Académico electo leyó su discurso, sobre *Llengua i dret a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears: una opció per la llengua pròpia*.

c) Contestó, en nombre de la Academia, el Académico de Número Don Pedro Antonio Aguiló Monjo.

2º. La presentación pública el día 18 de noviembre de 2009, en el Parlament de les Illes Balears, y con asistencia de su Presidenta, Sra. Rado, del Décimo Boletín de la Academia (de cuyo contenido se dio cuenta, igualmente, en la Memoria del Curso anterior).

3º. El acto de apertura oficial del Curso 2009-2010, de 23 de noviembre de 2009, en el que el Académico de Número Don Gabriel Garcías Planas disertó sobre *El principio de intervención mínima en Derecho Penal ¿realidad o ficción?*, después de que el Secretario que suscribe leyera la Memoria del Curso anterior.

4º. La sesión ordinaria de 14 de diciembre de 2009, en la que, a

requerimiento del Director de la REVISTA JURIDICA DE LES ILLES BALEARS (de la que es fundadora la Academia y en cuyo Consejo de Redacción tiene representación), ratificó el nuevo Reglamento de la Revista.

5°. La Mesa Redonda, celebrada el día 23 de febrero de 2009, sobre la Trasposición de la Directiva 2006/123/CE, de servicios en el mercado interior, conocida por Bolkestein, en la que intervinieron, como ponentes, Doña Rosario Huesa Vinaixa, Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de las Illes Balears, Don Agustí Cerveró Ruiz-Capilla, Abogado y Letrado del Parlament de les Illes Balears excedente, y Don Bartolomé Sitjar Burguera, Académico de Número y Vicepresidente de la Academia, y, como moderador, Don Pedro Antonio Aguiló Monjo, Académico de Número y Vicesecretario de la Academia.

6°. La modificación parcial de los Estatutos de la Academia, acordada en sesión extraordinaria de 8 de marzo de 2010, de la que hay que destacar:

a) La adecuación de su nombre a la legislación vigente, en materia de denominaciones oficiales de la Provincia de Baleares y de la Comunidad Autónoma, con la consecuencia de dejar de ser, como hasta ahora, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares y Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Balears (según las versiones en lengua castellana y catalana, del Decreto 88/1994, de 31 de julio, publicado en el Butlletí Oficial de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears de 28 de julio de 1994), y pasar a ser Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en castellano, y Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears, en catalán.

b) La introducción de una decena de cambios en el articulado, de mejora técnica y rectificación de errores, o de adaptación a las necesidades advertidas en la realidad vivida hasta la fecha.

7°. El acuerdo adoptado el día 8 de marzo de 2010, sobre la conmemoración, este año 2010, del centenario del nacimiento (y el cuadragésimo aniversario del fallecimiento), del ilustre jurista balear Don Félix Pons i Marqués, en el sentido de:

a) Incluir en el próximo número del Boletín de la Academia (interesando las oportunas autorizaciones al efecto) el estudio del que es autor, titulado *El Derecho Civil de Mallorca*, publicado en 1950, como voz, de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.

b) Instar del Ayuntamiento de Palma su declaración como Hijo Ilustre de la Ciudad.

8°. El acto de entrega del VII Premio Luis Pascual González, convocado

por la Academia, celebrado el día 22 de marzo de 2010, según la propuesta del Jurado, del 14 de diciembre de 2010, de su otorgamiento al autor del estudio sobre Derecho Civil Balear titulado *Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el ordenamiento jurídico balear* (que resultó ser Don Ricardo Yáñez Velasco). Estudio que, de acuerdo con la convocatoria, se publicará en el Boletín de la Academia, como, por decisión de ésta, también, el trabajo finalista titulado *La cuestión de la reserva ordinaria en el Derecho foral. Especial examen de su constitucionalidad y de su aplicación en Mallorca*, cuyo autor es Don Lorenzo Crespi Ferrer.

En el acto, además del premiado, que agradeció el premio, y el Presidente, que lo entregó, intervino, en presentación de la Academia, la Académica de Número Doña Isabel Tapia Fernández, pronunciando un discurso, relacionado con el tema del estudio premiado, que tituló *Los procesos de familia: un ejemplo de defectuosa regulación*.

9°. En la sesión ordinaria de 17 de mayo de 2010, se acordó elegir Académico de Número –para cubrir la vacante causada por el fallecimiento de Don Raimundo Clar Garau (ingresado en 1990)– a Doña María Pilar Ferrer Vanrell, cuya candidatura había sido presentada por los Académicos de Número Don Jaime Ferrer Pons, Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés y Don Antonio Monserrat Quintana.

10°. El día 17 de mayo de 2010, se celebró la sesión necrológica en memoria del Académico de Número fallecido Don Raimundo Clar Garau, interviniendo, como oradores, los Académicos de Número Don Rafael Gil Mendoza y Don Bartolomé Sitjar Burguera.

11°. En cumplimiento de lo acordado el día 8 de marzo de 2010, el Presidente presentó el mes de junio de 2010 en el Registro administrativo de Corporaciones de Derecho Público (Academias) de la CAIB la solicitud de inscripción de la modificación de los estatutos acordada en la citada sesión, acompañando la documentación exigida, incluyendo un texto refundido de los Estatutos resultantes, en castellano y catalán.

12°. Ejecutando acuerdo adoptado también en la sesión de 8 de marzo de 2010, el Presidente presentó, el 30 de junio de 2010, en el Registro General del Ayuntamiento de Palma, la solicitud razonada de nombramiento de Hijo Ilustre de Palma de Don Félix Pons i Marqués, aportando, además de la documentación exigible (y sin perjuicio de la que pueda recogerse en el expediente), una copia del estudio que en 1950 publicó, como voz, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, sobre *Derecho civil de Mallorca* (a incluir en el próximo número del Boletín de la Academia), y acompañando, así mismo, copia del acuerdo de 4 de junio de 2010, de adhesión a la solicitud

académica, de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares. De tal solicitud y documentación se hizo entrega de copia a cada uno de los Grupos Municipales existentes en la Corporación.

OTRAS ACTIVIDADES ACADÉMICAS A LO LARGO DEL CURSO

A) Actividades en el seno de las Comisiones internas

1º. Trabajos de la Comisión Académica de Derecho Privado

Culminó la Comisión sus primeros trabajos, iniciados el Curso anterior, presentando un informe sobre *El sistema legitimario en las Illes Balears*, sustentado en el que, sobre el sistema aplicable en Mallorca, había elaborado Don Jaime Ferrer Pons (enriquecido con las aportaciones de Don Miquel Masot Miquel, Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés y Don Tomás Mir de la Fuente), y con lo que informaron, respectivamente, sobre la superación de la actual inaplicabilidad en Menorca de los pactos sucesorios de Mallorca, Don Josep María Quintana Petrus, y, sobre la inexistente legítima del cónyuge viudo en Ibiza y Formentera, Don Bernardo Cardona Escandell y Don José Cerdá Gimeno. Dicho informe ha sido entregado al Presidente de la Comunidad Autónoma, a la Presidenta del Parlament de les Illes Balears y a la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear.

2º. Trabajos de la Comisión Académica de Derecho Público

En el ámbito del tema señalado para el Curso anterior, sobre un posible Derecho insular o de las islas, Don Tomás Mir de la Fuente entregó, para su publicación en el número XI del Boletín de la Academia, un primer estudio titulado *Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía*.

En cumplimiento del compromiso asumido de hacer comentarios de jurisprudencia de interés autonómico, contando, en su caso, con colaboraciones externas, para ser publicados en el próximo Boletín, se entregaron por el Académico de Número Don Tomás Mir de la Fuente, dos comentarios, uno, a una sentencia del Tribunal Supremo sobre competencias del Estado y la Comunidad Autónoma en materia de ampliación de la zona de servicio de los puertos autonómicos, y otro, a otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en recurso de apelación contra la de instancia del Juzgado de lo contencioso-administrativo, sobre biblioteca privada declarada bien de interés cultural, y, por el colaborador Don Josep Masot Tejedor, un comentario a otra sentencia de este mismo Tribunal Superior sobre licencia de edificación en el ámbito de un Conjunto Histórico.

B) Actividad de colaboración en las Páginas de la Acadèmia, de la Revista MISSÈR del Colegio de Abogados de Baleares

1º. En el Número 83 de octubre de 2009, se publicaron:

1. El artículo de Don Tomás Mir de la Fuente titulado *La ley autonómica balear sobre causas de indignidad sucesoria y desheredación mirada con buenos ojos*.

2. El artículo de Don Josep María Quintana Petrus titulado *Sobre la possibilitat que la successió contractual sigui també aplicable a l'illa de Menorca*.

2º. En el Número 84 de enero de 2010 apareció:

El artículo de Don Bartolomé Sitjar Burguera titulado *Motivación de la directiva Bolkestein*.

3º. En el Número 85 de abril de 2010, vió la luz:

1. El artículo de Don Félix Pons Irazazábal titulado *Un reglamento imprescindible*.

2. El comentario a la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 2/2010 de 24 de marzo titulado *Indemnització per desequilibri patrimonial en el règim de separació de béns?*, del que es autor Don Miquel Masot Miquel.

VISITAS CORPORATIVAS

1. El Presidente y otros Académicos estuvieron el 18 de noviembre de 2009 en el Parlament de les Illes Balears para la presentación del número X del Boletín de la Academia, cuya publicación auspicia, y de cuyo contenido se dio cuenta en la Memoria del Curso anterior 2008-2009.

2. El Presidente y otros Académicos, fueron recibidos el día 17 de marzo de 2010 por el President de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, a solicitud de la Junta de Gobierno de la Academia, para agradecer la renovación del Convenio de colaboración en su día suscrito y hacerle entrega del informe elaborado sobre el *Sistema legitimario de las Illes Balears*.

3. El Presidente y otros Académicos el día 26 de mayo de 2010 visitaron a la Presidenta del Parlament de les Illes Balears para entregarle el informe sobre el sistema legitimario, elaborado en el seno de la Comisión Académica de Derecho Privado, por el que se había interesado expresamente.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA NÚMERO XI

Para su publicación a finales del presente año, se ha confeccionado, el

próximo número, según el siguiente sumario:

1º. Composición de la Junta de Gobierno.

2º. Relaciones de Académicos de Honor, de Número y electos.

3º. Memoria del Curso 2009-2010

4º. Reimpresión, en el centenario del nacimiento de Don Félix Pons i Marqués, de su estudio *Derecho Civil de Mallorca*, publicado el año 1950, como voz, en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.

5º. Discursos pronunciados

1. De ingreso, de Don Josep María Quintana Petrus, sobre *Llengua i dret a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears: una opció per la llengua pròpia*.

2. De contestación al de ingreso del Sr. Quintana, pronunciado, en nombre de la Academia, por Don Pedro Antonio Aguiló Monjo.

3. De apertura del Curso 2009-2010, de Don Gabriel Garcías Planas, sobre *El principio de intervención mínima en Derecho Penal ¿realidad o ficción?*.

4. De apertura del Curso 2004-2005 (inédito aún), de Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, sobre *El régimen económico matrimonial de participación*.

6º. Conferencia de Don Antoni Oliver Reus, sobre *El empresario como garante de la seguridad laboral: responsabilidades derivadas del accidente de trabajo*.

7º. VII Premio Luis Pascual González

1. Trabajo premiado, de Don Ricardo Yáñez Velasco, titulado *Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de derecho sustantivo y procesal en el ordenamiento jurídico balear*.

2. Trabajo finalista, de Don Lorenzo Crespi Ferrer, sobre *La cuestión de la reserva ordinaria en el derecho foral. Especial estudio de su constitucionalidad y su aplicación en Mallorca*.

3. Intervención en el acto de entrega del Premio, de Doña Isabel Tapia Fernández, titulada *Los procesos de familia: un ejemplo de deficiente regulación*.

8º. Trabajos en el seno de la Comisión Académica de Derecho Privado. Propuesta *Sobre el sistema legitimario de las Illes Balears*.

9º. Trabajos en el seno de la Comisión Interna de Derecho Público.

1. *Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía*, de Don Tomás Mir de la Fuente.

2. *Comentarios de jurisprudencia contencioso-administrativa:*

a) A la sentencia de 14 de enero de 2010 del Tribunal Supremo (Pte: D. José Yagüe Gil), sobre *competencias en materia de ampliación de la zona de servicio de los Puertos autonómicos*. De Don Tomás Mir de la Fuente.

b) A la sentencia de 28 de junio de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Pte: D. Gabriel Fiol Gomila) sobre *Biblioteca privada declarada de interés cultural*. De Don Tomás Mir de la Fuente.

c) A la sentencia de 4 de febrero de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Pte: Don Fernando Socías Fuster) sobre *licencia de edificación en el ámbito de un Conjunto Histórico*. De Don Josep Masot Tejedor.

10°. *Jurisprudencia reciente del Tribunal de la Rota Romana*. Selección, traducción del latín y comentarios de Don Antonio Pérez Ramos.

11°. Relación de autores de los textos publicados en este número.

**HECHOS Y ACTOS RELEVANTES POSTERIORES
A LA TERMINACIÓN DEL CURSO 2009-2010 Y
ANTERIORES A LA SESIÓN PÚBLICA DE INICIACIÓN
OFICIAL DEL NUEVO CURSO ACADÉMICO 2010-2011**

Con posterioridad al día 30 de junio de 2010, y antes del acto público y oficial de iniciación del Curso 2010-2011, del día 1 de diciembre de 2010, se produjeron los siguientes hechos y actuaciones relevantes para la Academia:

1°. El 2 de julio de 2010, falleció el Académico de Número Don Félix Pons Irazazábal, ingresado el año 2000.

2°. El día 13 de julio de 2010, el Presidente y otros dos Académicos de Número, Sres. Zaforteza y Mir, fueron recibidos por la Sra. Alcaldesa de Palma, a quien dieron cuenta de la presentación de la petición de la Academia, de proclamación de Hijo Ilustre de Palma de Don Félix Pons i Marqués. Asistieron así mismo, en representación del Colegio de Abogados, adherido a la solicitud, dos miembros de la Junta de Gobierno, Sres. Aleñar y Gil.

3°. En las Páginas de la Acadèmia, del nº 86 de la Revista MISSÈR del Colegio de Abogados, correspondiente al mes de julio de 2010:

a) Se incluye la colaboración de Don Miguel Suau Rosselló, que se

titula *La intervención judicial en las relaciones laborales*,

b) Se reseñan: la sesión necrológica en memoria de Don Raimundo Clar Garau; la entrega a la Presidenta del Parlament del Estudio sobre el sistema legitimario balear; y la designación de Doña Maria Pilar Ferrer Vanrell como Académica de Número; y

c) Se da noticia del fallecimiento de Don Félix Pons Irazazábal.

4°. El 20 de julio de 2010 el Consejero de Educación y Cultura del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears resolvió calificar positivamente la modificación de los estatutos de la Academia y ordenar la publicación de la Resolución en el Boletín Oficial de las Illes Balears, lo que tuvo lugar el 10 de agosto, en el nº 117 páginas 29, en catalán, y 49 y 50 en castellano.

5°. El 20 de septiembre de 2010, hubo reunión de la Academia, en sesión ordinaria, en la que, entre otros asuntos:

1. Se dio cuenta: de la vacante causada, por el Sr. Pons Irazazábal, acordándose fijar la primera quincena de octubre como plazo de presentación de candidaturas para cubrirla; y de que había intervenido el Sr. Mir, como miembro del Consejo de Redacción en representación de la Academia, en el acto de presentación del número 8 de la Revista Jurídica de las Illes Balears, recordando el trabajo de su fallecido Director el Académico Sr. Pons Irazazábal.

2. Se acordaron:

a) El formato de la sesión necrológica corespondiente en memoria de éste.

b) El encargo del discurso del acto solemne de apertura del Curso 2010-2011 a Don Rafael Perera Mezquida, sobre tema por determinar relacionado con el nuevo Código Penal.

c) La aprobación de las Bases del IX Premio Luis Pascual González.

d) El plan científico de las Comisiones Académicas internas de Derecho Privado y de Derecho Público.

e) El aumento de la tirada del próximo XI Boletín de la Academia, de inmediata remisión a la imprenta.

6°. El día 25 de octubre de 2010, se reunió la Academia en sesión ordinaria, en la que fue elegido Académico de Número, cubriendo la vacante causada por fallecimiento de Don Félix Pons Irazazábal, Don Miguel Coca Payeras, que había sido propuesto por los Académicos de Número Srs. Aguiló, Ferrer, Monserrat y Quintana.

7°. El mismo día 25 de octubre de 2010, a las 19'30 horas, se celebró la sesión necrológica en memoria del Académico de Número Don Félix Pons Irazazábal, presidida por la Presidenta del Parlament de les Illes Balears, en la que, desde la tribuna (en la que ocuparon estrado el Presidente de la Academia y el Decano del Colegio de Abogados de Baleares), intervinieron, para referirse *al hombre, el jurista, el abogado y el político*, los oradores siguientes, y por su orden: Don José Zaforteza Calvet, Académico, Don Tomás Mir de la Fuente, Académico, Don Antonio Coll Alonso, Abogado, y Don Fernando Ledesma Bartret, Consejero permanente del Consejo de Estado.

8°. En las Páginas de l'Academia del n° 87 de la Revista MISSÈR del Colegio de Abogados, correspondiente al mes de octubre de 2010, se publicó el estudio de la Académica Doña Isabel Tapia Fernández titulado *Presupuestos del procedimiento de ejecución hipotecaria. El título hábil para despachar la ejecución*, y un comentario del Presidente Sr. Masot Miquel sobre la Ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 3/2003 de 15 de junio, con el título de *Extinció dels censos i alous inactius*.

EPÍLOGO

Toda la actividad del Curso (mayor o menor, buena, regular o mala, siempre en las coordenadas de lo previsible, habida cuenta las capacidades de los Académicos y medios con que cuenta la Academia), recordada fríamente en esta Memoria, con su prolijidad de fechas y precisión de datos, palidece y cede ante la irreparable pérdida de los dos Académicos Ilmos. Sres. Don Raimundo Clar Garau y Don Félix Pons Irazazábal, cuyo fallecimiento no puede reflejarse en la Memoria con un mero asiento en un estadillo de bajas, sino –atendida su importante, generosa y larga contribución (durante 20 años el primero y durante 10 el segundo, y hasta sus últimos días ambos) a los altruistas y científicos fines de esta Corporación Jurídica y, sobre todo, su extraordinaria personalidad y prestigio social– merece como colofón la calurosa expresión del duelo de la Academia, al margen del testimonio dado del cumplimiento de las previsiones estatutarias sobre sesiones necrológicas.

IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2010-2011

EL CIUDADANO DE A PIE ANTE EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Rafael Perera Mezquida

La ley orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal determinó que existieran pocas dudas en cuanto al contenido de la lección inaugural del curso académico, pues la pronta entrada en vigor de la misma hacía preciso el atento examen de las modificaciones introducidas y de su posible incidencia en la sociedad. Rafael Perera expuso con innegable conocimiento del tema y con una admirable sencillez –que hizo su discurso totalmente comprensible incluso para los que no tenían formación jurídica–, las líneas generales de la reforma, comenzando por plantearse si el Derecho penal sigue siendo un “Derecho de mínimos”, tras lo cual pasó revista a las principales novedades de la reforma, como son la novedosa responsabilidad penal de las personas jurídicas, la mayor entidad de las penas en los delitos contra la seguridad vial –que pueden incluso dar lugar al decomiso del vehículo–, y, en especial, la erradicación de la corrupción, tanto en la Administración Pública, como entre particulares y en el deporte. Las anécdotas y ejemplos que ilustraron la conferencia hicieron que la misma fuera seguida con muchísimo interés por el numeroso público asistente.

La ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION DE LAS ILLES BALEARS –según resulta de sus Estatutos– tiene por fines no sólo (entre otros) “el estudio y la investigación del Derecho” y “la discusión y el debate doctrinal de temas jurídicos”, sino –además– “el fomento de la cultura jurídica”.

Lo que significa y representa que, necesariamente, la ACADEMIA –lejos de encerrarse en sí misma– tiene el deber de proyectarse al exterior, de abrir sus puertas a la sociedad, y de conectar con las inquietudes y con los requerimientos de esa sociedad en la que debe tener una presencia activa.

Es precisamente por ello que, ante el hecho trascendente de una **reforma penal** tan profunda y de tan hondo calado como la que entrará en vigor el día 23 de este mismo mes, hemos estimado conveniente inaugurar el nuevo curso académico con una ponencia o intervención sobre tal **reforma**.

Ponencia o intervención enfocada, no desde un punto de vista doctrinal, dogmático o científico (para el que, desde luego, hay amplio campo), sino desde una perspectiva –más modesta quizás, pero más práctica–, desde la perspectiva del hombre de la calle.

Del hombre de la calle –del ciudadano de a pie–, al que no interesará, seguramente, conocer, por ejemplo, los requisitos que señala la **reforma** para la aplicación de la atenuante de “*dilaciones indebidas*”, ni cómo se ha resuelto la cuestión en la que han estado enzarzados cinco años los magistrados del Tribunal Supremo y los del Tribunal Constitucional sobre la interrupción de la prescripción, ni cómo se regula el delito de piratería o el de transplante ilícito de órganos.

Pero que sí tiene interés en saber y conocer (y, si no tiene tal interés, hay que despertárselo) que aquel fantasma tenebroso que, para él, ha sido siempre el Código Penal (porque siempre ha creído que no se le cruzará en el trayecto de su vida, y, concretamente, que nunca se verá en trance de perder su libertad personal), no resulta, en realidad, hoy, tan abstracto o irreal, ni está tan alejado de él, como venía creyendo. Ello, dada la creciente criminalización de conductas que, hasta no hace mucho tiempo, no merecían un reproche penal. El ciudadano de a pie –de cultura media– que tenía entendido que la Justicia Penal sólo entra en juego ante atentados graves contra la convivencia social y que había leído en la Constitución que las penas privativas de libertad tienden hacia la “reeducación” y “reinserción social”; y que, por ello, no las creían aplicables a quienes no necesitan tal rehabilitación ni inserción. El ciudadano medio que, en otro aspecto, no comprende el “por qué” de tantas y tan repetidas reformas penales.

- -

A ese “ciudadano medio”, pues, van dirigidas estas palabras: Para salir

al paso de sus razonables inquietudes. Y, concretamente, para decirle –de entrada, y sin más prolegómenos– que tiene mucha razón en sus planteamientos y que, desde luego, tiene derecho a preguntar y conocer el por qué y el para qué de la **reforma penal** de la que tanto se habla.

Y... permítanme, en este punto, un breve inciso:

Estoy hablando de “**reforma penal**”. Y lo hago por cuanto la Ley 5/2010, de 22 de junio, en la que se contiene el texto de la reforma, es denominada en el B.O.E. “*Ley de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*”.

Sin embargo, hace pocos días, cayó en mis manos una invitación oficial del Ministro de Justicia, Francisco Caamaño, para unas “Jornadas de Estudio” que se han celebrado este mismo mes –concretamente los días 17 y 18– en la sede del Ministerio de Justicia, en el palacio de la calle San Bernardo nº 62: “Jornadas” que han tenido por título “*El nuevo Código Penal*”: Jornadas con ponentes del máximo nivel, cuyos discursos inaugural y de clausura estuvieron a cargo del propio Ministro de Justicia.

Yo no quiero pensar que tal título responda a un afán de protagonismo de Don Francisco Caamaño que –recordando cómo el Código Penal vigente de 1995 fue conocido y es conocido como “el Código Belloch”– aspire a que el resultante de la actual reforma pase a la posteridad como “el Código Caamaño”. No puedo ni quiero creerlo.

Simplemente lo digo, para responder a una cariñosa recriminación de unos queridos compañeros –que están en este salón– que consideraron erróneo el título dado a esta charla “**El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal**”, y no, simplemente, “ante la reforma del C.P.”. Y decirles que si el Ministro así lo ha hecho, creo que nosotros somos libres, aquí en Mallorca, para hacerlo igual, aunque reconozcamos que, ciertamente, nos hallamos ante una enfatización francamente inexacta y desafortunada.

- -

Retomando el hilo de la extrañeza que al **hombre de la calle** pueda producirle esta nueva reforma penal, hemos de decirle enseguida, lisa y llanamente, que, ciertamente, **si hay un Derecho que deba gozar de estabilidad y permanencia es el Derecho Penal**. Baste recordar –recurriendo a fuentes oficiales– las primeras palabras de la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 (el llamado “Código Penal de la Democracia”), que empiezan diciendo:

“Esta sola observación evidencia, pues, que, ciertamente, la **estabilidad** es, o debe ser, algo inherente al Código Penal.

Frente a esto, nos encontramos con la realidad de que el aludido “Código Penal de la democracia” ha sufrido, en sus quince años de existencia, 26 reformas: Unas, de carácter puntual (más o menos), y otras, de gran calado, como por ejemplo las de 1983 y 1987.

Lo cual, ciertamente, no es bueno para un país: Para un país que pretendió asentar un Código Penal en unos valores constitucionales (consensuados –en 1978– por todos los españoles) como permanentes y estables.

Máxime cuando, además, se viene observando –en la realidad de esa evolución legislativa– cómo aquellos pilares fundamentales del Derecho Penal como “ultima ratio”, como “derecho de mínimos” y como “derecho siempre subsidiario” se van debilitando; y cómo (paralelamente) se van tipificando penalmente conductas que, en realidad, no pasan de ser infracciones administrativas (lo que representa –dicho sea de paso– el fracaso de Derecho Administrativo); y cómo se van aumentando las penas... y penas de prisión no sustituibles por multa.

Yo, que soy viejo, recuerdo –hace más de 60 años– que el Prof. Pérez Vitoria, en la Facultad de Barcelona, nos decía, enfáticamente, engolando la voz, que el Código Penal es “*la carta magna del delincuente, porque el delincuente sabe que, por graves que sean los hechos que realice, por muy reprochable que sea su conducta desde el punto de vista social....., sabe que no podrá ser condenado si aquel hecho no está tipificado en el Código Penal y lo realizado no encaja herméticamente en la descripción típica del Código*”. Hoy, el querido profesor y amigo –recientemente fallecido– estoy seguro que bajaría el tono de su intervención, porque –si se me permite– (y perdonen Vds. lo que haya de exageración) todos podemos llegar a ser delincuentes casi sin darnos cuenta, por cuanto –como decíamos– la lista de delitos de esa “carta magna” ha crecido desmesuradamente...

- -

Son frecuentes, hoy, –valga otro inciso– en los despachos de abogados penalistas las consultas del que pregunta, tras exponer su caso, “*¿habré cometido un delito?, ¿puedo ir a la cárcel por esto?*” (Recuerdo el caso, hace unas semanas, de un fabricante que, desde tiempo inmemorial, vertía los sobrantes de su fábrica en un torrente seco cercano; y acudió a mi despacho asustado, porque había recibido la visita de un celador de “Medio Ambiente”, quien le había echado en cara que estaba contaminando el subsuelo y que ello podía llevarle a la cárcel.)

Es por eso que el hombre de la calle –como decíamos– se pregunta: Pero... ¿era necesaria esa reforma penal? ¿Qué razones la justifican?

Pues bien: Si para contestar a esas preguntas acudimos a la Exposición de Motivos que encabeza la Ley, nos encontramos con que aducen dos motivos o razones:

- Una, que estimamos escasamente convincente, se perfila aludiendo (muy retóricamente) *“al proceso constante de revisión al que debe estar sometido el ordenamiento jurídico de una democracia avanzada como es la española”*. Una frase que suena muy bien. Pero que no creo que justifique una reforma penal francamente expansiva, como la que entrará en vigor dentro de 23 días, en un país que tiene una de las tasas de criminalidad más bajas de la Unión Europea y, sin embargo, tiene una tasa de población penal mas elevada que la media europea (166 reclusos por cada 100.000 habitantes, cuando la media europea es de 63. En total, tenemos unas 80.000 personas en la cárcel, habiéndose incrementado en los últimos 10 años (desde 1990) en un 133%). Una reforma que, además de que seguramente agudizará el problema del hacinamiento penitenciario, olvida que el aumento de penas (aunque puede dar sensación de mayor seguridad a los ciudadanos) está demostrado que (en la lucha contra la delincuencia) tiene escaso poder disuasorio para los eventuales delincuentes. Y olvida también, sobre todo, que la regeneración de una sociedad y la lucha contra la corrupción (en todos los órdenes) no puede confiarse al Código Penal; y que, como dijo hace pocos días el Profesor Gabriel Garcías, en foro similar a éste, *“mientras no exista una transformación ética y moral en la sociedad, el Derecho penal no solucionará nada”*.

Todo ello sin olvidar, además, que el camino de aumentar el número de ingresos en prisión puede llevar, de hecho, a una criminalización de la pobreza ya que está demostrado que un elevado porcentaje de presos son de baja extracción social, de escasa cultura, muchos de ellos con problemas psicológicos y, desde luego, **pobres**.

- El segundo motivo por el que se justifica la reforma es el cumplimiento por España de los compromisos internacionales que tiene contraídos, concretamente por su pertenencia a la UE. Y, así, efectivamente se comprueba que la armonización jurídica europea y los Convenios, las Decisiones Marco y las Directivas Europeas se han plasmado –como no podía ser menos– en las páginas de nuestro Código.

- -

Pues bien, a continuación, teniendo en cuenta lo hasta aquí dicho, vamos a intentar aproximarnos a algunas de las “novedades” que el Código nuevo nos depara. Y, para ello seleccionaremos –a modo de “espiguelo”, casi

aleatorio– 5 materias que pueden tener interés para el ciudadano de a pie (según el que nos hemos autoimpuesto al inicio de esta intervención).

Pero, antes, van a permitirme que, casi en voz baja, haga una reflexión –que encierra una preocupación– referida al futuro de este llamado “nuevo Código Penal”:

Esta reforma no fue aprobada en las Cortes por consenso unánime (como debería serlo un Código Penal). El principal partido de la oposición se abstuvo (por no haberle sido admitida una numerosa serie de enmiendas que mantuvo hasta el último momento). ¿Qué pasará –cabe preguntarse– si en un futuro (¡es un simple decir!, ¡una simple hipótesis!) hubiese un cambio de signo político en el Gobierno de la Nación?, ¿Volvería a plantearse una nueva reforma penal para sacar adelante las enmiendas no admitidas?. Esperemos y confiemos en que habrá altura de miras, se impondrá el sentido común, el sentido de Estado y el sentido de responsabilidad y se comprenderá por todos que, en modo alguno, el Código Penal –precisamente en una sociedad democrática– puede estar a merced de alternancias políticas.

--

Y, en seguida, unas palabras –como he anunciado– sobre algunas de las novedades más interesantes; empezando por la que ha sido considerada por todos como la reforma estrella: La de la **responsabilidad de las personas jurídicas**.

Tradicionalmente se había considerado que la autoría de un delito sólo podía ser atribuida a una persona física. A partir del día 23, las personas jurídicas (sociedades, fundaciones, asociaciones, etc) también podrán ser condenadas penalmente. Ello sin perjuicio de que (¡claro está!) también lo sean sus administradores de hecho o de Derecho. Y ello –la condena de la persona jurídica– aun cuando la persona física concreta que pudiera ser responsable de la acción no haya sido individualizada, no haya podido ser imputada o haya fallecido o haya rehuido la acción de la Justicia.

Se trata, como Vdes ven o intuyen, de una reforma compleja, con importantes problemas técnicos y prácticos.

Una reforma, debo decirlo enseguida, que ha sido estudiada en profundidad por D. Antonio Terrasa, Presidente de nuestro TSJB, aquí presente, en artículos y conferencias, que podrán ilustrar a quien interesare, con mayor solvencia que la que puedan tener mis palabras.

Lo que sí quiero decir por mi parte, modestamente, es que bastantes autores ponen en duda la necesidad y oportunidad de la reforma. Y como

botón de muestra de ello, en las Jornadas del Ministro a que antes he hecho referencia, uno de los ponentes, Magistrado de la Sala Segunda del TS, Don Julio Sánchez Melgar, tuvo una disertación cuyo título era el siguiente: “*¿Era necesaria la reforma en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas?*”.

Y ello se plantea por cuanto ya en el Código actual se establecen unas “consecuencias accesorias” para las personas jurídicas (art. 129) por la actuación de sus representados o administradores, medidas que, en realidad, eran o son verdaderas penas y que hacían innecesaria la nueva regulación.

Lo dicho está a salvo de que se haya pretendido –como apunta un autor– que tal nueva regulación –dice– sea una especie de “cajón de sastre” en el que puede ampararse toda aquella condena que no pueda llegar a probarse de otra manera.

Lo que sí me atrevo, por mi parte, a la vista de la nueva regulación y de sus problemas técnicos, es a dar un consejo al empresario medio y, desde luego, al gran empresario: El de que, vistos por donde van los tiros, debe cuidar mucho en su Empresa, y concretamente en los márgenes de actuación y de confianza de sus Gerentes, Directores o Administradores, de dejar bien claro –por escrito y firmado– lo que no se admite en la Empresa, estableciendo al efecto unos protocolos de Conductas no toleradas por la entidad y unas Auditorias internas que puedan prevenir y detectar actuaciones delictivas de parte de sus directivos o empleados.

Nótese que, en el fondo de esa nueva regulación, palpita la exigencia de que las Empresas han de extremar la vigilancia (el “in vigilando”) y que la carencia de esas medidas de prevención y detección, llegado el caso, serán determinantes de la responsabilidad de la sociedad y de la consiguiente pena.

- -

Y, enseguida, dando un salto, nos situamos en los **artículos 379 y ss del nuevo Código Penal referentes a los delitos contra la Seguridad Vial.**

Y nos introducimos en el tema con un ejemplo:

Celedonio se había comprado un coche deportivo Ferrari y, aprovechando las fiestas de Navidad, se decide a circular con él a velocidad superior a 160 Km/hora, por una carretera mallorquina que tiene limitada la velocidad a 80 Km/hora. O, si lo prefieren, a velocidad superior a los 100 Km/hora por una vía urbana que tiene limitación de velocidad a 40 Km/hora. No se produce, desde luego, accidente ni incidencia alguna. Salvo que la Guardia Civil le para y constata la infracción cometida. Según el nuevo artículo 379,

Celedonio debe ser condenado por su conducta a una pena de 3 a 6 meses de prisión o una multa de 6 a 12 meses o a TBC de 31 a 90 días y, también, claro está, a la privación del permiso de conducir por tiempo de 1 a 4 años. Pero, además –y en ello pongo el acento– podrá ser castigado con el decomiso del vehículo, el Ferrari, puesto que se considera el vehículo como “instrumento del delito” y queda sometido al régimen de “pérdida de los efectos con los que se haya preparado o ejecutado el delito doloso”.

Lo que equivale a decir que Celedonio –por no haber pisado más suavemente el acelerador– podrá verse afectado con la pérdida de la propiedad de su vehículo Ferrari.

Y debe advertirse enseguida a los amantes de la velocidad que pretendan cubrirse anticipadamente y, a título preventivo, decidan poner el vehículo a nombre de su madre o de su suegra para eludir tal decomiso, si llegare el caso, que el truco o invento no les funcionará, por cuanto el Código en otro artículo (el 127.3) dispone que “*Si por cualquier circunstancia no fuere posible el comiso de los bienes señalados, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho*”.

Y debemos recordar, además, y en ello hay que poner el acento, que tal decomiso está previsto no sólo para los delitos dolosos (como el del ejemplo) sino también para los delitos imprudentes que tengan señalada pena superior a 1 año; Novedad ésta, por cierto, que la doctrina ha calificado como sorprendente por dos razones: Una, por la propia redacción del precepto, que expresa que “*podrá acordarse el decomiso de los bienes o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito*”.

¡Y ya me dirán Vdes como puede prepararse un delito imprudente!!

Y, la otra, por la desproporción que tal medida de “decomiso” puede representar. (Piénsese en el caso de un vehículo de alta gama con el que un conductor despistado atropella a una anciana)

Confíemos en la prudencia del arbitrio judicial al que –menos mal– la Ley da merecido margen.

Otra materia afrontada por la reforma que, sin duda, interesa al ciudadano de a pie es la relativa a la **corrupción en la Administración Pública**.

Raro es, efectivamente, el día en el que los diarios de papel o los telediarios no dediquen espacios a hablar de temas de corrupción. Unos, porque ya están en sede judicial y otros, porque están en trance de denuncia o investigación por los propios medios de comunicación (que cumplen cierta-

mente una función esencial en una sociedad democrática).

Pues bien: el ingrediente o componente más frecuente de la corrupción es el delito de cohecho.

Decir “**cohecho**” –el ciudadano medio la sabe– equivale a decir “soborno” (y con ello todos nos entendemos).

Digamos enseguida que las novedades introducidas por la reforma en el delito de cohecho merecen ser calificadas como acertadas y satisfactorias por cuanto –mejorando la sistemática– la nueva regulación se adapta a la realidad. A la realidad de los cuatro supuestos o formas de cohecho que pueden darse que, por poco que reflexionemos, veremos que son los siguientes:

Soborno (dádiva, favor o retribución) de particular a la Autoridad o Funcionario Público para: 1.- Para que la Autoridad o el Funcionario hagan un acto contrario a los deberes de su cargo; 2.- Para que hagan un acto propio de su cargo; 3.- Para recompensar un acto ya hecho por la Autoridad o el Funcionario (lo que se denomina cohecho subsiguiente); y 4.- Dádiva o presente que se entrega a Autoridad o Funcionario público sin relación o vinculación alguna con un acto de éstos, sino simplemente en consideración a su cargo o función.

Este último supuesto es el que, hasta ahora, había ofrecido más discusión, llamado ahora **cohecho de facilitación**.

Porque, en rigor y en abstracto, se trata de hacer un regalo a cambio de nada.

No hace mucho una persona de cierta relevancia social y cultural me argumentaba: ¿o es que yo de lo mío no puedo hacer lo que quiera? ¿Por qué no he de poder yo regalar lo que quiera a quien quiera?

Pero, claro está, el legislador ha previsto, sensatamente, que con el “regalo, dádiva o retribución” a una Autoridad o funcionario público lo que realmente se pretende es tener a esa Autoridad o funcionario público en buena disposición o en predisposición favorable. O, más burdamente, lo que se pretende es *engrasar*, o *tener engrasada*, la actividad administrativa de la Autoridad o funcionario público.

Por eso se llama cohecho de facilitación.

Y, naturalmente, este cohecho está penado en la nueva regulación, como ya lo estaba en la que hoy, 1º de diciembre, está todavía vigente.

Y, así, se ha encargado de recordarlo el TS en su importante sentencia de 17 de mayo último, relativa al caso del Presidente de la Generalitat Valenciana Sr Camps y sus trajes.

Recordamos, al efecto, que en dicha causa el TS J de Valencia (concretamente su Sala de lo Civil y Penal) acordó el sobreseimiento libre de la causa, estimando que los hechos no eran constitutivos de delito, por entender que el artículo 426, todavía hoy vigente, exige para la existencia del delito que haya un nexo causal entre el regalo o dádiva que recibe la Autoridad o funcionario público y la realización por éste de algún acto propio de su función pública.

Pero el TS (estimando el recurso del Fiscal y de la Acusación Particular) ha rechazado tal interpretación y ha declarado que para la existencia de tal delito no es necesario en modo alguno que haya contraprestación alguna por parte de la Autoridad o funcionario público, sino que basta que la Autoridad o funcionario público acepte la dádiva o regalo de parte de un particular en consideración a su cargo.

Apoyándose para ello en razonamientos muy claros:

Por una lado, en que los delitos o regalos al Sr Camps y otras personas sólo pueden explicarse lógicamente si se considera que fueron entregados “en consideración a su función o cargo” porque es obvio que si dicha persona no hubiese desempeñado el cargo que ostenta, el particular no se hubiera dirigido a él ofertándole o entregándole la dádiva (los trajes).

Y, por otro lado, en que el “bien jurídico protegido” por el tipo (es decir, lo que el legislador trata de proteger o preservar) es, en rigor, la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en quien ejerce la función pública. Apariencia que queda lesionada –dice– “cuando el modo como se ejerce el cargo merece reproche en un Estado de Derecho”.

Y, así, el TS, por ello, acordó la devolución de la causa al Instructor para proseguir su tramitación.

Por último, para terminar esta fugaz aproximación a la regulación del cohecho en el nuevo Código, querría añadir algo que creo interesa mucho al “administrado”, es decir, al ciudadano de a pie: El particular (o sea, el sujeto activo de la acción), es decir quien ofrece, promete o entrega la dádiva, el favor o el regalo, ¡en los cuatro supuestos o modalidades referidas!, tiene señaladas las mismas penas de prisión y multa –exactamente las mismas– (que, en la reforma, por cierto, se han visto incrementadas) que la Autoridad o funcionario público que acepta, recibe o solicita esa dádiva, favor o regalo.

Con lo que queda claro que ha desaparecido el trato de favor –la atenuación de responsabilidad– que el actual Código (en su artículo 423.2) establece para el particular que no había tomado la iniciativa del soborno, sino que –como dice el texto legal– se había limitado a “atender las solicitudes de las Autoridades o funcionarios públicos”.

A partir del próximo día 23, recibirán el mismo trato penal tanto la Autoridad o funcionario público como el particular, con independencia de que la iniciativa haya partido de uno o de otro. Modificación que, por cierto, no parece muy razonable.

Se acercan las Navidades, Sres y Sras, y con ello las cestas de Navidad y los regalos de Navidad.

Pues bien, yo creo que, tanto para los que las hayan de regalar, como para los que las hayan de recibir, se impone que tengan en cuenta y recuerden lo expuesto.

Sin poder olvidar, desde luego, que la doctrina y el propio Tribunal Supremo (concretamente en la citada sentencia de 17 de mayo) dejan a salvo de toda sanción aquellos regalos que sean –dice– “adecuados a los usos sociales y proporcionados a las circunstancias”. Criterios de adecuación y proporcionalidad que constituyen “conceptos indeterminados”, para mí, y para muchos, difíciles de concretar.

Finalmente, añadir, por último, que la Ley al referirse exactamente a “dádiva”, “favor”, o “retribución” de cualquier clase abarca también los favores sexuales, que, por lo tanto, podrían servir de base de un delito de cohecho, si concurren los demás elementos del tipo.

- -

Otra materia –relacionada con la anterior– que tiene interés especial para el ciudadano medio, porque constituye una novedad del nuevo Código Penal, es la llamada “**corrupción entre particulares**”, a la que se refiere el nuevo artículo 286 bis.

Se trata –para adentrarnos en el tema enseguida– de las “comisiones o regalos” que los directivos, administradores o empleados de una empresa reciben, bajo mano, con ocasión de las operaciones comerciales que, en nombre de la misma, gestionan o realizan.

“Comisiones” camufladas de mil maneras y que, por ello, normalmente no son conocidas.

España, ahora, de acuerdo con una Directiva de la unión Europea de Diciembre de 2003, y una Decisión Marco titulada “Lucha contra la corrupción en el Sector Privado”, ha decidido sancionar tal práctica, con una pena de 6 meses a 4 años de prisión y multa del tanto al triple.

Y lo ha hecho siguiendo una pauta similar (más o menos) a la del delito de cohecho en el sector público. Por eso se llama vulgarmente cohecho entre particulares.

Ahora bien, en la Exposición de Motivos de la reforma se dice que este nuevo delito tiene por fin “salvaguardar en buen funcionamiento del mercado” y “en definitiva favorecer la libre competencia”.

Yo pienso que –más modestamente– la reforma pretende concretamente y directamente sancionar la deslealtad de los gerentes, administradores, directivos y empleados de una empresa respecto de la propia Empresa, respecto a la Empresa a la que sirven, y cuyos intereses tienen obligación de defender.

Ahora bien, hay que decir enseguida que el artículo en el que se sanciona tal conducta (art 228 bis) no es de fácil lectura para el ciudadano medio. Y, por ello, pienso, que unos ejemplos facilitarán la comprensión:

1º ejemplo.- Don Epifanio desea adquirir unos solares en una Urbanización cercana. Y, a tal fin, contacta con el gerente de la misma. Y..., en el tira y afloja de la negociación, Don Epifanio dice y propone al gerente que le obsequiará con un crucero al Caribe para él y su familia si se cierra el trato de compra por un precio X (precio que, por cierto, no difiere sensiblemente de los precios que rigen en la zona). Y el gerente acepta.

2º ejemplo.- El Administrador de una cadena de Supermercados solicita a un proveedor de carnes ¡para renovar el contrato! y no adjudicárselo a otra empresa cárnica de la competencia (que aspira a convertirse en proveedor de la carne a esa cadena de supermercados) una comisión del 10% de la facturación que se producirá durante el periodo del contrato ¡para su bolsillo particular!. Y así se cierra el trato.

En ambos casos, con el Código en la mano, sus protagonistas, Don Epifanio, el gerente inmobiliario y el administrador de la cadena de supermercados y el carnicero, han cometido el delito del nuevo artículo 286 bis.

Y, por cierto, lo han cometido –valga el inciso– por el mero hecho de concertar el acuerdo, independientemente de que, luego, el viaje al caribe o la comisión del 10% no llegaren a materializarse.

Y es que en el primer caso, el gerente de la urbanización que aceptó el viaje al Caribe incumplió su obligación de defender los intereses de la Empresa para la que trabaja, ya que su obligación es conseguir el mejor precio posible, y él es consciente de que Don Epifanio hubiere pagado por el solar un precio superior –superior, por lo menos, en el precio del crucero–. Y, sin embargo aceptó el viaje (anteponiendo así su interés personal al interés de la Empresa).

Y, en el segundo caso, el administrador de la Cadena de Supermercados, lógicamente tenía la obligación concertar el mejor contrato para comprar los

productos al mejor precio posible. Y, sin embargo, eludiendo a otra empresa competidora, optó por embolsillarse ese 10% que habría de haber exigido que fuera en beneficio de la Empresa.

Pues bien, dicho esto, con el telón de fondo de estos vulgares ejemplos, creo que podemos hacer una lectura “desmenuzada” –yo diría pedagógica– del referido artículo 286 bis. Ello nos permitirá saber lo que es delito y, por contra, lo que no es delito. De su lectura, resulta que: Comete el delito quien, al negociar con una Empresa la compra o la venta de mercancías o la contratación de servicios, paga, ofrece o promete a un directivo, a un administrador o a un empleado de tal Empresa un beneficio o ventaja “no justificado” con el objeto de que tal directivo, administrador o empleado “incumpliendo con sus obligaciones” le favorezca a él o un tercero frente a otros. Comete también delito el directivo, administrador o empleado que al negociar con quien sea la compra o la venta de mercancías o la contratación de servicios recibe, solicita o acepta un beneficio o ventaja “no justificado”, incumpliendo con sus obligaciones, con objeto de favorecer a quien le ha entregado el beneficio o la ventaja, o a un tercero, frente a otros.

Han observado Vdes la expresión “beneficio o ventaja no justificado” y la expresión “incumpliendo sus obligaciones”, que son las que textualmente emplea el Código. Son expresiones que a primera vista parecen oscurecer o complicar el sentido de lo que quiere decirse, pero que, en realidad, lo que hacen es matizar decisivamente lo que es delito, es decir, lo que constituye corrupción entre particulares.

Ni que decirse tiene, por lo demás, que éstas expresiones darán mucho juego en la interpretación y aplicación de este artículo y darán mucha cancha entre fiscales y abogados defensores al llegar el caso concreto, por la discusión de si las comisiones están o no están “justificadas” o si el gerente o administrador incumple o no “sus obligaciones”. y, por tanto, merecen, o no, una condena penal.

- -

Acabo, por fin, mi intervención con unas pinceladas sobre la **corrupción en el deporte** (materia que, novedosamente, también ha sido objeto de tratamiento en el nuevo Código).

En efecto, el Código prevé el castigo de los directivos, administradores, empleados y colaboradores de una entidad deportiva y, además, de los deportistas, árbitros y jueces que lleven a cabo cualquiera de las conductas a que nos acabamos de referir al hablar de la corrupción entre particulares, pero que tengan por finalidad predeterminar o alterar –de manera deliberada

o fraudulenta– el resultado de una prueba, encuentro o competición profesional.

Digamos, ante todo, enseguida –para desbrozar el camino– que la regulación que comentamos no se refiere en absoluto al **dopaje**, es decir, al caso del deportista que, por iniciativa propia, se dopa tomando sustancias prohibidas con el fin de obtener una ventaja deportiva o una ventaja económica si el resultado se asocia a un determinado premio.

Para que se dé el delito que ahora tratamos se requiere una dualidad de personas: Una que promete, ofrece o entrega, y otra que solicita, acepta o recibe.

Se ha de tratar, además, de una competición o encuentro profesional (con lo que quedan excluidas las competiciones amateur).

Por lo demás, este delito presenta las siguientes características (esquemáticamente expuestas):

1.- Se consuma por el mero hecho de efectuar la proposición corruptora (aunque ésta no sea aceptada; y aunque, luego, no se lleve a cabo la conducta que el proponente deseaba o proponía).

2.- No está penada la llamada corrupción de recompensa (por actos ya realizados)

3.- No están penados los regalos que se hagan en consideración “a su cargo o función”.

4.- La problemática está, pues, en concretar cuándo efectivamente “se predetermina el resultado de una prueba, encuentro o competición”, que es lo que el Código exige.

Al efecto, pueden surgir dudas y preguntas.

Yo me he permitido hacer a Vdes tres preguntas –que no voy a contestar– porque con lo dicho –pienso– tienen Vdes elementos suficientes para acertar en su contestación. Son las siguientes:

1ª pregunta.- *¿Será delito la conducta de quien paga al jugador “estrella” del equipo contrario para que simule una lesión antes del encuentro y no dispute el partido o para que insulte al arbitro (forzando así su expulsión, dejando en inferioridad numérica a su equipo)?.*

2ª pregunta.- *¿Existirá delito si el árbitro que ha aceptado el soborno no llega a perjudicar a ninguno de los equipos o deportistas que disputan el partido, por cuanto el equipo que se desea que gane va ganando lícitamente, de modo que no es necesario que el árbitro intervenga fraudulentamente “enderezando” el resultado?.*

3ª pregunta.- *Imaginemos un club deportivo que se dedica a hacer valiosos regalos a un grupo de árbitros internacionales que habitualmente suelen ser designados para el arbitraje de partidos importantes. Son, diríamos, la élite del arbitraje, aunque ninguno de ellos está designado para el arbitraje de partidos en los que participa el referido Club. La pregunta es: ¿Será punible tal conducta para el Club que ofrece aquellos regalos y para los árbitros que los aceptan, habida cuenta de que, evidentemente, se trata de regalos hechos en consideración a su función?*

Entiendo –repito– que, con lo antes dicho, cualquiera de Vdes, incluido el más profano, tiene elementos para contestar acertadamente.

Y, en otro caso, si dudan en alguna respuesta, participarán de la incertidumbre que conlleva la aplicación del Derecho a los que estamos metidos en esa tarea.

Y, con ello, y deseándoles el mejor acierto, y una felices navidades, les agradezco la atención que me han prestado.

Muchas gracias.

V.- SESIÓN NECROLÓGICA EN MEMORIA DEL ACADÉMICO DE NÚMERO DON RAIMUNDO CLAR GARAU

En la sesión académica celebrada en recuerdo del Académico e insigne jurista Raimundo Clar Garau, glosaron su figura, ante el numerosísimo público asistente, dos Académicos que le habían conocido ampliamente, compartiendo con él muchas singladuras de su vida.

En primer lugar, Rafael Gil Mendoza –lamentablemente ya fallecido– contó al público su conocimiento del homenajeado desde los lejanos tiempos en que ambos prepararon oposiciones, coincidiendo después –al cabo de no mucho tiempo– ambos al frente de sus respectivas Notarías de Palma; destacando, entre muchas otras cuestiones, el profundo amor de Raimundo Clar por nuestra tierra y nuestro Derecho, al cual dedicó su último libro publicado: “Derecho foral de Mallorca”.

Bartolomé Sitjar expuso particularmente la trayectoria política de Raimundo Clar, ya que éste fue uno de los profesionales con vocación de servicio, que no dudaron en dejar sus habituales ocupaciones para hacer posible la transición política. Y, especialmente, puso de relieve el gran sentido de la amistad de Raimundo Clar, volcado siempre en la ayuda a los demás y convertido en un consultor –no solamente jurídico, sino también personal y familiar– para el ingente número de sus amigos y conocidos.

Para el Boletín de nuestra Academia es una satisfacción insertar a continuación los dos discursos que se leyeron en este sentido acto de homenaje.

1. Intervención de Don Rafael Gil Mendoza

Conocí a Raimundo en Santanyi. Raimundo y su hermano Pepe Rafael, junto con Miguel Nigorra, estaban allí preparando oposiciones a notarias con el notario de Santanyi Jose Julio Barrenechea.

Yo estaba entonces en Valencia, también preparando esas oposiciones y la verdad es que me encontraba desconcertado. Entonces, un día, mi padre me informó: en Santanyi hay un notario que esta preparando a los hermanos Clar y a Miguel Nigorra ¿Qué te parece si hablara con él y te trasladaras a Mallorca?.

Así que me instalé en Santanyi, en una pensión singular, la Pension Martinez “de Maria Bonet” y mi nuevo director me ordenó que preparase tres temas para hacerme un control. Puse todo mi esfuerzo y llegó la hora de ese control. No me dejo acabar: a medio tema me paró y de forma agria me dijo: “Con esos temas no aprobaras en la vida. Tienes que empezar desde el principio o dejarlo”. Me cayó el alma a los pies: había perdido un año de mi vida juvenil para nada y estuve a punto de mandarlo todo a freir gárgaras.

Y ahí aparece Mundo en mi vida. Le conocía muy escasamente, como nos conocíamos todos en Palma, pero no recuerdo haber compartido antes amistad con él. Nos encontramos en el comedor de aquella pensión singular que era la “Pension Martinez de Maria Bonet” y entre las sopas, los rabanitos y el sifón helado sin malla protectora que amenazaba explotar encima de la mesa, expuse a Mundo y a Pepe Rafael mi estado de ánimo, mi desmoralización, mi tentación de abandonar. Y aquel día aquellos compañeros de fatigas a quienes prácticamente no conocía, me dijeron: “Ni lo pienses, continua. No es tan fiero el león... ni el preparador Barrenechea. Y ahora, cuando acabemos de comer, nos vamos a casa y te damos todos los temas y trabajos que quieras para que te pongas pronto al día.”. La generosidad y el compañerismo que me dieron los hermanos Clar en aquel momento supuso un cambio en mi vida. Hay que saber que “los temas” eran un tesoro para el opositor. Que un opositor es un sujeto que compite con otros tantos opositores ya que las plazas son limitadas, muy limitadas en nuestro caso, y que ofrecer graciosamente ese “tesoro” a alguien que puede ser tu competencia no sólo no es frecuente sino que, al contrario, es una acto propio solamente de personas con una calidad humana, con una generosidad y con una hombría de bien fuera de lo corriente. Así descubrí a Raimundo Clar, también a Pepe Rafael, así supe quien era y desde aquel momento me entregué plenamente a su amistad y a su confianza. Una amistad y una confianza que he mantenido toda nuestra vida.

Raimundo estaba preparando para las oposiciones que iban a celebrarse en Madrid. Pepe Rafael, Miguel Nigorra y yo pensábamos en las siguientes, en las que previsiblemente se celebrarían en Barcelona. Y allí estábamos un día y otro día metidos entre cuatro paredes, Raimundo y Pepe Rafael en su casa alquilada y yo en la inefable Pension Martinez, a donde ambos acudían a la hora de comer y de cenar. Aquellas comidas y cenas eran de tercera regional y es sorprendente que Raimundo, con su conocida sensibilidad gastronómica, pudiera conllevarlas sin perecer. Aparecía el mentado Martinez, marido de Na Maria Bonet, sin afeitado, oliendo a sudor y a coñac, sirviéndonos sendos platos de sopa y transportándolos con su dedo pulgar introducido en el cálido manjar. Nos situaba los platos rebosando aquella sopa de contenido indefinido, en la que solían flotar unas patatas y unos fideos, frente a nuestras narices y seguidamente colocaba el sifón helado sin malla protectora sobre la mesa. Yo le decía: “Martinez este trasto un día nos va a explotar”. Y él contestaba: “Don Rafaelito ¿tiene miedo a morirse?”. “Hombre Martinez, respondía yo, ¿De un sifonazo? No resulta muy heroico que digamos”. Martinez era un hombre amargado. Guardia Civil de profesión y de sentimiento había sido expulsado del Cuerpo después de la guerra civil por haber sido leal al juramento prestado a la República. Hombre de vocación, ahogaba sus penas y frustraciones en el alcohol, en el abandono de su aseo personal y en su mujer “Na Maria Bonet”, una madona mallorquina de rompe y rasga que, en verano, se lavaba los brazos hasta los codos y decía: “Me rentat fins els colsos y me trop mes be ...”. Martinez ni eso. En fin, años cincuenta de esta Mallorca profunda que nuestros jóvenes desconocen, para bien de todos.

Aquella pensión me recuerda a los personajes del Cela de “La Colmena”. Lo comentábamos Mundo y yo muchos años después y recordábamos anécdotas como la siguiente: En la mesa ovalada en la que comíamos aparecía de cuando en cuando una persona extraña a nuestro grupo, un viajante de comercio, un vendedor de productos de perfumería, etc. Y frecuentemente un dentista. En cierta ocasión y mientras estábamos ante la sopa de patatas y fideos, se presentó un hombre con la mano en la boca todavía sangrante y gritando como podía: “S´equivocat”, “S´equivocat” gritaba al dentista. “¿De que me equivocato, tros de banc?” Contestó el dentista. “Ma rebasat es quixal bo y ma dexat es corcat!!!!”. Y muy enfadado el dentista responde: “¿Qué no te donaves, beneit, de que t’estiraba allá a on no tocava”. Au, ves, ves. Y se fue. Mundo, Pepe Rafael y yo reíamos recordando estas y otras anécdotas de aquella fonda de Maria Bonet.

Después de cenar íbamos a descansar de nuestros esfuerzos intelectuales al café de Perico, donde Perico Pomar, periodista y pianista consumado, nos amenizaba la velada con su música, contábamos cuatro anécdotas y luego a dormir pronto para estar frescos al siguiente día y poder seguir aporreando los temas.

Los fines de semana mi padre venía a buscarnos a mi y a los hermanos Clar y nos trasladaba a Palma a pasar el domingo en casa. Normalmente regresábamos a Santany en el tren el mismo domingo para ponernos en marcha el lunes a primera hora.

Una vez convencido de que el camino era el correcto y la preparación la adecuada, gracias al apoyo de Raimundo y también de Pepe Rafael y Miguel Nigorra, así como del exigente preparador, los días iban transcurriendo en Santany lentamente en el presente y rápidamente en el pasado, y aquel pequeño grupo de estudiantes, con su rutinario esfuerzo, los pasaba con la vista puesta en las oposiciones, memorizando los temas, “cantando los temas”, soñando con los temas ... Hoy parece que esto que les cuento fue ayer. Pero no, no fue ayer fue hace más de cincuenta y cinco años.

No recuerdo el día en que Raimundo se marchó a Madrid para examinarse pero si recuerdo la alegría con que recibimos el resultado. Mundo había aprobado. Y era Notario. Una alegría que acompañaba cierta envidia ya que Pepe Rafael, Miguel Nigorra y yo debíamos continuar al pie del cañón, recitando temas y compartiendo breves momentos de asueto en el café de Perico, en la rebotica de Bernad Vidal o en la playa de Cala Santany. Todo ello desaparecido en esa Mallorca sumergida de la que nos habla Jose Carlos Llop, porque todos tenemos de algún modo una Mallorca sumergida. La Mallorca de nuestra juventud y de nuestras nostalgias.

A Raimundo le destinaron a Gérgal, en Almería. Nuestro preparador B arreñechea marchó a Madrid a preparar oposiciones restringidas, Miguel Nigorra y yo nos fuimos con él y, con todo ello, el grupo inicial se disgregó y Raimundo y yo dejamos de vernos durante una larga temporada.

Yo ingresé en Barcelona y me destinaron a Esplugas de Francolí, en Tarragona. Mundo, estaba en Belvis de la Jara. Se casó en 1959 con Delia y yo me case al siguiente año con Toñita. Mundo y Delia tuvieron su primer hijo al siguiente año y nosotros un año después. Pero nuestros destinos profesionales sólo nos separaron geográficamente. No en nuestros sentimientos y ni en nuestros recuerdos.

Durante unos dieciséis años nuestra relación estuvo un tanto difuminada. Mundo, servía aquella pequeña notaría en Belvis de la Jara y al mismo tiempo en Madrid ejerció de Profesor Ayudante en la Cátedra de Don Federico de Castro y Bravo, conocido civilista, al tiempo que preparaba a varios opositores, entre ellos a Jose Maria Feliu que también fue notario en Palma. Más tarde se trasladó a Lalin, en Galicia, pero ya con la determinación de dedicarse plenamente a preparar unas nuevas oposiciones que ganó y en las que obtuvo la notaría de Avila, plaza de primera. Yo, también tras otras oposiciones había ido a parar a Onteniente, en la provincia de Valencia, y, más

tarde, a Málaga, ciudad bella y luminosa, a donde me trasladé en 1.970. En ese mismo año 1970 Raimundo Clar consiguió llegar a Palma de Mallorca y ocupó la notaría que había sido de su padre Don Jose Clar. Fue pura casualidad el hecho de que la plaza vacante que Mundo obtuvo en aquel concurso fuera la de su padre, cuyo protocolo siguió conservando. Mucha gente creía que la notaria se “heredaba” y que por ese motivo Mundo sucedió a su padre Don José. Eso no era así. En el sistema español no hay cesión ni traspaso ni herencia de notarías, al revés de lo que sucede en otros países como Francia. La sucesión de Mundo en la notaria de su padre fue una pura y felicísima coincidencia de la que Mundo siempre estuvo orgulloso.

En mi destino de Málaga mi familia y yo pasamos unos cinco años y cada día se me hacía más difícil y lejano volver a Palma para integrarme en el Notariado insular. Pero apareció la oportunidad, la posibilidad de concursar a una notaria en Palma de Mallorca con muchas probabilidades de obtener la plaza. Me había costado mucho consolidar una oficina notarial en Málaga y volver a empezar en Palma, aunque era nuestra casa y allí estaba nuestra familia, me daba cierto temor después de tanto tiempo alejados de amistades y de la propia historia y desarrollo de la ciudad.

Llamé a Mundo y le expuse mis inquietudes. Una cosa era ir de nuevo a Mallorca, cerca de nuestras familias, de nuestros recuerdos juveniles, de nuestra tierra y otra tener que volver a empezar a trabajar en medio de una sociedad que prácticamente no me conocía en absoluto o muy poco y que además en aquellos momentos estaba sufriendo una crisis inmobiliaria. Mundo, como siempre, me animó, “no te preocupes” me dijo, “hay trabajo para todos y te ayudaremos en cuanto haga falta”. “Vente”. Él fue una vez más, quien me ayudó a tomar una decisión importante, una decisión que no sólo me afectaba a mi profesionalmente sino a toda la familia, en particular a mis hijos ya cada día más integrados y adaptados al medio en que vivían en la ciudad de Málaga. Pero las palabras y aliento que Mundo me dio me ayudaron a tomar la decisión y nos trasladamos a Palma para abrir el despacho en enero de 1.975.

Ya he dicho el apoyo que en todos los sentidos me dispensó Mundo, un apoyo desinteresado y generoso. Debo también citar aquí a mi gran amigo Miguel Nigorra, compañero de fatigas y hoy Registrador de la Propiedad, quien, desde el primer momento, me ofreció su colaboración comenzando por cederme gratuitamente el local donde estuvo instalada mi notaria durante los dos primeros años de nuestra llegada.

Raimundo ya era en Palma una persona muy conocida y prestigiada. Continuó con su dedicación universitaria y, tras la jubilación de Jose Maria Lafuente, se hizo cargo de la cátedra de Derecho Mercantil en la Escuela

Universitaria de Empresariales de la U.I.B. al tiempo que continuaba con su labor creativa del Derecho participando activamente en el estudio del Derecho Especial de Baleares mediante publicaciones en distintos medios como la Revista de Derecho Privado, en las jornadas de Derecho Foral en honor de Don Felix Pons Marques, conferencias en Madrid sobre el régimen de separación de bienes, discurso de apertura del año judicial de 1.977, conferencias en el Colegio Notarial de Baleares, etc. En aquellos tiempos Raimundo era el Decano del Colegio Notarial y, poco más tarde, yo entré en la Junta como Secretario. Si nuestra amistad juvenil era sólida más lo fue a partir de ese reencuentro y esa colaboración profesional. Pero España andaba revuelta. Se veía llegar un cambio político trascendental y un sentimiento social que oscilaba entre la ilusión de la libertad y el temor a la violencia y al desorden que se podía producir a la muerte del General Franco.

Mundo estaba convencido de que hacia falta en Mallorca una fuerza política democrática, centrista y moderada capaz de conciliar los distintos intereses y, lo que es más difícil, las pasiones políticas a las que tan predispuesto ha estado siempre nuestro país.

Los grupos más activos, como siempre, eran los de izquierdas mientras que desde el centro democrático, socialmente mayoritario, no había iniciativas. Los grupos de izquierdas eran muchos y variados unos más radicales otros mas moderados.

Mundo me hablaba de su inquietud y de su decisión de tomar iniciativas para aglutinar a las personas que, en un amplio abanico ideológico, podían compartir los mismos objetivos.

Con su prestigio y personalidad no le fue difícil reunir a un grupo bastante amplio. Yo, que venía de una ciudad como Málaga donde la inquietud era más sentida que en Mallorca, esta Mallorca un tanto dormida entre el turismo y el desarrollo económico, me uní rápidamente al proyecto promovido por Raimundo. Eramos unas veinte personas y empezamos a reunirnos en el despacho de Mundo para comentar los acontecimientos, tomar iniciativas y establecer con claridad aquellos principios democráticos que nos unían y los principios en los que debíamos basar nuestra inquietud política. Así nació la que llamamos Concurrencia Democrática Balear, CODEBA. No voy a hablarles mucho de esta etapa porque creo que Tomeu Sitjar va a hacerlo, pero si a decirles que Mundo se puso a tirar del carro con todas sus fuerzas, renunciando al descanso, después de las largas jornadas de su trabajo profesional, y con generoso sacrificio personal. Aquella Codeba empezó a tomar fuerza y aunar voluntades, se fueron uniendo más personas, y tiempo después se incorporo al que se llamo PARTIDO POPULAR de

AREILZA que celebró aquí un concurrido acto de presentación en el Pueblo Español, lleno hasta los topes. Más tarde, no sin ciertas reservas y opiniones varias, discusiones y debates, nos incorporamos al proyecto nacional de la U.C.D.

Durante aquella etapa de inquietudes y de ilusiones nos reuníamos con frecuencia con sectores de la izquierda local y nacieron afectos personales y comprensión, concordia y diálogo, colaboración y entendimiento que no estaba reñido con ciertos enfrentamientos dialécticos en aquellas mesas redondas en las que el centro derecha tenía que enfrentarse a un montón de partidos de la izquierda, desde los más radicales a los más moderados y en las que recuerdo alguna ocasión en la que Mundo me encargó asistir a alguna de ellas y recibir las tarascadas de aquella extensa y plural izquierda hasta el punto de que, apiadándose de mi, salía en mi ayuda Toni Tarabini.

Después de la aprobación de la ley de reforma política, por referéndum nacional muy mayoritario, se convocaron elecciones y Mundo, fiel a su honroso objetivo de colaborar en la concordia nacional, renunció al cargo de Decano del Colegio, dejó su notaría y se presentó como diputado por Baleares de U.C.D. en aquellas primeras elecciones nacionales. Me consta que para tomar esta decisión tuvo que renunciar temporalmente a algo más que a su familia y a su profesión, a la que tanto amaba, a sus intereses personales y profesionales y, además, vencer los muchos momentos de tristeza y decepción que le causaron las luchas y agresiones políticas, algunas de una bajeza que sólo la política es capaz de proporcionar con la colaboración de esos personajes nefastos que pululan alrededor de la política y que utilizan su poder en otros ámbitos para perseguir a sus adversarios. Esto no sólo no ha sido superado sino que se ha multiplicado en estos tiempos, pero esta es otra Historia.

A pesar de todo ello Mundo marchó a Madrid a ejercer su cargo de Diputado constituyente por Baleares por UCD, que había ganado las elecciones y que lideró un cambio político en España entre la concordia, la paz y el entendimiento entre todas las fuerzas políticas de aquel momento, mucho más sensatas que las actuales. Me consta que, con todas las dificultades y sinsabores que se quiera, Mundo disfrutó de aquel periodo de su vida. Presidió la Comisión de Cultura— ya había ostentado cargo similar en el primer Consell Insular de la Preautonomía— y se sintió parte de aquel proyecto de Transición en paz y libertad que compartió con otros representantes mallorquines que gozaron de su amistad y comprobaron su hombría de bien.

Al concluir esta etapa Mundo se reincorporó a su notaria y a su trabajo con la misma dedicación y profesionalidad de siempre. Esta dedicación

política había supuesto para él y para muchos como él, gastos y quebrantos económicos, y tenía que volver a su trabajo y al ejercicio de su profesión. Había cumplido con su deber como ciudadano. Y se encontraba en paz consigo mismo y con sus conciudadanos. Pero no por ello abandonó su labor de jurista y fue miembro de la Comisión de Juristas que elaboró el anteproyecto de la Compilación de D^o Foral de 1.990 y sucesivamente en las diferentes Comisiones para su modificación. Y también ocupó cargos de relevancia social: Consejero del Banco de Crédito Balear, Presidente de la Comisión que elaboró la documentación para la canonización de Ramón Llull, Presidente del antiguo Circulo Mallorquín y, dada su afición al buen comer, presidente de la Academia de la Cuina i del vi de Mallorca.

No abandonó sus estudios del Derecho especial de Mallorca y años más tarde publicó un pequeño tratado sobre las especialidades de nuestro Derecho civil con el fin de facilitar su conocimiento por los estudiantes de Derecho y fomentar el interés por su estudio y difusión. Tituló este trabajo “El Derecho Foral de Mallorca”, que prologó la Catedrática de la UIB Maria Pilar Ferrer Vanrell, Catedrática de Derecho Civil. En la introducción expone Raimundo Clar su concepto de lo que se han llamado señas de identidad, como aquellas características que singularizan a un pueblo dentro de un conjunto y considera muy importantes en Mallorca la insularidad, que al fin y al cabo se comparte con otras islas de nuestro archipiélago y del canario y, fundamentalmente el Derecho propio y que, expone, es la única señal externa que nos singulariza y que no compartimos con nadie. Y se queja de que a pesar de ello nuestro Derecho Civil especial ha sido la cenicienta descuidada y olvidada por el pueblo y hasta por los poderes públicos. Recuerda que muchos autores se han quejado de este abandono y que cuando se publicó la Compilación de Derecho Civil de Baleares en 1.990 el Gobierno español presentó un recurso de inconstitucionalidad contra dos artículos de la misma sin que ello inquietara lo más mínimo ni a la prensa, ni a los propios juristas a través de revistas y libros especializados.

Su amor al Derecho Foral de Mallorca fue el motivo de este trabajo, realizado ya en su última época de jubilado, para extender su conocimiento y su difusión que no se dirige preferentemente a los profesionales sino a la gente en general y a los jóvenes estudiantes en particular, facilitando su lenguaje y el conocimiento básico del Derecho mallorquín, sin por ello renunciar ni al rigor ni a la amenidad. Me consta que Delia le ayudó mucho pasando al ordenador este trabajo jurídico a pesar de ser ajena al Derecho.

Durante nuestras vidas compartimos no sólo una profesión sino una amistad clara y sincera, muchos momentos en lo profesional pero también muchos otros familiares y de ocio, nos veíamos con bastante frecuencia y viajamos juntos en alguna ocasión. Recuerdo especialmente aquella en la que

fuimos a Praga con los Sanguino, los Sitjar y los Ques con quienes nos seguimos reuniendo puntualmente todos los meses durante más de diez años. Tantas y tantas cosas que ahora vienen a mi recuerdo con cariño, con nostalgia y con orgullo de haber sido amigo de aquel hombre cabal, representante de la mejor mallorquinidad y ejemplo para muchos, que fue Raimundo Clar Garau.

2. Intervención de Don Bartolomé Sitjar Burguera

Amigos:

Hablar de un amigo con justicia y equidad no es tarea fácil, dificultad que se acrecienta cuando el amigo ha fallecido. Seguir recordando a Raimundo Clar después de la espléndida y exhaustiva semblanza del Académico Rafael Gil es una temeridad. Intentaré esbozar varias de las múltiples actividades extra notariales llevadas a cabo con profesionalidad, y dedicación durante su vida exitosa.

Conocí a Mundo, en Santanyí de forma superficial cuando preparaba oposiciones en la Escuela Notarial de Santanyí, pero su tiempo libre era escaso. En realidad, conocí a Mundo cuando en el año 1970 –recién llegado a Palma– fue nombrado Consejero del Banco de Crédito Balear. En aquellas fechas yo era Presidente del Banco Agrícola de Pollensa y Consejero de la urbanización de Santa Ponsa, entidades propiedad del Crédito Balear. Estábamos en la misma casa pero en empresas distintas. Nuestra relación fue más frecuente cuando a los dos años fui nombrado Consejero del Crédito Balear y compartimos mesa. Estábamos frente a frente (en el libro del Centenario del Banco –año 1972– hay una foto de la mesa del Consejo en donde se percibe la seriedad notarial de Mundo en contraste con mi aspecto de abogado batallador con un traje a grandes rayas y unas patillas progres al uso). Se notaba ya la diferencia de ser y estar, pero ello no fue obstáculo para cimentar nuestra amistad.

El Crédito Balear disfrutó de sus certeros consejos, advertencias y opiniones durante siete años, ya que fiel a sus principios, y ante la decisión de presentarse a las elecciones generales dimitió el 27 de mayo de 1977.

Recuerdo de aquellos años la sensatez y la claridad con que trataba los temas que merecía el respeto de todo el Consejo, respeto que se agigantó al dimitir por su dedicación política, en contraste con la costumbre –incluso en aquellas fechas– de solicitar un Consejo en cuanto se era elegido.

Mientras –en el año 1975-1976– vivimos juntamente con otros amigos –algunos aquí presentes– una apasionada aventura política, digo apasionada por la satisfacción que nos dio y lo visionaria que se calificó en aquel momento. Me refiero, naturalmente a Codeba (Concurrencia Democrática Balear) y al frente de este grupo estaba Raimundo Clar con la vitalidad de sus cuarenta y cuatro años y la experiencia y sabiduría acumulada en sus años de estudio y profesión.

Intentamos aglutinar un centro derecha a partir de un grupo de profesionales que estuvieran o no afiliados a algún partido, aportaban su tiempo y experiencia de forma desinteresada y como dijo Mundo, en su presentación “Creemos ser potencialmente representativos del mallorquín medio, amante de la libertad y moderado en sus planteamientos, Codeba, decía, es un acto de fe en los valores que han hecho posible Europa. Es un acto de fe en la democracia.”

Recomiendo a los actuales políticos la extensa entrevista realizada a Raimundo en el Diario de Mallorca el 6 de agosto de 1976. Es un tratado de seny en momentos turbulentos.

La operación Codeba fue considerada en términos progresistas de semiclandestina. Hacía unos meses que había fallecido Franco, el Poncio reinante en Baleares se llamaba Carlos y para reunirse más de veinte personas había que pedir autorización. Así que después de varios meses de conversaciones, nos reunimos dieciocho –había que someterse al imperativo legal, y en el Restaurante La Broche– de buen comer y mejor catar– y decidimos constituir una Asociación de acuerdo con la Ley de 1964. Después, pasamos nueve meses de captación de socios y trabajos (aún conservo el esquema de distribución de trabajos y los anuncios periodísticos y los recibos de 2403 y 2711 pesetas según el periódico) en los que pedíamos la asistencia a la manifestación “pro amnistía”. (Nunca nos planteamos que actualmente los descendientes de aquellos para los que pedíamos la amnistía saldrían a la calle solicitando la derogación de la misma) Esta es la memoria histórica. A propuesta del antiguo PP de Madrid de Pío Cabanellas aquel Ministro que decía que hemos ganado –pero no sabemos quien– llegó el momento de dejar Codeba como Asociación de Estudios y afiliarse al partido político. Yo ya estaba afiliado a otro y no hice el traslado.

Hay que reconocer la importancia de aquel grupo, que fue la llamada a toda la gente que contemplaba con preocupación la realidad política del momento.

Desde el pase de la mayoría al PP de D. Pío nuestros caminos políticos se bifurcaron hasta que nos volvimos a encontrar en UCD, con una diferencia: Mundo con gran entusiasmo e ilusión, yo con resignación, entre otras razones,

por no entender aquel coctel ideológico en un partido político. Tengo que resaltar la paciencia y tranquilidad de Mundo la noche de las listas electorales. Su despacho invadido por una marabunta ebria de poder, con trampas y zancadillas por doquier y Mundo atendiendo a todos inmutable haciendo su trabajo de director de orquesta desafinada intentando darle tono y apagando fuegos.

Y una vez más, el “seny” la entrega, el liderazgo y la paciencia de Mundo llevaron al triunfo a UCD en estas islas.

Durante esta legislatura fue Presidente de la Comisión de Cultura del Congreso de Diputados y primer Conseller de Cultura del Consell General Interinsular dejando la marca de su buen hacer.

Y ya en 1979 al disolverse las Cortes deja la política legislativa siguiendo como Conseller de Cultura y militante de referencia hasta la disolución de UCD y se concentra en su actividad profesional sin dejar de seguir sirviendo a la sociedad en la dedicación universitaria y jurídica expuesta por Rafael Gil, como Presidente del Círculo Mallorquín, como Secretario perpetuo de la Academia de la Cuina i el Vi de Mallorca— una de sus grandes debilidades y de la que siempre hablaba con entusiasmo y en cuanta actividad se solicitaba su colaboración. El completaba su profesionalidad con ser un buen gourmet y un bon vivant. Era un gran conversador, durante años mensualmente compartimos mesa cinco matrimonios amigos combinando la buena mesa y la mejor charla.

La pregunta es ¿De dónde sacaba el tiempo para dedicarse a su profesión, a cuanto pudiera ayudar a la sociedad, política, económica y social, disfrutar de los amigos y de la vida? A su gusto por el buen yantar se unía el de viajar (compartí con él varios viajes familiares) y aún le restaba tiempo para su gran debilidad; su familia. Sobre todas estas actividades siempre predominaba el disfrute familiar, cualidad que también trascendía ya que en su día fue elegido Presidente de la Federación Católica de Asociaciones de Padres de Alumnos.

Él fue todo esto y mucho más. Es justo destacar el de “Consultor”. A él acudían amigos y clientes para clarificar sus dudas, no sólo jurídicas sino también personales y familiares. Su consejo fue siempre atendido y agradecido. Incluso después de jubilarse siguió con esta ayuda. Sustituyó con gran generosidad la cada día más menguada actividad de los confesionarios.

Mis relaciones personales a lo largo de cuarenta años —aparte de las profesionales— siguieron como miembros de esta Academia a la que dedicó todo su saber incluso durante su enfermedad haciendo llegar sus sugerencias a las Comisiones pertinentes. Reconozco la existencia de una incidencia

especial el año pasado. Durante unos meses lo visitaba algunos martes por la tarde. Nuestras largas conversaciones sobre la vida; derecho, política, sociedad, deportes, chascarrillos incluidos, eran interesantes, provechosas y gratificantes. Me atrevo a decir que en aquellas charlas mano a mano conocí más a Mundo que durante estos cuarenta años ya que mi relación no había sido lo intensa que se merecía. Mi sensación era contradictoria, por una parte me alegraba de este conocimiento más profundo del amigo, por otro me entristecía no haberlo hecho antes. Me sorprendía su claridad y profundidad de ideas, el interés por todo lo que pasaba, incluso ante la vida en aquellos momentos difíciles. Su serenidad era ejemplar.

En las últimas –visitas unos meses antes de fallecer– resumaba espiritualidad y resignación. En todos los comentarios quedaba patente su ética de la vida y su dignidad ante ella. La última tarde que charlé con él, vi engrandecer a este gran hombre que fue nuestro amigo Mundo y me recordó al padre de unos buenos amigos, cuyas cualidades jurídicas, políticas y religiosas coincidían con las de nuestro Académico. Me refiero al jurista y político D. Antonio Garrigues y Díaz Cañabate, quien en plena senectud, meses antes de morir escribió un poema titulado “Verla llegar” del que no me resisto a leer el último párrafo:

“Amigos, los que estéis conmigo
cuando se acerque la muerte,
porque ella es también amiga,
no la toquéis, os lo ruego
que ha llegado su momento
con su fuerza y su misterio,
pedirle que me respete
en mi dignidad y mi fuero,
porque ella es muy respetable
y yo quiero su respeto”.

Espero que también respetara a Mundo, en su momento y lo que es seguro es que Mundo tendrá siempre nuestro recuerdo y agradecimiento. Y tú Delia, gracias por habérselo prestado tantas horas y tantos días.

VI.- SESIÓN NECROLÓGICA EN MEMORIA DEL ACADÉMICO DE NÚMERO DON FÉLIX PONS IRAZAZÁBAL

La preceptiva sesión necrológica en recuerdo y homenaje al Académico Félix Pons Irazazabal se celebró el 23 de Octubre de 2010, en una Sala de Actos del Colegio de Abogados llena a rebosar.

El Presidente de la Academia Miquel Masot inició el acto recordando las palabras de Hans Sachs en el final de Los Maestros Cantores de Nuremberg expresivas de “honrad a los maestros y venerad su imagen”. Y, precisamente, –añadió el Presidente– hemos venido aquí a honrar a quien, sin dejar de lado su modestia y humildad, fue un verdadero maestro. Un maestro del Derecho, de la abogacía y de la política; pero, y ello es lo que demuestra la auténtica dimensión del personaje, también lo fue como persona. Y, a continuación, José Zaforteza Calvet, Tomás Mir de la Fuente, Antonio Coll Alonso y Fernando Ledesma Bartret hablaron, respectivamente, de Felix Pons el hombre, el jurista, el abogado y el político.

Intervenciones todas ellas magníficas, profundas y sentidas. Se recogen a continuación, lamentando, tan solo, no poder ofrecer la del compañero de despacho de Félix, Antonio Coll Alonso, porque fue tan genial como improvisada.

Días después de celebrarse la sesión académica, se decía en un periódico de Palma que “el homenaje fue un éxito, tanto desde el punto de vista de su contenido formal, como del fondo de cada una de las intervenciones, documentadas todas ellas por la experiencia personal y directa que sobre la personalidad homenajeada tenían cada uno de los intervinientes”.

1. Intervención de Don José Zaforteza Calvet:

Félix Pons, el hombre

Acudir al despacho profesional de un compañero de más edad, era, hace medio siglo, un hábito frecuentísimo entre Abogados. Acordada telefónicamente la entrevista, me trasladé al despacho de Don Félix Pons Marqués, quien como Letrado de la Compañía Telefónica había interpuesto una demanda en súplica de que se estableciese una servidumbre de paso por el interior de dos fincas rústicas colindantes y los demandados habían venido a mi despacho. La transacción no se presentaba difícil. Escasos minutos fueron suficientes para que se llegase a un acuerdo.

Apenas finalizado el tema profesional que nos había reunido, y sabedor de que el titular del despacho era incondicional amigo de la tertulia, comenté lo que en la mañana de aquel día había sucedido en “Els Caputxins”, nombre con el que era conocida la cárcel provincial.

Un preso, defendido en turno de oficio, absuelto unas horas antes por la Audiencia provincial, se negaba a salir de la prisión. Ante mi extrañeza, un veterano funcionario me comunicó la, para mí, sorprendente información: “No quiere salir. Al igual que tantos otros”.

¿Por qué? Pregunté. “No sabe a dónde ir. La familia le ha cerrado la puerta de su casa”, me contestó. Por fin acompañado de otro funcionario, compareció el interesado. Después de asegurarse que se hablaría con sus parientes y que se le facilitaría el billete de tren Palma-Artá, el eficiente funcionario de prisiones pudo abrir la cancela y la sentencia de la Audiencia Provincial quedó ejecutada.

Temía haberme excedido en el tiempo. “Siéntate, si quieres”, me dijo amablemente Don Félix. No tardé en percatarme de la profundidad de conocimientos que tenía acerca de los problemas que permanecían inatendidos respecto a quienes habían sido privados de libertad. Se refirió, obviamente, a “los poderes públicos”, sin dejar de estar también crítico con “nuestra sociedad”.

Conocedor de sus antecedentes personales, comprendí que la condición de ex confinado en Arrecife de Lanzarote le empujaba a tratar intensa y extensamente el tema.

Puestos ya en pie a punto de marchar, me informó de la próxima incorporación al despacho de su hijo, que ya estaba a punto de finalizar el periodo de servicio militar en Ibiza. A sugerencia mía, me facilitó su dirección.

Sabedor de su excelente currículum en el Bachillerato y en la Universidad, no tardé en escribir a Félix para proponerle que aceptara ser nombrado profesor de Derecho en la Escuela de Asistentes Sociales.

La respuesta fue pronta, y, previa aprobación del rectorado, a partir del mes de octubre de 1965, me sucedió en el aula del Estudio General Luliano, dándole posesión el rector, Don Gerardo M^a Tomás Sabater, magistrado de la Audiencia Provincial, de tanto grato recuerdo.

A partir de entonces, otoño de 1965, se fué forjando entre Félix y yo una amistad que no ha conocido más altibajo que el causado por su prematura muerte, ocurrida el 2 de julio último. Me consuela tener la seguridad de que descansa en la paz que Dios ha prometido a los justos.

Mientras vivió resultaba fácil constatar que Félix tenía muchísimas amistades, motivadas unas por su arraigo familiar en Palma, otras por el modélico ejercicio de la Abogacía –prontamente fué elegido presidente de la agrupación de Abogados jóvenes–; algunas por su adscripción al PSOE, en cuyas candidaturas resultó elegido diputado desde 1977 a 1996. En 1985 fue nombrado Ministro, y, en julio de 1986, Presidente del Congreso de los Diputados.

Pero, sobre todo y por encima de todo, sus múltiples amistades eran debidas a la hombría de bien de Félix, que !sin pretenderlo! hizo que modelara su vida como la de un auténtico prócer.

Mas, no es posible olvidar que en plena madurez vital fue víctima !qué coincidencia, en la misma edad que su padre! de un premeditado ostracismo provocado por algunos que, tiempo atrás, habían sido sus compañeros de partido, amén de la acritud propia de la naciente “progresía” mallorquina, tan prepotente como la de algunos minúsculos partidos políticos. Con frecuencia se dice que la historia se repite. Tiempo atrás, Don Félix Pons Marqués había recibido un trato idéntico.

A mediados de Septiembre de 1962, al igual que se hacía anualmente, la Presidencia de nuestra Audiencia Territorial organizó los actos de la llamada “Apertura de los Tribunales”. Llegada la festividad, quienes quisimos pudimos asistir a una misa en San Nicolás, y, quienes gustamos de hacerlo, a las 2 nos reunimos a manteles en un hotel del Paseo Marítimo.

En el momento de servirse el café, el Magistrado Don Ignacio Summers –que con tanto acierto presidía la Audiencia Provincial– se levantó y dió lectura al telegrama que desde Lanzarote había remitido Don Félix Pons Marqués, ex Decano del Colegio de Abogados y Magistrado suplente de dicha Audiencia, sumándose a la celebración de la apertura de Tribunales.

Los aplausos –nuestros aplausos– se mezclaron con escasos murmullos de desafecto que, a su vez, quedaron ahogados por no leves ni escasos silbidos de desaprobación, que ¡para colmo! Tenían su origen en dos mesas muy cercanas a la de Presidencia.

Ante aquella tan incomprensible situación el Presidente de la Audiencia Territorial con voz muy enérgica, dio el acto por terminado.

El remitente del telegrama ¿qué delito había cometido o qué tribunal le condenó previamente?. Ni delito ni Tribunal. Don Félix Pons había asistido a una reunión de demócratas en Múnich y “por vía administrativa” fue confinado en Lanzarote.

Pocos días después, en carta de 2 de octubre de 1962, desde Arrecife me decía: “y dejemos en paz –coincidiendo plenamente contigo– a algún que otro gamberro cuya mayor desgracia es sin duda tener que pasar día y noche alimentando torpes resentimientos. Perdonado queda sin reservas, pues uno de los no escasos beneficios espirituales que voy intentando conseguir de estos ejercicios “en completo retiro” que ya van para los cuatro meses, es el de eliminar todo resquicio no ya de odio, que no creo haber sentido nunca, sino de falta de caridad. Amar a nuestros enemigos es extraordinariamente difícil, pero la gimnasia indispensable para conseguirlo es tonificante en grado sumo”.

Volvamos a Félix Pons Irazazábal. Todos quienes sabíamos que era profundo su cristianismo y que como Presidente del Congreso –dentro de la más estricta legalidad– había impedido la tramitación de un proyecto de ley reguladora del aborto, comprendimos que la política gubernamental que se iniciaba en marzo de 1996 iba a replantear el tema del aborto en el Congreso. Y la consecuencia inmediata sería su alejamiento de la política, como efectivamente sucedió.

Acertó plenamente en su retorno a la vida civil. En Abril de 1996 se reincorporó como ejerciente en el Colegio de Abogados y su despacho recobró el prestigio que tuvo antaño; reinició la impartición de clases de Derecho en nuestra Universidad. Dictó más de veinte conferencias, en Palma, en Santander, en Menorca, en Madrid, en Gerona, en Ibiza, en Estocolmo, en el Colegio Notarial, en el Colegio de Montesión (en donde había estudiado el Bachillerato), etc. etc.

Y, uno tras otro, iba presentando libros cuyos autores requerían amablemente la intervención de Félix. Al presentar el intitulado “Arrels, branques i fruits” de Don Miguel Nigorra, cuidó de patentizar la duración de la presencia de su padre y la suya en “Es Crèdit”: “Hi ha, en resum, una madura amistad”.

Sí. Además de lo dicho, el alejamiento de la política permitió a Félix seguir dando trascendencia al inmenso valor de la desinteresada amistad, aunque la pléyade de amigos, desgraciada y sucesivamente, se iba empobreciendo con las ausencias de Andrés Ferret, Juan López Gayá, Andrés Rullán y algunos otros.

En esta fecundísima etapa de su vida sólo dejo de cumplir lo que, a juicio de algunos, constituía un deber: que él escribiera la biografía de su padre o encargara la redacción a quien quisiera, tal y como le propusimos en repetidas ocasiones y le pedí en carta fechada 2 de abril de 2007.

Volvamos a las alegrías que nos reporta el más elevado de los sentimientos humanos: la amistad, rectamente concebida y desenvuelta. En la mañana del 30 de junio último tuve la inmensa satisfacción de comunicar telefónicamente a Doña María Josefa Irazazábal que la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares y el Colegio de Abogados, en cuya sede nos hallamos, habían presentado aquella mañana al Ayuntamiento de Palma la petición de que Don Félix Pons Marqués fuera declarado hijo ilustre de la Ciudad.

Idéntica conversación mantuve, minutos después, con María José Pons Aguirre, con el ruego de que al visitar a su padre en la clínica le transmitiera la grata noticia. Me agrada imaginar la alegría que tuvo el enfermo al conocer la información.

Dos días después falleció Félix. El enorme pesar de su familia y de todos quienes le queríamos se vio acompañado por el que recogieron y manifestaron, ¡sin excepción alguna! los medios de comunicación de la isla, así como por el gentío que abarrotó la Catedral, en donde tuvimos ocasión de prestar atención a las medidas palabras pronunciadas por el señor Obispo de Mallorca, Don Jesús Murgui, al referirse a la religiosidad del difunto.

Como colofón, y en nombre de la familia, las de agradecimientos de José Pons Irazazábal, a quien mando desde aquí un cordialísimo abrazo.

Satisfactorio es, además, constatar que en los medios de comunicación no han cesado las amables y sentidas alusiones y referencias a quien tan prematuramente falleció.

Todo ello, con algún aditamento sumamente interesante. En el “Diario de Mallorca” de 3 de octubre, Don Ramón Aguiló, ex alcalde de Palma, bajo el titular “el caso Pons”, dice textualmente: “por cierto, el Ajuntament de Palma ha hecho, hasta ahora, oídos sordos a la solicitud de la Academia de Jurisprudencia y al Colegio de Abogados de conceder a su padre Félix Pons la distinción de hijo ilustre de Palma”.

En esta ocasión no discrepo del señor ex alcalde, sino que confirmo plenamente cuanto dice. Sí, el día 13 de Julio último, once días después del fallecimiento de Félix, la ilustrísima Señora Alcaldesa de Palma, asistida por la Sra. Regidora de Cultura, manifestó a los representantes de la Academia de Jurisprudencia y Legislación y del Colegio de Abogados que el Ayuntamiento no iba a acceder a la petición que ambas corporaciones le habían formulado. Al abandonar la Casa Consistorial hubo quien recordó la oración de Voltaire: “Oh, mon Dieu, libre moi de mes amis, parce que de mes ennemis, je m’han ocupe”.

Hasta el Sr. Presidente del Gobierno de España ha reconocido recientemente que no siempre acierta, criterio que de aceptarse también podría llevar a la ilustrísima Sra. Alcaldesa de Palma, y a quienes le asesoran, a considerar también que “Humanum est errare” y que es posible cambiar de criterio; en el bien entendido de que si el Ayuntamiento se empecina en permanecer aislado de la sociedad –desconociendo lo que representan en Baleares, y, por tanto en su capital, el Colegio de Abogados y la Academia de Jurisprudencia y Legislación– será el próximo Ayuntamiento el que, a buen seguro, nombrará hijo ilustre de Palma a Don Félix Pons Marqués, después de haber podido constatar que los numerosos amigos de Félix Pons Irazazábal cuidaremos de patentizar nuestro empeño hasta lograr el éxito.

Debo concluir. La rica personalidad de Félix como jurista, como Abogado en ejercicio y como político que alcanzó las más altas cotas de poder en España será tratada seguidamente por quienes me han honrado permitiendo que les acompañara en esta tribuna. Pero no puedo finalizar sin recordar la ejemplaridad de vida de Félix por el amor reverencial hacia su padre y su madre, su esposa y sus hijos; por la amistad con que nos distinguía a muchos, y permitía que nos enriqueciéramos al constatar su modestia, su austeridad, su laboriosidad, su inteligencia, su amor a la justicia, su honestidad presidida siempre por el principio de Derecho Romano “alterum non laedere”, su firmeza ante algunos compañeros de partido político y la inalterable hondura de sus convicciones cristianas, que le llevaron –al igual que a su padre– no sólo a perdonar sino a disculpar generosamente a sus no escasos detractores.

Todo ello me lleva a finalizar diciendo ante todos ustedes: gracias, Félix, muchísimas gracias porque nos has dado ocasión de conocer, tratar, admirar y querer a quien, como tú, fuiste un prócer. Para nosotros, y ya para siempre, has sido el prócer Félix Pons Irazazábal.

2. Intervención de Don Tomás Mir de la Fuente: *Félix Pons Irazazábal, jurista de prestigio notorio*

I

Las leyes más modernas, sobre todo las que son trasposición de Directivas de la Unión Europea, suelen dedicar su artículo 1º a definir las palabras que se usarán. Coincidan o no con lo que significan en el lenguaje común.

Yo usaré las palabras jurista, prestigio y notorio, como las entiende el Diccionario de la Lengua española.

Jurista es persona que ejerce una profesión jurídica. Prestigio es realce, estimación, renombre, buen crédito. Notorio es lo público y sabido de todos, lo claro y evidente, y lo importante, relevante o famoso.

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, como los que siempre han tenido las leyes¹, se ha elaborado en la Ciencia del Derecho Administrativo. Y responde a la necesidad de encauzarlos para impedir las arbitrariedades de los poderes públicos.

Uno de estos conceptos, del que se ha hecho gran uso en España en los últimos tiempos, es el de jurista de reconocido prestigio, como condición indispensable para acceder a determinados cargos relacionados con la aplicación del Derecho. Hasta hay un premio, bien dotado económicamente, para juristas de reconocido prestigio.

El marchamo del prestigio, en ocasiones, lo da el mero hecho de haber sido nombrado para el cargo en cuestión, y no al revés, habiendo sido frecuente que el prestigio reconocido no lo conociera más que el otorgante del nombramiento, al que, después, ante su impugnación judicial por otro aspirante, los Tribunales le han exigido expresa motivación.

Lo deseable, como, por otra parte, suele suceder, es que el prestigio preexista, siendo conocido, e incluso palmario. Este es el caso de Félix Pons. Jurista, por abogado, profesor y estudioso del Derecho. De prestigio, por su buen crédito, y de prestigio notorio, por conocido de todos. Por ello la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares se prestigió al elegirle Académico de Número. Que no es cargo jurídico alguno, sino honorífico, ni exige más que ser Licenciado o Doctor en Derecho que se haya distinguido en la investigación, estudio y práctica del Derecho.

1 - Por todos, el de diligencia de un buen padre de familia. Que queda al arbitrio judicial.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la prueba, en su artículo 281, en el punto 4, dispone que no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general. Como la que tiene dicho prestigio.

No voy a aportar pruebas. Sino a dar testimonio, sin jurar ni prometer nada, de algunas vivencias mías relacionadas con su condición de estudiante del Derecho. Pues de las del ejercicio de su profesión jurídica de abogado, que también tengo², hablará otro.

II

Hablaré de Félix Pons en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, y en la Universidad. Y, si tengo tiempo, en la Revista Jurídica de las Illes Balears, pues ya tuve ocasión de hacerlo en reciente acto de presentación del número 8.

III

Seguiré el orden cronológico de las vivencias, hablando en primer lugar del Félix Pons universitario, que es lo primero que fue en Derecho, y lo que de él, fuera de este ámbito, se conoce menos.

Desde 1959, al menos, y hasta 2010 (estoy seguro que hasta su último aliento), estudió y enseñó Derecho. Le recuerdo, en 1966, cuando comencé la Carrera, en la Facultad de Derecho de Barcelona, de la que era estudiante de 2º Curso. Le tuve, desde este primer día, el respeto propio de los *novatos* hacia los *veteranos*, que han superado los obstáculos que se levantan a su paso³, y le pedí muy pronto consejo... y copia de los apuntes, sobre todo, los valiosísimos de Historia del Derecho del entonces Decano, Josep María Font i Rius⁴. Más tarde le vi, envuelto en cierta aura, cuando se supo que su padre, otro jurista de más notorio que reconocido prestigio, había tenido serios problemas políticos, momento desde el que, no sólo los pocos estudiantes mallorquines, sino los profesores, le distinguieron con su aprecio. De sus compañeros de Curso recuerdo, aparte de mi hermano⁵, y como confidente durante toda la carrera, al brillantísimo Juan Carlos

2 - Como un pleito sobre sanción de prensa e imprenta por un cartel, anunciador de una exposición o un ciclo de conferencias, en el que aparecía la silueta del edificio sede de la Corporación de Derecho público anunciante con los colores de la bandera española durante la II República, en flanjas horizontales sensiblemente paralelas y en su mismo orden de colocación.

3 - Sobre todo si son en tierra lejana, Mediterráneo mediante, no sobrevolándolo sino surcándolo en buques de la Cía. Transmediterránea, y sin más descuento, en su caso, que el de familia numerosa.

4 - Al que oí tantas veces decir que el Derecho es evolución, sin rupturas totales.

5 - Que lo fue solamente desde el 4º Curso, pues los tres primeros los aprobó, como estudiante libre, en Zaragoza y Barcelona.

Maresca Cabot, también palmesano, que, quedándose en Barcelona, ejerció la abogacía⁶ y la enseñanza. De los profesores, quiero destacar al Catedrático de Economía Política y Hacienda Pública, y mallorquín también, José Luis Sureda Carrión, uno de los expedientados promotores del Movimiento de Reforma Universitaria⁷, y a los tres Catedráticos, que serían Magistrados del Tribunal Constitucional, Ángel Latorre Segura de Derecho Romano, Manuel Jiménez de Parga de Derecho Político y Manuel Díez de Velasco de Derecho Internacional Público y Privado. Como también y sobre todo, por haber sido sus maestros de Derecho Civil, Administrativo y Mercantil, Francisco Fernández de Villavicencio (luego Presidente de la Comisión Jurídica Asesora y actualmente Presidente del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña), Rafael Entrena Cuesta (tan joven como exigente y tan elocuente como convincente, con la clase siempre llena, recogiendo sus explicaciones en apuntes⁸, y al que oímos hablar, por primera vez, del Estado de Derecho, sin adjetivos) y Antonio Polo Díez (abogado ejerciente, especialista en Derecho Marítimo, orador espléndido y maestro culto y original⁹).

En esta época muchos, como Félix y yo, nos hicimos (o, por así decirlo, nos *rehicimos*, pues, cuando el Mallorca era de Segunda División, ya lo fuimos seguidores) del Barça. No nos *rehicimos* del Barcelona Fútbol Club porque fuera más que un Club¹⁰, sino porque la Facultad estaba cerca del estadio¹¹, se podía ir gratis a los entrenamientos, asistíamos algún domingo a los

6 - Habiendo sido profesor de Derecho Administrativo (Primero en la Catedra de Entrena Cuesta, de la Universidad de Barcelona, de que es Doctor, y después en la Universidad Abat Oliva CEU), y miembro de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, y, antes, de la Comisión Mixta de Transferencias Estado-CAIB, a la que le llevó Félix Pons.

7 - Asistió a la constitución, con López Aranguren, Tierno Galván, Aguilar Navarro y Latorre Segura.

8 - Que se convirtieron en cuadernillos o pliegos encuadernables, de entrega periódica y sucesiva, de su Curso, completado por los dos tomos del Tratado de Derecho Administrativo de Fernando Garrido Falla, en los que supimos de los grandes textos de las leyes, aún vigentes y por superar, en las que se comenzó a someter a la Administración a la Ley.

9 - Explicaba la letra de cambio, Quijote en mano, donde se habla de la libranza de pollino, que le libró a Sancho Panza sin firmarla, quien le exigió hiciera porque en viéndola pagarán. Elegía cada Habiendo sido profesor de Derecho Administrativo (Primero en la Catedra de Entrena Cuesta, de la Universidad de Barcelona, de que es Doctor, y después en la Universidad Abat Oliva CEU), y miembro de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, y, antes, de la Comisión Mixta de Transferencias Estado-CAIB, a la que llegó de la mano de Félix Pons.

10 - Por lo menos yo no lo sabía, y no se notaba demasiado, aún, pero lo debía ser.

11 - Que se conoció durante mucho tiempo como el Nou Estadi o el Camp Nou, desme- riciendo jurídicamente del anterior de Estadio o Campo de Las Corts.

partidos, en localidad de pie, en los que triunfaba Ramallets, que había sido portero del Mallorca hacía muchos años, y otros ídolos de la delantera de la canción de Serrat, además, vivíamos en Colegios Mayores de la zona de Pedralbes, como la Facultad misma. Una Facultad de diseño y con césped, riego por aspersión y un bar, siempre lleno, al que acudían muchas estudiantes de la Facultad de Farmacia, en la otra acera de la Diagonal.

Un año, de los primeros, en que el RCD Mallorca disputó un partido en el campo de la Carretera de Sarriá del RCD Español, aún con eñe, acudimos los estudiantes universitarios mallorquines, en número que no pasaría de un centenar¹², a los que se añadieron otros residentes, a animarle, esperando presenciar un milagro (y, más que nada, deseando salir, como *colectivo*, del anonimato). El Mallorca perdió el partido, pero marcó el primer gol, que recibimos los mallorquinistas cantando todos el Sor Tomasseta, como himno¹³, y algunos, enarbolando, a modo de **pancarta o bandera**, sobrasadas y cajas de cartón para la exportación de ensaimadas, de las llamadas de rueda de carro. Según me confesó días después, esto le hizo pensar a Félix Pons entusiasmado, sobre los símbolos y lo identitario regional, y a mí, sobre la espontaneidad creativa de los grupos sociales, que por entonces empezaba a manifestarse en lo político.

Aunque estuviera lejos el mayo del 68, algo se movía, habían ido ya Los Beatles a la Plaza de Toros, se oía, incluso por la radio, Al vent, del *cantautor* Raimon, se hablaba de Els Setze Jutges y la Nova Cançó, empezaba a haber asambleas de estudiantes al margen del SEU, de las llamadas de *a nivel de* Facultad, y ocupaciones de Cátedras, juicios críticos a determinados (no a los peores) profesores, y reuniones, más o menos clandestinas, del Sindicato Democrático de Estudiantes. Y alguna carga policial a caballo en la Plaza de Universidad. Y, un año, hasta nos fue anulada a todos la matrícula, y, para poder examinarse, hubo que renovarla, *deplorando expresamente los sucesos*, aunque sin pagar tasas académicas.

De profesor, desconozco sus enseñanzas en la Escuela Social, que coincidieron con mis años de Opositor (sólo contra el Programa) y los primeros suyos de ejercicio de la abogacía. En los que, como ha escrito su hermano Josep, asumió la responsabilidad abrumadora de heredar el despacho de su padre y presidió la Asociación de Abogados Jóvenes.

12 - Aunque pertenecíamos al distrito Universitario de Cataluña y Baleares, había muchos preuniversitarios, cuyos padres, ya metidos en gastos, enviaban a sus hijos a otras Universidades, sobre todo, la Central, hoy Complutense de Madrid, y aún, de Zaragoza y Salamanca. Y los más, sin desplazamiento, preparándose, como alumnos libres, en casa.

13 - A La Balanguera, ni se le esperaba.

Tengo presente su participación, en los primeros años de la Facultad de Derecho de Palma¹⁴.

En esta Facultad¹⁵ Félix Pons fue Profesor de Derecho Político, los dos primeros Cursos de su existencia, para, en el tercero, en que se implantó el Derecho Administrativo, ser profesor de esta materia, como en los siguientes¹⁶. Así fue, hasta que, en 1977, cumplidas las previsiones sucesorias, fue elegido Diputado en el Congreso; luego, en 1983, Conseller electo del Consejo Insular de Mallorca, y por esto mismo, a la vez, Diputado del Parlamento de las Comunidad Autónoma de las Illes Balears; más tarde, en 1985, nombrado Ministro de Administración Territorial, y después, hasta 1996, elegido, de nuevo diputado y Presidente del Congreso de los Diputados, y por esto mismo del las Cortes Generales. Lo que le obligó a que residir en Madrid.

Volvió a Palma, y el mismo año fue profesor asociado de Derecho Mercantil, hasta su muerte. En el ínterin, siendo Presidente de las Cortes Generales, la Universidad de las Illes Balears le nombró doctor Honoris causa.

Desde el año 1973 hasta las elecciones del 20-J, conviví con Félix Pons en el Claustro de Profesores, como Profesor que fui de Derecho Financiero y Tributario¹⁷.

Esta convivencia, se produjo en una Facultad de Derecho irrepitible. Por varios conceptos. Primero, por los alumnos, muchos de ellos adultos y con otras carreras, que ya sabían estudiar, querían aprender y preguntaban

14 - Que fue delegada de la Universidad Autónoma de Barcelona y se integró pronto en una Universidad son sede en Palma de Mallorca, abandonando, cuando fue de las Islas Baleares, La Riera, yendo a parar al Campus a la americana de la de las Illes Balears, a donde los alumnos han ido en turismos, autobús y hasta ferrocarril metropolitano.

15 - En cuyo despegue fueron protagonistas José María Lafuente López, primer Decano, Fernando Ledesma Bartret, Jefe de Estudios, y Román Piña Homs, que, como funcionario municipal, fue Secretario del Consorcio-Patronato de Estudios Universitarios, que tuvo sorpresas fiscales en su constitución –por causa de la exención subjetiva y la presencia de la Cámara de Comercio, a la vista de artículo 1 del Decreto-Ley 13/1970, de 12 de noviembre (sobre beneficios fiscales de los Consorcios constituidos por Corporaciones Locales con otras Entidades públicas, siempre que los tuvieran también expresamente reconocidos)– de los que no hace mención, en su libro de Memorias De los días pasados.

16 - En la especialidad de Derecho Público, en que se subdividía la carrera, según el plan experimental.

17 - En el que seguí hasta el año 1985, donde en 1980 colacioné el grado de doctor, el primero de la Facultad de Derecho, dirigido por el Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, y después Decano, Juan Ramallo Massanet.

mucho¹⁸. Después, por los profesores (inicialmente amateurs, siendo relevados poco a poco por Catedráticos y otros Profesores Numerarios¹⁹), que eran muy mayoritariamente profesionales del Derecho acreditados, unos, funcionarios de Cuerpos jurídicos “distinguidos” de la Administración del Estado y de la Carrera judicial, y, otros, abogados ejercientes. Casi ninguno doctor, salvo los Numerarios de la Escuela Universitaria de Empresariales y algún otro, pero experimentados todos en sus materias, con ilusión, afición, espíritu de servicio, y generoso desprendimiento, por sus nulas exigencias económicas.

Conscientes del momento histórico, la debilidad estructural de lo embrionario, la necesidad de su concurso y la conciencia de su capacidad de preparar a los alumnos, teórica y prácticamente, en todas las materias de los programas. Todo ello mientras se gestaba y se producía la llamada Transición Política.

El año 2002, casi treinta años después, cuando se constituyó el Claustro de Doctores²⁰ de la Universidad, Félix Pons aprovechó la ocasión de pronunciar la *laudatio*, que le encargaron, para darles las gracias, lo que, antes nadie había hecho, a los primeros profesores doctorados de la Facultad, en representación de todos los demás, por haberlo sido, y felicitó a los doctores del periodo, algunos alumnos nuestros, por serlo, dijo, no como él *honoris causa*, sino *laboris causa*. Confesó orgulloso, pero también ruborizado: la Universidad ha sido *el amor de mi vida, por más que mi relación, no pasó de la de pareja de hecho*.

No había estado yo presente en su investidura como Doctor honoris causa, 13 años antes, el 13 de marzo de 1989. Pero en Internet, he podido leer los discursos del Rector y el suyo, en los que se acusa recibo de cierta contestación y del debate de la Política y el Derecho, por causa de este nombramiento, que se produjo en algún sector social.

18 - No saben lo que es una pregunta al profesor de Derecho Civil, cuando explica la sucesión mortis causa, por parte de quien ha heredado y acaso tiene una respuesta judicial del tema. O al de Derecho Fiscal sobre la liquidación del Impuesto de Sucesiones o la plusvalía del muerto en el IRPF por parte de quien lo ha pagado ya.

19 - Como los Samper, Gómez-Ferrer, Boix, Zurita, Ramallo, García Fernández, Cerdón, Delgado, Alonso-Gete, Cavanillas, Torres y Coca, y algunos ayudantes que con ellos vinieron o se incorporaron.

20 - En un acto en el que a los 44 primeros doctores –nueve de Derecho (dos, Urbina y yo, de los primeros profesores, cinco, de los primeros alumnos, Tapia, Domenge, Lafuente Bal·le, Cardona y Oliver, y dos licenciados de otras Universidades, Gutiérrez y Suau)– se les hizo entrega del anillo académico y el doctor honoris causa Félix Pons plantó un árbol, una higuera ficus carica.

El Rector Nadal Batle, que no tenía nada de jurista, dijo que *El otorgamiento del honor, se ha de entender como el reconocimiento público de nuestra CA a una persona de nuestra tierra, que ha tenido una actuación destacada en el campo jurídico, tanto en su carácter profesional como en el teórico. ¿Qué mejor carta de naturaleza para un hombre del mundo de las leyes que presidir la institución que genera el Derecho positivo de un Estado?*

Miguel Coca Payeras, que sí es jurista, en la defensa académica de los méritos del doctorando, aludió a las dos facetas que se juntaban en su personalidad: la de político y la de jurista, y dijo, que era imposible deslindar donde acaba una y empieza otra, por la sencilla razón de que toda actividad jurídica tiene una base y una repercusión política.

El doctorando Félix Pons, entre otras cosas, dijo:

Que estudiar y enseñar ha sido las más pura y gratificante de las varias actividades de mi vida.

Que el hecho de estar aquí me parece lleno de significación simbólica.

Que el hecho de que el ejercicio activo de la política no sea obstáculo para pasar el portal de la Universidad, sino precisamente la causa de la entrada, me fuerza a:

Llamar a la racionalización de la vida política, pues no puede ser que, cuando se gobierna, se crea en la ley de la gravedad y cuando se está en la oposición, en la ley de la levitación.

Proclamarme del partido que quería fundar Camus: el de los que no están seguros de tener razón.

Afirmar que la racionalidad no es una política, sino una garantía de todas las políticas.

Decir que dudar, relativizar, racionalizar, no son elementos paralizadores de las ideas y del progreso. Al contrario, son su más seguro impulso.

Sostener que, impregnar la vida de racionalidad quiere decir abrirse a las ideas, a la transformación. Significa alejarla del inmovilismo, de la pereza mental y los escollos de la dominación ideológica.

Terminó el discurso diciendo: Hoy, que habéis querido acoger la política en la casa del estudio y de las ideas, es una buena ocasión para renovar el compromiso con la divisa de Pascal: Pensar es nuestra dignidad.

De la segunda etapa docente en la Facultad no soy testigo de ciencia propia, sino de referencia, tanto de los otros profesores como de sus alumnos. A diferencia de los alumnos primeros²¹, (quienes, según dijo un escritor que

21 - Los de Primer Curso y en Derecho Político I, los predemocráticos, de antes de 1976, año en que se cumplieron las previsiones sucesorias de las Leyes Fundamentales y se reinstauró la Monarquía.

lo había sido, en una necrológica que tituló El Señor Pons²², no se lo tomaban muy en serio –porque se decía que ocupaba un cargo jurídico en un Banco–, los de hasta hoy²³, sabían que, porque, entre otros, tenía a un Banco como cliente, les enseñaba un abogado experimentado, que además había sido legislador constituyente y Presidente del Congreso de los Diputados.

IV

De Félix Pons en la Academia, está aún reciente y audible el eco de sus intervenciones, sobrias y claras, en las sesiones ordinarias, a las que siempre asistió, y, en nuestras publicaciones²⁴, ha quedado el testimonio de su opinión siempre fundada y valiosa.

Ingresó el año 2000, como se ha dicho por el Presidente, cubriendo, por elección, la vacante causada por fallecimiento de Francisco Téllez Miguélez, y su discurso de ingreso, leído el 28 de noviembre, versó sobre Administración y Mercado. Los límites de la iniciativa económica pública. Se recoge en el V Boletín académico, de 2001. Lo que dijo, hoy, tiene miga, si se piensa en el crecimiento exponencial del sector público, que tuvo, el año 2003, 2.366 sociedades mercantiles o entidades públicas empresariales y, el 2007, llegó a 3.807, con una deuda de 50.248 millones de euros repartidos así: 26.280 las del Estado, 15.786 las de las Comunidades Autónomas y 8.178 las de los Entes Locales²⁵. En 2010 no lo sé, pero estoy seguro que hay más empresas y con mayor deuda.

Recordaré sólo que terminó diciendo que, *al fin de esta larga reflexión, sobre lo que puede o no hacer la Administración en sus aventuras empresariales, no cabe eludir la consideración de las influencias del momento histórico. No hay inconveniente en aceptar que los intereses generales son cambiantes y que deben ser interpretados en el contexto histórico de cada momento. Pero, al término de este recorrido, no puede ocultarse que, si se entiende que los intereses generales no son sino la suma de los intereses particulares, se corre el riesgo de que la actividad económica de la Administración se apoye en una*

22 - En la que destacó, que había sido católico en un partido laico y liberal en un partido socialdemócrata, que sabía decir que no, que tenía sentido del ridículo y el insólito valor de pensar por su cuenta.

23 - Democráticos y normalizados lingüísticamente, en Cuarto y Quinto Curso, y en Derecho Mercantil.

24 - El Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears y las secciones fijas El rincón de la Academia o Páginas de la Acadèmia, en la Revista del Colegio de Abogados de Baleares MISSÈR.

25 - Los datos son del Catedrático de Derecho Administrativo Jaime Rodríguez Arana en La reforma del sector público. Diario ABC, 12 de octubre de 2010.

concepción meramente sociológica de los intereses generales, exenta de cualquier consideración crítica y de toda referencia ética.

No parece, que todo lo que tiene demanda en el mercado, por este sólo hecho, de responder a un interés nacido en la sociedad, tenga un interés social susceptible de legitimar la actividad empresarial de la Administración, porque no todo interés socialmente existente, ni siquiera todo interés socialmente relevante, puede elevarse per se a la categoría de interés público o general, que es requisito ineludible para legitimar la iniciativa económica pública.

La función de lo público no es para mí residual o marginal. La Administración es una organización instrumental y servicial para ejercer su función configuradora del orden social. La intervención activa en la economía ha de fundarse en criterios sustantivos que vienen prefigurados por los valores del Estado social y democrático. La invocación de estos valores no pretende, por tanto, limitar la iniciativa económica pública, resucitando criterios de neosubsidiariedad, sino que, por el contrario, trata de garantizar que la Administración no sea un instrumento sin Norte social ni moral.

A los juristas nos corresponde contribuir, con criterios deontológicos, a la inacabable tarea, de encajar la iniciativa económica pública. Este es nuestro compromiso y a él responden estas palabras.

Miguel Coll, entonces Presidente de la Academia, al contestar al discurso, en nombre de la Academia, recordó que el artículo 128 de la Constitución, después de prever que toda la riqueza del país, en sus distintas formas y cualquiera que fuera su titularidad está subordinada al interés general, proclama que, mediante ley (como la de creación del INI de antaño), se podrá reservar el sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. Concepto jurídico indeterminado donde los haya, digo yo, en cuyo control judicial radica la contención de la muralla de Jericó, ante trompetería varia, de que había hablado Félix Pons en el debate constitucional sobre el artículo 131 de la Constitución²⁶.

En el número 62, de julio de 2004, de la Revista del Colegio de Abogados Missèr, cumpliendo con el permanente encargo académico de colaboración, Félix Pons redactó un artículo titulado *Las incoherencias de la sociedad nueva empresa*, que podría sintetizarse, como en la entradilla, así: El apoyo de la creación de pequeñas y medianas empresas o la solución de algunas de las dificultades que puedan encontrar en su funcionamiento no exigía, en

26 - Recordado por Miguel Coca Payeras, en defensa del doctorado honoris causa de la Universidad de las Illes Balears de Félix Pons.

términos puramente lógico-jurídicos, la invención de una nueva sociedad. Esta decisión del legislador sólo se explica a partir de una impropia confusión entre sociedad y empresa. En resumidas cuentas, vaticinó, además, su fracaso.

Se refería a las limitadas nueva empresa SLNE creadas en la Ley 7/03 de 1 de abril. Aunque, con su fino sentido del humor, terminaba diciendo que *la Historia depara sorpresas y a lo mejor a mis reflexiones académicas les falte un poco del optimismo profético que casi siempre inspira al legislador.*

En el número 85 de Missèr, de abril de 2010, se publicó la colaboración que, por turno saltado, le correspondía, que tituló *Un reglamento imprescindible*. Tiene el artículo un *valor añadido*, de los que no tributan en el Impuesto con este nombre y adjetivo, ni cabe repercutir. Pues, cuando Félix Pons se recuperó de su primer achaque, creyéndose en condiciones de cumplir ese deber, reclamó hacerlo, fuera de plazo, entregando este artículo. Posiblemente el último de los suyos o, al menos, el último jurídico de tema autonómico multidisciplinar.

El artículo es sugestivo, y, pese al tono acuciante, es posiblemente benévolo, como corresponde a quien, se sentía con *autoridad*, y creía en la autonomía.

El artículo se refiere al reglamento inexistente, aludido en el artículo 17 de la Ley autonómica del Suelo Rústico de las Illes Balears 6/97 de 17 de julio, que dispuso que las actividades, que resulten declaradas de interés general, tendrán la consideración de actividades que conllevan un aprovechamiento atípico del suelo rústico. Este aprovechamiento se otorga en el momento de la concesión de la licencia municipal correspondiente y sólo el 90% resultará atribuible al titular de la parcela. El porcentaje restante corresponderá a la Administración municipal y deberá ser necesariamente adquirido por el interesado (no dice el titular de la parcela) una vez concedida la autorización y previo al inicio de cualquier actuación. *La valoración del 10% del aprovechamiento atípico atribuible a la Administración municipal se cuantificará en base al incremento del valor que los terrenos experimenten como consecuencia de la declaración de interés general, en la forma que reglamentariamente se determine.*

Félix Pons dijo que *los Ayuntamientos no pueden suplir por su cuenta la inexistencia del reglamento previsto ni aplicar la ley al margen de una norma reglamentaria del Gobierno de las Illes Balears que establezca un procedimiento de valoración estable, previsible e uniforme. A pesar de ello, algunos Ayuntamientos han aprobado Ordenanzas y los Ayuntamientos sin Ordenanza, que han tenido que otorgar licencias para usos atípicos en suelo rústico (hoteles, campos de golf, instalaciones de energía eólica o fotovoltaica*

ca, etc.) hayan girado liquidaciones millonarias, sin sujetarse a otro criterio que el que hayan tenido a bien sus técnicos (funcionarios o contratados a ñado yo).

Alguno que tiene Ordenanza ha dicho que el incremento de valor consistirá en el valor de mercado de la instalación (lo que el Juzgado de lo Contencioso-administrativo ha desautorizado)²⁷. Otros han aplicado por analogía las reglas de valoración del suelo rústico, concretamente el artículo 137.3 del Reglamento de Gestión Urbanística y las normas técnicas de valoración catastral, con un criterio que no puede convertirse por obra y gracia de un Ayuntamiento, nada menos que, en el contenido de una inexistente disposición transitoria de la Ley autonómica, suplantando al legislador.

Tiene razón Félix Pons, el ejercicio de la potestad reglamentaria conviene, incluso urge, si se da por bueno que la Ley autonómica no se excedió en la remisión al Reglamento, que presenta todas las notas de la deslegalización, la degradación o, en su caso, de la delegación o autorización legislativa. Puesto que habría que pensar en las leyes tributarias estatales de inevitable respeto por las Comunidades Autónomas. Como el artículo 11 de la Ley General Tributaria que dispone que las delegaciones o autorizaciones legislativas que se refieran a las materias del apartado a) del artículo 10 (determinación del hecho imponible, sujeto pasivo, base, tipo de gravamen, devengo y demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria) precisarán inexcusablemente los principios y criterios que hayan de seguirse para la determinación de los elementos esenciales del respectivo tributo.

Siempre, claro está, que se trate de un tributo, como sucede, si se habla, como hace Félix Pons, de liquidaciones y de sujeto pasivo, o de base, como hace la ley. O si las Ordenanzas municipales son fiscales. Y, si no lo es²⁸, siempre que no le sea exigible lo mismo por analogía. Habrá que esperar para ver si esta ambición científica de jurista de Félix Pons no adoleció del optimismo profético del legislador, del que habló, sin pensar que ya no lo era.

Si el Gobierno ejerce pronto la potestad reglamentaria, se lo deberán agradecer, no sólo los futuros interesados considerados sujetos pasivos, sino sobre todo el ordenamiento jurídico y el tan invocado bloque de la constitucionalidad. Por la seguridad frente a la incertidumbre y desigualdad.

27 - Se debe querer referir a la sentencia de 19 de marzo de 2008 del nº 3 contra liquidación del Ayuntamiento de Lluçmajor en aplicación de la Ordenanza fiscal reguladora de la cesión del diez por ciento del aprovechamiento atípico.

28 - Sino prestación patrimonial pública del artículo 2. 1 h) y 2 de la Ley de Haciendas Locales, como cree Jaime Munar Fullana, siguiendo a J. A. Chinchilla Peinado, en relación con un canon parecido de las CCAA de las Islas Canarias y Valenciana.

Como se lo agradece la Academia en lo que vale (sobre todo el Valor Añadido que dije, que asume y no repercutirá) como última obra para la Academia y el Colegio de Abogados.

V

Félix Pons, además de estudiante y profesor de Derecho, fue un incansable estudioso del Derecho.

Cuando volvió a Mallorca para quedarse, *radicalmente retirado de la vida política, institucional y partidaria*, entre otros encargos, recibió el de ser el Director de la Revista Jurídica de las Illes Balears. Faceta de la que, como dije, hablé ya aquí mismo no hace mucho, por lo que debería callarme, si no fuera que la mayoría de Vds. no estaban. Sólo diré, para evitar una, siempre criticable, remisión en blanco, lo siguiente.

Telegráficamente.

En el espíritu, de independencia de criterio, que había proclamado en la Presentación del nº 1, diciendo lo que pensaba, sin esperar agradar a todos, en 2008, en el número 6, extraordinario sobre la Reforma de 2007 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, tuvo la oportunidad de escribir lo que pensaba de los Consejos Insulares de las islas Baleares, con más perspectiva que, cuando, el año 2006, en unas Jornadas tituladas *Nous horitzons per als Consells Insulars*, dijo que *Todo acaba remitiendo a la cuestión central, que es la de definir y aclarar que se quiere decir cuando se afirma que son institución de la CAIB. Para saberlo, tendremos que esperar a ver que dice el tiempo.*

Lo que el tiempo hizo fue que, en la citada colaboración a la RJIB, afirmase que *decir, que son instituciones de la CAIB, por sí solo, no atribuye competencias, derechos o estatus, no tiene contenido regulador o normativo. La expresión no tiene significación jurídica propia, sino descriptiva y adjetiva. Del conjunto de peculiaridades y especialidades que el ordenamiento, y muy particularmente del Estado, reconoce a los Consejos Insulares se puede sacar la conclusión que son instituciones de la CAIB, pero también lo son los Municipio, y también que son instituciones del Estado, como lo son los Municipios. Pero la expresión, en sí misma considerada, no añade ninguna especialidad, ningún derecho, ni ninguna competencia. Posiblemente la intencionalidad política de la expresión va mucho más allá de su (in)discutible significación normativa.*

En 2007, en el espíritu de rigor, del catálogo de los principios que, en su día, enunció, y con sinceridad, recensionó, en el nº 5, la obra, publicada por el Gobierno de las Illes Balears y el Colegio de Abogados de Baleares, titulada *Estudios Jurídicos en homenaje a Miguel Coll Carreras*, diciendo,

entre otras cosas, *Mirando las cosas con un poco de perspectiva (y he de confesar, con cierto vértigo) el trayecto de Miguel Coll (pero también el de otros muchos bastantes más jóvenes) me hace pensar en el proceso que debieron vivir los juristas del siglo XIX que habían cimentado sólidamente su formación y experiencia durante las décadas antes de la codificación cuando ésta se les cayó encima. El tránsito de un Estado autoritario a uno democrático, de un Estado unitario y fuertemente centralizado a otro profundamente descentralizado, de un ordenamiento jurídico único, producido por un Poder legislativo, a otro, producido por 17 Parlamentos autonómicos, supone una conmoción mucho más profunda que la que significó el paso del Derecho histórico al codificado. Me rueda un poco la cabeza cuando pienso los efectos de este proceso, de aquí a unos años, no sé cuántos.*

VI

Fuera de la RJIB, pero presentándose como su Director, firmó, con toda su autoridad, un preciso y luminoso comentario del artículo 1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, resultante de la LO de reforma de 28 de febrero de 2007, en un ambicioso Libro de comentarios, coordinado por Avel·lí Blasco Esteve. No sé si le adjudicaron o eligió este único artículo, rubricado Illes Balears, pero fue el adecuado para enfundarse (como miembro que había sido de las Comisiones llamadas de los Once y de Sabios) el maillot amarillo del pelotón de autores (que se relacionan por orden alfabético) y coronar la más alta cima, en la primera etapa del Tour, como rey de la montaña.

Desde luego su estudio es digno para culminar, antes de dejarnos, su aportación jurídica a la autonomía en la que creía. Lo recomiendo. Sobre todo su apartado 4º.

Se titula Significación jurídica, y dice, en un nº 1 de la definición de identidad, que *la Constitución tiene una única referencia a las realidades nacionalidad y región. Es la del artículo 2 donde se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española. No hay en el texto constitucional ninguna pista jurídica para atribuir una u otra condición a los diferentes territorios. Se trata de una declaración política que se ha de enmarcar en los esfuerzos que condujeron al consenso constitucional, pero carente de trascendencia jurídica concreta.*

La conclusión es que resulta imposible deducir del contexto constitucional un tratamiento jurídico diferenciado entre nacionalidad y región, por lo que hace al contenido, competencias y autoorganización, y que, por esto mismo, la aspiración de definirse como nacionalidad en el proceso examinado en este comentario ha de situarse en el plano político y no en el de las consecuencias o los efectos jurídicos tangibles, lo que no significa que haya

que minimizar la trascendencia o la relevancia política de la opción.

En un nº 2, sobre la Significación jurídica de la denominación de la Comunidad Autónoma, dice *que la redacción originaria del artículo 1.2 era que su denominación será la de Comunidad Autónoma de las islas Baleares. En la reforma de 1999, y hoy, se dijo que la denominación de la Comunidad Autónoma es Illes Balears. Con lo que se inserta en una línea de modificación que le priva de singularidad. Inscribiéndose en un modelo que consiste en designar la institución con el nombre del territorio o, eventualmente, de la entidad preexistente que es el sujeto constituyente de la Comunidad Autónoma; como si se hubiera establecido en la Constitución que el nombre del Estado español es España. Esta fórmula genera una confusión considerable. La vinculación directa de las instituciones con el territorio es un residuo de la concepción patrimonial del poder. Solamente los títulos nobiliarios se designan por el territorio sobre el que tienen jurisdicción, pero el esquema político-intelectual del señorío del antiguo régimen no parece pueda ser trasladado a las instituciones de la democracia y de la administración moderna.*

VII

A todos los juristas baleares les insto a la lectura de los escritos que he citado y, en todo caso, al estudio de la obra jurídica, sobre temas baleares, de Félix Pons Irazazábal, que confío se reúna en un libro algún día, aquí. Sin perjuicio del resto, de su obra, o toda ella, donde sea. Así se convencerán, una vez más, de lo justificado que ha sido el notorio prestigio de jurista de Félix Pons Irazazábal, de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

Y les agradezco a Vds. su atención.

3. Intervención de Don Fernando Ledesma Bartret:

Félix Pons, el político

Agradezco profundamente a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares que me haya concedido el honor de participar en esta solemne sesión dedicada a rendir el homenaje que merece un español tan distinguido y ejemplar como fue Félix Pons. Hablar en este acto del Félix Pons político –una de sus muchas proyecciones públicas– me permite aliviar el peso de mi conciencia que venía reprochándome desde el día en que falleció no haber estado más cerca de su familia, paisanos y amigos para compartir con ellos el sincerísimo pésame que su muerte causó en mi ánimo,

pues yo sentía hacia Félix desde hacía mucho tiempo un enorme aprecio como persona, abogado, político, humanista, uno de los más importantes personajes de la social-democracia española de la segunda mitad del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Recientemente se ha escrito que la socialdemocracia necesita trabajar por el prestigio del Estado, reconstruir un lenguaje propio y encontrar un relato moral. La trayectoria de Félix Pons ha seguido, cabalmente, este relato, del que forma parte esencial la lucha contra la injusticia, la desigualdad, la deslealtad y la inmoralidad. Veámoslo.

Conocí personalmente a Félix Pons en el verano del año 1972. Amigos implicados en la incipiente lucha contra la dictadura franquista desde organizaciones clandestinas vinculadas a la democracia-cristiana y al socialismo me habían hablado mucho de D. Félix Pons y Marqués, su padre. Algunas de esas personas han desaparecido recientemente, otras, afortunadamente, viven. Me refiero a Joaquín Ruiz-Jiménez, Ignacio de la Concha —que me presentaron a D. Manuel Jiménez Fernández—, Fernando Álvarez de Miranda, Fernando Baeza y José Federico de Carvajal, todos ellos actores importantes de nuestra transición democrática. Hablaban de D. Félix con enorme respeto, refiriéndose siempre a él como maestro de abogados, demócrata impecable, persona de enorme prestigio dentro y fuera del foro, injustamente confinado en Lanzarote por su participación en lo que se denominó Contubernio de Munich, y que fue en realidad un encuentro de demócratas españoles celebrado en Munich los días 7 y 8 de junio de 1962, impulsado por la Asociación Española de Cooperación Europea (A.E.C.E.) adscrita al Movimiento Europeo. Su hijo Félix prolongó en el tiempo y en el espacio el compromiso con la democracia y con Europa que su padre había iniciado.

En junio de 1972 tomé posesión como Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, donde viví tres de los mejores años de mi vida, de los que conservo inolvidables recuerdos. Inmediatamente establecí con Félix una doble relación. De un lado, la que con naturalidad surge entre los abogados que más actúan ante el Tribunal del que forma parte el Magistrado y, de otro, la generada por el hecho de compartir responsabilidades en la puesta en marcha de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, delegada de la Universidad Autónoma de Barcelona. Se que del Félix Pons abogado ha hablado —con mucha más autoridad y conocimiento que yo— otro compañero de esta mesa. Permítanme sin embargo —y ruego que me disculpen por esta breve intromisión— decir algo sobre el recuerdo que retengo de aquel tiempo en que a Félix le correspondía ejercer el derecho de defensa de los ciudadanos y a mi el de desempeñar —junto a inolvidables compañeros como los Magistrados Noguera, Tomás y Bañón— la función judicial. Los escritos procesales de Félix tenían una característica especial: en un castellano

limpio, contenido como su propia actitud, concentraba todos los argumentos que podían esgrimirse (normativos, jurisprudenciales, científicos, de derecho comparado). Nada se le escapaba. Profundizaba hasta lo más recóndito para proponer al Tribunal una respuesta satisfactoria de sus pretensiones. Era fácil estimar sus demandas cuando tenía razón: no había más que aplicar sus propios argumentos. Era difícilísimo desestimarlas cuando la Sala entendía que no la tenía. Un gran abogado, un inteligentísimo abogado, un abogado honesto a carta cabal fue siempre Félix. Los buenos abogados enseñan a los jueces. A mi Félix me enseñó muchas cosas.

Decía antes que compartimos la puesta en marcha de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca. Félix empezó enseñando Derecho Político. Fueron difíciles aquellos primeros años 1972 a 1974. Y me sorprende –alguna vez lo comenté con Félix– que al reducido grupo de personas, entre ellos, destacadamente, Félix Pons, que entonces derrochamos esfuerzos no se les haya reconocido el mérito que supuso montar desde la nada los estudios universitarios de la Licenciatura de Derecho y hacerlo, además, con un nivel de calidad del que son garantes los hoy profesionales que entonces los iniciaron. Del patrimonio intelectual que Félix Pons ha legado a la colectividad forman parte sus años de profesor, anticipatorios de los que más tarde dedicó: a colaborar desde el Grupo Parlamentario Socialista en la preparación del texto constitucional de 1978, a representar durante numerosas legislaturas a Baleares en el Congreso, ejercer desde el Gobierno de España la función de dirección política, bajo la influencia del excepcional Presidente que fue Felipe González, y a presidir el Congreso de los Diputados. Lo que equivale a decir que Félix reunió en su propia persona las actividades que forjan a un jurista: la de legislador, gobernante, profesor de Derecho y abogado jurisconsulto aplicador del ordenamiento jurídico, y todas ellas en el grado de la excelencia.

Gobernando la UCD –hacia cuyos presidentes Adolfo Suárez y Leopoldo Calvo Sotelo siempre he expresado los mayores elogios y por los que siento la mayor consideración– Gregorio Peces Barba, amigo común que entonces era el Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, reunió a un grupo de juristas de diferentes profesiones para que elaboráramos un texto alternativo al Proyecto de Código Penal de 1980 que el Ministro Lavilla –con quien tengo el honor y la satisfacción de trabajar diariamente en el Consejo de Estado– había remitido a la Cámara para su tramitación parlamentaria. El texto, retirado por el Gobierno de la UCD, sin llegar a ser discutido, fue sin embargo estudiado por aquellos juristas, entre los que se encontraba Félix Pons, que redactaron un texto alternativo. Tal texto sirvió de base para presentar, defender y aprobar la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, en tiempos en que quien ahora les habla era Ministro de Justicia. Félix Pons participó en el impulso

de aquella reforma penal que supuso el paso de un Código inspirado en principios preconstitucionales a otro que, cumpliendo los mandatos de la Constitución de 1978, incorporó nuestra justicia penal al último cuarto del siglo XX y permitió el desarrollo de una política criminal propia de una sociedad democrática.

He leído en algún sitio que, entre los retratos que acompañaban a Félix en su despacho, uno de ellos era el de Francisco Tomás y Valiente. Paco Tomás y Valiente, Presidente del Tribunal Constitucional que, entre otras muchas decisivas reformas, impulsó el desdoblamiento de la función judicial instructora y juzgadora en el ámbito de la jurisdicción penal, era otra de las personas por las que he sentido, siento y sentiré siempre la mayor admiración. Era Consejero de Estado –y yo entonces Presidente de aquella Casa– cuando lo asesinó ETA. Su muerte conmovió mi ánimo y el de toda la sociedad española. Traer aquí su recuerdo junto con el de Félix Pons me parece tan justo como necesario. Fueron ambos dos patriotas, en el sentido más noble y democrático de la palabra. Los dos defendieron una concepción de la patria puesta al servicio de la libertad, de la paz, del progreso y de la igualdad de los españoles.

Durante un año largo coincidí con Félix Pons en el Gobierno de la Nación. Sucedió en el cargo de Ministro de Administración Territorial a Tomas de la Quadra-Salcedo, otro viejo y querido amigo. Cuenta Giscard d'Estaing en sus Memorias como Presidente de la República Francesa la sorpresa que le produjo comprobar que había ministros que no decían una sola palabra en las reuniones del Gobierno sobre temas que no tuvieran origen en su propio Departamento. No quebrantaré la obligación de secreto que tenemos quienes hemos desempeñado esa responsabilidad si ahora digo que, en España, ese no era el caso de Félix. Conocedor de sus asuntos y de los de otros ministerios –desde luego, perfecto conocedor de los del Ministerio de Justicia– Félix ayudaba siempre con sus atinadas observaciones llenas de sentido, visión de futuro, prudencia, perspicacia y modernidad. En el año de su ministerio –tiempo breve– lo tuvo para conseguir la puesta en vigor, entre otras normas esenciales, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (R.D.Leg. 781/1986, de 18 de abril), la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, algunos de los Reglamentos de Desarrollo de la LBRL, como el importante Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (R.D. 1372/1986, de 13 de junio) así como para impulsar el proceso de transferencias a las CCAA y establecer las bases del comienzo de un nuevo sistema de financiación de dichas Comunidades.

Dejó el Gobierno para presidir el Congreso durante diez años. Y fue aquí, en tan alta responsabilidad –ejercida, además, en difíciles legislaturas

para el Grupo Parlamentario del que procedía— donde reforzó, si cabía, su prestigio político, su compromiso con la democracia, su visión europeísta compatible con una gran vocación iberoamericana, su fortaleza moral, su concepción de la política no como un arma para descalificar y destruir al adversario sino como el mejor camino para la participación, la búsqueda de soluciones a los problemas colectivos y la realización efectiva, a través de las políticas públicas adecuadas, de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

El mismo día de su elección como Presidente del Congreso —el 15 de julio de 1986— dijo:

“Si tuviese que resumir mi deseo como Presidente del Congreso, diría simplemente que ejerzamos de demócratas. Ejerciendo las virtudes de la democracia, que son las de la transigencia, el respeto a los derechos de la mayoría y el respeto y amparo a las minorías, la tolerancia frente a la cerrazón y al dogmatismo, está asegurado el adecuado tratamiento de los problemas de España”.

El 6 de diciembre de 1988, conmemoración del X Aniversario de la Constitución, desarrolló un pensamiento del que forman parte esencial dos ideas principales: la necesidad de desarrollar, profundizar y respetar la democracia, y el compromiso constitucional con el establecimiento de una sociedad democrática avanzada. Oíganlo ustedes utilizando sus propias palabras:

“El único riesgo que podría hoy acechar a la vitalidad constitucional y democrática sería el del conformismo o el de la rutina. Sería el de la confianza en que la democracia funciona por sí sola, impulsada por un cómodo mecanismo que nos libera de la responsabilidad de estimularla, desarrollarla, profundizarla y respetarla con todas nuestras actuaciones partidarias o institucionales, públicas o privadas. La Constitución no es un mecanismo que funcione por sí solo. Necesita nutrirse todos los días con la voluntad de ser libres y de organizar permanente - mente esa libertad.

España es hoy un miembro de pleno derecho del mundo libre respetado y en muchos aspectos admirado. Esta esperanzadora situación, no exenta de problemas y conflictos, es el resultado de un gran esfuerzo colectivo. Sin Constitución, sin libertades, sin democracia esta situación sería imposible”.

El 6 de diciembre de 1989 se celebró el acto de apertura de la IV Legislatura. El Presidente Pons habló del imperio de la Ley y terminó

invocando que “un sentimiento profundo de la libertad inspire todos nuestros actos”. Sobre la Ley como principal instrumento para hacer frente al desvalimiento afirmó:

“El sentido profundo de las leyes en el Estado moderno es el de expresar, ante todo, un imperativo moral. Esto es: un mandato que contiene una aspiración que se opone y trata de modificar los aspectos que se consideran injustos de la realidad existente.

La Ley queda configurada como el principal instrumento para hacer frente al desvalimiento que bajo diferentes formas, afecta a gran número de seres humanos en las sociedades contemporáneas.

El imperio de la Ley en nuestro ordenamiento representa, por otra parte, la clave de bóveda de la seguridad para los ciudadanos y, más concretamente, de la exclusión de la violencia en las relaciones sociales”.

El 14 de julio de 1993, día de la apertura de la V Legislatura Constitucional, tras aludir el Presidente Pons a los profundos cambios que habían tenido lugar en los tres años y medio transcurridos desde diciembre de 1989 (la caída del muro de Berlín, el hundimiento de la Unión Soviética, la reunificación de Alemania, el conflicto de la antigua Yugoslavia, la más dura recesión de la posguerra) convocó a todos a “participar en la definición de un mundo que atraviesa un momento crucial”, advirtió de que “ningún país puede hoy sentirse dueño absoluto de su destino al margen de los demás”, subrayó que para los españoles “la construcción de Europa debe seguir siendo un objetivo firme así como el de ampliar y reforzar las estrechas relaciones con la Comunidad Iberoamericana de Naciones”. Y no se olvidó de la inmigración, ni de los peligros de la apelación al racismo y a la xenofobia, ni de los débiles. Concluyó con estas palabras:

“Si una sociedad se desentiende de los débiles o de los que necesitan ayuda para ejercer sus derechos o desarrollar sus posibilidades en vía de igualdad, no es una sociedad legitimada”.

El respeto al tiempo concedido me impide desarrollar con más extensión el pensamiento político de Félix Pons, al que igualmente pertenecen sus reflexiones (expuestas en la conferencia pronunciada el 22 de abril de 2008 en El Centre de Professors de Palma de Mallorca, publicada en el nº 38 de la Revista Cuadernos de Alzate) sobre la asignatura Educación para la Ciudadanía, cuya implantación consideraba absolutamente necesaria. Dijo entonces “que si bien la democracia se fundamenta en la autonomía del

individuo, en la elevación del hombre a titular de derechos iguales y universales, el “individualismo” no es un valor central de la cultura democrática”. La auténtica cultura democrática –afirmó– “se nutre del valor de la solidaridad y el compromiso”. Sin una convicción profunda de alteridad no hay democracia posible. Trabajar por la consolidación de la cultura democrática supone, por tanto, impregnar el cuerpo social del principio de la solidaridad”. Cerró su intervención afirmando que “si la realidad pública se encuentra tan alejada de la ejemplaridad no será suficiente una educación cívica teórica para arrastrar a los jóvenes hacia la asunción de las responsabilidades exigidas por la convivencia”. En “Algo va mal”, Tony Judt, su autor recientemente fallecido, afirma, inspirándose en John Stuart Mill, que “la idea de una sociedad en la que los vínculos son las relaciones y los sentimientos que surgen del interés pecuniario es esencialmente repulsiva”.

Me identifico, señoras y señores, con este pensamiento. Junto a mi elogio final del político, legislador, gobernante, profesor, abogado y ciudadano ejemplar que fue Félix Pons, concluyo expresándoles mi agradecimiento por su atención.

VII.- ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS EN RECUERDO DE LOS ACADÉMICOS FALLECIDOS

Miquel Masot Miquel

Los fallecimientos de Raimundo Clar Garau y Félix Pons Irazazábal, acaecidos ambos en el año 2010, dieron lugar a amplias manifestaciones de duelo. No solamente nos habían dejado dos juristas de reconocidísimo prestigio, sino que los fallecidos, por su preocupación por la res pública, y su consiguiente dedicación a la política, se habían granjeado el afecto y aprecio de amplios sectores de la población. No es extraño, por tanto, que, en los días siguientes a su fallecimiento, los medios de comunicación estuvieran repletos de artículos diversos, en los que se glosaban las figuras de los insignes fallecidos.

Dado que ambos eran Académicos de número de nuestra Corporación, se juzgó oportuno que también la Academia se sumara a estas manifestaciones de duelo. Por tal razón, su Presidente, Miquel Masot, escribió los dos artículos que se adjuntan, que se publicaron en Diario de Mallorca, en los que expone sus vivencias con cada uno de los Académicos fallecidos y la fructífera trayectoria de los mismos dentro de nuestra Corporación.

1. En la muerte de Raimundo Clar

Dijo Cicerón que la vida de los muertos perdura en la memoria de los vivos. Y, seguramente por ello, es natural y lógico que en la muerte del muy apreciado amigo Raimundo Clar, con el que he compartido tantas vivencias jurídicas, se agolpen en mi memoria retazos de una vida tan rica en saberes, conocimientos y amistades.

Conocí a Raimundo Clar en el seno de una Comisión de Juristas que, en el año 1973 y a impulso de aquel gran Decano del Ilustre Colegio de Abogados que fue Andrés Rullán, se constituyó para cumplir con lo establecido en la disposición adicional de la Compilación de 1961, que imponía una revisión decenal de las normas contenidas en la misma; normas en las que se resumía –y nunca mejor empleada la palabra– el Derecho civil propio de nuestras Islas. Y este conocimiento fue impactante. Raimundo Clar había pasado a ocupar una notaría de Palma en plena juventud, merced a sus brillantes ejercicios en las oposiciones entre Notarios, y, en la Comisión de Juristas a la que me estoy refiriendo, recuerdo que defendía sus puntos de vista con ardor juvenil, pero éstos, además, tenían el fundamento y el peso extraído de sus amplísimos conocimientos. Postulaba al mismo tiempo la innovación de nuestro Derecho y el respeto –en lo esencial– a las características del mismo que le daban nuestra idiosincrasia y peculiaridad y que, ciertamente, no eran otras que las heredadas de los viejos textos romanos.

Después vinieron sus artículos sobre el régimen de separación de bienes –publicados en la Jornada de Derecho foral en homenaje al Ilustre Letrado Felix Pons i Marqués y en el Boletín Informativo del Colegio de Abogados– que fueron, indudablemente, un referente para todos los estudiosos de nuestro Derecho que después hemos investigado la institución.

En el año 1980 surgió la importante iniciativa de la Editorial Edersa de publicar una obra de gran envergadura comentado todos los artículos del Código Civil y de las Compilaciones Forales, impulsada por el Profesor Albadalejo, uno de los maestros del Derecho civil español. Recuerdo que no fue fácil convencer a Raimundo para que se uniera al equipo de redactores, pues el ingente trabajo de su acreditada notaría suponía un freno para sus quehaceres científicos y doctrinales. Pero con un argumento le convencí: no debía privar a la obra –absolutamente necesaria por otra parte para salir al paso de dudas y problemas que la raquílica Compilación de 1961 había venido suscitando– del prestigio que le supondría figurar él entre los colaboradores. Y así aparecieron sus comentarios a los artículos de la

Compilación dedicados a los siempre complicados temas de las fuentes, aplicación e interpretación de nuestro Derecho, en los que da muestras –una vez más– de su gran sabiduría jurídica. Precisamente, muchas de las cuestiones suscitadas en sus comentarios fueron después abordadas por la Comisión oficial de Juristas que elaboró el anteproyecto de reforma de nuestra Compilación que, tras su paso por el Parlament, se convirtió en la ley 8/1990 de 28 de Junio que constituye el texto vigente hoy en día.

Recuerdo como si fuera ayer las reuniones de esta Comisión de Juristas, celebradas precisamente en el despacho de Raimundo durante largos años, y rememoro los grandes conocimientos jurídicos que él puso siempre de relieve, pues, además de una innegable inquietud doctrinal, atesoraba ya una experiencia muy dilatada; ¿quién mejor que él –que a lo largo de su vida había autorizado cientos y cientos de testamentos– podía saber como querían nuestras gentes ordenar su sucesión?

Pero las ansias de conocimientos jurídicos de Raimundo Clar se extendían a todas las ramas del Derecho. En ocasiones me habló de escribir una tesis doctoral sobre el objeto de las sociedades mercantiles, tesis que, por imperativos del quehacer diario, no llegó a escribir; pero sí impartió, con gran aceptación del alumnado, varios cursos sobre teoría y práctica de las sociedades mercantiles en nuestra Escuela Universitaria de Estudios Empresariales. Y, tras su paso por la política –haciendo posible, junto con otros prestigiosos profesionales de nuestra sociedad, aquella transición política tan esperanzadora entonces como ahora añorada– se interesó por los temas constitucionales y autonómicos, tratando con brillantez las cuestiones de nuestro Derecho con los mismos relacionados.

Con todos estos precedentes, y dado el gran prestigio de Raimundo Clar en todos los ámbitos jurídicos, estaba cantado su ineludible ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, constituida como Corporación de Derecho público en virtud del decreto 63/1994 de 13 de Mayo. El ingreso tuvo lugar tras la lectura de un magnífico discurso titulado “En torno al derecho de propiedad”, en el que formula una conceptualización del mismo acorde con los nuevos principios de nuestro Ordenamiento jurídico. Y su actitud en la Academia ha sido siempre de trabajo y total cooperación, habiéndonos hechos partícipes de sus brillantes aportaciones. Su última conferencia –titulada “Desheredación de descendientes por denegación de alimentos”–, impartida al celebrarse la inauguración del curso académico 2007-2008, nos demostró que la jubilación no había hecho mella en su claridad de ideas, rigor expositivo e interés de sus planteamientos.

La vida de Raimundo Clar no fue, en definitiva, sino un continuo quehacer en beneficio de los demás. Indudablemente a él se puede aplicar la frase del filósofo suizo A. Vinet según la cual “la vida no es un día de fiesta ni un día de luto; es un día de trabajo”.

2. Fèlix Pons a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears

Com era d'esperar –i a més era i és d'estricta justícia– després de la mort de Fèlix Pons han fet acte de presència als diaris molts i molt brillants articles en lloança de les reconegudes virtuts del gran jurista i polític que ens ha deixat.

Té sentit, aleshores, que surti a la llum pública aquest escrit en emocionada recordança de l'amic desaparegut?. Crec que sí, i per dues raons: per que, com a President de l'Acadèmia, vull expressar el sentiment que he recollit de tots els membres de la mateixa, per la trista y sobtada mort de l'Acadèmic que ens ha deixat; i per que el pas per l'Acadèmia de Fèlix Pons va ser una demostració més de les virtuts que sempre ha posat de relleu en tots els tant importants càrrecs que ha ocupat: rectitud, honestedat, prudència, profunda intel·ligència i, particularment, una gran preparació jurídica.

Vaig conèixer a Fèlix Pons fa molts d'anys. De fet, vàrem coincidir a la cerimònia de jurament del càrrec d'Advocat, i, al poc temps, vaig tenir la satisfacció i l'honor de ser el Vice-president de la Agrupació d'Advocats Joves, propiciada per Fèlix juntament amb el Degà del Col·legi d'Advocats Andreu Rullan. Fèlix va ser el President de l'Agrupació, i la manera de comportar-se com a tal ja feia endevinar –com així ha estat– que moltes i molt més importants Presidències seguirien a aquesta.

El pas per la política de Fèlix Pons ha estat –com és unànimement reconegut– absolutament exemplar, podent-se dir que ha sigut un mirall en el que podrien prendre llum totes les noves generacions que es volen dedicar a la política.

Però crec sincerament que encara més exemplar ha estat el seu desembarco de la política. Rebutjant, possiblement, càrrecs importants més còmodes i lucratius, va tornar, amb la modèstia i humilitat que li eren pròpies, a la seva estimada advocacia i a la no menys benvolguda docència universitària.

Amb el seu prestigi, amb la gran cultura jurídica que sempre ha mostrat,

i amb la profunditat que posava en l'estudi de tots els temes, era d'esperar el seu ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les nostres Illes. Va tenir lloc el 28 de Novembre de 2.000 mitjançant la lectura del discurs titulat "Administración y mercado. Los límites de la iniciativa económica pública", en el que sotmet a un examen detallat la denominada "Actividad económica pública", estudiant la seva legitimitat, les característiques de les societats mercantils públiques, els interessos generals i el seu control, fent gala de la passió que sempre va demostrar per dues rames del Dret molt pròximes a ell: el Dret administratiu i el Dret mercantil. Precisament al seu ensenyament va dedicar –després del desembarco de la política– les seves tasques de docència universitària. Abans –com és generalment recordat– va ensenyar Dret polític a la Facultat de Dret que es va crear aquí com a delegació de la universitat Autònoma de Barcelona, delegació que va poder començar a funcionar gràcies a la entusiasta i desinteressada participació de professionals del Dret de la nostra terra, entre els quals era Fèlix un dels més destacats.

Fèlix ens ha deixat valuoses mostres de la seva profunditat en l'estudi dels temes jurídics. Precisament, en el darrer número de la Revista Missèr –editada pel Col·legi d'Advocats– i dintre de la secció "Les pàgines de l'Acadèmia" hi ha una interessantíssima col·laboració seva sobre la problemàtica plantejada per la inexistència del reglament previst a l'article 17 de la llei 6/1997 de sòl rústic. I no és pot oblidar el reconeixement que tots els juristes li devem per haver estat el director de la Revista Jurídica de les Illes Balears, sense cap dubte l'intent més seriós de publicació anual de gran altura dirigida al estudi i divulgació dels temes jurídics.

Vaig visitar Fèlix Pons en el seu despatx en el mes d'abril de l'any passat. La visita tenia per objecte entregar-li el discurs d'ingrés del jurista menorquí Josep Maria Quintana per que ell preparés la redacció i lectura del discurs de contestació en nom de l'Acadèmia. El títol del discurs era "Llengua i Dret a la CAIB: una opció per la llengua pròpia", i dues circumstàncies m'havien portat a la conclusió de que Fèlix Pons era la persona adient per aquesta tasca: el fet de ser el Dret lingüístic una rama del Dret emergent, encara poc coneguda, i la dosi de polèmica que sempre hi ha a la vora de les qüestions lingüístiques. Fèlix va acceptar el treball amb molt de gust, però pocs mesos després me va dir per telèfon que l'havien d'operar i que no podria dur a terme l'encàrrec.

D'aquella visita recordo que Fèlix me va dir que volia començar a escriure les seves memòries, per que –va puntualitzar– això s'ha de fer quan encara estàs bé i te recordes amb detall de les coses. Si la malaltia se n'ha portat pel davant aquest projecte, és evident que ens hem perdut un testimoni d'un valor incalculable per l'estudi d'una època política que va ser apassionant.

En aquest any 2010 han coincidit la mort del amic Fèlix amb el centenari del naixement del seu pare Fèlix Pons i Marquès que, com és sabut, va ser un molt important Advocat i jurista que, per la seva militància a la Democràcia-cristiana, va sofrir les represàlies del règim franquista. Precisament, per a commemorar el centenari, l'Acadèmia ha sol·licitat de l'Ajuntament de Palma el nomenament de fill il·lustre pel Senyor Fèlix Pons i Marqués. No importa dir que Fèlix Pons Irazazábal –per la seva reconeguda rectitud– ha estat aliè d'aquestes activitats acadèmiques. Però sabem que li feia molta il·lusió el lliurament al seu pare del títol de fill il·lustre de la nostra ciutat. Malauradament no ho haurà pogut veure.

Però tant un com l'altre han tingut el més apreciat títol que pot tenir una persona: l'altíssima consideració i estima de les persones que els han conegut. I és que, com va dir el clàssic –en aquest cas Ciceró–, la vida dels morts perdura en la memòria dels vius.

VIII .- CONFERENCIAS

REFORMAS PROCESALES, NOVEDOSA OFICINA JUDICIAL E INCIDENCIA EN EL PROCESO PENAL

Jaime Suau Morey

En el inicio del curso académico 2010-2011 se consideró que los dos temas que debían centrar los trabajos de la Academia eran la reforma del Código penal –que dio lugar al discurso de inauguración del curso pronunciado por el Académico Rafael Perera Mezquida sobre “El ciudadano de a pie ante el nuevo Código penal”, el cual se inserta en el presente Boletín– y las reformas procesales derivadas de las leyes 1 y 13/2009 de 3 de Noviembre, que entraron en vigor en el mes de Mayo de 2010.

Sobre este segundo tema dio una muy interesante conferencia el Abogado y Doctor en Derecho Jaime Suau Morey, la cual se inserta a continuación. En su trabajo se analiza el funcionamiento de la nueva oficina judicial –centrada en la figura del Secretario judicial como director del procedimiento– y se dedica especial atención a la grabación de las actuaciones judiciales por medios informáticos, que, con la incorporación de la firma electrónica del Secretario, pasan a constituir el acta idónea para dar la debida fe de aquéllas.

En el trabajo se estudia particularmente la grabación de los juicios penales a fin de concluir sobre el valor que debe darse a la misma, en caso de tener lugar la apelación de las sentencias recaídas.

I- De las Secretarías a la nueva oficina judicial

En el BOE de 4 de noviembre de 2009 se publicó la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial y la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, complementaria de la anterior (la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio).

En cuanto a la vertiente organizativa, la principal novedad de la reforma descansa en el reparto de funciones que dentro de la oficina judicial se establece entre jueces y Magistrados, y Secretarios Judiciales. Además se extiende a todos los ordenes jurisdiccionales la obligación de registrar en soporte audiovisual las actuaciones que ante ellos se practiquen, con la incorporación de la firma electrónica, la utilización de diversos medios técnicos, internet, agenda programada de señalamientos, etc.

Las dos normas promulgadas, que constituyen un elemento clave para hacer realidad la profunda transformación estructural de juzgados y Tribunales planteada desde 2003, han venido a modificar una decena de leyes procesales (hasta un total de 22 leyes de diversa índole) necesarias para la entrada en funcionamiento de la nueva oficina judicial, presupuesto imprescindible para la modernización de la administración de justicia (ambas leyes de 2009, publicadas en el BOE número 266 de 4 de noviembre; siendo necesario resaltar que la Ley 13/2009 de 3 de noviembre contiene mas de 900 cambios legales, entre artículos, apartados, párrafos y rúbricas de disposiciones)²⁹.

En la LO 1/2009 de 3 de noviembre mediante la que se modifica la LOPJ 6/1985 de 1 de julio, se establece en el artículo primero nº 17 lo siguiente:

29 - Conviene recordar que con anterioridad a la promulgación de las leyes que se comentan, había existido otro proyecto acordado en Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2005, (Proyecto de LO por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal. En concreto la Disposición Final 2ª de la LO 19/2003 de 23 de diciembre (que reforma la citada LO 6/1985), prevee que el Gobierno apruebe los proyectos de leyes necesarios para adecuar las leyes procesales a las disposiciones de la LOPJ modificadas, que en lo relativo a las oficinas judiciales y a los secretarios judiciales se recogen en el Libro V de la LO 6/1985, de 1 de julio.

En relación a los antecedentes de la ley 13/2009, ver Banacloche Palao. El proyecto de la nueva oficina judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado? En diario La Ley, 3 de agosto de 2009.

El artículo 453 apartado 1 de la LOPJ, queda redactado en los siguientes términos “*Corresponde a los Secretarios Judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias.*”

*Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, las vistas se podrán desarrollar sin la intervención del Secretario Judicial, en los términos previstos en la ley. En todo caso el Secretario Judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido*³⁰.

Según el **preámbulo** de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, los ciudadanos tienen derecho a un servicio público de la justicia ágil, transparente, responsable y plenamente conforme a los valores constitucionales. Uno de los medios para conseguirlo es la implantación en España de la nueva oficina judicial, cuyo objetivo es la racionalización y optimización de los recursos que se destinan al funcionamiento de la Administración de Justicia.

Se trata, de que los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: **juzgar y hacer ejecutar lo juzgado**. Para ello es preciso descargarles de todas esas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones que se acaban de señalar, y a ello tiende el nuevo modelo de la Oficina Judicial. En ella, se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional y, por otra parte, se establecerán sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad. En este nuevo diseño, jugarán un papel de primer orden los integrantes del Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales.

Después de aludirse a la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia como uno de los estandartes que persiguen el objetivo de prestar un servicio próximo y de calidad, se alude a los profesionales que trabajan para la Administración de Justicia, y concretamente a los Secretarios Judiciales.

La racionalización de esfuerzos permitirá diseñar y crear un modelo de oficina judicial compuesta por las dos unidades previstas por el artículo 436

30 - En la LECr, el desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, en los términos expuestos en el art. 743.1 de la LECr (modificado por el art 2.95 de la ley 13/2009 de 3 de noviembre). Ver in extenso CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. En Hacia un nuevo proceso penal, la Ley, Madrid 2010, pag 143.

de la LOPJ: **Las unidades procesales de apoyo directo y los servicios comunes procesales**. De este modo, el Secretario Judicial, cuando se encuentre al frente del servicio común de ordenación del procedimiento, estará en mejores condiciones para impulsar el procedimiento, permitiendo que el Juez o Tribunal pueda dictar las resoluciones de fondo en tiempo y forma; en este sentido se atribuye a los Secretarios no solo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, sino también otras funciones que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma (aunque la ejecución material corresponde a los funcionarios de los cuerpos regulados en el libro VI de la LO, de conformidad con el catálogo de funciones que en el mismo se establecen y siempre bajo la dirección técnico procesal del Secretario Judicial (artículo 457 de la LOPJ).

a) **Las unidades procesales de apoyo directo** se integran en el tipo de oficina judicial que asume directamente la asistencia a Jueces y Magistrados en el ejercicio de las funciones que le son propias, realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten. Contarán con un Secretario Judicial que ejercerá las competencias y funciones que le son propias, si bien por motivos de racionalización del servicio, un mismo secretario judicial podrá actual en mas de una de estas unidades.

b) **Los servicios comunes procesales** se configuran como una herramienta base para la construcción y diseño de una nueva oficina judicial. Hasta la entrada en vigor de la reforma de la LOPJ carecían de una regulación específica, al margen de la dictada por el propio CGPJ para sentar unas bases mínimas; no obstante, la reforma pretende ofrecer una normativa orgánica que sienta los pilares organizativos de tales oficinas, para que la administración competente pueda racionalizar y actualizar los medios personales y materiales en aras a una mejor y más rápida administración de Justicia. Por tanto al frente de todo servicio común procesal (SCOP) debe existir, **como mínimo** un Secretario Judicial de quien dependerá funcionalmente el personal del aludido servicio. Solo puede integrarse en este servicio el personal al servicio de la Administración de Justicia pues, como dijimos, su regulación estatutaria se encuentra en íntima relación con la naturaleza de la función que desempeñan. Al frente de estos servicios comunes procesales, existirá un Secretario Judicial como máximo responsable del mismo, de quien dependerán funcionalmente el resto de los Secretarios Judiciales así como el personal al servicio de la Administración de Justicia destinado en los puestos de trabajo en que se ordene el servicio.

c) **Las unidades administrativas** son aquellas que, **sin estar integradas en la Oficina Judicial**, se constituyen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos de la Oficina Judicial. Estos servicios comunes **no procesales** intervienen donde se lleven a cabo actuaciones **no regidas por**

leyes de procedimiento, pero sí de colaboración o ayuda en el actual diario del Poder Judicial, asistencia a víctimas, información al ciudadano, servicios de traducción, averiguaciones patrimoniales, peritaciones.³¹

En este orden de ideas, la LOPJ (art. 440 de la aludida y reformada ley), define a los Secretarios Judiciales como funcionarios públicos que constituyen un cuerpo superior jurídico único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad.

El cuerpo de Secretarios de estructura jerarquizada tiende no obstante a lograr una adecuada coordinación a todos los niveles posibles, permitiéndose con ello, entre otras cosas una mejor determinación de responsabilidades; su estructura incluye, en primer lugar al Secretario de Gobierno, posteriormente a los Secretarios Coordinadores Provinciales, en tercer lugar a los Secretarios de Servicios Comunes Procesales y en cuarto lugar a los Secretarios en oficinas de apoyo.

La atribución de estas competencias a los Secretarios Judiciales, sin que ello signifique que el Juez o Tribunal pierda la dirección del proceso (art. 165 de la LOPJ), implica la necesidad de articular un sistema de recursos que permita que el titular del órgano judicial (en determinados supuestos), pueda conocer del recurso interpuesto contra la resolución del Secretario Judicial, tal como se analizará mas adelante.

Con el fin de dotar de homogeneidad a todo el sistema en una reforma de tanto calado como la que ahora se acomete, se ha optado por dar (cualquiera de que sea el orden jurisdiccional del que se trate), el mismo nombre a los recursos que caben contra las resoluciones del Secretario Judicial: **recurso de reposición** cuando se interpone ante el Secretario Judicial que dictó la resolución impugnada, con el fin de que sea él mismo quien reconsidere su decisión; o bien recurso de revisión cuando se trate de que sea el Juez o Tribunal quien decida la cuestión.

31 - Uno de los objetivos que pretende la actual reforma consiste en delimitar las funciones que van a tener lugar en la Oficina Judicial. En este sentido como destaca ESCUDERO MORATALLA, ALFEREZ DEL MORAL, ALIAGA CASANOVA y GOMEZ ARROYO en la obra *El Secretario Judicial: Últimas reformas orgánicas conforme a la Ley 19/2003, del 23 de diciembre*. Ediciones Revista General de Derecho, Valencia 2004. Cabe destacar en clave delimitadora y en cuanto a la fe pública, que el Secretario Judicial es el único funcionario público susceptible de ejercer la fe pública judicial. En el aspecto funcional, será el Secretario Judicial quien delimite y atribuya las funciones, distribuyendo tareas específicas entre el personal integrante de su oficina, de la cual será el máximo responsable. Junto a ello la reforma potencia, la actuación procesal del Secretario Judicial asumiendo labores propias (no de proposición de resolución a Jueces y Magistrados) a fin de descargar a estos de tareas no estrictamente jurisdiccionales; por ello el Secretario puede dictar un nuevo tipo de pronunciamiento, el decreto, resolución motivada, que se habrá de dictar, bien para poner término a los procedimientos cuya tramitación asuma, bien para cuando sea necesario razonar y explicar su decisión.

Por otra parte, punto IV del preámbulo, con el objeto de unificar la terminología y adaptarlas a las nuevas competencias del Secretario Judicial, se utiliza la expresión **resoluciones procesales**, para englobar tanto las resoluciones judiciales (providencias, autos y sentencias) como las del Secretario Judicial que con la nueva redacción son: **diligencias de ordenación**, cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establezca; **decretos**, vgr cuando con la resolución se admite la demanda o se pone término al procedimiento del que el Secretario tuviera atribuida competencia exclusiva, o cuando fuera preciso o conveniente razonar lo resuelto **diligencias de constancia, ejecución**, etc. a los efectos de reflejar en actos hechos o autos con trascendencia procesal³².

Las reformas implantadas por las aludidas leyes (LO 1/2009 y Ley 13/2009 de 3 de noviembre, incluyendo a su antecesora LO 19/2003 de reforma de la LOPJ) no permiten mantener que el resultado de las aludidas reformas se traduce únicamente en la sustitución del Juez por el Secretario en lo referente a la competencia para dictar determinadas resoluciones, sino que las reformas tienen un mayor calado. Por ello, antes del nacimiento del cambio legislativo operado en 2009, algunos profesores universitarios de derecho procesal, se manifestaron muy críticamente en una nota que publicaron **por la unidad y la independencia de la administración de justicia y por las garantías procesales de los ciudadanos**, sobre el proyecto de ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En una declaración de profesores universitarios de derecho procesal sobre el *Proyecto de ley de reforma de la legislación para la implantación de la nueva oficina judicial* firmada en Madrid a 8 de febrero de 2009, se manifiesta, entre otras muchas consideraciones, que la LO 19/2003 eliminó la superior dirección de los Jueces y Presidentes que establecía el art 473.2 de la LOPJ, tras confiar la jefatura directa de la oficina judicial a los Secretarios. Si se aprobase el proyecto de ley que nos ocupa, –se decía–, no se enmendaría ese error de la LO 19/2003 y en cada Juzgado y Tribunal se pondría de manifiesto a diario, con consecuencias lamentables, la inexistencia de jefatura y dirección. El Proyecto del que estamos tratando –se decía–, sigue eliminando la dirección de los Jueces y Presidentes. La filosofía que encierra la crítica profesoral no es ajena al pensamiento que se exterioriza al afirmar que “no se puede juzgar sin proceder ni proceder sin juzgar”; decir que no se puede proceder sin juzgar implica que toda decisión procesal requiere un juicio, un razonamiento; de ahí que las fronteras entre

32 - También se unifica la denominación de los recursos interpuestos contra providencias y autos no definitivos en las jurisdicciones civil, social y contenciosa, desapareciendo la referencia al recurso de súplica en los dos últimas, a favor del término recurso de reposición, al tiempo que se unifica la regulación de los recursos devolutivos, atribuyendo competencias similares al Secretario Judicial en la preparación e interposición de los mismos.

lo jurisdiccional y lo procedimental en algunas ocasiones tengan contornos difusos. Aunque se trata de una vieja cuestión, últimamente Pérez Daudí³³ ha vuelto a referirse a ella, al tratar de la revisión de oficio por el Tribunal, todo ello dentro del marco de los mecanismos de revisión de los decretos del Secretario judicial por el aludido Tribunal.

II- Las modificaciones en el sistema de recursos penales

Lo expuesto revela ya el amplísimo espectro en el que se insertan las aludidas reformas, por lo que en esta exposición, me referiré únicamente al proceso penal, y dentro de él, a algunos de sus aspectos referidos a la grabación de los juicios, a sus consecuencias y repercusiones en el ámbito probatorio (téngase en cuenta no obstante que la aludida reforma afecta a todos los órdenes jurisdiccionales y a todas las instancias). Concretando pues, cabe destacar que contra las diligencias de ordenación dictadas por los secretarios judiciales, hemos dicho que podrá ejercitarse ante ellos mismos recurso de reposición.

También cabe reposición contra los decretos, excepto en aquellos supuestos en que proceda directamente recurso de revisión.

El recurso de revisión (art. 238 TER de la LECr) se interpondrá ante el Juez o Tribunal con competencia funcional en la fase del proceso en la que haya recaído el decreto que se impugna; contra el auto resolutorio del recurso de revisión no cabe recurso alguno³⁴.

33 - PEREZ DAUDI, La revisión de los Decretos del Secretario judicial por el Tribunal, en revista Justicia, 2010, nº 3 y 4, pag 133.

34 - El régimen de recursos contra resoluciones del Secretario se encuentra regulado en la LEC de forma mas completa para el proceso civil entre otras razones, por la supletoriedad que proyecta; así se concreta que contra diligencias de ordenación y contra decretos no definitivos del Secretario Judicial, cabe recurso de reposición ante el mismo, excepto en los que casos que la ley prevea recurso directo de revisión (conviene recordar que contra las providencias y autos no definitivos, cabe recurso de reposición ante el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida). El secretario (según el art. 453) resuelve el recurso de reposición mediante decreto (recordemos que el Tribunal resuelve la reposición mediante auto; contra este auto cabe recurso de queja cuando la ley lo prevea expresamente, cuando la ley no lo prevea no cabe recurso contra el aludido auto resolviendo el recurso de reposición, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de reposición al recurrir la resolución definitiva).

Según el art 454 BIS cabrá recurso de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación; cabrá también en los casos en los que se prevea expresamente. El Tribunal resuelve el recurso de revisión mediante auto contra el cual solo cabe recurso de apelación cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación.

Por otra parte, la tramitación procesal de los recursos contra las resoluciones de los Secretarios judiciales, de reposición y revisión (implantados en el Capítulo II añadido por el art. 2.31 de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre) se encuentra regulado en los art. 238 BIS Y 238 TER de la LECr.

El art 2.31 de la ley 13/2009 de 13 de noviembre añadió dos artículos al 238 de la LECr, estableciéndose en el primero (art. 238 BIS) que aparte del recurso de reposición que puede interponerse contra las diligencias de ordenación dictadas por los Secretarios judiciales, contra los decretos de éstos, también podrá interponerse recurso de reposición, excepto en aquellos supuestos en que proceda la interposición directa del recurso de revisión por así preverlo expresamente la ley³⁵.

Asimismo, el **recurso de revisión**, se interpondrá (art. 238 TER), ante el Juez o Tribunal con competencia funcional en la fase del proceso en la que haya recaído el Decreto del Secretario judicial que se impugna³⁶.

En cuanto al procedimiento y los requisitos cabe destacar el carácter escrito del recurso, la firma del Letrado y el traslado que una vez admitido el recurso, el Secretario judicial llevará a cabo concediendo al Fiscal y a las partes personadas un plazo común de dos días para que presenten sus alegaciones escritas, resolviendo el Juez o Tribunal sin mas trámite. Contra el auto resolutorio del recurso de revisión no cabrá interponer recurso alguno.

Las críticas que ha despertado este sistema inciden primordialmente en la posible contaminación política que producirá el hecho de que sea el Gobierno quien decida cuestiones relativas a la interpretación de normas procesales por medio de ordenes y circulares, sustituyendo la labor que, hasta ahora, correspondía en exclusiva a Jueces y Magistrados³⁷. Se añade

35 - En el Capítulo II añadido por el art. 2.31 de la referida ley 13/2009, se regula la tramitación del recurso de reposición al que nos hemos referido en el cuerpo de este escrito, determinándose (art 238 BIS) que se interpondrá siempre por escrito autorizado pro firma de Letrado y acompañado de tantas copias cuantas sean las partes personadas, expresándose la infracción cometida a juicio del recurrente. Admitido a trámite el recurso, por el Secretario se concederá al Fiscal y a las demás partes personadas un plazo de dos días para presentar sus alegaciones, transcurrido el cual el Secretario resolverá sin mas trámite. Contra el Decreto del Secretario judicial que resuelva el recurso de reposición, no cabrá interponer recurso alguno.

36 - El régimen de recursos frente a las resoluciones de los Secretarios judiciales dictadas para la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia y para la realización de medida cautelar de embargo prevista en 589 y 615 de la LECr, será el previsto en la LEC. En cuanto a la discusión acerca de la revisión de oficio por el Tribunal, ver PEREZ DAUDI, Vicente en La revisión de los Decretos del Secretario judicial, por el Tribunal, Revista Justicia 2010 nº3-4, pag 128 y 129. Ver también PEREDA GAMEZ en la Reforma de la LOPJ y de la LEC para la implantación de la nueva oficina judicial, Revista de jurisprudencia El Derecho, nº 3, marzo 2010 pag 9, refiriéndose a que la jurisdicción y competencia pueden ser revisado por el Tribunal de oficio en cualquier momento del proceso. También es posible analizar la virtualidad de los presupuestos procesales antes de la sentencia.

37 - El texto del nuevo artículo 178 apartado 3 de la L.E.C prevee la dación de cuenta de los funcionarios del cuerpo de gestión procesal y administrativa acerca de la tramitación de los procedimientos. Se prevee el seguimiento de ordenes, circulares e instrucciones que se recibirán del superior jerárquico (art.438.6 de la L.O.P.J) que a fin de cuentas, no es otro que el Ministerio de Justicia (art.463.1 de la L.O.P.J), que de esta forma se habrá asegurado el control de los secretarios judiciales, cuerpo regido por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (452.1 de la L.O.P.J).

también que el asunto no va a llegar a la unidad procesal de apoyo directo hasta bien avanzado su desarrollo, con lo que el control del proceso por parte del Juez (o los Magistrados) que deben conocer del litigio desaparece casi por completo³⁸.

III- Objetivos de la reforma procesal. Ley 13/2009

Como afirma Serra Domínguez³⁹ “mientras en las normas materiales basta con la presencia de los ciudadanos siendo eventual la actuación del Juez, las normas procesales carecen de sentido sin ser referidas a una futura actuación jurisdiccional”. Habida cuenta de que la modificación que introduce la LO 19/2003 lleva ya muchos años de vigencia y que los aspectos a los que acabamos de referirnos (referentes al ámbito de lo jurisdiccional, procesal, procedimental...) constituyen cuestiones de profundo calado, es necesario no obstante destacar que la reforma no consiste únicamente en regular la distribución de competencias entre Jueces y Magistrados por un lado y Secretarios por otro, sino que se propone conseguir varios objetivos, vamos a referirnos a estos de forma individualizada, ya que se mencionan en la Ley de Reforma Procesal 13/2009.

Modernización de medios físicos y tecnológicos

Como complemento indispensable de la racionalización de la gestión de los recursos humanos que implica el nuevo planteamiento al que nos referíamos al principio, se ha considerado clave abordar una modernización a fondo de los medios físicos y tecnológicos que permita llevar a cabo un despliegue verdaderamente operativo de la nueva oficina judicial. A estos efectos, se han ejecutado o se deben ejecutar obras de reforma y mejora de

38 - BANACLOCHE PALAO. Guía práctica de la nueva oficina judicial. Editorial La Ley. Madrid 2010

39 - SERRA DOMÍNGUEZ, Estudios de derecho procesal, pag 625. Sobre la distinción entre proceso y procedimiento no podemos evitar la cita de Fenech, Derecho procesal civil, 1979, pags 52 y ss. No podemos realizar aquí un estudio exhaustivo de la distinta significación que se atribuye a estas palabras desde distintas posiciones doctrinales, pero todas ellas se acercan al uso común de proceso y procedimiento; así, para Fenech, “constituyen el procedimiento las normas con arreglo a las cuales se ha de desarrollar el proceso”.

DE LA OLIVA SANTOS afirma que el procedimiento se utiliza para designar una serie o sucesión de actos sin hacer cuestión sobre su naturaleza; jurisdiccional, administrativa, etc. y cuando se usa en la esfera jurisdiccional, designa solo el fenómeno de la sucesión de actos en su puro afecto externo (De la Oliva Santos y Fernández López, Lecciones de derecho procesal, tomo I 1982, pag 57). Aunque no puedan darse normas fijas o inflexibles en este sentido, el impulso de esta sucesión de actos, en su puro aspecto externo, se realiza en el proceso jurisdiccional mediante diligencias, providencias, etc.

los edificios que han de acoger la nueva estructura organizativa para adecuarlos a la nueva distribución competencial y a la incorporación de una nueva maquinaria tecnológica. En este aspecto (de la modernización tecnológica) la reforma mas profunda se ha producido en la LEC, mas teniendo en cuenta su carácter supletorio, tales modificaciones tienen trascendencia en el resto de órdenes jurisdiccionales (cabe destacar especialmente la nueva regulación de lexnet contenida en la LEC que se aplicará supletoriamente en el resto de órdenes jurisdiccionales; mas dadas las previsiones que se deducen de la LOPJ acerca de la nueva LECr, habrá que tener presente las especialidades que en un futuro no muy lejano se introduzcan en el nuevo código procesal penal.

Fomento de las buenas prácticas procesales

En este sentido se introducen mecanismos tendentes a facilitar acumulaciones no solo de procesos sino también de recursos o ejecuciones; en cuanto a la mayor intervención del Secretario Judicial, debe tenerse en cuenta que este intervencionismo no tiene efectos tan relevantes en el Orden Jurisdiccional Penal, dada su especialidad por razón de la naturaleza de los derechos afectados y de la función, entre otras del ejercicio del ius puniendi estatal, lo que sí tiene trascendencia en el referido orden jurisdiccional dimana de que va a ser el Secretario el encargado tanto de dirigir el impulso procesal de la causa a través de los diferentes trámites establecidos en la Ley como de dirigirse a las partes procesales y a otros órganos judiciales y demás personas u organismos que por una razón u otra deban intervenir en el proceso.

El Secretario va a ser el encargado de **informar** tanto a los procesados, imputados, testigos, de los derechos y obligaciones que van a tener a lo largo del proceso. Todo ello, de alguna manera, siguiendo la estela dejada ya en la regulación de los denominados juicios rápidos.

Pero sobretodo dando **a las víctimas** del delito cabal información que incluye la notificación de la posibilidad de personarse en la apelación, notificándosele la Sentencia (aún sin haber hecho uso del derecho a personarse), incluyendo la notificación de la celebración de la prueba anticipada. El Secretario asumirá también competencias importantes en la ejecución de Sentencias tanto en lo que respecta a la responsabilidad penal como a la civil derivada del delito.

Conviene recalcar que frente a las tesis monistas que circunscriben la función del proceso penal a la actuación del ius puniendi del Estado, cabe afirmar que “en el proceso penal contemporáneo, no se puede reconducir a la unidad la multiplicidad de funciones que asume el proceso penal, pues en los

sistemas democráticos contemporáneos, al referido ejercicio del ius puniendi, se contraponen otras funciones entre las que se encuentran las referentes a la **protección a la víctima**.

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal se suma a la precedente tendencia legislativa de protección a la víctima, haciendo recaer en el secretario judicial determinadas obligaciones relativas a la **información a la víctima** en distintos momentos procesales, así en lo relativo a la orden de protección, se dispone en el art. 544.9 del nuevo texto que “la orden de protección implicará **el deber de informar permanentemente a la víctima** sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas”. Se dispone además que la víctima deberá ser informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor; además la orden de protección será inscrita en el registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género.

Otras son las fases procesales en las que se encomienda al secretario judicial la información a las víctimas; en este sentido después de establecerse que el secretario judicial establecerá el día y la hora en que deben comenzar las sesiones del juicio oral, se añade en el art. 659 (párrafos 5º a 7º) que en todo caso, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir, el secretario judicial **deberá informar por escrito a la víctima** de la fecha y lugar de celebración del juicio.

Idénticas obligaciones de información se establecen en relación a la práctica de la prueba anticipada en los supuestos en los que deba tener lugar tal celebración.

Igualmente en los supuestos en los que se celebra vista pública en la apelación, se determina que el secretario judicial señalará la vista y a ella serán citadas todas las partes. **“La víctima deberá ser informada por el secretario judicial aunque no se haya mostrado parte ni sea necesaria su intervención”** (art. 791 en la nueva redacción introducida por la ley 13/2009).

Reforzamiento de las garantías del justiciable

Ha sido una de las novedades mas controvertidas la posibilidad de celebrar vistas sin la presencia del Secretario Judicial (art. 743 de la L.E.Cr.) siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios. En estos casos el Secretario garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías y se permite la celebración del acto sin la presencia en la sala del Secretario judicial. No obstante estará presente cuando lo hubieran solicitado las partes

al menos dos días antes de la celebración de la vista, o si el Secretario Judicial, excepcionalmente lo considere necesario atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no puedan registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen todo y en concordancia con el art. 453.1 de la LOPJ «cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción las vistas se podrán desarrollar sin la intervención del Secretario Judicial, en los términos previstos en la ley. En todo caso, el Secretario Judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido». Apartado redactado conforme la ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre.

La posibilidad de celebrar el acto del juicio sin presencia del Secretario, plantea varias cuestiones interesantes. La primera afecta a la esencia misma de las funciones propias del cuerpo de secretarios judiciales, dado que estos, por naturaleza, ejercen la fe pública judicial. En efecto, esta función queda desnaturalizada desde el momento en que es posible la celebración de vistas y juicios sin su presencia. De hecho, parece que de acuerdo con lo que dispone el art 743 de la L.E.Cr. la regla general será la ausencia del Secretario Judicial, dado que solo cuando lo hayan solicitado las partes con al menos dos días de antelación o cuando excepcionalmente el Secretario lo considere necesario, estará presente.

Sin embargo en la práctica se pueden plantear muchos supuestos en los que su presencia es necesaria, a título de ejemplo podemos referirnos a:

A) Posible nulidad de actuaciones si durante el acto del juicio se estropea el mecanismo de grabación, dado que si no está presente y el soporte digital falla no existe acta del juicio, debiendo celebrarse nuevamente.

B) La posible ruptura durante la celebración del juicio de la cadena de custodia e integridad de los autos y piezas de convicción, pues el Secretario es responsable de su custodia y depósito y en su ausencia dejan de estar bajo su control.

C) Imposibilidad de testimoniar documentos aportados durante la vista, cotejarlos, autentificarlos o garantizar su custodia y unión a los autos. Imposibilidad de dación de cuenta y lectura de actuaciones durante la vista.

D) Imposibilidad de identificación con garantía de fe pública de peritos y testigos en el juicio especialmente en el caso de menores y testigos protegidos.

E) Imposibilidad de dejar constancia por medio de diligencia o acta de incidencias, advertencias del Tribunal u otros hechos con trascendencia procesal que surjan durante el desarrollo de la vista.

A todas estas circunstancias se refiere Viñuelas Limarquez⁴⁰ a las que cabría añadir algunas más como la tutela de la incomunicación entre testigos que van a deponer y que han depuesto, ordenando a los miembros del auxilio judicial o a quien proceda la adopción in situ de las cautelas necesarias tendentes a evitar la incomunicación. Por otra parte hubiera sido conveniente prever expresamente la intervención y presencia del Secretario en el desarrollo de la prueba anticipada cuyo acto solo puede ser incorporado al desarrollo del juicio si se ha practicado con las garantías necesarias para ello.

Según se afirma en la ley 13/2009 de 9 noviembre, otro de los objetivos de la reforma consiste en el **reforzamiento** de las garantías del justiciable, para cuya consecución se introduce en la L.E.Cr la grabación de las vistas de modo generalizado. En la L.E.Cr la grabación de las vistas se detalla en el art. 743. Se prevee la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad en la grabación de las vistas, audiencias y comparecencias, de forma que quede garantizada la autenticidad e integridad de lo grabado. En este sentido, se establece que el documento electrónico que contenga la grabación, siempre que incorpore la firma electrónica reconocida del Secretario Judicial, constituirá el acta a todos los efectos. También se establece el contenido mínimo del acta que ha de levantar el Secretario Judicial durante las vistas cuando se utilicen medios técnicos de grabación y sin embargo no se pueda utilizar la firma electrónica.

IV- Inmediación, apelación y valoración en apelación de la prueba según la doctrina del TC

Según jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuyo hito parte de la Sentencia plenaria del Alto Tribunal n° 167/2002 de 18 de septiembre, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías se produce cuando el Tribunal de apelación realiza una nueva valoración probatoria para llegar a un pronunciamiento de condena revocando la anterior Sentencia absolutoria, extralimitándose en su contenido al resolver el recurso de apelación e infringiendo el principio de inmediación con el siguiente contenido: el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción que forman parte del derecho en proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la contradicción. Por ello cuando en

40 - VIÑUELAS LIMARQUEZ, María y TORRES, Francisco Javier, Abogados del Estado, en Cuadernillos Jurídicos de la Abogacía del Estado n° 1 y 2 de 2010.

la apelación se plantean cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de **pruebas personales de las que depende la condena del acusado**, resulta necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo o inmediato de dichas pruebas⁴¹.

La línea jurisprudencial que sigue la estela de la cardinal Sentencia antes citada se ha visto corroborada por una jurisprudencia pacífica, destacándose en la didáctica y conclusiva Sentencia n° 80/2009 del T.C., fj n° 2 que “cuando en la apelación se plantean cuestiones de hecho suscitadas por la valoración de pruebas personales de las que dependa la condena del acusado resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas”.

En aplicación de esta doctrina, el T.C. ha dicho y repetido que el respeto a los principios de inmediación, publicidad y contradicción, exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio dado el carácter personal de estos medios de prueba a fin de llevar a cabo su propia ponderación y valoración y corregir la efectuada por el órgano de instancia.

Por tanto, la vulneración del referido derecho se produce cuando el Tribunal de apelación realiza una nueva valoración probatoria para llegar a un pronunciamiento de condena (donde antes se absolvió) extralimitándose en su contenido al resolver el recurso de apelación al infringir el principio de inmediación.

41 - La doctrina del TC sobre la inmediación en la apelación sigue produciéndose en el mismo sentido que el apuntado anteriormente; buena prueba de ello la encontramos en sentencias como la STC 144/2009 de 15 de junio, Sala primera, Sección segunda, Recurso de amparo n° 9406/2006 sobre derechos fundamentales a un proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena en apelación por delito de lesiones en el ámbito familiar: nueva valoración de los testimonios sin respeto de la garantía de inmediación: pruebas esenciales para llegar a la conclusión condenatoria: vulneración existente: otorgamiento de amparo.

STC 173/2009 de 9 de julio. Sala primera, Recurso de amparo 3915/2007, jurisdicción y proceso penal: garantías de inmediación y contradicción: condena en apelación por falta de homicidio involuntario con modificación del relato fáctico tras una nueva valoración y ponderación de los testimonios prestados en el acto del juicio: vulneración existente.

STC 16/2009 de 26 de enero, Sala primera, derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías: garantía de inmediación: condena por delito de falsedad en documento mercantil en apelación, tras ser absuelto en instancia: nueva valoración de las declaraciones de los acusados y un perito sin ser de nuevo interrogados: falta de garantías constitucionales: vulneración existente: otorgamiento del amparo.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha señalado que no cabe efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena dictada en apelación se basa en algunas de las circunstancias siguientes: cuando la condena no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano a quo; cuando a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para la valoración. Por tanto, teniendo en cuenta que a partir de la vigencia de la ley 13/2009 de 3 de noviembre, la exigencia de grabación de los juicios es ya incuestionable, ello **no puede hacernos olvidar que la intermediación no puede constituir un blindaje** (en palabras de Andrés Ibañez), siendo necesario interrogarse acerca de los efectos que en la apelación va a tener la aportación del soporte de grabación para así poder relacionarla con la exigencia de intermediación en apelación (en los supuestos previsto por la jurisprudencia del T.C. a partir de la plenaral Sentencia nº 167/2002 de 18 de septiembre).

Como antes decíamos, la tan reiterada doctrina del T.C. aludida y consolidada se encuentra matizada por la misma jurisprudencia en Sentencias como la T.C. nº 120/2009 que permite la revocación de las Sentencias absolutorias cuando para ello las Audiencias Provinciales no se basan en la apreciación de pruebas personales, admitiendo en consecuencia la revisión de los hechos declarados probados cuando el órgano de apelación proceda a valorar:

1) **La prueba documental obrante en la causa.** Su constancia en autos a disposición del Tribunal y de las partes permite salvar los principios de intermediación y contradicción, como expresamente ha declarado la jurisprudencia constitucional (S.T.C. nº 80/2003 de 10 de marzo, 120/2009 de 21 de mayo).

2) **La prueba pericial** podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones de los informes; esto es cuando el Tribunal de apelación valore la prueba pericial solo a través del reflejo escrito que la documenta (S.T.C. nº 75/2006 de 13 de marzo). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba.

3) **El juicio de inferencia** formulado por el juzgador de instancia, es decir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de la lógica, del sentimiento

común y de las máximas de la experiencia, no dependen de la inmediación (S.T.C. 272/20058 de 24 de octubre).

4) **Cuestiones meramente jurídicas** o de calificación de los hechos declarados probados, sin que sea precisa su modificación (S.T.C 120/2009 de 21 de mayo; o S.T.E.D.H. 29 de octubre 1991).

5) Es obvio **que cuando se trate de recursos de apelación interpuestos contra sentencias condenatorias**, no rigen los requisitos ni las pautas jurisprudenciales proclamados reiteradamente por la jurisprudencia del T.C. a la que nos venimos refiriendo.

Puede parecer problemático el planteamiento de recursos de apelación inmersos en la casuística de reiterada referencia, toda vez que la L.E.Cr. veda **en principio** la repetición de las pruebas personales ya practicadas en la instancia, o por lo menos no marca cauces recursivos a través de los cuales se pueda aportar en apelación el soporte probatorio necesario para satisfacer los requisitos que la jurisprudencia constitucional exige en los supuestos en los que se ha hecho mención. Esta aparente prohibición puede dar lugar a un problemático círculo vicioso: No puede proponerse ni practicarse ninguna prueba personal ya practicada en la instancia, y si no puede practicarse a presencia del Tribunal de apelación, no puede revocarse una Sentencia absolutoria basándose en una nueva valoración de dicha prueba al no cumplirse los principios de inmediación y contradicción.

En definitiva, en aquellos supuestos en que la Sentencia absolutoria se haya basado en la valoración de pruebas de carácter personal, se podrá solicitar la revocación de dicha Sentencia en apelación, siempre que en dicho recurso se solicite la celebración de vista e interrogatorio del acusado (o de las partes) sobre las cuestiones de hecho que a juicio del apelante fueran valoradas erróneamente por el juzgador de instancia. En este sentido la ley 13/2009 de 3 de noviembre, **ha modificado la redacción del artículo 791 de la L.E.Cr**, introduciendo en nuestra legislación la posibilidad de solicitar, en el recurso de apelación, la reproducción de la prueba grabada en el acto del juicio oral celebrado ante el juzgado de lo penal.

Cabe recordar que una grabación permite apreciar no solo el contenido de las declaraciones, sino además los gestos, los silencios, el tono de voz de quien lo expresa, cabe igualmente recordar que las declaraciones prestadas por los testigos o peritos en el acto del juicio ante el juzgador de instancia, permiten a la defensa que formule las preguntas que considere oportunas en el ejercicio precisamente, del derecho de defensa.

Frente al planteamiento de la insuficiencia de la grabación, se han levantado ya críticas que argumentan que “no se alcanza a comprender porque para esta apreciación se exige un plus en las testificales que no se

exige para las pruebas preconstituidas, siendo así que la grabación, como se ha expuesto, cumple los requisitos exigidos por el TEDH para la admisión de las pruebas en el acto del juicio, interviene una autoridad judicial en su práctica, existe la posibilidad de contradicción y un secretario judicial da fe de su integridad y fidelidad”.

Sostienen estas críticas que cualquier otra solución, como la de reformar la LECr al objeto que puedan deponer en la vista de apelación los testigos y peritos, conllevará necesariamente un **novum iudicium** y con ello, la indeseable desnaturalización del recurso de apelación; veámoslo con detenimiento.

V- Valoración probatoria de la grabación

Mas en cualquier caso como ya dije en reciente monografía sobre la intermediación y apelación (al tratar de la grabación de los primeros pronunciamientos del TC), el Alto Tribunal valora la grabación audiovisual introducida en la apelación pudiendo intervenir (en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto), en relación con las mismas y percibir la reacción del declarante en relación con la declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma. Este examen personal y directo implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara, como en que el que declara, pueda dirigirse a valorar sus manifestaciones (Sentencia TC 16/2009 de 26 de Enero).

Así pues el TC considera que la grabación a efectos de apelación constituye un medio de prueba valiosísimo pero no llega a decir que sustituye a la declaración en apelación, sino que se coteja, se relaciona, se interrelaciona, se aúna, en fin, con tales declaraciones. Todo ello en el marco de la apelación, esculpido a través de la conocida regla **tantum devollutum quantum appellatum**.

Comprendemos que el TC no se haya pronunciado hasta el momento (con respecto al valor de la grabación) en términos absolutamente claros porque las grabaciones no tienen suficiente nivel de claridad, ni permiten observar las reacciones de las personas que oyen a las que prestan declaración en el juicio⁴².

42 - Todo ello teniendo además en cuenta que la audición es bastante deficiente; los ruidos, externos o internos (por ejemplo) ojeando papel, girando páginas, etc., dificulta en la práctica la audición y por tanto la percepción.

La situación de incertidumbre podía ser remediada tras la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal que podría determinar tal vez el valor de la grabación en supuestos tan diversos como:

- a) El valor de las declaraciones prestadas en el juicio (o instancia).
- b) Valor de la grabación en la apelación.
- c) La valoración de la grabación, sin declaración de las partes en la apelación (con o sin otras declaraciones).
- d) La valoración de la grabación en la apelación unida a la práctica de las pruebas de carácter personal (todo ello a los efectos de la interpretación de la doctrina sentada en la plenaria sentencia 167/2002 de 18 de septiembre).

La consecuencia es que no se puede revocar la sentencia (con los supuesto y con los efectos que prohíbe la sentencia del TC n° 167/2002), pero también se puede vulnerar la presunción de inocencia si la prueba de carácter personal es la única prueba practicada en el juicio.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias como la de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll contra España) mantiene que la condena en apelación sin haber sido oído personalmente, no es conforme con las exigencias de un **proceso justo** garantizado por el art. 6.1 del CEDH. El TEDH manifestará que el examen llevado a cabo por el tribunal de apelación implica, por sus características, posicionarse ante hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante; siendo difícil que dicho examen pueda ser considerado como referente solo a cuestiones de derecho. En la referida Sentencia, el TEDH destaca que la Sentencia dictada en trámite de apelación, no solo tuvo en cuenta el elemento objetivo del delito (el impago de la pensión en el marco de la tipicidad), sino que también examinó las intenciones y el comportamiento del demandante, así como la posibilidad de obtener ingresos mas elevados debido a su formación profesional.

En este mismo sentido se pronunciara el TEDH en reciente sentencia de 21 de septiembre de 2010 dictada en caso Marcos Barrios contra España en la que se razona que “al ser las cuestiones tratadas de naturaleza factual, el Tribunal considera que la condena del demandante (dictada por la Audiencia Provincial en apelación), tras un cambio en la valoración de las declaraciones en litigio y de otros elementos, sin que el demandante tuviera ocasión de ser oído personalmente y rebatirlas mediante un examen contradictorio en una vista pública, **no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo garantizado por el art. 6.1 del convenio.**”

VI- El Tribunal de apelación ante la sentencia condenatoria

La doctrina jurisprudencial (TC y TEDH) analizada no altera la cuestión en los supuestos en los que se recurren sentencias condenatorias; en estos supuestos es obvio que las sentencias pueden ser revocadas por el Tribunal de Apelación, aún en el supuesto de que en el primer juicio haya existido plena inmediación, toda vez que la misma **no puede constituir un blindaje**⁴⁴ (en palabras del magistrado de la Sala 2ª del TS Andres Ibañez) ni una patente de corso. Debe recordarse que la inmediación facilita la interpretación de la prueba pero no decanta de antemano la valoración de la misma; en este sentido, a la apreciación en conciencia que se concede a los Tribunales penales, le debe acompañar **la motivación**, puesto que la apreciación en conciencia de la prueba no implica una libérrima interpretación, sino que ésta debe tener lugar según normas de la lógica, del racional criterio, de la experiencia y de los conocimientos científicos. En este sentido la jurisprudencia europea, ha incorporado el principio que dimana de derecho anglosajón y que establece que la sentencia de condena se producirá cuando el convencimiento de la culpabilidad tenga lugar “mas allá de toda duda razonable”. Es esta una regla del **due process of law**⁴⁵.

Como dijimos en reciente monografía sobre la inmediación en el proceso penal⁴⁶, si la valoración de la prueba practicada con inmediación fuese imposible de revisar en supuesto de sentencias condenatorias o su revisión quedase totalmente prohibida como de imposible alegación y acceso ante un

43 - ORTELLS RAMOS, TAPIA FERNANDEZ, El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004) Thomson Aranzadi, Navarra 2005. Sobre petición de prueba en segunda instancia, momento procesal oportuno y valoración, todo ello a la luz de la jurisprudencia del TC analizada detenida y exhaustivamente. Pags 1142-1150.

44 - ANDRES IBAÑEZ. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica) en Rev. Jueces para la democracia nº 46, marzo 2003, pag 57 en adelante. Razona el autor que «Tomada en este sentido la inmediación como forma de percepción íntima de un lenguaje gestual, sublimemente emitido (y diríase también recibido), fuente de datos esenciales y, sin embargo tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la inmediación se convierte así en una suerte de blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento».

45 - The phrase due process of law first appeared in a statutory rendition of Magna Carta in AD 1354 during the reign of Edward III of England. “No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law”.

46 - SUAU MOREY en Inmediación y apelación en el proceso penal, Bosch Barcelona 2010, pag 175.

Tribunal Superior, aparte de incurrir en la vulneración del art 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en New York en 1966, supondría la imposibilidad de enmendar el error y consecuentemente la posibilidad de introducir la arbitrariedad en la apreciación de la prueba.

En la actualidad, y a la vista de la Jurisprudencia del TEDH y TC se puede afirmar que no existe norma alguna en el proceso penal que autorice la averiguación de la verdad a cualquier precio, lo que viene a significar que no todo es lícito en la investigación, ni todo puede justificarse por un pretendido interés general o por causa de la necesidad de mantener la paz social⁴⁷. Así pues, aún bajo el techo de la inmediación pueden producirse vulneraciones en el momento de la obtención de una prueba, como las resultantes de aplicar métodos ilícitos en la toma de declaraciones al imputado o valorando su declaración de forma contraria a los derechos que establecen los art. 24.2 de la CE y 520 de la LECr, valorando por ejemplo el silencio, en su contra o como indicio, o su coartada falsa como elemento de convicción⁴⁸.

47 - Un estudio jurisprudencial sobre la prueba ilícita penal puede verse en URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO en La prueba ilícita penal. Thomson Aranzadi, Navarra 2003. En idéntico sentido, ARMENTA DEU. La prueba ilícita, Marcel Pons Barcelona 2009.

48 - ASENCIO MELLADO, Derecho procesal penal, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pag 126.

IX.- VIII PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ

1. TRADICIÓN JURÍDICA CIVIL BALEAR DEL DERECHO DE TOMA DE AGUA. VIGENCIA DE LAS ANTIGUAS COSTUMBRES

Felio José Bauzá Martorell

El Premio Luis Pascual González –que se concede a trabajos individuales e inéditos sobre Derecho civil de las Illes Balears– fue, en su octava edición, para Felio J. Bauzá Martorell por su obra “Tradición jurídica civil balear del derecho de toma de agua. Vigencia de las antiguas costumbres”.

En el acta del Jurado que concedió el premio se valoraba especialmente el amplio y acertado estudio histórico realizado así como el perfecto encaje del tema elegido en la realidad jurídica de nuestros días.

Se inserta a continuación el trabajo premiado, en el que se comienza por apuntar la naturaleza pública y privada del tema, que cabalga entre el Derecho civil y el Derecho administrativo, para pasar después a la exposición de los antecedentes históricos, con amplias referencias al Derecho romano, a la regulación musulmana, a la doctrina canónica, a las sentencias de la Real Audiencia y a la doctrina de los Doctores. Después el estudio se centra en la especialidad civil mallorquina del derecho de toma de agua, rastreando su presencia en las recopilaciones y compilaciones, así como en los privilegios reales. El trabajo finaliza con la exposición de la actual situación y con unas conclusiones en las que se resume el importante y detallado trabajo.

**Codificar la costumbre, cegando su fuente,
equivale a parar el reloj de la vida del derecho.**

Manuel Guasp Pujol y José Socías Gradolí.

ÍNDICE

ABREVIATURAS

I.- INTRODUCCIÓN.

1.- Planteamiento.

A.- Del derecho civil al derecho administrativo.

B.- Del derecho civil propio al derecho administrativo autonómico.

2.- Metodología.

II.- EVOLUCIÓN Y RUPTURA DEL DERECHO CIVIL BALEAR EN MATERIA DE AGUAS.

1.- Derecho histórico.

A.- Derecho romano.

- Servidumbres prediales.

- Vectigal.

B.- Regulación musulmana.

2.- Derecho comparado.

III.- ESPECIALIDAD CIVIL BALEAR DEL DERECHO DE AGUAS.

1.- El por qué de la especialidad civil balear.

A.- La patrimonialización del derecho de toma de agua.

B.- Derecho originario: franquezas y privilegios reales.

2.- Relaciones jurídicas.

A.- Cesión y venta de los derechos de agua.

B.- Derecho de fadiga.

3.- Jurisdicción.

A.- Laudo arbitral del Obispo de Mallorca Ramón de Torrella.

B.- Sentencia Lagostera.

C.- Sentencia Çagarriga.

IV.- TRADICIÓN JURÍDICA DEL DERECHO CIVIL BALEAR EN MATERIA DE AGUAS.

1.- El derecho de aguas y la Iglesia Católica.

2.- Doctrina de los Doctores.

A.- Dominio directo y alodial.

B.- Vectigal y censo enfiteútico.

C.- Servidumbre.

3.- Sentencias de la Real Audiencia.

V.- EL CAMINO HACIA LA PUBLIFICACIÓN Y LA RESISTENCIA PRIVATISTA.

1.- Recopilaciones y compilaciones de Derecho civil balear.

A.- Antecedentes.

B.- Teseu Valentí.

C.- Canet, Mesquida y Zaforteza.

D.- Antoni Moll.

E.- Matías Mascaró y Alberty.

F.- Antoni Pons Pastor.

G.- Félix Pons Marqués.

H.- Compilación del Derecho Civil Balear.

2.- Sistema de fuentes del derecho de toma de agua.

3.- Vigencia de los privilegios reales.

A.- Concesiones reales y necesidades públicas.

B.- Un paréntesis privatista: el Sindicato de Riegos de la Huerta.

C.- Derecho común: Código Civil y legislación administrativa de aguas.

4.- Realidad actual.

A.- Código Civil y derecho administrativo especial (estatal básico y autonómico).

- Régimen jurídico: servidumbre de acueducto.

- Competencia autonómica.

B.- La pervivencia de los derechos particulares pese a la publicación.

- Derecho positivo y tradición jurídica.

- Cesión de derechos al uso privativo del agua.

VI.- CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA

Disposiciones citadas.

Disposiciones consultadas.

ABREVIATURAS

AHM: Archivo Histórico de Mallorca.

AMP: Archivo Municipal de Palma.

Arch.: archivo.

ARM: Arxiu del Regne de Mallorca.

BBM.: Biblioteca Bartolomé March.

BCC: Biblioteca Casa de Cultura.

BOCAIB: Boletín Oficial de la Comunidad autónoma de las Islas Baleares.

BOIB: Butlletí Oficial de les Illes Balears.

BSAL: Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana.

CDCIB: Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears.

CE: Constitución española.

Cit: citado.

EAIB: Estatuto de autonomía de las Illes Balears.

Lib: libro.

Ms.: Manuscrito.

Núm: número.

Pág: página.

RJIB: Revista Jurídica de les Illes Balears.

S: sentencia.

UIB: Universitat de les Illes Balears.

Vid: videre.

I.- INTRODUCCIÓN

1.- Planteamiento

Es evidente que el agua constituye un recurso natural de vital importancia. Ya sea por su escasez o por su difícil acceso, desde el inicio de los tiempos ha condicionado la vida del hombre, de su asentamiento como vivienda y del riego para los cultivos.

Pese a las transformaciones sociales, la importancia histórica del agua es innegable. A día de hoy todavía perviven acequias cuyo aprovechamiento se articula en torno a una comunidad de regantes: en Valldemossa la acequia de Na Más conduce el agua hasta la bifurcación entre Cartoixa y S'Hort de Cartoixa; en Sóller Sa Font de Sóller atraviesa S'Horta. Han desaparecido o quedado obsoletos los molinos de agua, pero curiosamente allí donde hubo en el siglo XIII un molino papelerero (S'Esglaieta), hoy existe una industria de cartonajes.

Sea como fuere, el agua, su vestigio histórico y su realidad presente están ahí, de suerte que la pregunta obligada consiste en conocer su régimen jurídico, tradicionalmente abocado a la confusión y a cierta dosis de inseguridad jurídica.

Derecho accesorio al de propiedad reconocido en escritura pública, derecho a obtener determinadas tandas de agua inscrito en un registro específico de una comunidad de regantes, deber público de suministro de agua, derecho a extraer agua del subsuelo y venderla a particulares o suministrarla en virtud de una concesión a cambio de un precio público... son todas ellas variantes del régimen jurídico del agua que se superponen, a las que hay que añadir la especialidad civil balear que a continuación se expone.

A.- Del derecho civil al derecho administrativo

El régimen jurídico del suministro de agua potable ha experimentado una evolución desde una regulación exclusivamente entre particulares hasta la intervención administrativa por considerarse un bien de interés general.

A día de hoy nadie discute que el derecho de aguas es un derecho administrativo especial, cuya relación jurídica se da entre un particular abonado y el municipio, entre cuyas competencias la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local le atribuye el abastecimiento de agua potable en su art. 25.2.1. A mayor abundamiento, ya sea por su composición analítica, el precio autorizado... el agua está sometida a una intervención pública de considerable intensidad.

No obstante lo anterior, el derecho de aguas fue en otro tiempo un derecho civil –no en vano las servidumbres de acueducto, de fuentes, de molienda...– nacen en seno del Derecho romano y perviven en nuestro ordenamiento jurídico en el seno del Código Civil, e incluso la primera norma administrativa en materia de aguas (Ley de 3 de agosto de 1866) somete todavía a la jurisdicción civil cualquier litigio sobre esta materia.

Más específicamente, a lo largo de esta metamorfosis el derecho de aguas en Mallorca fue objeto a partir de 1229 de una regulación civil sin parangón en derecho histórico ni en otras regiones de la Corona de Aragón, toda vez en estas últimas el agua se hallaba vinculada a la propiedad de los predios por los que discurría.

En este sentido el derecho consuetudinario balear configuró en la Mallorca medieval fuentes normativas como la incorporación del derecho de riego al dominio útil de los bienes inmuebles con derecho a huerto, aljibe y agua, o la patrimonialización de los derechos de riego, independizados del predio al que iban incorporados cuando se crearon⁴⁹.

A partir del siglo XV y pese a que el derecho civil balear va cediendo progresivamente a favor del régimen general de las Partidas, todavía en la doctrina de los doctores se aprecian reminiscencias de la especialidad balear.

Por si fuera poco, hay que traer a colación –junto a los privilegios reales creadores de derechos– la relación jurídica entre templos parroquiales (San Miguel, San Jaime...) y conventos (Santo Domingo...) en Palma cuyos pozos suministran agua a particulares, de manera que –junto al derecho civil balear– convive en materia de aguas el derecho, si no específicamente canónico, privado de la Iglesia Católica. No en vano, los doctores cuya doctrina se analiza lo son en ambos derechos, el civil y el canónico, prácticamente los únicos que existen en la época. De ahí que el régimen jurídico del agua sea estrictamente privado.

B.- Del derecho civil propio al derecho administrativo autonómico

El régimen jurídico del suministro de agua potable no sólo ha evolucionado desde el derecho civil al derecho administrativo, sino que curiosamente en el seno de la distribución de competencias que informa la organización territorial del Estado (Título VIII de la Constitución Española),

49 - MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, Sobre el derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica. V Premio Luis Pascual González. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares núm. X. Palma de Mallorca, 2009. Pág. 76.

la Administración hidráulica se residencia en la Comunidad autónoma de las Illes Balears, de acuerdo con el Decreto 129/2002, de 18 de octubre, de organización y funcionamiento de la Administración Hidráulica de les Illes Balears⁵⁰.

Por consiguiente la regulación del derecho de aguas ha pasado de ser derecho civil balear a regularse por el Código Civil, de ahí ha saltado a la legislación administrativa, para desembocar en el derecho administrativo especial autonómico (sin perjuicio de la legislación básica del Estado recogida en el Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Aguas).

2.- Metodología

A lo largo de las páginas que siguen se analiza el derecho civil balear en materia de aguas, para lo cual se parte de los privilegios reales concedidos a partir del 1 de marzo de 1230 por Jaime I de Aragón y el reparto de la isla. Se estudian los efectos de la patrimonialización del agua como derivación de la propiedad de los inmuebles por los que se canaliza, al tiempo que se confirman las reminiscencias de esta tradición jurídica con la doctrina de los doctores y las sentencias de la Real Audiencia.

II.- EVOLUCIÓN Y RUPTURA DEL DERECHO CIVIL BALEAR EN MATERIA DE AGUAS

1.- Derecho histórico

A.- Derecho romano

- Servidumbres prediales

El derecho romano –cuya influencia en el derecho civil balear está fuera de toda duda– contempla entre las servidumbres prediales rústicas los *iura aquarum* o servidumbres de aguas, que comprenden el *aquaeductus* o derecho de conducir agua en la superficie de un fundo ajeno, el *aquae haustus* o servidumbre de sacar agua, y la *aquarum immissio* o servidumbre de verter agua al fundo vecino⁵².

50 - BOIB núm. 128, de 24 de octubre de 2002.

51 - BOE núm. 176, de 24 de julio de 2001.

52 - GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS, Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones. Dykinson. Madrid, 2000. Pág. 443.

Por su parte, entre las servidumbres prediales urbanas, el Digesto cita las *iura stillicidorum* o vertientes de aguas, en las que se encuentra el *ius fluminis* o derecho de recibir el agua de lluvia del fundo ajeno en el propio por conductos o canalones⁵³.

- Vectigal

Más allá del régimen jurídico de las servidumbres prediales resulta obligado traer a colación la institución del vectigal, que constituye el antecedente romano del censo en el que confluyen el derecho público y el privado.

En efecto, al decir del profesor LACRUZ BERDEJO, “*el antecedente romano más remoto de los censos, aun cuando siempre al servicio de intereses privados, afinsa en el ámbito del Derecho público: la cesión por el Estado o el municipio, a particulares, a cambio de un canon (vectigal), de la posesión y el goce de predios incultos para su puesta en explotación, por tiempo muy largo o incluso a perpetuidad*”⁵⁴.

La similitud del vectigal con el derecho de aguas a partir de 1229 es evidente: desde el punto de vista subjetivo los señores feudales –sin ser el Estado ni el municipio– forman parte por razones obvias del poder público; en el plano objetivo, ceden un inmueble (si no la tierra, la canalización del agua), extremo que confirma la estabilidad del *ager vectigalis* romano⁵⁵; en el plano temporal, esta cesión se hace a largo tiempo e incluso indefinidamente; y por último, esta cesión devenga un canon.

En este sentido, el régimen jurídico del derecho de riego en la Mallorca de los siglos XIII a XV participa –como se verá– de la naturaleza jurídica del censo enfiteútico con las particularidades que se expondrán, e incluso los doctores tienen presente por la vía de la tradición jurídica civil balear el vectigal en los siglos XVI y XVII.

B.- Regulación musulmana

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en materia de transmisión de la propiedad con derecho de riego, el 24 de enero de 1233 Nuño Sanç, uno de los señores que acompañan a Jaime I, firma el siguiente documento: “*Nuno Sancii damus tibi Petro de Brusca et tuis quandam mezquidam cum*

53 - JUSTINIANO, Digesto, 8.2.2 (Gayo, 7 ed. Prov.).

54 - LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales. Vol. Segundo. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad. José María Bosch, Editor. Barcelona, 1991. Pág. 234.

55 - GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS, Derecho Privado... op. cit. Pág. 477.

*domibus et pani eidem continuis quam habemus in Maioricis ante cequiam*⁵⁶. Forzosamente esta mezquita antes de la dominación cristiana tenía que tener acceso al agua de la acequia. El mismo *Llibre del Repartiment* hace referencia a los *al-djurfs* o huertos de Medina Mayurqa que son irrigados por la acequia⁵⁷. Asimismo el Códice Llagostera define a Medina Mayurqa como una campiña que constituía su *chazu*, con sus almunias, molinos y la acequia de la fuente del príncipe o *alemir*⁵⁸. Una de las características de la Mallorca musulmana es su producción agrícola, sobre la base de unidades de explotación grandes, y por ello el agua constituye un recurso esencial⁵⁹. La relación de *qanats* o acequias en Mallorca, así como los molinos de agua o *reha*⁶⁰, es sintomática de la importancia del agua en la época musulmana⁶¹.

Ahora bien, si el sistema hidrológico de la época musulmana es el mismo que se encuentran los conquistadores aragoneses, ¿cuál es su regulación jurídica? Tradicionalmente se ha dicho que –a diferencia del régimen instaurado en 1229– el derecho de aguas anterior a la Conquista participa de una naturaleza jurídica pública y que el agua se colectiviza entre la población.

No obstante y a falta de fuentes documentales⁶² resulta obligado

56 - AGUILÓ, E. K., Noticia de algunas mezquitas árabes en tiempos posteriores a la Conquista. BSAL núm. 135. Año VII. Tomo IV. 1 de junio de 1891. Pág. 71 y 72.

57 - SOTO, R., La porció de Nuño Sanç. Repartiment i repoblació de les terres del sud-est de Mallorca. Afers, IX-18. Palma, 1994. Pág. 79.

58 - Colección de Documentos referentes al Reino de Mallorca publicados por D. Benito Pons Fábregues con la colaboración de los señores D. Pedro A. Sancho, D. Estanislao de K. Aguiló, D. José Miralles, D. Enrique Fajarnés, D. Jaime Garau, D. José Mir y otros arqueólogos y literatos. Tomo primero. Diputación Provincial de Baleares. Palma, 1898. Apéndices al Códice Llagostera. Vid. también el resumen de estos documentos en PONS FÁBREGUES, BENITO, Los Códices Çagarriga. BSAL núm. 246. Año XVI. Tomo VIII. 1 de septiembre de 1900. Págs. 353-357.

59 - BARCELÓ, M. Sobre Mayurqa. Quaderns de Ca la Gran Cristiana núm. 2. 1984. Pág. 35-53. También publicado en Recerques, 8. Barcelona, 1975. Pág. 27-49.

60 - VILANOVA, B. – CERDÀ, M. – MARTORELL, A., Vida i costums a la possessió malorquina. El Gall Editor. Pollensa, 2001. Pág. 38.

61 - Bajo el epígrafe de “La qüestió de l’hidraulisme andalusí” se enumera los qanats de Canet en Palma; Alfàbia y Font de la Vila en Buñola; Coanegra en Santa María del Camí; Font de ses Artigues en Alaró; Mostaguera en Pollença; Font de la Vila y Son Cardaix en Artà; Binitaref y Torre de Mosteres en Sineu; Aubenya y Sa Mata Vell en Algaida; y Son Reus en Lluçmajor. Vid. BARCELÓ, M., Les aigües cercades. Els qanat(s) de l’illa de Mallorca. Institut d’Estudis Balearics. 1986. Pág. 9.

62 - Mikel de Epalza publica en Fontes Rerum Balearium el “Catálogo de 35 manuscritos árabes de la Biblioteca March de Palma de Mallorca”, entre los que se encuentran las siguientes obras jurídicas: 6.- Los frutos más al alcance, obra de derecho de la escuela malikí; 9.- El director que ayuda para crecer en la religión, obra de derecho y jurisprudencia islámicas; 12.- Las sentencias de Ibn Hilal, colección de sentencias; 25.- La perla preciosa y el que guía y ayuda, comentarios de derecho islámico de la escuela malikí; y 28.- Comentario a El guía que ayuda, obra de derecho islámico. Fontes Rerum Balearium vol. III. Pág. 405-416.

plantearse que el agua es un bien de primera necesidad que puede escasear, de suerte que forzosamente debe existir un sistema público de reparto por turnos... En materia de aguas J. RIBERA entiende que las principales huertas españolas bajo la dominación almohade y almorávide se regulan por el derecho romano⁶³. Y esta idea no es en absoluto gratuita por cuanto la acequia persigue suministrar agua al Palacio de la Almudaina, de manera que —a pesar de las múltiples ramificaciones— la única forma de que el emir acceda a este recurso consiste en regular una servidumbre de acueducto de este predio dominante sobre los sirvientes a los que también suministra agua.

Confirman esta hipótesis los estudios de derecho histórico, de manera que no son pocos los autores que hacen suya la conclusión I de la Exposición del Colegio de Abogados de 1881 al afirmar que *“la legislación romana empezó a regir cuando estas Islas formaron parte del Imperio, siguió durante la dominación árabe, pues es sabido que los conquistadores dejaron a los vecinos la facultad de gobernarse por sus leyes, y continúa rigiendo hoy a pesar de las transformaciones sociales que se han sucedido durante tantos siglos”*⁶⁴.

En este sentido, y al decir de PASCUAL GONZÁLEZ, *“sabido es que, como norma general, permitieron los árabes a los vencidos que se rigieran por su propio derecho y que sus negocios fuesen fallados por jueces propios, y no hay razón que creer que sucediera otra cosa en Mallorca”*⁶⁵.

2.- Derecho comparado

En materia de aguas la isla de Mallorca diseñó un régimen jurídico específico distinto del resto de territorios de la Corona de Aragón.

En efecto la patrimonialización del derecho a consumir agua, separado de la propiedad del inmueble, es específico de Mallorca y trae causa del reparto de la isla entre los señores que participaron en la Conquista⁶⁶. El hecho de la insularidad obligó a que estas tierras pudieran ser enajenadas o

63 - RIBERA, J., Las Provincias. Valencia, 1908. También publicado en Disertaciones y opúsculos II. Madrid, 1928. Pág. 309-313.

64 - Cit en PASCUAL GONZÁLEZ, L., Derecho Civil de Mallorca. Embat y José J. de Olañeta, Editor. Palma, 1979. Pág. 12. MASCARÓ, MATÍAS, Derecho Foral de Mallorca. Palma. Tipografía del Comercio. 1893. Pág. 15. PONS FÁBREGAS, B., Memoria, Enciclopedia Jurídica. T. XXI, pág. 557. nota 6. SUREDA, E., Revista de Derecho Pirvado, 1913. Pág. 37. Exposición Colegio de Abogados de Baleares. 1881. Conclusión I.

65 - PASCUAL GONZÁLEZ, L., Derecho ... op. cit. Pág. 13. En la misma línea, BROCÁ, G. M., Derecho Catalán. Barcelona, 1918. Vol. I. Págs. 71 y 100.

66 - TUDELA VILLALONGA, LLUÍS, El control de l'aigua a la Mallorca Medieval. El Tall. Palma, 1992. Pág. 11 y 12.

cedidas en feudo a cambio de una renta. Por este motivo los recursos de las tierras (agua, molinos, hornos...) se patrimonializaron de forma independiente, generando unas relaciones jurídicas propias, estos es, un Derecho civil propio.

Todo lo contrario de lo que sucedió en el resto de la Corona de Aragón. Así, a lo largo de este peninsular, desde el Valle del Ebro⁶⁷ hasta Murcia⁶⁸, pasando por Valencia⁶⁹, en primer lugar el agua fue un bien inseparable de la tierra, y en segundo término, se apostó por una continuidad del sistema musulmán, que se vertebraba en torno a la publicación de los recursos naturales, entre ellos y de manera especial, el derecho de riego.

III.- ESPECIALIDAD CIVIL BALEAR DEL DERECHO DE AGUAS

1.- El por qué de la especialidad civil balear

A.- La patrimonialización del derecho de toma de agua

La esencia de la especialidad civil balear del derecho de aguas consiste en la patrimonialización del derecho de riego independiente de la tierra por la que discurre el agua, y susceptible de tráfico jurídico.

Decimos que en esto radica la especialidad civil por dos motivos: porque una vez existe la concesión o privilegio real –acto público– el derecho de riego es un derecho netamente civil cuya relación jurídica se da exclusivamente entre particulares; en segundo lugar, este derecho civil se aparta de la regulación tradicional del derecho de aguas para abrir un paréntesis en cuanto a su régimen jurídico que durará como derecho positivo hasta finales

67 - SARASA, ESTEBAN, La economía hidráulica en el Valle Medio del Ebro, en AAVV, Homenaje al profesor Antonio Ubieta Arieta. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1988. Pág. 637. Vid también CUVILLIER, J. P., L'irrigation dans la Catalogne Medieval et Moderne, en AAVV, XV Settimana d'Studio "L'acqua interna, secc XII-XVIII. Prato, 1983.

68 - CHACÓN, F., El agua como elemento de relación social en comunidades rurales del Mediterráneo Occidental: siglos XV-XVI. Algunos ejemplos de Reino de Murcia, en AAVV, XV Settimana d'Studio "L'acqua interna, secc XII-XVIII. Prato, 1983. Por su parte G. Lemeunier defiende el sentido privativo de la propiedad en Murcia, si bien esta propiedad comprende la tierra y sus recursos naturales, especialmente el agua. LEMEUNIER, G. Et alii, Pouvoir Hydraulique et conjuncture economique. La gestion des eaux inferieures dans l'Espagne aride (1500-1900), en XV Settimana... op. cit. Pág. 16 y 17.

69 - GLICK, THOMAS F., Irrigation and Society in Medieval Valencia. Harvard University Press. 1970. Trad. en Valencia, 1988.

del siglo XIV y –como tradición jurídica a través de la doctrina de los doctores y las sentencias de la Real Audiencia– hasta bien entrado el siglo XIX, con algunas costumbres todavía vigentes a día de hoy.

En efecto, si atendemos a uno de los manuscritos medievales que recogen el régimen jurídico del suministro de agua potable –el Código Llagostera– éste lleva por título “*Traslat des fets que toquen laygua de la font que entra en la Ciutat per servey del Castell Reyal de Mallorques e per los podaros e altres lochs que servexen al be de la cosa publica de Mallorques*”⁷⁰. Quiere ello decir que la acequia suministra agua a tres clases de derecho habientes: el palacio real, los concesionarios privados y las fuentes públicas.

De no existir la especialidad civil balear, el derecho de aguas se hubiera regulado en Mallorca mediante la servidumbre de acueducto del derecho romano, que –posiblemente como hemos visto habría estado vigente durante la época musulmana– que es precisamente la que cobró vigencia (tal vez sea más apropiado decir que recuperó vigencia) con carácter general a partir del siglo XV y a salvo los casos en los que por vía consuetudinaria se admitió el tráfico jurídico del derecho de aguas conforme a la especialidad civil balear.

La pregunta que resulta obligado plantearse en este punto no es otra que por qué de esta especialidad civil; si la regulación musulmana participaba de la publicación del agua preservando eventualmente la servidumbre de acueducto en favor de La Almudaina, y si el resto de territorios de la Corona de Aragón se rigen en materia de derecho de riego por el derecho civil general, ¿por qué en Mallorca a partir del uno de marzo de 1230 (cuando todavía la isla no se ha conquistado en su totalidad) ya se incluyen entre los privilegios y franquezas los derechos de toma de agua?⁷¹

La respuesta radica en el reparto de la isla entre los señores feudales que acompañan a Jaime I. En efecto, el reparto de la isla es previo a su conquista, de suerte que si la expedición parte el 5 de septiembre de 1229, el 28 de agosto anterior en Tarragona el Rey y los cinco señores cuyos vasallos participan en la contienda (Nunó Sanç, Conde del Rosellón; Ponç Hug, Conde de Ampurias; el Infante Pedro de Portugal; Guillem de Montcada, Vizconde de Bearn; y el Obispo de Barcelona Berenguer de Palou⁷²)

70 - Colección de Documentos ...op. cit.

71 - Cit. por E. K. AGUILÓ, *Franqueses y privilegis del Regne I*. 1 de mars de 1230. BSAL núm. 156. Año IX. Tomo V. 1 de marzo de 1893.

72 - El verdadero invitado por el Rey a la Conquista en nombre de la Iglesia fue el Arzobispo Aspargo de Tarragona, pero por razones de edad delegó en Berenguer de Palou, a quien correspondió el pariatge. Al decir de Jaime Fiol Oliver en “la interesante y simpática

dividen el territorio, correspondiéndole una mitad al Rey y otra mitad a los señores, proporcionalmente a las tropas aportadas. A estos últimos se les concede –según consta en el Llibre de San Pera– en sus respectivos territorios “*les cases y casals, horts y hortals, prats, pastos, aigües dolces, mars y riberes del mar, venacions, pastos plans y montuosos, herbes, llenyos per construcció de cases y naus*”⁷³.

En este sentido con el reparto previo a la conquista, Jaime I rompe con la publicación del derecho de toma de agua de manera que, una vez instalados en la isla, los señores asumen como propias las aguas dulces al paso por sus tierras. Por consiguiente, cuando conceden derecho de ocupación y explotación de sus terrenos, también lo hacen del agua. Y este nuevo sistema jurídico tendrá que hacerse compatible con la necesidad de que el agua discorra hasta el palacio real y a las fuentes públicas de una ciudad en la que no todos los pozos y cisternas disponen de agua potable (dadas las filtraciones de agua marina), de ahí que la acequia tenga la importancia que tiene.

Fuera del término municipal de *Ciutat de Mallorca*, las complejas relaciones jurídicas entre señores, caballeros y vasallos se resuelven a través del instrumento del censo enfiteúutico, de manera que se inicia una cadena de cesiones de la ocupación y aprovechamiento de un predio a cambio del pago de un censo anual en dinero o en especie, siendo así que el objeto enfiteúutico puede ser enajenado, arrendado, reestablecido, transmitido *mortis causa*... mientras se respete el pago del censo anual.

B.- Derecho originario: franquezas y privilegios reales

El origen de esta situación jurídica –a partir de la cual derivarán las transmisiones entre particulares, generando derechos y obligaciones–

contestación de un encuestado”, el Obispo de Barcelona “distribuyó su parte en alquerías y porciones varias entre los numerosísimos caballeros que formaban su parte del ejército”. ROSSELLÓ ROSSINYOL DE ZAGRANADA, RAMÓN y MASSOT MIQUEL, MIGUEL, Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca. Ilustre Colegio de Abogados de Baleares. Palma de Mallorca, 1992. Pág. 46.

73 - TERRASA, GUILLERMO, Tratado de las aguas de Mallorca y de su repartimiento. Manuscrito de la Biblioteca del Conde de Montenegro. S. XVIII. Publicado en BSAL núm. 123. Año VI. Tomo III. 1 de junio de 1890. Pág. 257-260. Es ésta doctrina superada frente a lo que sostuvo el Dr. Juan Bautista Binimelis en su Historia General de Mallorca manuscrita (libro 3º, tomo 2º, cap 36 y libro 5º, tomo 3º, cap 3º), quien –recogiendo la Declaració dels drets dels barons dels llochs de la isla de Mallorca del Archivo del Real Patrimonio de Mallorca– sostiene que el Rey retuvo para sí “todas las calles de la ciudad, de afuera, hornos, aguas y molinos”.

radica en las concesiones reales⁷⁴.

Como venimos diciendo, de acuerdo con el compromiso suscrito en Tarragona antes de emprender la travesía, el primer privilegio concedido por Jaime I el 1 de marzo de 1230 comprende las aguas dulces, con el juramento de que tales privilegios no serán objeto de modificación alguna: “*prometem encara a vosaltres que no darem ne escambiarem vos a alcuna persona (...); mas tots temps amarem e defensarem vos en tots lochs axi com a feels nostres prohombres e leyls*”⁷⁵.

A partir de aquí se irán sucediendo concesiones reales en materia de aguas, a la vez que se confirman una y otra vez los privilegios históricos. Así, se incluye entre las franquezas y privilegios del Reino el “*ordonament fet per lo infant en Pere de Portugal, senyor de Malorques, e en Nuno Sans, et los altres nobles qui han part en la dita Ylla, sobre lo repartiment de laygua de la cequia*”⁷⁶ de 28 de julio de 1239.

El 10 de mayo de 1244 en Játiva el Rey confirma los privilegios concedidos en el sentido de “*quod confirmat franchitates et inmunitates*”⁷⁷.

También forma parte de las franquezas y privilegios del Reino la confirmación de 14 de octubre de 1254 por parte del Infante de Portugal de todas las donaciones hechas a los prohombres de Mallorca, al tiempo que Jaime II reitera el 21 de agosto de 1256 la confirmación de todas las franquezas y privilegios, caballerías, donaciones y otorgamientos dadas por su padre a los habitantes del Reino de Mallorca, entre los que se encuentran una vez más el derecho de toma de agua⁷⁸.

El 13 de julio de 1269 el Rey vuelve a confirmar las franquezas y privilegios, si bien en este punto aparecen por vez primera dos elementos

74 - Vid. Privilegios y Franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas otorgadas por los Reyes de Mallorca, de Aragón y de España, desde el siglo XIII hasta fin del XVII y triplemente catalogadas y extractadas por orden de registros, datas y materias con un apéndice de Bulas Pontificias y otros documentos compilados por Don José María Quadrado. Escuela Tipográfica Provincial. Palma de Mallorca, 1894. Vid. Del mismo autor el epígrafe Libertades concedidas a la isla por el conquistador en su obra Forenses y ciudadanos. Miquel Font, Editor. Palma, 1986. Pág. 37 y ss.

75 - Recogido por AGUILÓ, E. K., Franqueses y privilegis del Regne I. BSAL núm. 156. Año IX. Tomo V. 1 de marzo de 1893. Pág. 48.

76 - Recogido por AGUILÓ, E. K., Franqueses y privilegis del Regne IV. BSAL núm. 180. Año XI. Tomo VI. 1 de marzo de 1895. Pág. 42-45.

77 - Recogido por AGUILÓ, E. K., Franqueses y privilegis del Regne VI. BSAL núm. 158. Año IX. Tomo V. 1 de mayo de 1893. Pág. 78-79.

78 - Recogido por AGUILÓ, E. K., Franqueses y privilegis del Regne X. BSAL núm. 183. Año XI. Tomo VI. 1 de junio de 1895. Pág. 92-96.

iuspublicistas: el Rey concede a los Jurados el nombramiento anual del acequero como órgano “*qui guarat e amen la aygua de la cequia de Malorques a cominal utilitat de la ciutat e de la terra de Malorques*” (privilegio IV), mientras ordena “*que pusquen laygua haver e menar a lurs honors (...) per los lochs per los quals menys perjudici fassats a altre e dampnatge*” (privilegio V)⁷⁹.

Como se aprecia cuatro décadas más tarde han aflorado tensiones entre las relaciones jurídicas particulares –por ello deviene inexcusable el control del consumo de agua– así como entre estos últimos y su compatibilidad con el interés general (*cominal utilitat de la ciutat*), de suerte que el privilegio real ya ha dejado de ser exclusivamente una concesión particular sin más.

No suficiente con lo anterior, el monarca establece en este punto un tributo a los usuarios de la acequia para que contribuyan a su mantenimiento y conservación públicas. Este mandato –a pesar de publicarse como privilegio– se reitera con mayor énfasis el 12 de marzo de 1274⁸⁰, extremo que confirma que a lo largo de tres años los consumidores de agua –bien sea porque la concesión real es un privilegio y como tal no exige contraprestación, o bien porque las múltiples transmisiones del derecho de toma de agua conllevan la evidente complejidad sobre quién consume realmente agua y a quién le corresponde legítimamente consumirla– lo cierto y verdad es que no cumplen esta obligación.

En el Valle de Sóller las distintas acequias proceden a fragmentar el agua. Así, en 1341 Bartolomé Escolar –“*experto en dividir las tandas de agua de los huertos*”– fracciona el agua del curso de la Alquería del Conde; los regantes de S’Olla proceden a fragmentar el agua “*a uso y costumbre de Mallorca*” en 1344; y en 1390 los agricultores de La Villalonga solicitan el reparto del agua en tandas⁸¹.

2.- Relaciones jurídicas

A.- Cesión y venta de los derechos de agua

El derecho primigenio a consumir agua de la acequia es un privilegio

79 - Recogido por AGUILÓ, E. K., Franqueses y privilegis del Regne. BSAL núm. 175. Año X. Tomo V. 1 de octubre de 1894. Pág. 368.

80 - Recogido por AGUILÓ, E. K., Franqueses y privilegis del Regne. BSAL núm. 177. Año X. Tomo V. 1 de diciembre de 1894. Pág. 411.

81 - ARM. Notarios. R-724, f. 187. 5 nonas 1326; M-13, f. 254, pridie calendas agosto 1341; AH-5331, f. 42, 5 calendas julio 1344; f. 51, 15 calendas agosto 1344; y A-13, f. 197, 17 de julio de 1390. Cit. En AAVV, El Sindicat de Regs. La captació, ús i gestió de l’aigua a la Vall de Sóller. (Mallorca). Palma de Mallorca, 2006. Pág. 71.

real anterior a la conquista aragonesa⁸² y confirmado con el primero de una larga lista de privilegios que otorga el Rey a partir del uno de marzo de 1230.

Este privilegio del Rey en favor de los señores genera la obligación de estos últimos de ceder sus derechos de riego a los miembros de sus respectivas comitivas que se instalan en los territorios que se les adjudican⁸³. Y así sucesivamente se va generando un entramado de relaciones jurídicas que giran en torno al agua y que son unas relaciones estrictamente entre particulares, es decir, derecho civil.

En este sentido, a medida que los colonos se desplazan de la península a Mallorca, se van asentando en predios por los que discurre el agua, si bien no pueden consumirla sin un derecho distinto al que les permite ocupar el terreno.

De ahí que el pago de un canon al adjudicatario del recurso acuífero –hoy vendría a ser un precio privado– sea un elemento definitorio de la privatización de los recursos hídricos que se da en la Mallorca de los siglos XIII y XIV.

Estas relaciones jurídicas entre particulares tienen como eje fundamental el pago de una renta⁸⁴, así como la comercialización del derecho a consumir agua de la acequia, ya sea mediante compra venta, *lluïsmes*, establecimiento de censos...

Una vez efectuado el reparto de Mallorca entre el Monarca y los señores feudales, a su vez estos últimos ceden sus tierras a favor de sus vasallos y así sucesivamente se inicia una cadena de transmisiones que afectan al derecho del agua de forma independiente a la propiedad del predio.

Así, existe constancia documental de la donación hecha por el abad de

82 - La primera de las “franqueses i privilegis del Regne” dado por Jaime I en Mallorca el 1 de marzo de 1230 lleva en su título “et primo hoc translatum prima franquecie concessa per dictum dominum regem dictis populatoribus Majoricarum antequam dicta insula ex loto esset erepta a manibus paganorum”, extremo que confirma el reparto de la isla entre el Rey y los cinco señores feudales. Vid. Franqueses y Privilegis del Regne I. Rec por E. K. Aguiló. BSAL núm. 156. Año IX. Tomo V. 1 de marzo de 1893.

83 - ESCOFET señala que “els nobles que sí havien obtingut una part, havien de donar-la als seus procioners”. ESCOFET, J., Sobre l’aigua de la sèquia de la Ciutat de Mallorca y las porciones y molinos del interior de la Ciudad.

84 - Mediante Privilegio de 13 de julio de 1269 el Rey Jaime I recuerda “que tots e sengles qui reguen del ayqua de la cequia paguen en despeses y messions de dita cequia”. Franqueses y Privilegis del Regne. Rec por E. K. Aguiló. BSAL núm. 175. Año X. Tomo V. 1 de octubre de 1894; mientras que el Privilegio de 12 de marzo de 1274 insiste en que “tots aqels qui de la ayqua de la cequia usen paguen en les messions daqela”. Franqueses y Privilegis del Regne. Rec por E. K. Aguiló. BSAL núm. 177. Año X. Tomo V. 1 de diciembre de 1894

S. Feliu de Guixols a Guillem de Torrella el 4 de enero de 1233 del derecho que ostenta sobre ciertos molinos del término de Muro, sin que afecte a la propiedad de los terrenos en que se edifican⁸⁵.

En este sentido, son innumerables las transmisiones de derechos reales en los primeros años siguientes a la Conquista aragonesa, ya sean por donación⁸⁶, venta⁸⁷ o establecimiento de censos⁸⁸. En este último caso, el 27 de abril de 1234 Goter Díaz otorga a Poncio Richer un molino con derecho a agua, a cambio del pago de un censo tributario⁸⁹. En la misma línea ante el Notario Ramón Daragó el 28 de diciembre de 1239 Pedro Peris, lugarteniente del Infante, Jaime Safereix y Arnaldo de Leyda, Bayles del Sr. Infante en la Ciudad de Palma, dieron en establecimiento a favor de Vidal de Fontanet y Domingo de Robio dos casas de molinos en la calle Leida (más tarde, de los Olmos), con el derecho de tomar agua de la acequia para moler, con reserva a favor del Sr. Infante de la séptima parte de la molienda⁹⁰. Años más tarde el 16 de junio de 1241 ante el Notario Domingo Suñer y el 14 de julio de 1242 el Infante vuelve a conceder a Domingo Robio en el primer instrumento y a Vidal de Fontanet en el segundo, el derecho a construir molinos y a tomar agua de la acequia a cambio de una tercera parte de los productos de los molinos, deducida la moltura de los molineros⁹¹. En 1257, en el acto de establecimiento de una casa con patio, huerto y agua a Bernardo Mulet,

85 - Arch. Particular de Casa Torrella. Actes de venta o de modificació de domini otorgats per primers grans porcioners de l'illa. Cit. por E. K. Aguiló en BSAL núm. 373, Vol. XIII, Tomo XIII. 1 de abril de 1911. Pág. 254-256.

86 - Donación efectuada por el Abad de San Felú de Guixols al Obispo de Gerona de diecinueve caballerías que poseía en la isla de Mallorca el 17 de enero de 1232. BSAL núm. 373. Vol. XIII. Tomo XIII. 1 de abril de 1911. Pág. 254. Donación efectuada por el Obispo de Gerona a Guillem Torrella de los bienes que tenía en Mallorca el 17 de septiembre de 1232 con la obligación de prestar el servicio de veinte caballerías. BSAL núm. 374, Vol. XXII, Tomo XIII. 1 de mayo de 1911. Pág. 264.

87 - Venta efectuada por Bernat de Santa Eugenia a su hermano Guillem de Mongrí, sacristán de Gerona, de todos los bienes que poseía en Mallorca el 7 de mayo de 1268. BSAL núm. 374 ...op. cit. Pág. 266. Venta efectuada por Guillem de Mongrí al Infante D. Jaime de todos los bienes que poseía en Mallorca su hermano Bernat de Santa Eugenia el 9 de marzo de 1270. BSAL núm. 375. Vol. XIII. Tomo XIII. 1 de junio de 1911. Pág. 284-286.

88 - Establecimiento de la isla de Formentera donada en feudo por Guillem de Mongrí, sacristán de Gerona y señor de Ibiza, a Berenguer Renart el 19 de agosto de 1246. BSAL núm. 374 ... op. cit. Pág. 265-266. Pons Hugo, Conde de Ampurias, otorga a Ramón de Pedardell reducción a una sola caballería de las dos que había de prestar él y su hermano Bernat por tierras que tenían en feudo en el término de Muro el 16 de diciembre de 1247. BSAL núm. 375... op. cit. Pág. 287-288.

89 - Fontes Rerum Balearium. Vol. III. Pág. 506.

90 - TERRASA, GUILLERMO, Tratado de las aguas... op. cit. Pág. 259.

91 - Ibidem. Pág. 259-260.

situados en el valle de Sóller (porción que pertenece al Obispo de Gerona), la viuda de Pedro Ros reserva a favor de esa Diócesis el censo, derecho, dominio y treinta días de fadiga⁹². En el mismo sentido en 1274 los herederos de Berenguer Julià reservan a favor del Conde de Ampurias el censo, derecho, dominio, potestad y diez días de fadiga, en la venta a Bernardo Toriga de un huerto “*con la tanda acostumbrada de la acequia para regar*”⁹³.

La acequia d'en Baster tampoco es ajena a estas relaciones jurídicas. Así, en el Diplomatarium del Monastir de Santa Maria de la Real de Mallorca existe constancia de un documento de 24 de marzo de 1300 en virtud del cual “*Arnau de Sala, Fortunat de Rubí, Ponç Feliu i Arnau de Closo, posseïdors de molins de la sèquia de Baster, atorguen a Guillem de Saragossa les aigües que vénen de Bunlolí, de Superna i altres llocs*”⁹⁴. Obsérvese que en materia de toma de agua tiene una mayor peso específico el instituto de la posesión que no el de la propiedad, motivo por el cual las relaciones jurídicas son tan complejas.

El Corpus Documental Balear enumera asimismo una lista de las donaciones de casa y huertos durante el reinado de Jaime I⁹⁵. De la misma forma también se aprecian las transmisiones en los trescientos seis *capbreus* ordenados en 1304 de los establecimientos y donaciones efectuadas por Nuño Sanz en su porción, entre los que se encuentra el derecho de molienda en su número 292 o el derecho de riego de huerto en el número 306⁹⁶.

Las transacciones afectan al poder político y a la Iglesia. Así se recoge en el Diplomatarium que el 13 de junio de 1310 “*Jaume II cedeix un cens de cent vinticin morabatins al Monestir de La Real a Calvi dels drets que aquest té sobre les aigües de la sèquia de la Ciutat; l'Abadi gaudirà d'una oresa d'aigua continua per a Regs i altres usos, i queda exempta de les messions faedores en el manteniment de la sèquia; les aigües de la Bastera no entren en el cancanvi*”⁹⁷.

El Código Çagarriga está repleto de ejemplos de las transmisiones del

92 - ARM. ECR-343, f. 77 v. Cit en, AAVV, El Sindicat de Regs... op. cit. Pág. 99.93 - ARM. ECR-348. f. 135 v. Cit en AAVV, El Sindicat de Regs... op. cit. Pág. 99.

94 - Diplomatarium del Monastir de Santa Maria de la Real de Mallorca. Vol. I. Edició a càrrec de Pau Mora i Lorenzo Andrinal. Palma, 1982. Pág. 393.

95 - PÉREZ MARTÍNEZ, LORENZO, Corpus Documental Balear. Fontes Rerum Balearium. Vol. I. Pág. 1-112. Vol. II. Pág. 1 y ss. Vol. III. Pág. 1-48.

96 - Publicados por Estanislao de Koska Aguiló en tres entregas: BSAL núm. 395. Año XXIX. Tomo XIV. 1 de febrero de 1913. Pág. 209-224. BSAL núm. 397. Año XXIX. Tomo XIV. 1 de abril de 1913. Pág. 241-256. BSAL núm. 399. Año XXIX. Tomo XIV. 1 de junio de 1913. Pág. 273-275.

97 - Diplomatarium ...op. cit. Pág. 409.

derecho de agua sin alusión alguna a la propiedad del inmueble por donde discurre, ya sea a través de censos enfiteúticos o de la venta de todo o parte del derecho de riego. Así, Jacobo de Aulesia vende a Senespleda una cuarta parte de su canon. A mayor abundamiento, en 1352 el Rey adjudica a Simón Braxifort un caño de un denario de sección para que reciba agua de forma permanente. En 1377 su heredero Guillermo Braxifort vende este derecho a Pedro Pont: “*continens venditionem per Guillermmum Braxifort, domicellum heredem universalem dicti venerabilis Simonis Braxifort, factam Petro Pontis, mercetori, civi Majoricarum, primo de quaddam alia botigia et de quaddam vineae cum viridario et cum ademprivio aque qui ibi discurret*”⁹⁸.

B.- Derecho de fadiga

El derecho original a consumir agua de la acequia presenta un componente iuspublicista toda vez nace por concesión real. Ahora bien, esta concesión se acompaña del derecho de fadiga, que consiste en la posibilidad de recuperación del inmueble por el propietario del dominio indirecto en un plazo de entre diez y treinta días o, en caso de venta, establecimiento o enajenación del censatario a un tercero, abonando el mismo precio que le ofrece el comprador o el enfiteuta⁹⁹.

Este derecho, propio de los bienes inmuebles (predios, huertos¹⁰⁰...) se hace extensivo a los recursos hídricos así como al resto de derechos asociados al terreno (molienda...). Así, en *Fontes Rerum Balearium* consta el derecho de fadiga que alcanza el derecho de riego: “*iam dictum itaque moliendum cum suo censali, solis et suprapositis a celo usque ad abissum, hostiis, ianuis et cum aqua cequie rego et cepite rego (...) liceatque tibi et tuis post dies X ex quo in mee et meis succesoribus faticam inveneris, dictam adquisitionem tuam cum ómnibus melioramentis a te vel tuis ibi factis vendere, dare, impignorare et alienare tuo consimili*”¹⁰¹.

En el volumen II del Diplomatarium citado de La Real se aprecia que el 30 de mayo de 1377 se subastan los molinos de Bellvar y de la Cova que captan agua de la acequia d'en Baster, en la porción del Monasterio. Después de quedar desierta por la cantidad de censos con los que se grava, puja por ellos Jaume Bru, quien ofrece ciento veinticinco libras. Sin embargo el Abad

98 - Códex Çagarriga. Fol. 51. Cit por TUDELA VILLALONGA, LLUÍS, El control... op. cit. Pág. 39 y 40.

99 - TUDELA VILLALONGA, LLUÍS, El control... op. cit. Pág. 14.

100 - Fadigues (1339-1343). AHM, RP, 1944.

101 - Fontes Rerum Balearium, vol. III. Pág. 506.

otorga la fadiga a Jordi Salom “*que es queda els molins per idèntica quantitat; M aquests molins estan obligats amb el convent en 47 quintars de Farina de forment, censals a satisfer cada any*”¹⁰².

3.- Jurisdicción

Los tres hitos de solución de conflictos surgidos en torno al derecho de toma de agua en los siglos XIII y XIV ponen de relieve la evolución de este régimen jurídico desde una óptica estrictamente civil hasta su publicación, acotando las concesiones privadas.

A.- Laudo arbitral del Obispo de Mallorca Ramón de Torrella

El reparto de las aguas dulces no fue pacífico. Durante los primeros años posteriores a la conquista la dificultad por conciliar el uso privativo del agua y su distribución hasta el palacio real acabó en la disputa entre el Infante Pedro de Portugal, heredero de la Condesa de Aurembiax –quien había cedido a Jaime I el condado de Urgell a cambio de la soberanía vitalicia de las islas de Mallorca y la nominal de Menorca– y el resto de magnates representados por Nuño Sans.

El 28 de julio de 1239 el obispo de Mallorca Ramón de Torrella dicta “*per bé de pau*” el documento conocido como “*Carta de la Concordia*” o “*Carta de la partió de l’aygua*” en el que se instaura el tandeo de veinte días tanto extra como intra muros, de manera que el Infante, los señores, el Obispo y el Monasterio de La Real tienen derecho a recibir tandas de agua.

Esta Carta se concibe como un laudo arbitral exclusivamente entre particulares. En este momento prima más el derecho individual de toma de agua para el concesionario y sus correspondientes porcioneros, que no el interés colectivo de que el agua alcance a las fuentes públicas de la Ciudad. De hecho, la presión privativa del derecho de toma de agua es tan fuerte, que a lo largo del siglo XIII se establecen derechos y privilegios no sujetos a tanda, que son los *dobles, fiblas y canons*.

En este sentido, después de este laudo las sentencias reales que se dictan no son sino para confirmar las concesiones existentes, que se dan al margen de las tandas. Así, en el mismo año de 1239, el 2 de diciembre, el Códice Lagostera hace referencia a la “*concessió feta per el Lochtinent y Batles del senyor Infant en Pere de dos censals de molins ab totes ses*

102 - Diplomatarium del Monastir de Santa Maria de la Real de Mallorca. Vol. II. Edició a càrrec de Pau Mora i Lorenzo Andrinal. Barcelona, 1993. Pàg. 575.

pertinencias dins los murs de la Ciutat prop la cequia e cases dels frares menors, a favor de Vidal Fontanet e Domingo Rubio e dels seus”, que dispone de “*un aljub que es pres la Cèquia*”¹⁰³.

Años más tarde Guillem Baster –que dará nombre a la Síquia de’n Baster– denuncia a los concesionarios Fontanet y Rubio por cuanto le impiden el agua para roturar los molinos que tiene junto a La Almudaina, de suerte que el 19 de diciembre de 1944 el Rey Jaime I dicta en Biar sentencia a favor de Fontanet y Rubio, confirmando las concesiones de 1239¹⁰⁴. Este proceso es sumamente interesante y confirma la especialidad civil balear: resulta que un error conduce a conceder dos privilegios de toma de agua que devienen incompatibles; lejos de establecer un reparto por turnos, el Rey opta por aplicar la regla del *prior in tempore*. Es decir, la concepción privatista del derecho de captación es tan intensa, que una vez existe una concesión, no es admisible otra posterior, no ya en el tiempo sino a lo largo de la acequia. He ahí la patrimonialización del derecho de aguas en la Mallorca medieval.

Asimismo el 12 de septiembre de 1276 el Rey concede a Bernat Valentí el derecho de toma de agua para poderla conducir “*a son Rafal en lo terme de Sant Llorenç*” con la particularidad de que su caño sea “*unam regadoram aqua de forma quadrata*”. Este ciudadano podrá tomar agua los domingos desde Pascua a Todos los Santos “*infra quendam pontem quem est super viridarium monasterii de Regali*”¹⁰⁵.

B.- Sentencia Lagostera

Como consecuencia del desorden y la falta de control del derecho de toma de agua –toda vez el número de conexiones a la acequia se reproduce de forma exponencial– el 21 de abril de 1355 se dicta la “*sentencia de la real Comissió feta pel Llochtinent de Governador de Mallorca sobre regular los drets y canons de laigua de la sequia de la Ciutat, a los Interesats en dicta aigua*”.

En efecto, el Venerable Guillermo de Lagostera, caballero y lugarteniente

103 - Colección... op. cit. Pág. 33-34. Este mismo texto en su pág. 70 sitúa como fecha de la concesión el 4 de diciembre.

104 - Colección ... op. cit. Pág. 39-40. Este mismo texto en su pág. 70 hace referencia a otra fecha, el 14 de enero del mismo año. También aparece citado en TERRASA, GUILLERMO, Tratado ... op. cit. Pág. 260.

105 - ROSSELLÓ VERGER, VICENTE M^a. La Font de la Vila y su antiguo sistema de riego. Boletín de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Palma de Mallorca. Año LXVIII. Julio-septiembre. Pág. 164.

del Gobernador, revisa el inventario de tandas, dobles y caños, emplaza a los usuarios para que exhiban sus títulos en el plazo de un mes y confirma a los verdaderos concesionarios al tiempo que deniega el agua a quienes carecen de legitimación.

Recordemos que durante este período –que va desde la Carta de repartición hasta la Sentencia Lagostera– se dan tensiones entre las concesiones privadas y la necesidad de publicar el derecho de toma de agua. Así, por una parte el 15 de julio de 1310 se firma “*el Real contracte entre el Senyor Rey D. Jaume (Jaime II) y lo Abad de la Real sobre la aygua de la sequia*”; pero por otro lado, el 31 de mayo de 1343 se dicta la “*clausula de privilegi en que se mana que la sequia de les aigues de les Fonts de la Ciutat y de Canet, romanguesen en la forma que entonces eran, y que en perjudici general de la Ciutat no se fes en avant Concessió particular*”.

Este último documento, que aparece como apéndice al Código Lagostera, constituye un hito que marca la tendencia hacia la necesidad de poner coto a las concesiones privadas. Recuérdese que el 9 de julio de 1269 por privilegio real se había concedido a los Jurados de la Ciudad la facultad de elegir al acequero, que es el cargo público que vela por el uso del agua¹⁰⁶. No obstante, ante la imposibilidad de llevar a cabo esta función, y ante el descontrol de la toma de agua y el peligro para el abastecimiento de la Ciudad, se aborda el problema de raíz ordenando la toma de agua, ya sea por el número de perceptores, como por la cantidad de agua a tomar. Así, por Carta de Pedro IV el 7 de noviembre de 1353 se establece que el número de perceptores sea treinta, que cada perceptor no pueda tener más de un caño, y que el tamaño del caño sea el de la Iglesia-Hospital de San Andrés; esta Carta Real confiere plenos poderes al Abad de San Feliu de Gerona y al Gobernador de Mallorca Gilabert de Centelles.

Pues bien, la Sentencia Lagostera se pronuncia a favor de limitar las tomas de agua, imponiendo las prescripciones de la Carta de Pedro IV. Esta Sentencia es apelada por Bernardo Valentí y Hugo Serra, que alegan que su concesión les otorga un caño cuadrado, de suerte que la resolución de la apelación es favorable a exceptuar para este caso la aplicación de los criterios generales de la Carta Real.

Por último, será en esta época –el 22 de febrero de 1356– cuando se funde el Col.legi de l’Horta como organismo de naturaleza corporativa que participa en la regulación y control de las captaciones de agua por los particulares.

106 - Por desgracia la desaparición del Liber Aquarum –citado por Bover– donde aparece el Sindicato de la Casa de la Huerta, impide conocer más detalles del régimen jurídico del agua. PONS FÁBREGUES, BENITO, Los Códices... op. cit. Pág. 356.

C.- Sentencia Çagarriga

El punto de inflexión a partir del cual el régimen jurídico de la captación de aguas en Mallorca cambia radicalmente consiste en las “*diligencias practicadas por el Gobernador Francisco de Çagarriga para normalizar el uso de las aguas de la Fuente de la Villa y documentos presentados por los usuarios*”, que es otro manuscrito del siglo XIV editado por Pedro Antonio Sancho y Vicens y Benito Pons Fábregues¹⁰⁷.

Esta sentencia –publicada en 1381– es el resultado de un proceso iniciado a instancias de los Jurados de la Ciudad e instruido por Mossèn Francisco de Çagarriga, que tiene por objeto “*asegurar al alcázar de nuestros reyes el caudal de aguas de la Fuente de la Villa*”¹⁰⁸.

Obsérvese que –a diferencia del Códice Lagostera– en este caso son los Jurados de la Ciudad los que consideran que debe ponerse coto a los abusos de las captaciones de agua; esto es, ya existe una *opinio iuris* sobre la naturaleza pública del agua, una consideración más como servicio público que no como privilegio real. En segundo término, este proceso persigue asegurar el agua al alcázar real, de manera que enfatiza el carácter de servidumbre de acueducto de la acequia, que desde 1229 había desaparecido.

En efecto, la publicación del derecho de toma de agua se confirma porque a raíz de la inspección ocular realizada dos días antes, el 31 de agosto de 1381 se manda tabicar todos los caños, doblas y fiblas desde la fuente hasta la Porta Pintada, mientras que *intra muros* se hace lo mismo con todas las tomas particulares dejando exclusivamente las que conducen al abasto público.

A partir de aquí y al igual que el proceso Lagostera, se exige que los derecho habientes exhiban sus cartas reales, privilegios, escrituras de compra y de permuta, o las adquisiciones por secuestros judiciales. Prestan declaración ante Mossén Çagarriga personajes conocidos como Joan Daurer (maestro del retablo de Santa María la Mayor en Inca), Pedro Figuera (que da nombre al reloj de Cort), el carpintero Mestre Jordi o el cartógrafo Jafuda Cresques.

La Sentencia Çagarriga reduce las tandas de los particulares –que antes eran de veinte horas– a nueve, al tiempo que anula las concesiones otorgadas con posterioridad al 31 de mayo de 1343.

Durante las décadas previas a la Sentencia, las tensiones entre la privatización y la publicación del agua son de gran calado. Un caso que

107 - Colección de documentos... op. cit.

108 - Ibidem, pág. 97.

confirma la esquizofrenia del derecho de toma de agua es el del vecino de Palma Jaime Bru. Pedro IV le concede en Cáller el 19 de junio de 1355 el privilegio real, si bien mediante Carta otorgada en Barcelona el 26 de febrero de 1356 confirma la Carta de 31 de mayo de 1343 en virtud de la cual no se podía conceder ningún derecho de agua. En Paterna el 4 de mayo de 1362 se le vuelve a conceder, si bien el lugarteniente Gilabert de Centelles reduce las fiblas de cien a treinta y vuelve a quedarse fuera.

Por consiguiente a partir de la Sentencia Çagarriga recupera vigencia la Carta Real de 1343, que –pese a prohibir las concesiones a particulares– la presión privatista obligaba a relativizar. El año 1381 constituye en este sentido un antes y un después en el derecho de aguas, al tiempo que confirma un dato relevante, y es el carácter de servidumbre predial de la acequia a favor del “*alcázar de nuestros reyes*”.

IV.- TRADICIÓN JURÍDICA DEL DERECHO CIVIL BALEAR EN MATERIA DE AGUAS

En este punto resulta obligado traer a colación la teoría de PIÑA HOMS sobre *la exaltación de la costumbre como base normativa*. En efecto, este profesor sostiene que la Carta de Población y los privilegios reales se referían a las garantías y libertades ciudadanas, mientras que el inmenso vacío de las relaciones jurídicas se tenía que cubrir forzosamente a través de la costumbre. De ahí que el orden de prelación de fuentes en 1299 fueran las *cosuetudines* en primer término, seguidas de los privilegios y franquezas (el derecho legislado), y por último el *ius commune*¹⁰⁹. No en vano, al hilo de esta teoría, SANTAMARÍA recuerda que en la década de 1240, apenas diez años después de conquistar la isla, en los contratos civiles es habitual la fórmula *ad consuetudine majoricense*¹¹⁰.

Esto da idea de la fuerza normativa de la costumbre. En efecto, a partir del s. XV y pese a que subsisten las concesiones particulares que el proceso Çagarriga confirma, el derecho de aguas en Mallorca se decanta hacia la publicación; dejan de concederse privilegios y el régimen jurídico del agua se ve invadido por el derecho castellano.

No obstante, por vía consuetudinaria seguirá vigente en muchos casos la patrimonialización del agua como especialidad del derecho civil.

109 - PIÑA HOMS, R., La creación del Derecho en el Reino de Mallorca. Ediciones Cort. Palma de Mallorca, 1987. Pág. 76-77.

110 - SANTAMARÍA, A., Aspectos del Reino de Mallorca. Palma, 1972. Pág. 100.

1.- El derecho de aguas y la Iglesia Católica

En sede urbana el acceso al agua ha planteado problemas jurídicos en la época medieval en los que conventos, parroquias, iglesias... y hasta el Palacio Episcopal han sido elementos subjetivos de la relación jurídica especial en materia de aguas.

No hay que olvidar por otra parte que los juristas eran doctores en ambos derechos, esto es, el civil y el canónico, de manera que la interrelación entre Estado e Iglesia se traduce en un entramado de relaciones jurídicas. Así, sin ser estrictamente canónico, el derecho de aguas de conventos y monasterios será un derecho privado de la Iglesia, que tendrá sus evidentes peculiaridades. Y todo ello sin contar con los conflictos competenciales entre la Curia eclesiástica y la Curia Real (Baile, Veguer, Pariatge, Consul de Mar y *Mostasaph* o Almotacén) a que alude Miguel Serra Maura en su *Practica Vulgaris*¹¹¹.

Luis Ripoll destaca la importancia de pozos y cisternas en conventos de monjas y frailes que permitían a particulares obtener determinadas cantidades de agua¹¹². En este sentido, cita como ejemplos el convento de San Francisco o las monjas de San Jerónimo. Asimismo el pozo de la parroquia de San Jaime¹¹³, el de los Sagrados Corazones de la calle de San Cayetano, o la cisterna de la parroquia de San Miguel –conocida por sus cualidades salutíferas¹¹⁴– también abastecían a vecinos para su consumo.

Por ello no es de extrañar que la tradición jurídica civil balear en la Mallorca medieval esté repleta de alusiones al régimen jurídico del agua en relación con la Iglesia. Así, el 26 de enero de 1409 Bartolomé Sala, Pedro Planas y Pedro Frontera declaran ante el Notario Francisco Carabotini y el escribano Mateo Martorell que el huerto repartidor de aguas de la acequia de la Real se encuentra “*in Orta Civitatis Maioricensis versus turre lavaneras prope fossare Judeorum in porcione Maioricensis Ecclesie*”, al

111 - SERRA MAURA, MIGUEL, *Practica Vulgaris in huius Maioricarum Regni Curii Observani solita cum aliquibus per utilibus annotamentis*. BCC. Ms 106-V2-12. Pág. 311.

112 - RIPOLL, LUIS, *Nuestras cosas*. José de J. Olañeta, Editor. Palma, 2000. Pág. 21.

113 - Vid. AGUILÓ, ESTANISLAO DE KOSKA, *Restauración de los Templos de San Jaime y Santa Eulalia*. BSAL núm. 129. Tomo III. Año VI. 1 de diciembre de 1890. Pág. 332-335.

114 - No se olvide que la tradición alude a que la Virgen de la Salud, que se venera en dicho templo parroquial, fue entregada por Jaime I como consecuencia de una aparición mariana en medio de una fuerte tempestad de camino a la conquista de Mallorca. Vid. VALRIU, CATERINA – VIBOT, TOMÀS, *El Rei en Jaume I. Un heroi històric, un heroi de llegenda. Cinc itineraris per Mallorca*. José de J. Olañeta, Editor. Palma, 2008. Pág. 63.

tiempo que enumera los censos que gravan el acceso al agua¹¹⁵.

En un pergamino que se conserva en el Monasterio de Santa Magdalena de Palma, fechado el 5 de mayo de 1473, se lee que *“los Jurados, previos los trámites de Antonio de Sancto Petro notario y procurador del Monasterio de Santa Magdalena ratifican el derecho del agua que tomaba «alt al portal del Cirtar qui aquí en e apres venia e discorria per la barbacana del mur de la Ciutat que es al dit portal tro a la porta plegadiza». Da las órdenes pertinentes a Tomás Barberá acequiero y a Bernardo Marza albañil. Notario Andrés Baix”*¹¹⁶.

El Monasterio de la Real –cuyo peso específico en la organización y funcionamiento del sistema hidrológico desde 1230 está fuera de toda duda– reaparece en el siglo XVI para confirmar la vigencia de la especialidad mallorquina del derecho de aguas. Así, y ante la queja del abad de La Real porque se siembran árboles a inferior distancia de la acequia *d'en Baster* que los cuatro palmos de cana de Montpellier establecidos por los *“privilegios de los serenísimos reyes de inmortal memoria predecesores nuestros”* (se refiere a la prohibición establecida el 15 de abril de 1282)¹¹⁷, Fernando el Católico sentencia en Valladolid el 28 de enero de 1513 que precisamente en aplicación de los privilegios de Jaime I los árboles se deben talar *“faziendo sobrello brevemente, sumaria y de plano cumplimiento de justicia”*¹¹⁸.

Las transacciones jurídicas de los predios urbanos con derecho a riego son más que frecuentes. El 10 de marzo de 1582 el Notario Guillem Socies levanta acta de manifestación en virtud de la cual *“junt a la iglesia de Sant Nicolau Vell y ha un tros de hort que antigament era fossar de dita isglesia y vuy en dia sta usurpat y posseit per diversos, de hont pareix que conve per dita parroquia cobrar aquell y cobrat, ferne algun exit”*¹¹⁹.

En el mismo capítulo de transacciones, en 1584 Hugo Berard, consejero real, ratifica un censo establecido el 20 de agosto de 1556 sobre un predio de la parroquia de San Jaime de diez por doce canas y con un precio de un

115 - MIRALLES Y SBERT, JOSÉ, Para conocimiento de Palma antigua. BSAL núm. 377. Vol. XIII. Tomo XIII. 1 de agosto de 1911. Pág. 318.

116 - ROSSELLÓ LLITERAS, JUAN, Los pergaminos del Monasterio de Santa María Magdalena de Palma de Mallorca. Fontes Rerum Balearium. Vol. III. (1979-1980). Págs. 339-358.

117 - AMS-18, f. 115, 5 de agosto de 1773.

118 - Archivo de la Curia de la Gobernación. Lib. Litterarum regiarum de 1511 a 1517. fol. 126 v. Cit. En SANCHO, Pedro A., Tala de árboles de la acequia d'en Baster. BSAL núm. 193. Año XII. Tomo VI. 1 de abril de 1896. Pág. 259 y 260.

119 - Protocolo de 1586 del Notario D. Guillem Socies, folios 50-55. Cit en BUADES, AGUSTÍ, Acta fahent per la Parroquia de Sant Nicolau. BSAL núm. 403. Tomo XIV. Año XXIX. 1 de octubre de 1913. Pág. 344.

sueldo de censo anual pagadero al Real Patrimonio. El censatario Juanote Morlá vende el 19 de abril de 1584 a Juana de Pax el trozo de tierra comprado al Real Patrimonio por cinco sueldos al contado¹²⁰.

Por lo que respecta a las concesiones públicas, que introduce la potestad de imperio en el régimen jurídico civil del agua y abre la puerta a su posterior publicación, el 21 de agosto de 1599 y el 26 de octubre de 1604 los Jurados de la Ciudad conceden a la priora del Convento de Santa Magdalena –Sor Práxedes García en el primer caso y Sor Práxedes Neta en el segundo– facultad para recibir agua de la acequia de la Ciudad, tanta cuanta mane un caño cuyo diámetro sea como una moneda de ocho en 1599 y de dieciséis en 1604, por una cañería de cobre que debe ser costeada a expensas del Convento.

Incluso cinco siglos más tarde a la instauración del derecho civil balear en materia de aguas, el 28 de abril de 1722 el Vice-Prior de Santo Domingo formula queja al Ayuntamiento “*dado por lo tocante a la fuente de su convento de que se abastan muchos particulares*”, de manera que se manda al acequero Josep Lull que se asegure de que “*sin falta alguna se aplique a que cada día dentro de Palma entre por ocho horas el agua por entero, de la sequia de la fuente de la villa que es propia de los habitantes de esta ciudad*”¹²¹, extremo que una vez más apunta al instituto de la servidumbre pública no ya a favor del Palacio Real sino de las fuentes de general abastecimiento.

2.- Doctrina de los Doctores

Si bien la Sentencia Çagarriga pone fin formalmente al régimen jurídico de la patrimonialización del derecho de toma de agua, la tradición jurídica hará que no pierda su vigencia, aplicándose como derecho consuetudinario¹²².

Los Doctores en ambos derechos que entre los siglos XVI y XVIII recopilan el derecho civil balear dan testimonio de la continuidad del derecho medieval de aguas.

No hay que olvidar que el derecho de aguas se encuentra documentado entre los siglos XIII y XV, y nuevamente a partir del siglo XIX, con ocasión

120 - ROSSELLÓ LLITERAS, JUAN, Los pergaminos .. op. cit. Pág. 339-358.

121 - Archivo Municipal de Palma. Libro de Ayuntamientos de 1722. fol. 61, v. Cit por FAJARNÉS, ENRIQUE, Documentos acerca de las aguas de la Fuente de la Villa de Palma de Mallorca (siglo XIII-XV). BSAL núm. 241. Año XVI. Tomo VIII. Palma, 1 de abril de 1900. Pág. 266.

122 - Vid. FERRER VANRELL, M^a DEL PILAR, Lecciones de Derecho Civil Balear. Universitat de les Illes Balears. Palma, 2003. Pág. 30.

de los decretos previos a la primera Ley de aguas y a la constitución de las comunidades de regantes. Sin embargo, entre ambos períodos los especialistas coinciden en definir una etapa carente de fuentes documentadas.

Y estas lagunas se van a colmar con la doctrina de los juristas mallorquines, que servirá de base a las decisiones de la Real Audiencia¹²³. Así, existe constancia de que el doctor Joaquín FIOLE Y ESTADA recoge en su dietario que el 18 de diciembre de 1788 devuelve al fiscal de la Audiencia el libro *Dret municipal de Mallorca*, que le había prestado tiempo atrás para copiarlo¹²⁴.

Debe señalarse sin embargo que no todos los manuscritos que se conservan de los Doctores recogen el derecho de aguas, extremo que confirma su vigencia como tradición jurídica especial y local en el seno de la *communis opinio general*. Así, por ejemplo, no se encuentra referencia alguna al derecho de aguas en los manuscritos de Jaume POU (*Decisiones putei*), Bartomeu MIRÓ (*Nemus materionres studiose per tractata tan in iure Pontificio quam Caesareo*) ni de Josep BASSA (*Observationes Iuridicae, Civiles, Canonice et Morales ad praxim legalem faciliter acomodabiles Congesto*, 1512), como tampoco se refiere al derecho de toma de agua en el siglo XVIII el *Liber Exemplaris* de Juan ARTIGUES (1716).

En efecto, si el derecho civil castellano era el propio del *Corpus Iuris Civilis*, por el contrario en Baleares las sentencias de la Real Audiencia se fundamentaban con las afirmaciones y opiniones de los Doctores locales. Al decir de FERRER VANRELL, “*la doctrina de los Doctores era esencial y así lo es por imperativo legal a la hora de interpretar e integrar una Institución. No en vano estas interpretaciones constituyeron fuente del Derecho; era usual alegar ante los Tribunales las opiniones de los Doctores que tenían fuerza de ley*”¹²⁵.

A.- Dominio directo y alodial

Los señores que regentan las baronías, alodios y caballerías ejercen el dominio eminente mediante la administración de justicia sobre el agua en materia civil y la percepción de las fadigas y laudemios en caso de transmisión.

123 - Vid. PLANAS ROSSELLÓ, ANTONIO, Los Juristas en la Mallorca del siglo XIII. Palma, 1996. PLANAS ROSSELLÓ, ANTONIO, Los Juristas en la Mallorca del siglo XV. Palma, 2000. PLANAS ROSSELLÓ, ANTONIO, La Abogacía en Mallorca (siglos XII-XVIII). BSAL núm. 50. 1994.

124 - PONS PASTOR, ANTONI, Dietari del Dr. Fiol. Palma, 1933. II. Pág. 399.

125 - FERRER VANRELL, M. PILAR, Tradició jurídica mallorquina. Autors del segle XV al XVIII. Prólogo de Miquel Coca Payeras. Universitat de les Illes Balears. Col.lecció Materials, 1. Palma, 1990. Pág. 17.

Al otro lado de la relación jurídica, los payeses enfiteutas reconocen los derechos feudales por medio de cabreos o cabrevaciones, que se renuevan cada veinticinco o treinta años. Este dominio útil comprende el uso y disfrute del agua y se expresa mediante la división del agua en turnos de riego.

Recordando la vigencia del primer privilegio real de Jaime I (1 de marzo de 1230), Miguel SERRA MAURA en *Observationes Juridicae* alude en pleno siglo XVIII a la permuta del derecho de agua del Monasterio de la Real sobre la acequia d'en Baster por una parcela en el término municipal de Porreras: *Solum in Majorica apredicea regula exipiunt aqua fontis ex sequia vocare la Bastera, et den Baster quasu pleno jure concessit Dns Rex... Monasterio et Abarrí de la Real ordinum Cistercensis, extra muros hujies civitaty, permutando dictam aquam cum territorio opidi muore de Porreras, quod territorium antea standicti Monasteri succedevís Dno Nuño Sanz*¹²⁶.

Este mismo autor vuelve a insistir en sus *capibrevationis sive recognitionis Dominy Directi* toda vez sobre la acequia de Baster J. Cabot *et alii* disfrutaban de la posesión de la tierra por la que discurre el caudal cuyo dominio directo se reserva el Monasterio de la Real de acuerdo con los privilegios de 1230, “*et ita resolutum fuit concordi dominorum senatorum voto die 5 february anni 1343*”¹²⁷. Y lo mismo cabe decir de la capibrevatio que se reconoce el 31 de agosto de 1641 por la posesión que ostentan Antonio de Salas y Jerónimo Oliver¹²⁸.

B.- Vectigal y censo enfiteutico

Recogiendo la institución romana del censo de origen público, Miguel SERRA MAURA constata la vigencia del vectigal en una permuta entre Bartolomé Quetglas y otros, al tiempo que confirma la validez de una conducción de agua relativa a Bautista Brondo y otros por Decisión de 23 de diciembre de 1665¹²⁹.

Este mismo autor en otro manuscrito vuelve a confirmar la vigencia del

126 - SERRA MAURA, MIGUEL, *Observationes Juridicae*. BCC Manuscripts 555.

127 - SERRA MAURA, MIGUEL, *Decisionum Regii Senatus Aliorumque Tribunalium Majoricarum*. Tomo 1. Biblioteca Pública del Estado. Ms. 106-V2-12. Pág. 74.

128 - SERRA MAURA, MIGUEL, *Decisiones Senatus Majoricensis*. Biblioteca Bartolomé March 102-III-22. Pág. 341.

129 - SERRA MAURA, MIGUEL, *Decisiones ...op. cit.* Pág. 341. SERRA MAURA, MIGUEL, *Decisionum Regii Senatus Aliorumque Tribunalium Majoricarum*. Tomo 1. BCC. Ms. 106-V2-12.

SERRA MAURA, MIGUEL, *Decisiones Senatus Majoricensis*. Biblioteca Bartolomé March 102-III-22.

vectigal en la cesión de una porción de terreno de Antonio Fuster en 1567 con todos los derechos que corresponden al terreno, incluido el derecho de toma de agua¹³⁰. Igualmente alude al vectigal en un pleito entre los conductores de agua del Estany del Tabach, al que pone fin la sentencia de 13 de agosto de 1695 reconociendo el derecho de toma de agua a Francisca Plomer *et alia*¹³¹.

En este sentido el Monasterio de la Real conserva manuscritos que hacen referencia al establecimiento de censos enfitéuticos, que en los siglos XVII y XVIII se hacen extensivos al derecho de toma de agua. Así, el *Ars Notariae secundum praxim Maioricense* de 1678 y atribuido al Notario José Serra, *De Arte Nottariae tractatus* de 1690 y de autor desconocido, *Compendium Artis Noteriae iuxta Maiorice stilum* de 1742 atribuido al Notario Nocilás Roca y Mora, y el *Brevis tractatus Artis Notariae* de mediados del siglo XVIII y posiblemente de los autores Pedro Bisquerra o Jacobo Farra¹³².

Una derivación de este instrumento jurídico es el censo cauteloso, que consiste en que se dan a censo dineros con la condición de que la pensión que se satisfaga sea en especie: trigo, aceite... y aquí tiene cabida la toma de agua. En este sentido las Cartas Reales dirigidas en 1569 “*a los amados y fieles nuestros los síndicos y clavarios de la parte forana de nuestro Reyno de Mallorca*” se hace referencia a esta institución, obligando al Lugarteniente y Capitán General en el Reino e Mallorca D. Juan de Urries a que “*administrey en ello con parecer del Regente, breve y eterno cumplimiento de justicia, guardados los privilegios y franquezas dese Reyno y lo demás que de derecho guardar se deva, de manera que nadie reciba agravio, como de vos confiamos, que tal es nuestra voluntad. Dat en Madrid a XXV de agosto de MDLXIIIJ. Yo el Rey*”¹³³.

Otros autores por su parte hacen referencia a la transmisión del derecho de toma de agua mediante la cesión de un censo alodial *inter Martinum*

130 - SERRA MAURA, MIGUEL, Decisiones Regni Majoricarum, Senatus, aliorumque ejusdem Regni, Tribunalium. BBM 106-v2-19. Copista Antonio Pizá. Núm. 67 de C ante E. Pág. 70.

131 - SERRA MAURA, MIGUEL, Decisiones Regni... op. Cit. Pág. 55.

132 - ZAFORTEZA DE CORRAL, L.- MUT CALAFELL, A. -OLIVER MORAGUES, M., Tratados de Notaría en el Reino de Mallorca. Facsímil del Tractatus de Antoni Moll de 1714. Colegios Notariales de España. Palma, 1995. Págs. 99, 357 y 330.

133 - RAMIS DE AYREFLOR Y SUREDA, JOSÉ, Sindicato Forense de Mallorca (siglo XVI). BSAL núm. 447. Tomo XVII. Año XXXIV. 1 de enero de 1918. Pág. 15. Y su continuación en BSAL núms.. 471-472. Tomo XVIII. Año XXXVI. 1 de enero de 1920. Pág. 15 y 16.

Ferrer et Jacobum Perpiña en 1677¹³⁴ o de censos enfitéuticos en 1682¹³⁵.

C.- Servidumbre

En su *Tractatus varii iuridici* de 1651 el Doctor Gaspar FELIU enumera seis servidumbres rústicas (la cuarta, de acueducto; y la quinta, de fuente privada) al tiempo que clasifica las servidumbres urbanas en nueve modalidades; de estas últimas la tercera consiste en el vertido de agua pluvial, mientras que la novena es de sumo interés: recogiendo la idea de los privilegios reales, impone una servidumbre pública forzosa: *seu Principes pot. concedere privato ut ducat aqua per via, et locu publico, sine iudicio, et incomodo aliorum*¹³⁶.

De la misma manera entre los tratados de Notaría del Reino de Mallorca se encuentran referencias a la servidumbre de acueducto. Así, en el Monasterio de La Real se conservan tres manuscritos que aluden a la misma: el *Tractatus aliquarum rerum ad Artem Nottariatus spectantium* atribuido al Notario de Alcudia Jaime Doménech, que comprende instrumentos de entre 1600 y 1630, regula esta institución en el folio 9 bajo el epígrafe “*quid sit servitus*”. En la misma biblioteca se encuentra el *Curso de Notaría o Arte de Notaría* según los estilos y privilegios del Reyno de Mallorca del Notario Miguel Ignacio Manera de entre 1829 y 1861, que dedica sus páginas 50 a 53 a los epígrafes “*qué cosa es servidumbre*” y “*de quantas maneras es la servidumbre*”. Por último, el manuscrito *De Arte Notariae o Apuntes sobre lo que debe saber el Notario* de Pedro Juan Ferrando y Nebot del siglo XVIII dedica una regulación prolija a las servidumbres, explicando el derecho de estilar o gotear entre las urbanas (pág. 63), así como el *aqueducto* y el *aquahausto* entre las rústicas (pág. 66)¹³⁷.

3.- Sentencias de la Real Audiencia

En primera instancia el Baile como miembro de la Curia es quien administra justicia y da solución a los conflictos entre particulares. Así, en

134 - Decisiones de la real Audiencia y otros Tribunales del Reyno de Mallorca, nuevas y antiguas, reducidas al orden alfabético y adicionadas de los liegos antiguos por el Dr. D. Francisco Matheu. Biblioteca de la Sociedad Arqueológica Luliana. Palma de Mallorca. A(M) 109. Pág. 48.

135 - CIRER, MIGUEL, *Decisiones Illustratae Senatus Cathaloniae, et Majoricensis...* ad usum frequentem, ac Practicum. BCC. Palma de Mallorca. Mansucrit 544.

136 - FELIU, GASPAS, *Tractatus varii iuridici*. Copista Pedro Joan Felio Caballero. BCC Manuscripts 573. Pág. 39.

137 - ZAFORTEZA DE CORRAL, L. -MUT CALAFELL, A. -OLIVER MORAGUES, M., *Tratados de...* op. cit. Pág. 99, 357 y 330.

Sóller el 18 de abril de 1553 se pone fin a un pleito entre los regantes de La Villalonga y la represa del Gorg d'en Deià contra Salvador Costurer, quien invocando una sentencia antigua, negaba que los agricultores pudieran conducir el agua durante todo el año. El juicio terminó con un acuerdo extrajudicial de reparto del agua por tandas ante el Notario Salvador Ferrer¹³⁸. En el mismo municipio en julio de 1573 Juan Rullán denuncia a Jaime Arbona afirmando que “*li ha pres la aigua la sua hora i ha trobada aquella qui rajava dins ço del seu*”¹³⁹. Tres años más tarde el Baile condena a Pere Castelló a pagar una multa pecuniaria porque “*ha presa la aigua mentre era de Bernat Colom i ha regat de aquella*”¹⁴⁰.

Con respecto a qué régimen jurídico aplica el Baile para administrar justicia, debe recordarse que el Privilegio concedido el 30 de enero de 1299 por Jaime II obliga a “*qui jurent consilium dare secundum consuetudines et libertates insulte (...) et in deficientiam istorum secundum jus commune*”.

Formalmente la Real Audiencia se constituye en Mallorca mediante Cédula de Felipe II de 11 de mayo de 1571, confirmada por la Pragmática de 23 de noviembre del mismo año¹⁴¹. La Audiencia evoluciona en cuanto a su organización y funcionamiento con el Decreto de Nueva Planta de 7 de diciembre de 1715, desembocando en una nueva etapa a raíz del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 y la Ordenanza de Audiencias aprobada por Real Decreto de 19 de diciembre del mismo año¹⁴².

La Real Audiencia, que aplica el derecho vigente a los litigios a cuya decisión se someten, constituye un referente indiscutible para apreciar la vigencia del derecho medieval de aguas a modo de derecho consuetudinario, y pese a que el derecho positivo es el propio de Castilla. Las fuentes a las que acude son las recopilaciones de los privilegios que efectúan los juristas mallorquines y la doctrina de los doctores. Un texto fundamental para ello serán las *Noves ordinacions, stils y práctica de la Real Audiencia* ordenadas por el regente de la Cancillería Bernat Joan Pol y publicadas mediante

138 - ARM. Notari Salvador Ferrer. F. 196, f 37.

139 - AMS-4946. f 20v. 17 de julio de 1573. Cit en AAVV, El Sindicat de Regs... op. Cit. Pág. 99.

140 - AMS-4946. f 148. 19 de julio de 1576. Cit en AAVV, El Sindicat de Regs... op. Cit. Pág. 99.

141 - AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO, La Audiencia de Mallorca. Organización judicial de las Baleares. Panorama Balear, 1965. URGELL, RICARD, Introducción al estudio de la Audiencia de Mallorca como institución judicial (siglos XVI-XIX). Estudis Baleàrics núm. 36.

142 - ÁLVAREZ-NOVOA, CARLOS, La Justicia en el Antiguo Reino de Mallorca. Gráficas Miramar. Palma, 1971.

crida por mandato del lugarteniente y Capitán General Miguel de Moncada el 6 de octubre de 1576. Otro texto de capital importancia es la obra de Raymundus de Verí *Consiliorum seu responsorum ad causas tam civiles Quam criminales n regio Senatu Maioricen ventillatas ex diversis Excellsmis S.C editorum* del siglo XVII¹⁴³.

Toda vez el Infante Pedro de Portugal había concedido a Vidal de Fontanet y Domingo de Robio el derecho a tomar agua de la acequia para sus molinos mediante Instrumentos de 28 de diciembre de 1239, 16 de junio de 1241 y 14 de julio de 1242, resulta que en el siglo XVIII el derecho de sus sucesores afecta a la contaduría principal del Ejército y Reino de Mallorca. Dio de ellos copia D. Antonio Escofet en 29 de diciembre de 1758 y se someten a proceso (Esbno. Josep Bernat, Notario) de la Real Audiencia entre el Dr. Rapó y Catalina Rafal, contra los mayordomos de los hortelanos y el acequero de la ciudad¹⁴⁴.

El 21 de septiembre de 1630 la Real Audiencia falla a favor del *sequier de la Ciutat* con base en los *Regia Privilegi*.¹⁴⁵

La Real Audiencia el 25 de enero de 1671 admite la súplica formulada por el Síndico perpetuo de la Universidad Antonio Moll para que se ordene sufragar con doscientas libras el coste de la muralla en la parte baja de la Ciudad que sirve al mismo tiempo de acueducto del agua de la Fuente de la Villa¹⁴⁶.

En 1731 se produce la controversia sobre a quién corresponde la limpieza anual de la acequia, de la que se hacía cargo la Ciudad y antigua Universidad “*en tiempo en que tuvo Jurados y por ello quedaba continuada la partida o cantidad de 40 libras en el arancel de gastos de 1667 (...) y después de la*

143 - En Tradició jurídica... FERRER VANRELL cita en sus páginas 77 y 78 este volumen hallado en la Biblioteca del Ayuntamiento de Palma de Mallorca situada dentro del Convento de Santa Elisabet de Palma (Religiosas Jerónimas) y perteneciente a la Biblioteca Llabrés. Consultado este archivo de la mano de Sor María Pons, ha sido recientemente desmantelado, ignorándose su ubicación. También cita a Ramón de Verí JOAQUÍN MARÍA BOVER, si bien le atribuye otra obra, también de recopilación de sentencias de la real Audiencia: D. Raymundi á Verí Balearis, J. V. D. et in Regia Audientia Regni Balearium, Consiliario, pro sui honoris defendiere in causa syndicatus, brevis deductio- Ad procancellarium, et Regentes, S. S. C. Coronae Aragonum. Anno Domini 1607. Palma Balearium, apud Gabrielem Guasp, Bibliopolam. Imp. En fól. Vid. BOVER, JOAQUIM MARIA, Biblioteca de Escritores Baleares (La Ciutat de Mallorca, 1868). Curiel. Barcelona, 1975. Tomo II. Núm. 1330. Pág. 511.

144 - TERRASA, GUILLERMO, Tratado ...op. cit. Pág. 260.

145 - FIOL I FLOR, LLORENÇ, Exempla Regie Audientiae Maoricensis. Bibliotecas Pública del Estado. Palma de Mallorca. Manuscrit 566.

146 - Archivo General Histórico de Mallorca. Libro de Súplicas de 1668 a 1674. fol. 232. Cit por FAJARNÉS, ENRIQUE, Documentos acerca... op. cit. Pág. 266.

formación del Ayuntamiento, por un caballero Regidor nombrado por el mismo". Este litigio fue resuelto mediante Auto de la Real Audiencia de 24 de julio de 1730, mandando al acequero "*se limpie dicha acequia y su origen en el modo que por lo pasado se ha practicado*"¹⁴⁷, poniendo de relieve la sensibilidad por la tradición jurídica del derecho medieval de aguas.

No sólo existen pronunciamientos que confirman la vigencia de los privilegios medievales. El 29 de marzo de 1753 la Real Audiencia dicta Sentencia en materia de aguas y alude exclusivamente a la servidumbre predial, toda vez se ha variado el curso del agua entre los predios Bisquerra y Bennásar¹⁴⁸.

Años más tarde el 25 de junio de 1765 se confirma mediante Auto de la Real Audiencia la Instrucción del Oidor de la misma D. Ventura Ferrán, con el carácter de Juez visitador con especial comisión del Consejo de Castilla, redactada por D. Onofre Gomila y D. Nicolás Roca. Este Auto confirma la vigencia de los privilegios especiales de la Isla y el Derecho romano como supletorio¹⁴⁹.

V.- EL CAMINO HACIA LA PUBLIFICACIÓN Y LA RESISTENCIA PRIVATISTA

1.- Recopilaciones y compilaciones de Derecho civil balear

A.- Antecedentes

Desde 1230 el Rey va concediendo privilegios y franquicias a los habitantes de Mallorca, de manera que durante décadas –en un contexto en que la escritura es excepcional– los ciudadanos defienden sus privilegios sin que a la autoridad le consten fehacientemente por no tenerlos recopilados. Incluso después de varias recopilaciones como se ha visto en los procesos Llagostera y Çagarriga, los Jurados exigen que los mismos se deban acreditar para poner orden en los derechos de agua.

147 - Archivo Municipal de Palma. Libro de Pedimentos de 1731 a 1732. fol. 42. Cit por FAJARNÉS, ENRIQUE, Documentos acerca... op. cit. Pág. 267. Vid. también Convento de Santo Domingo de la Ciudad de Mallorca. Fontes Rerum Balearium vol. III. (1979-1980). Pág. 253-266.

148 - SERRA MAURA, MIGUEL, Decisionum Regii... op. Cit. Pág. 177.

149 - RIPOLL Y PALAU, PEDRO, Memoria sobre las instituciones del derecho civil de las Baleares escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880. En FERRER VANRELL, MARÍA PILAR y MUNAR BERNAT, PEDRO, Materials precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears. UIB. Palma, 2002. Pág. 32.

El primer precursor en este sentido fue Pere Torrella, Jurado de la Ciudad por el estamento de los caballeros, quien en 1270 recogió en un pergamino de sesenta y ocho folios la relación de privilegios existentes hasta entonces. De fecha 12 de abril de 1283 es el texto anónimo perteneciente a la familia Búrgues Zaforteza que lleva por título “*Aquest es lo libre de les franqueses quel Senyor en Jaume Rey Daragó dona a malorcha*”.

A continuación el sacerdote de Manresa Romeu des Poal publica el 22 de septiembre de 1334 una recopilación de cuatrocientos folios a la que J. M. Quadrado denomina *Liber Regnum* o *Rei dels Codis*. El escribano Pere de San Pere hace lo propio en 1398, siendo éste el documento de referencia para los doctores mallorquines en los siglos sucesivos. Como también es un texto de referencia el *Repertori de Dret en vigor* efectuado por el notario Rosselló (cuatrocientos cincuenta y ocho folios).

Otras recopilaciones son la del Notario Joan Abelló de finales del siglo XV, el *Llibre de Corts Generals* de 1501, en cuyos trescientos folios se descarga un número considerable de privilegios o las *Ordinacions de la Taula Numulària* publicado por la Universidad en 1507.

Por último existen cuatro códigos con las *ordinacions del Regne* correspondientes a los siglos XIV y XV, “*per les quals es regien les curies en la decisió dels plets*”, que recogen las recopilaciones de Pelay (1413) y Berenguer Uniç (1439), Bernat de Lupià, Micer Falcó (1449) y Arnau de Erill (29 de julio de 1344). De estos cuatro códigos, tres de ellos son anónimos y del cuarto resulta compilador Jordi Pastor. A ellos se suman las *ordinacions* de Mossèn Vidal Castellà (1471).

Todas estas recopilaciones recogen relaciones de privilegios y franquicias, si bien no todas ellas son coincidentes, de suerte que se confirma la aplicación del Derecho civil balear más bien por la vía de la tradición jurídica antes que por las fuentes escritas.

B.- Teseu Valentí

Tanto el padre como el hijo, los dos Teseu VALENTÍ fueron juristas mallorquines reconocidos en el estudio del derecho canónico y civil. Después de una estancia en Roma, Teseu VALENTÍ hijo se convirtió en abogado del Reino de Mallorca. En 1495 publicó el *Sumari e repertori de les franceses e privilegis del Regne de Mallorques*, conocido como *la valentina*.

En esta recopilación de Derecho civil balear se hace referencia a la *Aigua de la Ciutat* (pág. 220-222), al oficio de *Cequier* (pág. 243) y a la *cequia de la Ciutat de Canet e de la Grange* (pág. 246-247). En los tres epígrafes se formulan remisiones al Libro de San Pere y al del Notario Rosselló.

C.- Canet, Mesquida y Zaforteza

En el contexto de la inseguridad jurídica del derecho civil propio aplicable frente al derecho de Castilla, el 7 de mayo de 1622 los Doctores Pere Joan CANET, Antoni MESQUIDA y Jordi ZAFORTEZA finalizan la obra *Recopilació de les franqueses i Dret municipal de Mallorca* por encargo de los Jurados del Reino de Mallorca.

A lo largo de los cinco libros de que se compone esta recopilación, el título XXII del Libro I hace referencia al “*Sequier e Casa de la Horta*”, donde se recogen los cuatro privilegios que los Doctores consideran vigentes en 1622: el de Jaime I dado en Mallorca el 23 de julio de 1269, los de Pedro III dados en Barcelona el 22 de febrero de 1356 y el 25 de septiembre de 1361, y el de Alfonso IV dado en Gaeta el 22 de marzo de 1440.

Los tres primeros privilegios hacen referencia al nombramiento del acequero; el primero es el que destaca la importancia de la acequia “*a cominal utilitat de la ciutat e de la terra de Mallorcas*”; pero el cuarto tiene su importancia toda vez reconoce el derecho de tandeo, así como la posibilidad de “*vendre, prestar, permutar y alienar*” los derechos de captación de agua de la acequia.

Por lo demás, esta recopilación recoge el derecho enfitéutico y los censos en los títulos IX y XI del Libro III.

D.- Antoni Moll

El 24 de abril de 1663 el Notario, Síndico y Archivero perpetuo de la Universidad del Reino publica las *Ordinacions y Sumari dels privilegis, consuetuts y bons usos del regne de Mallorca, donat a la estampa per Antoni Moll en Casa de Pere Guasp*.

Este mismo autor publica entre el 12 de marzo y el 17 de junio de 1714 *De Arte Notariae Tractatus*, donde omite cualquier referencia expresa al derecho de captación de agua, pudiéndose deducir que residencia este régimen jurídico del agua en el establecimiento y la conducción, toda vez cita como ejemplo el establecimiento sobre un huerto, que forzosamente debe acompañarse de la toma de agua¹⁵⁰.

E.- Matías Mascaró y Alberty

“Como hoy no se sabe de un modo auténtico cuáles son las disposiciones forales vigentes en esta Isla, vamos a apuntar las más generales y frecuentes

150 - MOLL, A., *De Arte Notariae Tractatus*. En ZAFORTEZA DE CORRAL, L. –MUT CALAFELL, A. –OLIVER MORAGUES, M., *Tratados de...* op. cit. Pág. 720-730.

*en la práctica de la aplicación del derecho*¹⁵¹. Así comienza Matías MASCARÓ Y ALBERTY su compilación del derecho civil propio de Mallorca.

En su primera edición –correspondiente a 1891– no hace mención alguna al derecho de aguas. Señala que “*al tratar el Código Civil las servidumbres y otros derechos reales, respeta los usos y costumbres del lugar, siempre que estos fueren contrarios a lo que dispone el derecho común*”¹⁵².

Esta afirmación no es en absoluto baladí por cuanto el autor está asociando las servidumbres –en nuestro caso, de acueducto– al derecho consuetudinario, es decir, defiende que el derecho de toma de agua sobrevive en Mallorca en forma de servidumbre y por la vía de la costumbre.

Es más, este autor entronca las servidumbres reales con el derecho romano, de manera que viene a concluir que el derecho de toma de agua se habría configurado históricamente como una servidumbre real, y que sólo durante el reinado de Jaime I y años sucesivos la particularidad que habría tenido sería la de la patrimonialización de la toma de agua mediante las tandas.

No en vano en la segunda edición de la misma obra, correspondiente a 1893, MASCARÓ señala que “*los principios en que se fundan las servidumbres son los del Derecho Romano*”¹⁵³ y que “*la Ley de las Doce Tablas habla ya de las servidumbres de paso y acueducto*”.

En este sentido, MASCARÓ entiende vigentes como derecho foral mallorquín las siguientes servidumbres relacionadas con el agua:

1.- *Stillicendi vel fluminis avertendi o inmitendi*, o derecho de recibir las aguas pluviales que caen del edificio vecino, como servidumbre urbana.

2.- *Servitus aqueductus*, o derecho a conducir agua en predios rústicos, que lleva implícito el derecho de colocar canalizaciones en el predio sirviente.

3.- *Servitus aquae haustus*, o derecho de sacar agua del predio de otro, que lleva implícito el *ius itinere*.

4.- *Servitus pecoris ad aquam adpellendi*, o derecho de abrevar ganado en la fuente de otro.

Debe señalarse en este punto que el ánimo de MASCARÓ ALBERTY es loable, si bien estas servidumbres que él incluye como derecho foral mallorquín

151 - MASCARÓ, MATÍAS, Derecho Foral de Mallorca. Palma. Tipografía del Comercio. 1891. Pág. 6.

152 - Ibidem, pág. 36-37.

153 - MASCARÓ, MATÍAS, Derecho Foral de Mallorca. Palma. Tipografía del Comercio. 1893. Pág. 26

no son distintas del derecho del Código Civil –vigente en el momento de la recopilación del autor– y que a su vez se remontan al Derecho romano.

No obstante, sí hay que reconocer que posiblemente el derecho civil propio en materia de aguas fue derivando hacia el régimen jurídico general de la servidumbre respetando sus matizaciones: por ejemplo, la servidumbre de acueducto se configura como rústica, cuando las acequias del interior de las ciudades discurrían a modo de canalizaciones a lo largo de la calzada; en este sentido, lo que en Derecho romano o civil castellano era una servidumbre rústica privada, en nuestro caso podía constituir una servidumbre pública (porque debía alcanzar las fuentes públicas) y urbana (porque discurría por el interior de la ciudad).

Al mismo tiempo MASCARÓ ALBERTY para la *Aquae haustus* advierte que el uso puede estar limitado a ciertos días u horas, de manera que enlaza con el derecho de tanda medieval que venimos comentando.

F.- Antoni Pons

En la recopilación que lleva por título *Constitucions e Ordinacions del Regne de Mallorca (s. XIII-XIV)*¹⁵⁴, Antoni PONS formula tres referencias al derecho de aguas: en el apéndice segundo contempla el juramento del *Cequier* (pág. 382-383) entre los propios de los oficiales de la Universidad y Reino de Mallorca; alude a una sentencia del 13 de las kalendas de julio de 1309 sobre el uso privativo de dos pozos de Capocorb en Lluçmajor a nombre de Berenguer Amenler y Bernat Bertrán; al tiempo que enumera un privilegio consistente en la concesión de un caño de agua a favor de los judíos del Call de fecha 4 de las kalendas de julio de 1309.

G.- Félix Pons Marqués

Como continuación a su participación en el Congreso de Zaragoza de 1946 y en la reunión de Montserrat del año siguiente, Félix PONS MARQUÉS publica en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*¹⁵⁵ (Tomo I) el opúsculo *Derecho Civil de Mallorca* de Félix PONS MARQUÉS, que repasa las recopilaciones históricas y los materiales precompilatorios, deteniéndose especialmente en la obra de los doctores CANET, MESQUIDA y ZAFORTEZA, así como en la Memoria de Pedro RIPOLL Y PALOU, y el voto particular de Manuel GUASP y José SOCÍAS GRADOLÍ.

154 - Edición publicada en Ciutat de Mallorca, en estampa de'n Guasp en 1932.

155 - F. Seix, Editor. Barcelona, 1950.

En esta fecha, 1950, PONS MARQUÉS vuelve a relacionar las instituciones forales que considera vigentes, que son las propias que se vienen enumerando desde finales del siglo XIX (*estatge*, donaciones, sucesiones, derecho a acrecer, bienes de los casados y censos) sin que una vez más aparezca especialidad alguna en materia de captación de aguas.

H.- Compilación del Derecho Civil Balear

La Ley 5/1961, de 19 de abril, aprueba la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares, norma que fue modificada por Ley 8/1990, de 28 de junio, y cuyo texto vigente se recoge en el Decreto-legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears¹⁵⁶.

A lo largo del cuerpo legal –y pese a cumplir la misión de elevar a rango de ley el régimen jurídico que pervivía en Baleares por la vía de la tradición jurídica– no se aprecia referencia alguna en materia de aguas.

Como tampoco se alude al derecho de aguas en ninguno de los materiales precompilatorios, que van desde la Memoria sobre las instituciones de Derecho Civil de Baleares de Pedro RIPOLL Y PALOU en 1880, hasta el proyecto elevado al Consejo de Ministros por el Ministro de Justicia el 12 de agosto de 1960¹⁵⁷.

Esta circunstancia obliga a plantearse por qué el régimen jurídico de las aguas dulces –de capital importancia durante la historia de Mallorca– deja de incluirse en los intentos de codificación, de suerte que desde la recopilación de CANET, MESQUIDA y ZAFORTEZA, deja de aludirse a los privilegios que hoy todavía subsisten a través de las comunidades de regantes.

La conclusión obligada no es otra que a día de hoy la especialidad del derecho de aguas subsiste como tradición jurídica y no como ley a través de la compilación, que se limita a las sucesiones, régimen económico matrimonial, censos, *estatge*... Y, como las aguas, no hay que descartar que otras materias se regulen por derecho civil balear sin que su régimen jurídico aparezca en la Compilación.

156 - BOCAIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990; corrección de errores en BOCAIB núm. 36, de 21 de marzo de 1991.

157 - Vid. FERRER VANRELL, MARÍA PILAR y MUNAR BERNAT, PEDRO, *Materials precompilatoris...* op. cit. ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, documentos y actas.* Palma, 1992. *Universitat de les Illes Balears.*

2.- Sistema de fuentes del derecho de toma de agua

A día de hoy el derecho de captación de agua presenta evidentes particularidades por lo que respecta al sistema de fuentes, toda vez en este punto confluyen el derecho administrativo y el derecho civil.

En sede administrativa las fuentes se determinan en virtud del principio de competencia –estatal o autonómica– para a continuación aplicar el principio de especialidad (*lex specialis derogat generalis*) y por último el principio de prelación (ley, costumbre y principios generales del Derecho) y de jerarquía (ley y reglamento). En este sentido, en virtud del art. 30.8 EAIB deviene aplicable la legislación autonómica y, de forma supletoria, la Ley de Aguas y su normativa complementaria.

En sede civil, por su parte, no podemos aplicar el art. 1 CC asépticamente, toda vez interpretamos que la toma de agua forma parte de la especialidad foral que –pese a no haberse incluido en las compilaciones– se ha venido aplicando desde 1230 por la vía de la tradición jurídica. Al decir de MASCARÓ ALBERTY, “*las costumbres en Mallorca no se conservan compiladas, ni son uniformes en los pueblos de la Isla, sino que varían en cada pueblo y lugar*”¹⁵⁸.

Obviando los antecedentes históricos por haber sido investigados con profusión¹⁵⁹, a día de hoy y con fundamento en los artículos 149.1.8 CE, art.

158 - M. MASCARÓ, Derecho Foral... op. cit. Pág. 36-37.

159 - M. MASCARÓ establece cuatro períodos (Jaime I, Pedro IV, el Decreto de Nueva Planta y el Código Civil). Derecho Foral... op. cit. FERRER VANRELL distingue el período de Jaime I, los Decretos de Nueva Planta y a partir del régimen constitucional. FERRER VANRELL, M. PILAR, Lecciones... op. cit. Pág. 70-71. Vid. también MARÍA PILAR FERRER VANRELL, El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en derecho civil propio. RJIB núm. 2. Pág. 34-38. FERRER VANRELL, MARÍA PILAR, La aplicación del derecho como elemento reforzador de la soberanía (Estudio histórico del derecho supletorio en época Mallorca). Palma, 2001. UIB. Es interesante en esta obra el análisis que formula en sus páginas 61 y siguientes del documento Discertación apologetica, en razón del Derecho que rige o debe (sic) regir para instruir y sentenciar las causas aquí en Mallorca (1788) y que apoya el sistema de prelación de fuentes en torno al derecho municipal y los usatges de Barcelona, el derecho canónico, el derecho civil y las leyes de la recopilación. Vid también FERRER VANRELL, M. PILAR, Las Fuentes del Derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB. Boletín de Información. Ministerio de Justicia núm. 1918. Junio, 2002. FERRER VANRELL, M. PILAR, El Informe sobre la Reforma de la Compilació de Dret Civil de Balears (Su origen y Fundamento. La Sentencia de 3 de septiembre de 1998). Col.lecció Materials, 5. Palma, 2000. FERRER VANRELL, M. PILAR, Curs de Dret civil balear. Col.legi d'Advocats de les Illes Balears. Maig-juny, 2003. LLABRÉS, GABRIEL, Fuentes del Derecho en Mallorca. BSAL 17, 19 y 21. PASCUAL GONZÁLEZ, LUIS, Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes de derecho foral de Mallorca. Revista de Derecho Privado 1931. Pág. 281-294. QUINTANA PETRUS, J. M., Derecho Civil y sistema de fuentes en el Estatuto de autonomía para las Islas Baleares. RCDI, 1983. ROCA TRIÁS, E., Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca. Anuario

30.8 y 87 EAIB, y art. 1.3 CDCIB, nadie discute la aplicación del derecho propio antes que la regulación contenida en el Código Civil¹⁶⁰.

En el caso del derecho de toma de agua, si defendemos la especialidad balear, y no aparece recogida en la Compilación, habrá que demostrar su vigencia a través de la *longaeva consuetudo y la opinio iuris seu necessitatis*.

Sea como fuere, resulta incuestionable la conservación del derecho propio a través de la costumbre. En este sentido y comentando el Dictamen de Joaquín FIOLE ESTADA de 1788 sobre la determinación del derecho aplicable, FERRER VANRELL recuerda cómo la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1964 va más allá incluso, relativizando los requisitos de la costumbre como fuente del Derecho en favor de lo que se ha dado en llamar la *fuerza normativa de lo fáctico*. En efecto, en su considerando cuarto el Alto Tribunal señala que “*la jurisprudencia de esta Sala, especialmente contenida en las SS. de 12 de octubre de 1868, 12 de noviembre de 1872 y 8 de marzo de 1879, entre otras, e incluso después de aquella publicación, como se hizo en los fallos de 6 de junio de 1905, 21 de diciembre de 1921, 28 de diciembre de 1923 y 8 de mayo de 1925, ello no podía en modo alguno significar que fuese considerado en su verdadero sentido de Derecho romano o supletorio, sino más bien con el carácter de consuetudinario con que se invoca o aplica, como hecho cierto e indiscutible, al margen por completo de que concurriesen o no los requisitos exigidos para su valoración como tal Derecho consuetudinario*”¹⁶¹.

Otra cosa es que esta práctica consuetudinaria, al formar parte de las *antiguas costumbres*, anteriores a la entrada en vigor de la Compilación de 1961, queden imposibilitadas de ser calificadas como costumbre y que en aplicación de la Disposición Final primera, pasen a formar parte de la tradición jurídica balear y adquieran un carácter integrador¹⁶². Al decir de MASOT MIQUEL, “*esta tradición jurídica balear, este Derecho que se ha vivido en la Isla tiene que ser la ayuda a la que recurrir no solamente para interpretar los preceptos de la Compilación, sino –ante todo y sobre todo– para integrar la misma, empleando aquellos medios para llenar las incontables lagunas que el texto Compilado nos suministra a cada paso*”¹⁶³.

de Derecho Civil, Tomo XXXV. 1982. Págs. 21-39. SUREDA, EMRIQUE, Existencia de fuentes de la legislación foral de Mallorca. Revista de Derecho Privado, 1913. RIUMBAU LAZCANO, M., Derecho Foral. Inca, 1917. Pág. 13.

160 - FERRER VANRELL, M^a PILAR, Lecciones... op. cit. Pág. 70.

161 - FERRER VANRELL, M. P., El Estatuto de Autonomía... op. cit. Pág. 38.

162 - FERRER VANRELL, M^a PILAR, Lecciones... op. cit. Pág. 73.

163 - MASSOT MIQUEL, MIGUEL, El Derecho Civil de Mallorca después de la Compilación. Embat y José J. de Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979. Pág. 503.

3.- Vigencia de los privilegios reales

A nadie escapa la dificultad de probar la vigencia en pleno siglo XXI de los privilegios medievales como consecuencia del proceso uniformista emprendido a partir de los decretos de Nueva Planta y aún antes. Al decir de PLANAS ROSSELLÓ, *“el cuerpo de privilegios y franquezas de Mallorca se revela particularmente incómodo para los monarcas en la segunda mitad del siglo XV”*¹⁶⁴, que no son capaces de articular un régimen jurídico uniforme.

De ahí que las decisiones regias comiencen a atacar la línea de flotación de las franquezas históricas, particularmente en lo que respecta a su imprescriptibilidad. Así Felipe II mediante Provisión Real dada en Bruselas el 17 de enero de 1556 introduce en el juramento de los cargos la fórmula *“prout et quemadmodum eis hactenus usi sunt et in presentiarum in eorum et cuiuslibet eorum possessione existunt”*, de manera que se confirman los privilegios y franquezas de las que el Reino estuviese en uso y posesión, intentando eliminar del acervo jurídico todas las restantes.

Esto significa que el sistema de fuentes en Mallorca se integra por el *ius comune* y el conjunto de privilegios, franquezas, usos y estilos acumulados desde el 1 de marzo de 1230. En este sentido, si bien el *ius comune* es un cuerpo normativo publicado y en gran parte codificado, por el contrario sobre el segundo grupo pesa un componente de inseguridad jurídica: se desconoce qué privilegios y franquezas se encuentran vigentes, mientras que los usos y estilos están sometidos a interpretación.

Por consiguiente en este punto afloran una serie de tensiones en la aplicación de fuentes del Derecho en Baleares, entre el interés uniformador alrededor del Derecho de Castilla y la resistencia de los usos y costumbres por los intérpretes mallorquines.

En materia de aguas, a las anteriores habrá que agregar las tensiones entre la concepción publicista de la toma de aguas de acuerdo con el interés general y la resistencia privatista en torno a los derechos históricos de patrimonialización del agua.

A.- Concesiones reales y necesidades públicas

A partir del siglo XV se inicia el camino hacia la publicación del derecho de aguas, si bien perviven algunos –no todos– privilegios reales en forma de concesión del derecho de toma de agua.

164 - PLANAS ROSSELLÓ, ANTONIO, Recopilación del Derecho de Mallorca 1622 por los Doctores Pere Joan Canet, Antonio Mesquida y Jordi Zaforteza. Colegio de Abogados de Baleares. Palma, 1996. Pág. 4.

Así y sin perjuicio de respetar las tandas, el 9 de julio de 1406 Roger de Moncada prohíbe destapar los caños de la acequia¹⁶⁵.

Acentuando el carácter de servidumbre pública de la Fuente de la Villa, a modo de potestad sancionadora el 18 de octubre de 1612 el Gran I General Consell reconoce que en esa fecha se encuentran vigentes determinadas concesiones particulares —*“cada qual qui te fibres y canons en la sequia destapen aquells y tiren aygua en ses terres y horts de manera que la aygua qui entre dins la ciutat de ordinari es tant poca que no basta per servey dels habitants de la present ciutat”*— de manera que la institución solicita la aplicación de penas para los infractores que se extralimitan en el consumo de agua¹⁶⁶.

De forma similar el 29 de abril de 1628 los Jurados de la Universidad, Ciudad y Reino de Mallorca vuelven a reconocer la vigencia de las concesiones reales, insistiendo en la función de policía administrativa de ordenar este sector *“per benefici de la cosa publica de dita Ciutat”*, que confirma una vez más el carácter mixto que se le da al régimen jurídico de la Fuente de la Villa: intervención pública para asegurar el cauce y alumbrar las fuentes públicas de la ciudad, y carácter privado civil de servidumbre para los concesionarios privados *extra e intra muros*¹⁶⁷.

En 1748 vuelve a constatarse la vigencia de las concesiones privadas, toda vez la sequía obliga a cerrar todas las *doblas y fiblas* a causa de la necesidad de agua en la Ciudad y a la carestía de harina. Esta circunstancia genera la protesta de los propietarios del agua. En 1823 se vuelven a inventariar las tandas y los beneficiarios.

B.- Un paréntesis privatista: el Sindicato de Riegos de la Huerta

En 1848, mediante Real Orden de 28 de febrero desaparece el Col.legi de l’Horta para erigirse el Sindicato de Riegos de la Huerta de Palma, compuesto por siete síndicos, uno (el Regidor síndico) elegido por el Ayuntamiento y los seis restantes por los propietarios con derecho a riego¹⁶⁸.

Este Sindicato adquiere una importancia fundamental en la defensa de las concesiones privadas —herederas del derecho civil balear medieval—

165 - Arch. De la Curia de la Gobernación del Reino de Mallorca. Llibre de Pregons. Cit en FAJARNÉS, ENRIQUE, Documentos acerca de las aguas...op. cit. Pág. 265.

166 - Arch. General Histórico de Mallorca. Li. Determ. Univers. Majoric. 1612-1614. Cit en FAJARNÉS, ENRIQUE, Documentos acerca de las aguas...op. cit. Pág. 265-266..

167 - PASCUAL, E., Opinión de nuestros antepasados sobre el agua que bebemos. BSAL núm. 180. Año XI. Tomo VI. 1 de marzo de 1895. Pág. 38-42.

168 - ROSSELLÓ VERGER, VICENTE M^a, La “Font de la Vila... op. cit. Pág. 167.

frente a la publicación del agua como bien de interés general. El Sindicato asume la gestión de la acequia y la distribución del agua mediante 240 horas para los regantes, 217 para la Ciudad y 23 para el propio Sindicato. Es tal el grado de influencia del Sindicato –léase, de los propietarios del derecho de toma de agua– que llega a alquilar depósitos o aljibes particulares al Ayuntamiento e incluso hace posible que los regantes vendan agua al Ayuntamiento.

Lejos de acreditarse el derecho de toma de agua mediante transmisiones de concesiones medievales, en la segunda mitad del siglo XIX se forma un registro de la propiedad y demás derechos sobre el agua de la acequia y fuente del Príncipe, formado en consecuencia a los acuerdos del Colegio de la Casa de la Huerta de 9 de abril de 1775 y 27 de agosto de 1809, y del Sindicato de Riegos de 12 de diciembre de 1867¹⁶⁹.

C.- Derecho común: Código Civil y legislación administrativa de aguas

El derecho administrativo –vertebrado alrededor del interés general– arranca en el tiempo en el segundo tercio del siglo XIX. Y el derecho público –hasta la descentralización territorial (ya sea con el estado federal, el regional de la II República, o el vigente Estado de las Autonomías) no entiende de otra competencia que no sea la estatal.

De ahí que el derecho de aguas en el siglo XIX pase a estar presidido por la regulación que hagan las leyes administrativas especiales por un lado, y el derecho civil, por otro, que a partir de 1889 se residencia en el Código Civil.

En este sentido la primera Ley de Aguas que se promulga en España es la de 3 de agosto de 1866¹⁷⁰, que hace referencia a las aguas del mar, las aguas terrestres, los aprovechamientos, la policía de aguas, los sindicatos y jurados, y la jurisdicción. Esta Ley es el resultado de una serie de órdenes, instrucciones y decretos que desde la década de 1840 van regulando aspectos concretos del derecho de aguas: la Real Orden de 14 de marzo de 1846, que exige autorización real para el aprovechamiento de aguas¹⁷¹; la Real Orden

169 - GOMILA JAQUOTOT Y SANCHO, LUIS IGNACIO, Registro de la propiedad y demás derechos sobre el agua de la acequia y fuente del Príncipe, formado en consecuencia a los acuerdos del Colegio de la Casa de la Huerta de 9 de abril de 1775 y 27 de agosto de 1809, y del Sindicato de Riegos de 12 de diciembre de 1867. Palma, 1868.

170 - Gaceta de Madrid del martes 7 de agosto de 1866.

171 - Vid. LLAURADÓ, A., Tratado de aguas y riegos. Madrid, 1878. ROS BIOSCA, J. M., Novísima legislación de aguas. Valencia, 1882. GAY DE MONTELLA-MASSO ESCOFET, Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas. Barcelona, 1956. LATOUR BROTONS, J., Antecedentes de la primitiva Ley de Aguas. Madrid, 1955.

de 5 de marzo de 1847, que requiere de los jefes políticos noticias sobre las tierras de regadío, molinos y acequias; las Reales Órdenes de 21 de agosto de 1849 y 4 de diciembre de 1859, que establecen un plazo de caducidad de seis meses para las concesiones que no se utilicen; la Real Orden de 20 de septiembre de 1859, que atribuye la titularidad del derecho de aguas al Estado; la Real Orden de 20 de octubre de 1858, que establece medidas de policía...¹⁷²

La Ley de Aguas de 1866 conserva un resabio histórico procedente del derecho medieval de aguas, que tuvo lugar como se ha visto en Mallorca. Y es que no sólo contempla las comunidades de regantes, sino que les confiere funciones públicas a través de los sindicatos de regantes (art. 285 a 287) y de los jurados de riego (art. 290 a 294).

Otra influencia del derecho civil de aguas –el vigente hasta esta publicación– consiste en las limitaciones en sede jurisdiccional contencioso administrativa. En efecto, la Ley de 1866 residencia en esta jurisdicción unas competencias muy limitadas, cuales son los recursos contra disposiciones que lastimen derechos otorgados por la propia Administración (las concesiones), cuando se impone a una propiedad particular una servidumbre forzosa, o en materia de responsabilidad patrimonial (art. 295). Fuera de estos tres casos, la jurisdicción para ventilar el derecho de aguas, pese a reconocer el interés general que encarna, es civil.

Antes de entrar en vigor el Código Civil, la Ley de Aguas de 1866 es derogada por la Ley de 13 de junio de 1879¹⁷³, que incorpora importantes novedades respecto a la redacción anterior. Así, desaparece de esta norma administrativa especial el régimen de aguas del mar, al tiempo que se regulan las aguas estancadas, las subterráneas, la desecación de lagunas y terrenos pantanosos y los aprovechamientos especiales de las aguas públicas.

Por lo que a nosotros interesa, la aportación de la Ley de Aguas de 1879 consiste en que se añade una competencia a la jurisdicción contenciosa –los recursos frente a la declaración de caducidad de una concesión (art. 253)– al tiempo que se regulan por vez primera en una norma administrativa las servidumbres en materia de aguas (Título Tercero), tanto las naturales (art. 69 a 74) como las legales (art. 75 a 125).

Con una regulación prolija, esta norma entra en detalle de –entre otras– las servidumbres tanto urbanas como rústicas de acueducto, su adquisición y extinción.

172 - JORDANA DE POZAS, Ensayo de una bibliografía española de aguas y riegos, en Actas del III Congreso Nacional de Riegos. Valencia, 1923.

173 - Gaceta de Madrid de 19 de junio de 1879.

Un caso anecdótico de la mezcolanza del Derecho civil y el administrativo consiste en la *Compilación del Derecho Civil vigente en España*, en la que Don Emilio BRAVO inserta literalmente en los párrafos 384 a 458 de la Compilación –bajo los epígrafes *Del dominio de las aguas y de su aprovechamiento* y *De los aprovechamientos especiales de las aguas públicas*– nada menos que los artículos 1 a 51 y 126 a 159 de la Ley de Aguas de 1879¹⁷⁴.

A continuación en el tiempo se publica el Código Civil en 1889, cuyos artículos 552 a 563, regulan las servidumbres en materia de aguas.

A partir de aquí conviven en el ordenamiento jurídico dos regulaciones en materia de aguas muy similares, sobre la base de la institución de la servidumbre, sin que pueda decirse taxativamente que las normas administrativas especiales aborden la servidumbre de aguas desde una perspectiva del interés general, mientras que el Código Civil lo haga estrictamente de las relaciones entre particulares.

Prueba de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1856, que ventila un pleito entre el Ayuntamiento de Palma (recurrente) y la Administración del Real Patrimonio (demandada) sobre la liquidación del uso y aprovechamiento del sobrante de las aguas de la Font de la Vila. Esta Sentencia –cuyo ponente fue Francisco Agustín SILVELA– aplica en una relación interadministrativa tan evidente nada menos que las Partidas (Ley 15, Título 22, Partida 3^a)¹⁷⁵. De hecho, de las 226 sentencias del Tribunal Supremo sobre jurisprudencia civil balear entre 1852 y 1998 analizadas por ZAFORTEZA CORRAL y otros, sólo ésta hace referencia al derecho de aguas, extremo que da idea de que la conflictividad en relación a la captación de aguas se dirime en sede local (fundamentalmente en las comunidades de regantes) y ello no puede hacerse sino aplicando el derecho propio conservado por vía consuetudinaria.

Dentro del sistema único que es el Derecho, no es posible hablar de compartimentos estancos. Sólo el estudio del mismo a través de los planes de estudios o la clasificación de los órdenes jurisdiccionales permite dividir el Derecho en público y privado, en administrativo y civil. Pero el Derecho no se presta a estas divisiones. En este sentido COLL CARRERAS recuerda la vigencia de las reflexiones del profesor GARRIGUES en la edición de 1936

174 - BRAVO, E., *Compilación del Derecho Civil vigente en España*. Introducción de D. Eduardo Augusto de Besson. Biblioteca Judicial. Madrid, 1885.

175 - ZAFORTEZA CORRAL, L. (coord.), *Jurisprudència Civil Balear 1852-1998*. Vol. 1. UIB-Conselleria d'Educació, Cultura i Esports- Caixa de Balears "Sa Nostra". Palma, 1999. Pág. 31.

de su Curso de Derecho Mercantil: “ninguna rama del Derecho puede jactarse de tener independencia frente a las demás”¹⁷⁶.

GARCÍA DE ENTERRÍA defiende la unidad del sistema cuando analiza la usucapión en Derecho administrativo¹⁷⁷. MARTÍN-RETORTILLO advierte que la conexión entre la Ley de Aguas de 1866 y el Código Civil es ciertamente intensa¹⁷⁸. Y comentando particularmente el régimen jurídico de las aguas y el Derecho Civil, el profesor DE CASTRO considera a ambos textos legales como el pórtico y el cierre de “la edad de oro (1860-1889) de la moderna legislación española”¹⁷⁹.

4.- Realidad actual

En muchos casos la organización privada de las acequias se ha publicado. No en vano y con base en el Informe de Eusebio ESTADA¹⁸⁰ el Ayuntamiento de Palma adquiere el 12 de junio de 1913 un total de 104 horas semanales de los regantes por el precio de 1.582.803’96 pesetas¹⁸¹ y en 1933 se canaliza el agua hasta los depósitos reguladores de Son Tugores.

A.- Código Civil y derecho administrativo especial (estatal básico y autonómico)

- Régimen jurídico: servidumbre de acueducto

A día de hoy el derecho positivo que comprende el régimen jurídico de la captación de aguas se residencia en el Código Civil y en el texto refundido de la Ley de Aguas.

El primer cuerpo legal regula las servidumbres en materia de aguas en los artículos 552 a 563 con una clara vocación integradora, toda vez en

176 - COLL CARRERAS, M., Influencias del Derecho Privado en el Derecho Público. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares. Tomo IV. Palma de Mallorca, 1999. Pág. 148.

177 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955. Pág. 77.

178 - MARTÍN-RETORTILLO, S., La elaboración de la Ley de Aguas de 1866. Revista de Administración Pública núm. 32. Madrid, 1960. Pág. 12.

179 - DE CASTRO, F., Estudio preliminar a la edición del Código Civil del Instituto de Cultura Hispánica. Madrid, 1959. Pág. 23.

180 - ESTADA, EUSEBIO, Contribución al estudio del Abastecimiento de aguas potables de la Ciudad de Palma. Palma, Tous, 1912. 204 págs.

181 - MUNAR Y BENNASAR, JUAN, Abastecimiento de aguas y alcantarillado de la Ciudad de Palma. Palma, Colomar, 1898. 53 págs.

este último precepto señala que “*el establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas, de que se trata en esta sección, se regirá por la ley especial de la materia cuando no se halle previsto en este Código*”.

Precisamente la Ley especial es el Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, cuyo Título IV regula la utilización del dominio público hidráulico, reproduciendo en su art. 47 el concepto de servidumbre de acueducto que contempla el art. 552 CC.

- Competencia autonómica

De acuerdo con el principio de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, el art. 149.1.8 CE reconoce un título competencial al Estado en legislación civil y otro título a las Comunidades autónomas que –a la entrada en vigor de la Constitución– tuvieran derecho civil propio vigente en la “*conservación, modificación y desarrollo*” de su derecho civil foral o especial, siendo por consiguiente la clave de bóveda de todo este sistema la prueba de la vigencia de los *iura propria*¹⁸².

El art. 30.8 del Estatuto de autonomía de las Illes Balears (según la redacción operada por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero¹⁸³) reserva en exclusiva para la CAIB el “*régimen de aguas y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos. Aguas minerales y termales. Ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos. Medidas ordinarias y extraordinarias para garantizar el suministro. Participación de los usuarios*”.

En desarrollo de este título competencial, el Decreto 129/2002, de 18 de octubre¹⁸⁴ –en su última redacción operada por el Decreto 59/2010, de 23 de abril¹⁸⁵– regula la organización y el régimen jurídico de la Administración hidráulica de las Illes Balears.

182 - FERRER VANRELL, M^a PILAR, Lecciones de... op. cit. Pág. 52. Vid. También BADOSA COLL, FERRAN, La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret Civil. Iuris. Quaderns de Política Jurídica. Barcelona, 1994. Pág. 2. DELGADO ECHEVARRÍA, J., Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil. Iuris, Quaderns de Política Jurídica I (1994). Pág. 37-76. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 149.1.8 de la Constitución: competencias del Estatuto de Autonomía y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil. Núm. 1. Iuris, 1994. COCA PAYERAS, M., El despliegue del artículo 149.1.8 de la Constitución en el ámbito jurídico balear. Derecho Privado y Constitución núm. 12.

183 - BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2007.

184 - BOIB núm. 128, de 24 de octubre de 2002.

185 - BOIB núm. 62, de 24 de abril de 2010.

Todo lo anterior significa que la Comunidad autónoma es la competente para regular el derecho de aguas en su territorio, para lo cual aplica el derecho autonómico (público), sin perjuicio de acudir a la Ley de Aguas de forma supletoria.

En este sentido, debemos llegar a la conclusión de que el derecho de aguas ha pasado de ser un derecho estrictamente entre particulares a un derecho que afecta al interés general, de ahí su publicación, al tiempo que –tanto o más importante que lo anterior– siendo un derecho propio balear, derivó hacia el derecho estatal (primero civil y con la Ley de Aguas de 1879, administrativo) para volver a regularse por las instituciones de Baleares; este es el itinerario que ha seguido el derecho de aguas.

B.- La pervivencia de los derechos particulares pese a la publicación

- Derecho positivo y tradición jurídica

A pesar de que el derecho positivo –civil o administrativo– ha hecho caso omiso de la patrimonialización del derecho de toma de agua independientemente de la tierra, por vía consuetudinaria esta circunstancia ha pervivido hasta la fecha.

En efecto, para el Código Civil la captación de agua es una servidumbre de acueducto, y la servidumbre constituye una carga o gravamen sobre un predio, de manera que se encuentra vinculada a la tierra por la que discurre. Para el derecho administrativo, la legislación de aguas igualmente contempla la servidumbre de acueducto, de suerte que también se vincula a la propiedad del suelo.

En cambio, si se atiende a la normativa específica de las comunidades de regantes, se observa cómo la patrimonialización del agua al margen de la propiedad de la tierra es un hecho admitido a día de hoy.

Así por ejemplo, y con base en el Dictamen pericial y judicial de 23 de marzo de 1821 para la distribución y régimen de las aguas de Baster¹⁸⁶, el art. 60 de las Ordenanzas para el gobierno y administración interior del Sindicato de Riegos de la Acequia de Baster aprobados el 13 de mayo de 1868 señala que *“las tandas correspondientes a los días de cada mes en todo el año agrícola son propiedad de sus respectivos dueños los días a ellos señalados”*.

En la misma línea el art. 33 del Reglamento del Sindicato de Sóller de 6 de julio de 1863¹⁸⁷ –aún hoy vigente con alguna adaptación a la Constitución

186 - Palma, 1896. Imprenta de J. Tous. Pág. 25.

187 - Palma, 1876. Imprenta de Bartolomé Rotger. Reedición con motivo del XI Congreso Nacional de Regantes, celebrado en Palma de Mallorca y Sóller en mayo de 2006.

de 1978– atribuye a la Junta de Gobierno la resolución sobre la entrega del agua semanal a cada propietario “*con arreglo al documento que acredite su adquisición*”, que no tiene por qué coincidir con la escritura de propiedad, sino un contrato de cesión de derechos de agua.

Por ello es que, a pesar de la dificultad de apreciar a día de hoy costumbres normativas en medio de la *legislación motorizada* –en expresión de KARL SCHMITT– y el apabullante intervencionismo regulador, lo cierto y verdad es que el *corpus* y el *animus* de esta práctica consuetudinaria hacen que se venga aplicando como fuente del Derecho. Al decir de MASOT MIQUEL, “*las costumbres, en ocasiones, están ahí. Lo que ocurre es que es preciso descubrirlas. Y, para ello, hay que mirar la vida con ojos jurídicos*”¹⁸⁸.

- Cesión de derechos al uso privativo del agua

Una forma de acreditar el derecho de toma de agua consiste en incluir en la escritura de propiedad del predio las tandas de agua que corresponden al dueño de la tierra. Este hecho participa de la naturaleza jurídica de la servidumbre de acueducto.

No obstante, junto al anterior, otro modo de acreditar un título sobre el derecho de captación de agua consiste en un documento contractual en virtud del cual el dueño del predio –al que le corresponden un número de horas semanales– transmite a un tercero todo o parte de sus horas. Y en este punto se desvirtúa la servidumbre para confirmar la patrimonialización del agua al margen de la tierra por la que discurre.

Como venimos diciendo, este título se ha mantenido como tradición jurídica desde los privilegios reales a partir del 1 de marzo de 1230, mientras las normas con rango de ley omitían cualquier referencia a esta especialidad.

En efecto, la Ley de Aguas de 1879 se limita en su art. 234 a admitir “*reglas escritas y consuetudinarias en los regadíos hoy existentes*”, después de señalar en su art. 159 que “*en todo aprovechamiento de aguas públicas para canales de navegación o riego, acequias y saneamientos, serán propiedad perpetua de los concesionarios los saltos de agua y las fábricas y establecimientos industriales que, a su inmediación, hubiesen construido y plantado*”. La norma que la deroga, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, contempla en sus artículos 60 y 61 la concesión de derechos de agua a no titulares de la tierra, así como la transmisión total o parcial del uso privativo del agua. El Reglamento del dominio público hidráulico de 11 de

188 - MASSOT MIQUEL, M., ¿Costumbres normativas aun en el siglo XXI? Paráfrasis sobre temas suscitados por la obra ganadora del V Premio Luis Pascual González. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares X. Palma de Mallorca, 2009. Pág. 98.

abril de 1986, dictado *secundum legem* de la Ley 29/1985, reproduce en su art. 103 el art. 61 de la Ley de Aguas, si bien en el art. 146 detalla los trámites que hay que seguir para el ejercicio del *derecho civil* de cesión que se reconoce al concesionario en el ámbito del dominio público hidráulico. Como se aprecia, derecho público y derecho privado siguen de la mano a día de hoy.

No obstante, será la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, la que introducirá en la Ley 29/1985 el art. 61 bis, que admite por vez primera en la legislación especial de aguas la cesión de derechos.

Conforme al Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas vigente, en sus artículos 67 a 72 regula la cesión de derechos al uso privativo de las aguas, si bien su régimen jurídico no es exactamente coincidente con el que las comunidades de regantes en Mallorca vienen admitiendo desde su constitución en materia de transmisión de derechos.

Así, el art. 67 de la Ley de Aguas exige autorización administrativa y que la cesión sea de carácter temporal. En cambio, en Mallorca las comunidades de regantes se limitan a exigir que se les exhiba el contrato de cesión a los efectos de registrar en su libro el titular del derecho, atribuyéndole las horas de agua que adquiere.

Como se aprecia, la inclusión en la Ley de Aguas de la cesión de derechos no es una regulación de nuevo cuño, sino que –como tantas veces– supone elevar a rango de ley lo que ha sido una práctica consuetudinaria, con la salvedad de que en este caso la regulación no es idéntica.

En este sentido y con carácter previo a la reforma de la Ley de Aguas, las Ordenanzas vigentes de la Comunidad de regantes de la Acequia de Baster de 30 de octubre de 1987¹⁸⁹ contemplan ya en su art. 6 las transmisiones por actos *inter vivos* únicamente el derecho de agua, “*independientemente de la finca al que se halle adscrito*” entre los tenedores, o entre éstos y un tercero, reservando el derecho de tanteo por parte de los tenedores de la Comunidad.

¿Qué significa lo anterior? Si la Ley 46/1999 regulara exactamente la misma cesión que tradicionalmente se viene operando en las comunidades de regantes de Mallorca, supondría la elevación a derecho legislado de la citada costumbre, de manera que habría que concluir forzosamente a favor de una práctica consuetudinaria que habría estado vigente entre 1229 y 1999, a partir de cuya fecha –al ser coincidente la regulación estatal y la foral– habría que aplicar como fuente del Derecho la primera y excluir la segunda.

189 - BOCAIB núm. 30, de 10 de marzo de 1988.

Por el contrario, convenimos en que la regulación no es idéntica, de suerte que seguimos defendiendo la vigencia de una *antigua costumbre*, de unos *iura propria* distintos del *ius commune*, que –allí donde se pruebe su existencia– suponen la especialidad civil balear todavía vigente, pese a que desde hace siglos no se haya incluido en la relación de privilegios ni en las recopilaciones de derecho foral, a pesar de constituir una laguna de la Compilación, y aunque no se contemple esta particularidad en la legislación general.

VI.- CONCLUSIONES

A tenor de todo cuanto antecede es posible extraer las siguientes conclusiones:

1.- El derecho de abastecimiento de agua hunde sus raíces más remotas –si no antes– como mínimo en el derecho romano, configurado como derecho privado entre particulares a través de la institución de la servidumbre predial de acueducto. En cualquier caso, en derecho romano el vectigal ha participado de la naturaleza pública del censo.

2.- Durante la dominación musulmana los manuscritos que se conservan sobre la fuente del príncipe o Al-emir dan idea de la regulación del derecho de aguas a través de una servidumbre pública, cuyo predio dominante sería la Almudaina y cuyos predios sirvientes podrían abastecerse a través de un sistema de turnos.

3.- Con ocasión de la conquista aragonesa de 1229 se configura un derecho civil especial en materia de toma de agua, cuya singularidad consiste en la patrimonialización del derecho independientemente de la propiedad de la tierra, especialidad que no había existido en derecho histórico ni se daba en derecho comparado.

4.- La patrimonialización del derecho de toma de agua nace como una consecuencia obligada del vasallaje en cadena en que se organiza la conquista de Mallorca, a lo que contribuyen las franquezas y privilegios reales.

5.- De esta patrimonialización del derecho de toma de agua nacen relaciones jurídicas complejas a modo de cesión y venta de los derechos, establecimiento de censos y derecho de fadiga.

6.- A partir de las sentencias Lagostera y Çagarriga se inicia una tendencia hacia la publicación del derecho de aguas, derivando hacia la servidumbre pública.

7.- Por la vía de la tradición jurídica y a pesar de lo anterior, subsisten

las franquezas y privilegios reales como derecho positivo a través de la doctrina de los doctores y las decisiones de la Real Audiencia.

8.- Las recopilaciones y las compilaciones del Derecho civil balear hacen escasas referencias en algún caso y omiten en la mayoría de ellas, a la vigencia de la especialidad civil balear, pese a su pervivencia en los foros procesales.

9.- A día de hoy el derecho de aguas se regula desde una doble perspectiva privada y pública. En el primer orden y ante el silencio del Decreto legislativo 79/1990, se regula por la vía consuetudinaria en las comunidades de regantes, y supletoriamente por el Código Civil. Desde el punto de vista público, la normativa administrativa comprende el Decreto legislativo 1/2001 y por la normativa autonómica que regula la Administración hidráulica, en función de la distribución de competencias. En este sentido puede afirmarse que el régimen jurídico del derecho de toma de agua ha experimentado una evolución desde el derecho civil propio hasta el común, para derivar hacia el derecho administrativo estatal, y de ahí al autonómico, sin perder parte de su esencia privatista.

10.- Puede afirmarse con rotundidad que existe una especialidad civil en materia de aguas, que consiste en su cesión a terceros desde la óptica obligacional y no real, que continúa vigente en las comunidades de regantes de una acequia determinada, y que ha pervivido durante siglos a través de la costumbre toda vez no se ha contemplado en el derecho legislado.

BIBLIOGRAFÍA

DISPOSICIONES CITADAS

AAVV, *Convento de Santo Domingo de la Ciudad de Mallorca*. Fontes Rerum Balearium vol. III. (1979-1980).

AAVV, *El Sindicat de Regs. La captació, ús i gestió de l'aigua a la Vall de Sóller*. (Mallorca). Palma de Mallorca, 2006.

AAVV, *Homenaje al profesor Antonio Ubieta Arieta*. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1988.

AAVV, *Nueva Enciclopedia Jurídica*. F. Seix, Editor. Barcelona, 1950.

AAVV, *XV Settimana d'Studio "L'acque interna, sec XII-XVIII*. Prato, 1983.

AGUILÓ, E. K., *Noticia de algunas mezquitas árabes en tiempos posteriores a la Conquista*. BSAL núm. 135. Año VII. Tomo IV. 1 de junio de 1891.

Franqueses y privilegis del Regne I. 1 de mars de 1230. BSAL núm. 156. Año IX. Tomo V. 1 de marzo de 1893.

Franqueses y privilegis del Regne VI. BSAL núm. 158. Año IX. Tomo V. 1 de mayo de 1893.

Franqueses y privilegis del Regne. BSAL núm. 175. Año X. Tomo V. 1 de octubre de 1894.

Franqueses y privilegis del Regne. BSAL núm. 177. Año X. Tomo V. 1 de diciembre de 1894.

Franqueses y privilegis del Regne IV. BSAL núm. 180. Año XI. Tomo VI. 1 de marzo de 1895.

Franqueses y privilegis del Regne X. BSAL núm. 183. Año XI. Tomo VI. 1 de junio de 1895.

Restauración de los Templos de San Jaime y Santa Eulalia. BSAL núm. 129. Tomo III. Año VI. 1 de diciembre de 1890.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO, *La Audiencia de Mallorca. Organización judicial de las Baleares*. Panorama Balear, 1965.

ÁLVAREZ-NOVOA, CARLOS, *La Justicia en el Antiguo Reino de Mallorca*. Gráficas Miramar. Palma, 1971.

Archivo Casa Torrella, *Actes de venta o de modificació de domini otorgats per primers grans porcioners de l'illa*.

BADOSA COLL, FERRAN, *La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret Civil*. Iuris. Quaderns de Política Jurídica. Barcelona, 1994.

BARCELÓ, M., *Sobre Mayurqa*. Quaderns de Ca la Gran Cristiana núm. 2. 1984. Pág. 35-53. También publicado en *Recerques*, 8. Barcelona, 1975.

Les aigües cercades. Els qanat(s) de l'illa de Mallorca. Institut d'Estudis Baleàrics. 1986.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 149.1.8 de la Constitución: competencias del Estatuto de Autonomía y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil*. Núm. 1. Iuris, 1994.

BINIMELIS, JUAN BAUTISTA, *Historia General de Mallorca* manuscrita

BOVER, JOAQUIM MARIA, *Biblioteca de Escritores Balears (La Ciutat de Mallorca, 1868)*. Curiel. Barcelona, 1975.

BRAVO, E., *Compilación del Derecho Civil vigente en España*. Introducción de D. Eduardo Augusto de Besson. Biblioteca Judicial. Madrid, 1885.

BROCÁ, G. M., *Derecho Catalán*. Barcelona, 1918. Vol. I.

BUADES, AGUSTÍ, *Acta fahent per la Parroquia de Sant Nicolau*. BSAL núm. 403. Tomo XIV. Año XXIX. 1 de octubre de 1913.

CHACÓN, F., *El agua como elemento de relación social en comunidades rurales del Mediterráneo Occidental: siglos XV-XVI. Algunos ejemplos de Reino de Murcia, en AAVV, XV Settimana d'Studio "L'acque interna, secc XII-XVIII*. Prato, 1983.

CIRER, MIGUEL, *Decisiones Illustratae Senatus Cathaloniae, et Majoricensis... ad usum frequentem, ac Practicum*. BCC. Palma de Mallorca. Mansucrit 544.

COCA PAYERAS, M., *El despliegue del artículo 149.1.8 de la Constitución en el ámbito jurídico balear*. Derecho Privado y Constitución núm. 12.

COLL CARRERAS, M., *Influencias del Derecho Privado en el Derecho Público*. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares. Tomo IV. Palma de Mallorca, 1999.

CUVILLIER, J. P., *L'irrigation dans la Catalogne Medieval et Moderne*, en AAVV, XV Settimana d'Studio "L'acque interna, secc XII-XVIII. Prato, 1983.

DE CASTRO, F., *Estudio preliminar a la edición del Código Civil del Instituto de Cultura Hispánica*. Madrid, 1959.

DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*. Iuris, Quaderns de Política Jurídica I (1994).

Diplomatari del Monestir de Santa Maria de la Real de Mallorca. Edició a càrrec de Pau Mora i Lorenzo Andrinal. Vol. I, Palma, 1982. Vol. II, Barcelona, 1993.

ESCOFET, J., *Sobre l'aigua de la sèquia de la Ciutat de Mallorca y las porciones y molinos del interior de la Ciudad*.

ESTADA, EUSEBIO, *Contribución al estudio del Abastecimiento de aguas potables de la Ciudad de Palma*. Palma, Tous, 1912.

EPALZA, MIKEL DE, “Catálogo de 35 manuscritos árabes de la Biblioteca March de Palma de Mallorca”, *Fontes Rerum Balearium* vol. III.

Exposición Colegio de Abogados de Baleares. 1881. Conclusión I.

FAJARNÉS, ENRIQUE, *Documentos acerca de las aguas de la Fuente de la Villa de Palma de Mallorca (siglo XIII-XV)*. BSAL núm. 241. Año XVI. Tomo VIII. Palma, 1 de abril de 1900.

FELIU, GASPAR, *Tractatus varii juridici*. Copista Pedro Joan Felio Caballero. BCC Manuscripts 573.

FERRER VANRELL, M. PILAR, *Tradició jurídica mallorquina. Autors del segle XV al XVIII*. Prólogo de Miquel Coca Payeras. Universitat de les Illes Balears. Col.lecció Materials, 1. Palma, 1990.

El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en derecho civil propio. RJIB núm. 2.

La aplicación del derecho como elemento reforzador de la soberanía (Estudio histórico del derecho supletorio en época Mallorca). Universitat de les Illes Balears. Col.lecció Materials, 6. Palma, 2001.

Las Fuentes del Derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB. Boletín de Información. Ministerio de Justicia núm. 1918. Junio, 2002.

El Informe sobre la Reforma de la Compilació de Dret Civil de Balears (Su origen y Fundamento. La Sentencia de 3 de septiembre de 1998). Col.lecció Materials, 5. Palma, 2000.

Curs de Dret civil balear. Col.legi d’Advocats de les Illes Balears. Maig-juny, 2003.

Lecciones de Derecho Civil Balear. Universitat de les Illes Balears. Col.lecció Materials, 5. Palma, 2003.

FERRER VANRELL, MARÍA PILAR y MUNAR BERNAT, PEDRO, *Materials precompileris del Dret Civil de les Illes Balears*. UIB. Palma, 2002.

FIOL I FLOR, LLORENÇ, *Exempla Regie Audientiae Maoricensis*. BCC. Palma de Mallorca. Manuscrit 566.

GAY DE MONTELLA-MASSO ESCOFET, *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*. Barcelona, 1956.

JUSTINIANO, *Digesto*, 8.2.2 (Gayo, 7 ed. Prov.).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955.

GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS, *Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*. Dykinson. Madrid, 2000.

GLICK, THOMAS F., *Irrigation and Society in Medieval Valencia*. Harvard University Press. 1970. Trad en Vlencia, 1988.

GOMILA JAQUOTOT Y SANCHO, LUIS IGNACIO, *Registro de la propiedad y demás derechos sobre el agua de la acequia y fuente del Príncipe, formado en consecuencia a los acuerdos del Colegio de la Casa de la Huerta de 9 de abril de 1775 y 27 de agosto de 1809, y del Sindicato de Riegos de 12 de diciembre de 1867*. Palma, 1868.

JORDANA DE POZAS, LUIS, *Ensayo de una bibliografía española de aguas y riegos*, en Actas del III Congreso Nacional de Riegos. Valencia, 1923.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil, III*. Derechos Reales. Vol. Segundo. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad. José María Bosch, Editor. Barcelona, 1991.

LATOUR BROTONS, JOSÉ, *Antecedentes de la primitiva Ley de Aguas*. Madrid, 1955.

LEMEUNIER, G. Et alii, *Pouvoir Hydraulique et conjuncture economique. La gestion des eaux inferieures dans l'Espagne aride (1500-1900)*, en XV *Settimana d'Studio "L'acque interna, secc XII-XVIII*. Prato, 1983.

LLABRÉS, GABRIEL, *Fuentes del Derecho en Mallorca*. BSAL 17, 19 y 21.

LLAURADÓ, ANDRÉS, *Tratado de aguas y riegos*. Madrid, 1878.

MARTÍN-RETORTILLO, S., *La elaboración de la Ley de Aguas de 1866*. Revista de Administración Pública núm. 32. Madrid, 1960.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, *Sobre el derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica*. V Premio Luis Pascual González. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares núm. X. Palma de Mallorca, 2009.

MASCARÓ ALBERTY, MATÍAS, *Derecho Foral de Mallorca*. Palma. Tipografía del Comercio. 1891 y 1893.

MASOT MIQUEL, M., *¿Costumbres normativas aun en el siglo XXI? Paráfrasis sobre temas suscitados por la obra ganadora del V Premio Luis Pascual González*. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares X. Palma de Mallorca, 2009.

El Derecho Civil de Mallorca después de la Compilación. Embat y José J. de Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979.

MATHEU, FRANCISCO, *Decisiones de la real Audiencia y otros Tribunales del Reyno de Mallorca, nuevas y antiguas, reducidas al orden alfabético y adicionadas de los liegos antiguos por el Dr. D. Francisco Matheu*. Biblioteca de la Sociedad Arqueológica Luliana. Palma de Mallorca. A(M) 109.

MIRALLES Y SBERT, JOSÉ, *Para conocimiento de Palma antigua*. BSAL núm. 377. Vol. XIII. Tomo XIII. 1 de agosto de 1911.

MOLL, A., *De Arte Notariae Tractatus*.

MUNAR Y BENNASAR, JUAN, *Abastecimiento de aguas y alcantarillado de la Ciudad de Palma*. Palma, Colomar, 1898.

Ordenanzas de la Comunidad de regantes de la Acequia de Baster. 30 de octubre de 1987. BOCAIB núm. 30, de 10 de marzo de 1988.

Ordenanzas para el gobierno y administración interior del Sindicato de Riegos de la Acequia de Baster. 13 de mayo de 1868. Imprenta de J. Tous. Palma, 1896.

PASCUAL, E., *Opinión de nuestros antepasados sobre el agua que bebemos*. BSAL núm. 180. Año XI. Tomo VI. 1 de marzo de 1895.

PASCUAL GONZÁLEZ, L., *Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes de derecho foral de Mallorca*. Revista de Derecho Privado 1931.

Derecho Civil de Mallorca. Embat y José J. de Olañeta, Editor. Palma, 1979.

PÉREZ MARTÍNEZ, LORENZO, *Corpus Documental Balear. Fontes Rerum Balearium*. Vol. I. Pág. 1-112. Vol. II. y Vol. III.

PIÑA HOMS, R., *La creación del Derecho en el Reino de Mallorca*. Ediciones Cort. Palma de Mallorca, 1987.

PLANAS ROSSELLÓ, ANTONIO, *La Abogacía en Mallorca (siglos XII-XVIII)*. BSAL núm. 50. 1994.

Recopilación del Derecho de Mallorca 1622 por los Doctores Pere Joan Canet, Antonio Mesquida y Jordi Zaforteza. Colegio de Abogados de Baleares. Palma, 1996.

Los Juristas en la Mallorca del siglo XIII. Palma, 1996.

Los Juristas en la Mallorca del siglo XV. Palma, 2000.

PONS FÁBREGUES, B., *Colección de Documentos referentes al Reino de Mallorca publicados por D. Benito Pons Fábregues con la colaboración de los señores D. Pedro A. Sancho, D. Estanislao de K. Aguiló, D. José Miralles, D. Enrique Fajarnés, D. Jaime Garau, D. José Mir y otros arqueólogos y literatos*. Tomo primero. Diputación Provincial de Baleares. Palma, 1898. Apéndices al Código Lagostera.

Los Códices Çagarriga. BSAL núm. 246. Año XVI. Tomo VIII. 1 de septiembre de 1900.

Memoria, Enciclopedia Jurídica. T. XXI.

PONS PASTOR, ANTONI, *Dietari del Dr. Fiol*. Palma, 1933. II.

Constitucions e Ordinacions del Regne de Mallorca (s. XIII-XIV). Edición publicada en Ciutat de Mallorca, en estampa de'n Guasp en 1932.

QUADRADO, J. M., *Privilegios y Franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas otorgadas por los Reyes de Mallorca, de Aragón y de España, desde el siglo XIII hasta fin del XVII y triplemente catalogadas y extractadas por orden de registros, datas y materias con un apéndice de Bulas Pontificias y otros documentos compilados por Don José María Quadrado*. Escuela Tipográfica Provincial. Palma de Mallorca, 1894.

Forenses y ciudadanos. Conselleria d'Educació i Cultura. Miquel Font, Editor. Palma, 1986.

QUINTANA PETRUS, J. M., *Derecho Civil y sistema de fuentes en el Estatuto de autonomía para las Islas Baleares*. RCDI, 1983.

RAMIS DE AYREFLOR Y SUREDA, JOSÉ, *Sindicato Forense de Mallorca (siglo XVI)*. BSAL núm. 447. Tomo XVII. Año XXXIV. 1 de enero de 1918. Y su continuación en BSAL núms.. 471-472. Tomo XVIII. Año XXXVI. 1 de enero de 1920.

Reglamento del Sindicato de Sóller. 6 de julio de 1863. Imprenta de Bartolomé Rotger. Palma, 1876.

RIBERA, J., *Las Provincias*. Valencia, 1908. También publicado en *Disertaciones y opúsculos II*. Madrid, 1928.

RIPOLL, LUIS, *Nuestras cosas*. José de J. Olañeta, Editor. Palma, 2000.

RIPOLL Y PALAU, PEDRO, *Memoria sobre las instituciones del derecho civil de las Baleares escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*.

RIUMBAU LAZCANO, M., *Derecho Foral*. Inca, 1917.

ROCA TRÍAS, E., *Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca*. Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXV. 1982.

ROS BIOSCA, JOSÉ MARÍA, *Novísima legislación de aguas*. Valencia, 1882.

ROSSELLÓ LLITERAS, JUAN, *Los pergaminos del Monasterio de Santa María Magdalena de Palma de Mallorca*. Fontes Rerum Balearium. Vol. III. (1979-1980).

ROSSELLÓ ROSSINYOL DE ZAGRANADA, RAMÓN y MASOT MIQUEL, MIGUEL, *Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca*. Ilustre Colegio de Abogados de Baleares. Palma de Mallorca, 1992.

ROSSELLÓ VERGER, VICENTE M^a, *La Font de la Vila y su antiguo sistema de riego*. Boletín de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Palma de Mallorca. Año LXVIII. Julio-septiembre.

SANCHO, PEDRO A., *Tala de árboles de la acequia d'en Baster*. BSAL núm. 193. Año XII. Tomo VI. 1 de abril de 1896.

SANTAMARÍA, A., *Aspectos del Reino de Mallorca*. Palma, 1972.

SARASA, ESTEBAN, *La economía hidráulica en el Valle Medio del Ebro*, en AAVV, *Homenaje al profesor Antonio Ubieto Arieta*. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1988.

SERRA MAURA, MIGUEL, *Practica Vulgaris in huius Maioricarum Regni Curiis Observani solita cum aliquibus per utilibus annotamentis*. BCC. Ms. 106-V2-12.

Observationes Juridicae. BCC Ms. 555.

Decisionum Regii Senatus Aliorumque Tribunalium Majoricarum. Tomo 1. BCC. Ms. 106-V2-12.

Decisiones Senatus Majoricensis. Biblioteca Bartolomé March 102-III-22.

Decisiones Regni Majoricarum, Senatus, aliorumque ejusdem Regni, Tribunalium. BBM 106-v2-19. Copista Antonio Pizá.

SOTO, R., *La porció de Nuño Sanç. Repartiment i repoblació de les terres del sud-est de Mallorca*. Afers, IX-18. Palma, 1994.

SUREDA, E., *Existencia de fuentes de la legislación foral de Mallorca*. Revista de Derecho Pirvado, 1913.

TERRASA, GUILLERMO, *Tratado de las aguas de Mallorca y de su repartimiento*. Manuscrito de la Biblioteca del Conde de Montenegro. S. XVIII. Publicado en BSAL núm. 123. Año VI. Tomo III. 1 de junio de 1890.

TUDELA VILLALONGA, LLUÍS, *El control de l'aigua a la Mallorca Medieval*. El Tall. Palma, 1992.

URGELL, RICARD, *Introducción al estudio de la Audiencia de Mallorca como institución judicial (siglos XVI-XIX)*. Estudis Baleàrics núm. 36.

VALRIU, CATERINA – VIBOT, TOMÀS, *El Rei en Jaume I. Un heroi històric, un heroi de llegenda. Cinc itineraris per Mallorca*. José de J. Olañeta, Editor. Palma, 2008.

VERÍ, RAYMUNDUS DE, *Consiliorum seu responsorum ad causas tam civiles Quam criminales n regio Senatu Maioricen ventillatas ex diversis Exellsmis S.C editorum* del siglo XVII.

D. Raymundi á Verí Balearis, J. V. D. et in Regia Audientia Regni Balearium, Consiliario, pro sui honoris defendiere in causa syndicatus,

brevis deductio- Ad procancellarium, et Regentes, S. S. C. Coronae Aragonum. Anno Domini 1607. Palma Balearium, apud Gabrielem Guasp, Bibliopolam. Imp. En fól.

VILANOVA, B. – CERDÀ, M. – MARTORELL, A., *Vida i costums a la possessió malorquina.* El Gall Editor. Pollensa, 2001.

ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, documentos y actas.* Palma, 1992. Universitat de les Illes Balears.

Jurisprudència Civil Balear 1852-1998. Vol. 1. UIB-Conselleria d'Educació, Cultura i Esports- Caixa de Balears "Sa Nostra". Palma, 1999.

ZAFORTEZA DE CORRAL, L.- MUT CALAFELL, A. –OLIVER MORAGUES, M., *Tratados de Notaría en el Reino de Mallorca. Facsímil del Tractatus de Antoni Moll de 1714.* Colegios Notariales de España. Palma, 1995.

DISPOSICIONES CONSULTADAS

Archivo de Son Alegre (Es Pla de Na Tesa, Marratxí), *Nota del temps de lo any 1776 del mes de setembre.*

ARTIGUES, JUAN, *Liber Exemplarius.* 1716. BCC. Palma de Mallorca. Manuscrits, 106-V2-13.

BASSA, JOSEP, *Observationes Iuridicae, Civiles, Canonice et Morales ad praxim legalem faciliter acomodabiles Congesto.* 1512. BCC. Palma de Mallorca. Manuscrits, 552.

FAJARNÉS, ENRIQUE, *Capítols de política y de bon govern de la illa de Iuiça fets en 1655.* BSAL núm. 165. Tomo V. Año IX. 1 de diciembre de 1893.

LLABRÉS Y BERNAL, JUAN, *La Biblioteca del Marqués de la Romana en Mallorca (1810-1864).* BSAL núm. 475-476. Tomo XVIII. Año XXXVI. 1 de mayo de 1920.

MACABICH, ISIDORO, *Cartas de Jaime III al cronista Ramón Muntaner, su lugarteniente en Ibiza (1332-1335).* BSAL núm. 462. Tomo XVII. Año XXXV. 1 de abril de 1893.

MIRALLES Y SBERT, JOSÉ, *Documentos de D. Jaime II, Rey de Mallorca.* BSAL núm. 375. Tomo XIII. Vol. XIII. 1 de junio de 1911.

MIRÓ, BARTOLOMÉ, *A Bartholomei Miro, J.V. Doctoris.* BCC. Palma de Mallorca. Manuscrits, 6.

Nemus materionres studiose per tractata tan in iure Pontificio quam Caesareo.

POU, JAUME, *Decisiones putei*. BCC. Palma de Mallorca. Manuscrits, 559.

RAMIS DE AYREFLOR Y SUREDA, J., *Franquicia de derechos concedida a Gil de Sant Martí (1453)*. BSAL núm. 366. Tomo XIII. Año XXVI. 1 de septiembre de 1910.

Cartas Reales de Don Carlos II. BSAL núm. 399. Tomo XIV. Año XXIX. 1 de junio de 1913. BSAL núm. 400. Tomo XIV. Año XXIX. 1 de julio de 1913. BSAL núm. 401. Tomo XIV. Año XXIX. 1 de agosto de 1913.

Privilegio y confirmación de franquicia de derechos a favor de Juan y Bartolomé Gayá hermanos, como individuos del estamento militar de Mallorca (1439). BSAL núm. 390. Tomo XIV. Año XXVIII. 1 de septiembre de 1912.

ROS, SALVADOR, *Testamento del Doctor en ambos Derechos D. José Bassa Y Conrado*. BSAL núm. 491-492. Tomo XVIII. Año XXXVII. 1 de septiembre de 1921.

SANXO, PERE, *Antichs privilegis y franqueses del Regne. Regnat de Jaume III*. BSAL núm. 370. Tomo XIII. Año XXVII. 1 de enero de 1911.

SERRA MAURA, MIGUEL, *Index Librorum Bibliotheca D. Michaelis Serra et Maura Iuis Utriusque Doctoris, Regii Conciliarii Regia Aud^a Majoricarum. Anno Dni 1767*.

Decisiones Majoricensis super diversos variosque, tum Caninicae, tum Civilis Jurisprudenciae. BCC. Palma de Mallorca. Manuscrits, 558.

Rerum Judicatarum predique in Regia Curia eusum aliarum causarum Regii Generali Bajulio Regni Majoricarum Jurisdictionis. BCC. Palma de Mallorca. Manuscrits, 877.

2 . LA FUNCIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO MEDIEVAL DE MALLORCA

Antonio Planas Rosselló

En la, todavía breve, historia de la Academia se ha convertido en una costumbre –con casi fuerza de ley– que en los actos de entrega de los premios Luis Pascual González tenga lugar, además de la intervención del premiado, la disertación, por parte de un Académico o de un jurista de reconocido prestigio, sobre un tema directa o indirectamente relacionado con la obra premiada.

No es extraño, por tanto, que se diera realce al acto de entrega del VIII Premio Luis Pascual González a Felio J. Bauzá –no hay que olvidar que en el título de su trabajo se hace expresa referencia a la vigencia de las antiguas costumbres– con una disertación del Profesor titular de Historia del Derecho y miembro de número de la Academia de Estudios Históricos, Genealógicos y Heráldicos Antonio Planas Rosselló, quien habló sobre “La formación de la costumbre en el Derecho medieval de Mallorca”.

Se inserta a continuación su intervención, en la que, de entrada, pasa revista a las diferentes teorías existentes sobre la importancia de la costumbre dentro del Ordenamiento jurídico medieval de Mallorca, para llegar a la conclusión de que el Ius Comune, el Derecho de creación regia y el Derecho consuetudinario fueron diferentes estratos jurídicos que se superpusieron y a veces llegaron a confundirse, proporcionando serios argumentos históricos que avalan esta consideración.

Concluye el trabajo del Profesor Planas Rossello con un certero análisis sobre la vigencia de las antiguas costumbres, en particular tras la sustitución del Derecho consuetudinario por las normas compiladas, operada por la Disposición final primera de la Compilación de 1961.

La mayor parte de los estudios sobre el derecho propio de Mallorca que se han elaborado en los últimos años, han atendido al papel de la costumbre como fuente del derecho o como elemento esencial de la tradición jurídica balear. A la costumbre dedicó un valioso trabajo el Dr. Anselmo Martínez en una edición anterior del premio Pascual González. Y sobre la vigencia de antiguas costumbres en materia de aguas versa el interesante y original estudio de Felio Bauzá que hoy nos convoca.

Por ello me ha parecido oportuno dedicar esta intervención a la formación de la costumbre en la Mallorca medieval, por constituir el punto de partida sobre el que ha evolucionado a lo largo del tiempo el derecho propio de la isla.

El papel de la costumbre en el ordenamiento histórico mallorquín ha sido valorado de forma diversa. El Prof. Lalinde Abadía considera que la costumbre fue la base normativa del ordenamiento jurídico de Mallorca, como de los restantes territorios de la Corona de Aragón. Este criterio ha sido seguido por el Prof. Román Piña Homs en su *Derecho Histórico del Reino de Mallorca*, una obra de síntesis en la que ha expuesto sus principales concepciones acerca de la naturaleza y formación del derecho mallorquín. En cambio, el profesor Aquilino Iglesia Ferreirós considera que el ordenamiento mallorquín, implantado a raíz de la conquista cristiana, no fue fruto de la razón, pero tampoco de la costumbre, pues la población que se asentó en la isla no tenía un mismo origen ni, en consecuencia, un mismo derecho consuetudinario.

Ambas posturas, a las que volveremos más tarde, comparten un postulado esencial, que resulta absolutamente incontrovertible:

El Derecho del Reino de Mallorca nació con la conquista cristiana de la isla en 1229. Su sistema jurídico no se vio condicionado en lo más mínimo por la historia de las Baleares en la etapa anterior. La historiografía solvente concuerda en la inexistencia de mozárabes de origen autóctono en Mallorca, tras trescientos años de dominación islámica. Con toda seguridad, no los hubo con posterioridad a la cruzada pisano-catalana de 1114-1115. Por ello, no es posible buscar el origen de sus instituciones en una continuidad consuetudinaria del derecho romano teodosiano o justiniano desde la Antigüedad, ni mucho menos en una supuesta pervivencia de costumbres germánicas arraigadas tras la efímera ocupación vándala del archipiélago.

En este sentido, es preciso matizar algunas hipótesis planteadas por D. Luis Pascual González, cuya obra, tan meritoria por numerosísimos conceptos, fue elaborada en 1951, cuando los conocimientos sobre el pasado histórico de Mallorca no habían experimentado los avances que se han

producido en las últimas décadas. El merecido prestigio de este autor ha hecho que algunas de esas hipótesis históricas, que en su obra tienen un carácter meramente accidental, se hayan reproducido hasta tiempos muy recientes, cuando los avances científicos ya no permiten sustentarlas. Por ese motivo considero inexcusable que exista una fluida comunicación entre historiadores del derecho y foralistas que, sin duda, ha de tener enriquecedores efectos para ambas partes.

La inexistencia de una continuidad jurídica entre la Antigüedad tardía y el periodo de la conquista cristiana obliga a buscar el origen de las instituciones del derecho de Mallorca en un momento mucho más cercano.

La conquista se produjo en una etapa avanzada del tránsito entre dos culturas jurídicas, la altomedieval y la bajomedieval o, según la característica formulación de Paolo Grossi, la época en que el derecho nace en el taller de la praxis y la época en que se crea en el taller sapiencial. Mientras que en la primera el derecho tuvo una base esencialmente consuetudinaria y el poder público apenas intervino en la creación de las normas, en la segunda el sistema jurídico se hizo más complejo como consecuencia del renacimiento del poder legislativo de los monarcas y la difusión del antiguo derecho romano justiniano, recuperado y reelaborado por los juristas universitarios.

Los sistemas jurídicos de la mayor parte de los reinos cristianos se desarrollaron a partir de la costumbre altomedieval. Era el “antiguo y buen Derecho”, según la conocida expresión de Fritz Kern. Pero, poco a poco, a lo largo de la Baja Edad Media, el orden jurídico se fue adaptando a las necesidades de una sociedad cambiante a través de una legislación regia cada vez más nutrida, y de una difusión del *Ius Commune* romano-canónico cada vez más intensa.

Este fue un fenómeno común a todos los reinos de nuestro entorno. Las diferencias residieron en el distinto papel que se asignó a esos tres elementos –costumbre, legislación regia y *Ius Commune*– en cada uno de ellos.

Precisamente, en el caso de Mallorca, el papel de la costumbre es el que puede resultar controvertido, y ello justifica la disparidad de criterio que hemos enunciado anteriormente.

El profesor Aquilino Iglesia afirma que el *Ius Commune* fue el derecho general de Mallorca desde el mismo instante de su conquista, matizado por un derecho de creación regia. El autor desecha la costumbre como base del sistema jurídico con dos argumentos:

a) Por una parte, entiende que no puede tratarse de la costumbre de los repobladores, puesto que estos procedían de diferentes lugares y carecían de un derecho consuetudinario común.

b) Por otra considera impensable que incluso en un reino de dimensiones reducidas como el de Mallorca se pudiera formar un nuevo derecho consuetudinario que diese respuesta a una sociedad tan activa desde el punto de vista social, económico, político y cultural, como la que se estaba formando.

No cabe duda de que las escasas disposiciones regias dictadas a lo largo del siglo XIII no conformaron un ordenamiento jurídico completo, sino que fueron reglas fragmentarias que excepcionaban un régimen general. Sin embargo, en la época de la conquista la difusión del derecho romano-canónico no había alcanzado su plenitud y, por tanto, no pudo constituir la base de ese régimen.

A mi juicio el *Ius Commune*, el derecho de creación regia y el derecho consuetudinario fueron diferentes estratos jurídicos que se superpusieron y a veces llegaron a confundirse. Y a justificar este aserto voy a dedicar mi exposición.

Ciertamente los repobladores del reino de Mallorca procedían en su inmensa mayoría de diferentes regiones de Cataluña, que en esa etapa de dispersión normativa poseían diferentes derechos consuetudinarios. Y ese factor, sin lugar a dudas, dificultaba la conformación de un régimen general basado en la costumbre. No disponemos de manifestaciones claras acerca de ello en la documentación coetánea de la isla de Mallorca, pero contamos con un interesante testimonio de la isla de Ibiza, donde la situación era análoga: El 13 de julio de 1264 Guillem de Montgrí, como señor de Ibiza, tuvo que fijar el plazo de diez años para la prescripción de los inmuebles, alegando que lo hacía “*com de les noves adquisicions de les terres, per la diversitat de las costumes dels habitants de diversos lochs e regions venguts en aquellas, moltes questions se acostumen neixer*”.

¿Qué ocurrió por tanto en Mallorca?

Desde el siglo XIII las diversas disposiciones que relacionan las fuentes del derecho mallorquín, especialmente los textos de las confirmaciones de los privilegios otorgadas por los monarcas, mencionan siempre las *consuetudines insulae*. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en el ámbito catalán, el término “costum” equivale a lo que en Castilla es “fuero”. Así, los libros de Costums de Gerona, Lérida Tortosa o Valencia recogen un derecho que no es estrictamente consuetudinario, sino que puede proceder, entre otras fuentes, de privilegios y ordenanzas reales o municipales. Ese uso amplio del término “costum” se encuentra asimismo en Mallorca. Por ejemplo, una provisión regia de 1269 se refiere a la regulación del crimen enorme establecida en la carta de población diciendo *in vestris consuetudinibus sive cartis contentis*. Asimismo en cierta carta regia de 1311 se designa como *consuetudine seu franquesia* al capítulo de la carta de población de 1230 titulado *iuditia omnia causarum*.

Sin embargo, en 1286 Alfonso III ratificó los buenos usos y las buenas costumbres de Mallorca, con las siguientes palabras: “*Encara us atorgam bons usos e bones costumes axí com d’aquells havets usats*”. En este caso el monarca quiso confirmar de forma inequívoca la validez del derecho consuetudinario propiamente dicho. Y de hecho, en lo sucesivo esta disposición fue invocada siempre como su principal fundamento.

Ahora bien, dado el diferente origen de los repobladores es necesario plantearse cómo se configuraron esas costumbres.

En primer lugar, el intensísimo tráfico jurídico generado por el reparto de tierras y la transmisión, administración y explotación de los bienes adquiridos a raíz de la conquista, aceleraron la aparición de modalidades genuinas respecto a determinados negocios jurídicos. Así, ya Álvaro Santamaría detectó en la documentación de la década de 1240 alusiones a una *consuetudo Maioricarum*, que vemos aparecer respecto a la obligación de restitución en los contratos de comanda de ganado o respecto al saneamiento por vicios ocultos en las compraventas de esclavos.

En segundo lugar, a pesar de que los repobladores procedían en su inmensa mayoría de distintas localidades catalanas dotadas de derechos consuetudinarios diferenciados, existía un acervo jurídico común que afectaba a importantes instituciones. Las causas de esta identificación eran diversas, pero entre ellas se debe considerar la pervivencia por vía consuetudinaria de determinadas disposiciones del *Liber Iudiciorum* visigótico y, sobre todo, el influjo del derecho común romano-canónico, que desde tiempo atrás se había se había dejado sentir sobre los derechos locales catalanes.

El carácter consuetudinario del Derecho no supone, por tanto, que éste tenga siempre una raíz popular. Aunque, en principio, las costumbres sean un derecho no escrito, el siglo XIII es ya una época de cultura escrita y, en consecuencia, los actos y negocios jurídicos que se llevan a cabo en aplicación de la misma, se documentan en instrumentos notariales. De esta manera se impone el elemento técnico, erudito, pues los notarios encauzan la voluntad negocial de los particulares utilizando modelos y fórmulas procedentes del Derecho romano. Tal difusión por vía notarial se había iniciado en Cataluña a fines del siglo XII y principios del XIII, a través de los tratados y formularios italianos. También en Mallorca la intensa actividad de los notarios desde la inmediata posconquista dio lugar en muchos casos a la adaptación del derecho común a sus prácticas.

En tercer lugar, la convivencia en un espacio insular bien delimitado hizo que se generalizasen algunas costumbres originariamente particulares, por su mejor adaptación a las circunstancias del momento. Uno de los

medios que sin duda contribuyeron a la fijación de estas costumbres, en las primeras décadas posteriores a la conquista, fue la participación de prohombres legos en la formación de las sentencias, de acuerdo con lo previsto por la carta de población de 1230.

En cuarto lugar, durante el siglo XIII convivieron diferentes instituciones consuetudinarias que se aplicaban en virtud de la autonomía de la voluntad de los pobladores. Esta realidad queda patente en los documentos de aplicación del derecho. Todavía en 1278 hemos localizado un contrato de compraventa que contiene una expresiva renuncia “*accioni et benefificio legis gotiche et Usaticorum Barchinona, et omni jure tam promulgato quam promulgando, publico et privato, canonico et civili, tam spetiali quam generali, divino et humano, scripto et non scripto sive consuetudinario*”. Tales renunciaciones, bien documentadas asimismo en Cataluña, respondían al deseo de evitar la inseguridad jurídica, afianzando la voluntad de las partes negociales frente a las sutilezas de derecho que podían ser invocadas por los abogados, basándose en los remedios que los diferentes sistemas jurídicos del momento podían ofrecer.

Y es que en este periodo vemos convivir, con idéntica validez, distintas modalidades testamentarias, y diferentes regímenes económicos matrimoniales pactados en capitulaciones. Por ejemplo, junto al testamento nuncupativo se practica el testamento sacramental, que acabará desapareciendo en el siglo XIV, o junto al régimen dotal de tradición romana conocemos numerosos casos de un sistema de *agermanament* de bienes o pacto de *mig per mig*, de raigambre tortosina, que prolongará su existencia hasta principios del siglo XV. Fue un progresivo desuso el que hizo que determinadas modalidades consuetudinarias dejasen de formar parte del derecho de Mallorca.

Por último, en los casos en los que las diferentes tradiciones consuetudinarias podían dar lugar a conflictos, si la propia práctica no conseguía reducirlas a la unidad, se producía una intervención del monarca, generalmente a instancias de los representantes regnicolas, para establecer una solución unitaria. Entre otros ejemplos podemos citar la regulación legal de instituciones como la adquisición del tesoro oculto, la definición de legítima o el *escreix*.

El panorama descrito sufrió una transformación sustancial a raíz de la reforma de las franquezas de Mallorca otorgada por Jaime II el 30 de enero de 1300, al inaugurar la segunda fase de su reinado. El monarca dispuso que todos los pleitos y causas se juzgasen según las costumbres de Mallorca: “*servatis consuetudinibus et libertatibus civitate et insule supradicte per nos nunc confirmatis seu concessis*”, en su defecto según los Usatges de Barcelona en los casos en los que correspondía hacerlo –que eran exclusi-

vamente de carácter penal o feudal-, y en defecto de ambos “*illis consuetudinibus et Usaticis deficientibus*”, según el *Ius Commune*.

Esta disposición supuso la recepción oficial del derecho común en Mallorca, la primera que se produjo en uno de los reinos hispánicos. Aunque en el texto se le atribuía el carácter de derecho supletorio, en la práctica constituyó desde entonces un elemento integrador que incluso modificó la naturaleza y eficacia de las restantes fuentes.

A partir de esa fecha, para que la costumbre fuese aplicada por los jueces, debía ser alegada y probada por la parte interesada. Los primeros pleitos cuyos autos se han conservado en los archivos mallorquines, son los seguidos ante la curia del gobernador en el año 1300. En algunos de ellos se alegan determinadas costumbres de Mallorca, cuyo contenido y vigencia se prueba mediante testigos. Por ejemplo se alegan usos judiciales, como el de dar fianzas por las costas de las apelaciones “*iuxta consuetudinem curiae domini regis*”, o sobre la necesidad de que intervengan siete testigos para que el testamento sea válido.

En uno de esos pleitos vemos oponerse dos distintas concepciones acerca del derecho consuetudinario. Para una de las partes, que invoca expresamente la citada confirmación de Alfonso III, las buenas costumbres otorgadas por el monarca son aquellas que son observadas de forma general por los habitantes de la isla, con la común convicción de su bondad (*homines de terra ista tenebant usum et consuetudinem per bona et ipsam servabant per bona*). En cambio, para la otra, siguiendo la doctrina del *Ius commune*, sólo pueden ser invocadas y denominarse propiamente costumbres o usos, aquéllas que hayan sido obtenidas por lo menos dos veces en juicio contradictorio, y que reúnan otros requisitos (*non valet aliqua consuetudo nec dicere debet consuetudo nisi saltem bis fuerit per ea obtentum in contradictorio iudicio*). En aquel momento la opinión más seguida era la del canonista Enrico de Susa, cardenal de Ostia, para quien la costumbre consiste en aquel uso racional que se caracteriza por ser confirmado por el transcurso de un determinado espacio de tiempo; que no ha sido interrumpido por algún acto contrario; que se produce por un acto frecuente o inmemorial o a través de un juicio contradictorio; y que ha sido aprobado o confirmado por el uso común de aquellos que lo utilizan.

Desde los primeros años del siglo XIV no cabe duda de que la costumbre se vio sometida a los requisitos restrictivos impuestos por el *Ius commune*. En los pleitos que hemos podido consultar las partes que alegan costumbres aducen o bien que han sido obtenidas en juicio contradictorio o bien que se han venido practicando desde hace más de cuarenta años, lo que les confiere un carácter inmemorial. La canonística solía distinguir entre

costumbre *praeter legem*, que requería sólo diez años, y costumbre *contra legem*, que exigía el plazo de cuarenta. Sin embargo no nos ha sido posible averiguar cuál fue la interpretación que siguieron al respecto los tribunales de Mallorca.

Un nuevo paso de cara a la limitación de la costumbre como fuente del derecho tuvo lugar poco después de la reincorporación de Mallorca a la Corona de Aragón por Pedro IV. El 30 de julio de 1344, el gobernador Arnau d'Erill sancionó una colección oficial de derecho consuetudinario. El texto, conocido vulgarmente como *Estils d'Arnau d'Erill*, lleva por título *Stili sive ritus curiarum*. Sin embargo, el preámbulo indica que contiene *consuetudines et stilos*, dos elementos que no se identifican plenamente. Las costumbres propiamente dichas eran aquellas normas creadas a través de la reiteración de actos y que se practicaban por la generalidad del pueblo. En cambio, con el término “estilo” se designaban aquellas costumbres que practicaban los tribunales de justicia en el orden de proceder en las causas. Este es el elemento al que se puede designar como rito de las curias (*ritus curiarum*).

El preámbulo de la colección afirma que la redacción se llevó a cabo tras consultar con los Jurados del Reino y su Consejo plenario. El gobernador, dispuso que en el futuro los estilos y costumbres sólo serían vinculantes en cuanto se probase su uso y fuesen autorizados por escrito por los gobernadores o lugartenientes. Asimismo ordenó que en adelante, si se alegaba en un pleito una costumbre o estilo no redactado, se debería comparecer ante el gobernador para que, junto con su Consejo, determinase si podía ser admitido o no. En caso de que éste lo considerase admisible se debía asignar un plazo de ocho días para que quien lo alegase pudiese probarlo. Si, una vez practicada la prueba, quedaba admitido, debía redactarse por escrito y ser observado en adelante como los restantes.

Mediante este sistema se pretendió que aquellas costumbres que el gobernador y su Consejo considerasen inadecuadas, perdieran su carácter normativo sin que ni siquiera se llegara a practicar la prueba. Se concibió por tanto como un importante filtro para la admisión de determinadas costumbres. Aunque no se señaló el criterio en función del cual se determinaría su admisibilidad, podemos suponer que con esta regla se quiso introducir un criterio de justicia o racionalidad, entendidas en un sentido amplio, tal y como exigía el derecho canónico. De todas formas, no hemos localizado ningún caso en el que se prohibiese la práctica de la prueba de la costumbre.

Por otra parte, con esta colección se quiso fijar *a priori* el Derecho consuetudinario, para evitar las dilaciones que suponía una abusiva negación del carácter vinculante de determinados usos previamente admitidos en

juicio contradictorio, por la parte que se veía perjudicada por ellos.

La redacción de Erill no supuso la fosilización de las costumbres y usos judiciales. Hasta el año 1437 se siguieron añadiendo nuevos estilos y costumbres, tras seguir el indicado procedimiento. Pero aun así, la costumbre no quedó reducida a los estrechos márgenes de esa colección. Otras muchas instituciones consuetudinarias, muchas veces inmemoriales, siguieron siendo practicadas, y sólo las vemos aflorar en los manuales de notaría, en algunas compilaciones privadas y, en caso de que resultasen en algún momento controvertidas, a través de las sentencias de la Real Audiencia.

Ni la recopilación de Estils de Arnau Erill de 1344, ni la disposición final primera de la compilación de derecho civil de Baleares de 1961, al sustituir el Derecho consuetudinario vigente en el momento de su promulgación por las disposiciones contenidas en aquel texto, consiguieron erradicar las antiguas costumbres. Las recogidas por escrito cambiaron su naturaleza al ser compiladas, y aquéllas que la práctica mantenía vivas prosiguieron su existencia silenciosa, con plena validez y eficacia. Por ello resulta imprescindible identificarlas y estudiar sus orígenes y caracteres, como muy bien ha hecho Felio Bauzá respecto a los derechos de toma de agua en el estudio cuyo premio hoy celebramos.

X.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO

Se publica en este Boletín un nuevo trabajo de la Comisión académica de Derecho privado, siguiendo la estela iniciada con el estudio titulado “Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad”, y después por el denominado “Sistema legitimario de las Illes Balears”, publicados en los Boletines X y XI respectivamente. En esta ocasión, la institución foral contemplada han sido los contratos sucesorios, en particular los de adquisición de herencia, pues la ley autonómica 22/2006 de 19 de Diciembre concede a los mismos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias, lo cual ha determinado que haya crecido el otorgamiento de las llamadas donaciones universales.

En el estudio se hace un pormenorizado análisis de la materia, preconizando la futura incorporación a su normativa de una serie de modificaciones que finalizarían con las dudas que los actuales preceptos de la Compilación en ocasiones suscitan. Entre las novedades a destacar, de cara a un futuro cambio legislativo que dé una nueva regulación a la materia, podrían citarse las siguientes: la admisión en Menorca de los contratos sucesorios, tanto los de adquisición como los de renuncia a la herencia, de manera similar a lo que sucede en las otras islas de nuestro archipiélago, y la posible previsión de unos pactos sucesorios de ordenación de legado, que podrían ser de primordial interés para estructurar la sucesión en las empresas.

Los trabajos de la Comisión se realizaron en base a una ponencia del Presidente de la Academia Miquel Masot –que fue también el coordinador de los trabajos– y de los informes redactados por los Académicos de Menorca –Josep María Quintana– y de Eivissa –Bernardo Cardona y José Cerdá–, contándose con la intervención, además de los citados, de los Académicos Miguel Coca, María Pilar Ferrer, Jaime Ferrer, Eduardo Martínez-Piñeiro, Tomás Mir y Antonio Monserrat. Fue invitado a participar en los trabajos el Notario Carlos Jiménez Gallego, en atención a las aportaciones a la materia realizadas en el seminario que había coordinado en el Colegio Notarial.

LOS CONTRATOS SUCESORIOS EN LAS ILLES BALEARS.

I.- INTRODUCCIÓN GENERAL.

II.- LA DONACIÓN UNIVERSAL EN EL DERECHO DE MALLORCA.

1.- INTRODUCCIÓN Y SISTEMÁTICA.

2.- EL CONTRATO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO NO OTORGADO BAJO LA FORMA DE DONACIÓN UNIVERSAL.

3.- EL PACTO SUCESORIO DE ORDENACIÓN DE LEGADO.

4.- ARTICULO 8. LA DONACIÓN UNIVERSAL COMO CONTRATO. SUS EFECTOS.

A) El texto actual del artículo 8.

B) El párrafo 1º del artículo 8. Los bienes presentes incluidos en la donación universal.

C) Las causas de revocación.

D) Régimen de la acción revocatoria.

E) La donación universal otorgada por razón de matrimonio.

F) Mutuo disenso.

G) Premoriencia.

H) Preterición.

5.- ARTICULO 9. LA DONACIÓN UNIVERSAL COMO PACTO SUCESORIO. SUS EFECTOS.

A) Indicación general.

B) Los bienes que hereda el donatario universal y las facultades de disposición del donante.

6.- ARTICULO 10. LA DONACIÓN UNIVERSAL EN CONCURRENCIA CON LOS TESTAMENTOS DEL DONANTE.

7.- ARTICULO 11. EXCLUSIONES Y RESERVAS.

8.- ARTICULO 12. FORMA Y SUJETOS DE LA DISPOSICIÓN.

A) Forma.

B) Los sujetos de la donación universal.

9.- ARTICULO 13. LOS PACTOS DE LA DONACIÓN UNIVERSAL.

A) Indicación general.

B) El pacto de aplazamiento de la efectividad.

C) El pacto de distribución.

III.- LA CUESTION DE LOS CONTRATOS SUCESORIOS EN MENORCA.

IV.- LOS PACTOS SUCESORIOS EN EIVISSA Y FORMENTERA.

I.- INTRODUCCIÓN GENERAL.

El art. 3.3 de los estatutos de la Academia menciona, entre las posibles actividades de nuestra Corporación, una “especial consideración al Derecho propio de las Illes Balears”. No es extraño, pues que la Comisión de Derecho privado, que funciona en el seno de la Academia, haya contemplado en sus estudios anteriores instituciones propias de nuestro Derecho civil; así, en el Boletín de la Academia X se publicó un informe titulado “Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad” (pág. 111) y en el Boletín de la Academia XI se publica otro más extenso titulado “Sistema legitimario de las Illes Balears”(pág. 307).

Al tener que elegir un tema para el nuevo estudio a realizar en el presente curso 2010-2011 fue inevitable la consideración del contrato sucesorio. Y ello por una razón: se ha dicho siempre que el tratamiento fiscal condiciona el desenvolvimiento de las instituciones civiles; y, una vez más, ello se ha puesto de manifiesto en nuestro Derecho con la aparición de la ley autonómica 22/2006 de 19 de Diciembre, según cuyos arts. 56 y 58 la donación universal, la definición y los pactos sucesorios ibicencos gozarán de todos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias en cuanto les sean aplicables. Obviamente ello determinaba que acudir a la donación universal, en vez de a la donación simple, podría determinar un muy considerable ahorro tributario.

Y, precisamente, al ir dándose una mayor frecuencia en el otorgamiento de estos negocios jurídicos en la vida notarial, se ha ido poniendo de relieve que las regulaciones que de estas instituciones hace la Compilación de 1.990, aún cuando supera con creces la de la Compilación de 1961, no deja de plantear ciertas dudas y suscitar algunos problemas.

En definitiva, pues, la oportunidad de revisar la regulación actual de estos pactos sucesorios aparecía fuera de toda duda. Pero, al realizar el planteamiento inicial de la sistemática del estudio a realizar, nuevamente aparece una constante repetida en el ámbito sucesorio: la disparidad entre los Ordenamientos jurídicos de nuestras Islas. En el presente caso nos encontramos con que en Mallorca existen unos concretos tipos negociales de adquisición de herencia (donación universal) y de renuncia a la misma (definición), en Menorca no se admite –de lege facta– nada de todo ello, y en Eivissa y Formentera encontramos una amplia regulación de los pactos sucesorios como molde genérico, a través del cual realizar disposiciones mortis causa tanto a título universal como singular, dentro del cual la

donación universal no es sino una modalidad más. Se impondrá, por tanto, y como ya se hizo en el informe sobre el sistema legitimario, un tratamiento separado para cada una de las Islas.

Al objeto de delimitar claramente el ámbito del presente estudio, hay que señalar también que éste se circunscribe a los pactos de adquisición de herencia, por considerar que la definición ya fue tratada en el informe sobre el sistema legitimario antes referido. Y si bien podría decirse, con razón, que la importancia práctica de la institución podría dar lugar a un estudio más profundo y extenso, parece oportuno dejar el tema para próximos cursos.

En cuanto a los materiales empleados para la realización del estudio, se ha partido, cual es de rigor, de los comentarios a los artículos de la Compilación realizados por los Académicos Sres. Masot Miquel y Cerdá Gimeno en la edición de Edersa del año 2000. También son de especial interés los capítulos que las Sras. Ferrer Vanrell –también Académica– y Cardona Guasch dedican a los contratos sucesorios de Mallorca y Eivissa –respectivamente– en la obra *Lecciones de Derecho civil balear*, y, muy especialmente, las agudas observaciones del Notario Sr. Jiménez Gallego contenidas en la reseña del Seminario de 5 de Noviembre de 2007 sobre la donación universal. Por lo que referencia hace a las sentencias de los Tribunales, en la obra del Sr. Masot Miquel –que figura en el libro conmemorativo del cincuentenario de la Compilación de 1.961– titulada “La Compilació de 1961 a la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia”, se hace cumplida referencia a las sentencias que ha dictado nuestro Tribunal de Casación sobre la sucesión contractual: tres sobre donación universal, una sobre heredamientos ibicencos y tres sobre definición. Si se tiene en cuenta el escaso número de sentencias dictadas por el Tribunal sobre Derecho civil balear, ello nos indica que la sucesión contractual no ha estado ausente de los Tribunales de Justicia, de la misma manera que la obra apuntada del Notario Sr. Jiménez Gallego nos pone de relieve que tampoco ha estado absolutamente ausente de la práctica notarial.

Finalmente hay que señalar que en este estudio se contienen algunas referencias a la ley de sucesiones catalana de 10 de Julio de 2008, particularmente por haber dado la misma un viraje considerable en el tema de los contratos sucesorios, al admitir el pacto de atribución particular o de ordenación de legado, rompiendo así con la tradición secular de circunscribir los pactos sucesorios a los heredamientos. Hay que señalar, empero, que las referencias que en este estudio se hagan a tan importante ley no deben interpretarse como aceptación incondicionada de sus postulados. Y ello es así por ser de la mayor evidencia que, a pesar de su común origen romano, el Derecho de nuestras Islas –como el de Cataluña– tiene una sustantividad propia, basada en su tradición histórica y en los principios generales que le sirven de fundamento, dando cohesión al sistema.

II.- LA DONACIÓN UNIVERSAL EN EL DERECHO DE MALLORCA.

1.- INTRODUCCIÓN Y SISTEMÁTICA.

El art. 6 de la Compilación de 1.961 decía que “la herencia se defiere por testamento, por ley y por contrato sucesorio mediante las donaciones universales de bienes presentes y futuros”. Por el contrario, el art. 6 de la actual Compilación nos dice que “la herencia se defiere por testamento, por ley y por los contratos regulados en este libro”. En realidad la innovación no tenía trascendencia alguna, pues, como ponía de relieve Masot Miquel en sus comentarios al precepto, “el retoque ciertamente era innecesario, dado que una y otra expresión son equivalentes: el único contrato de adquisición hereditaria que se regula en el libro I son las donaciones universales de bienes presentes y futuros”. Lo cierto es que la expresión del art. 6 no es afortunada, pues no deja de ser un circunloquio hablar de “los contratos regulados en este libro” cuando lo propio sería proclamar que “*la herencia se defiere por testamento, por ley y por las donaciones universales*”.

Sin embargo, la referencia que acabamos de hacer no deja de introducirnos una cuestión: la de si cabe en Mallorca algún otro pacto de adquisición hereditaria que no esté estructurado bajo la forma de donación universal y, en especial, si sería posible un pacto sucesorio de ordenación de legado. Todo ello lo trataremos de manera previa, para centrarnos a continuación en el comentario y revisión de los arts. 8 a 13 de la Compilación, ya que los mismos no dejan de presentarnos una posible pauta de tratamiento sistemático, al hacer referencia, respectivamente, a los efectos contractuales derivados de la donación universal (art. 8), a los efectos sucesorios (art. 9), a la relación de la institución con los testamentos y codicilos (art. 10), a las exclusiones y reservas de bienes (art. 11), a la forma y sujetos (art. 12) y a los pactos y elementos accidentales del negocio (art. 13).

2.- EL CONTRATO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO NO OTORGADO BAJO LA FORMA DE DONACIÓN UNIVERSAL.

La tradición jurídica mallorquina ha consagrado la donación universal de bienes presentes y futuros como el único contrato posible de adquisición hereditaria. Nuestra historia así nos lo muestra y los protocolos notariales dan a lo largo de los siglos prueba cumplida de ello; empezando por el pergamino de 26 de Mayo de 1474, obrante en el Archivo Histórico de Mallorca, en el que se establece una donación general otorgada por Guillermo Belfill de Inca y su mujer Catalina en favor de su hijo Guillermo, según

escritura autorizada por el Notario Guillermo Terrasa. Además, el mecanismo de acudir a la donación universal para establecer de manera irrevocable una delación hereditaria tiene su total lógica, pues si ha tenido lugar en vida una *donatio omnium bonorum*, ello ya de por sí excluye la sucesión testamentaria.

No se hace preciso, pues, ir en contra de la tradición jurídica y establecer un molde distinto de la donación universal. Y puede reforzar tal consideración el hecho de que, históricamente, la donación universal ha estado lejos de constituir un supuesto de muerte civil anticipada del donante, pues siempre han jugado las exclusiones de bienes de la donación universal, así como las reservas del donante para disponer y testar. Y no debe olvidarse que, de *lege facta*, siempre habrá la posibilidad de disponer de los bienes futuros, aún cuando el donante no se la haya reservado. Asimismo, de producir la donación sus efectos en vida del donante, éste debe reservarse lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias.

Todo ello debe combinarse con el hecho de que la Compilación viene exigiendo la constitución de la donación universal mediante escritura pública como requisito *ad solemnitatem*; y ello presupone necesario asesoramiento notarial para instruir al donante sobre estas amplias posibilidades de exclusiones y reservas que la ley concede. Es claro que no pueden darse, en sede de donaciones universales, las “alegrías” e inconsecuencias jurídicas que a veces aparecen en los testamentos ológrafos.

Se propugna, en definitiva, la donación universal como único contrato posible de adquisición hereditaria. Y puede ser interesante destacar, en este punto, que la ley catalana 10/2008 de 10 de Julio, pese a introducir una importantísima modificación en la normativa diseñada por el anterior Código de Sucesiones, al admitir el pacto sucesorio de ordenación de legado, sigue manteniendo el heredamiento como el pacto sucesorio típico de institución de heredero, al decir en el art. 431-18 que “el heredamiento o pacto sucesorio de institución de heredero confiere a la persona o personas instituidas la calidad de sucesoras universales del heredante con carácter irrevocable...”

Partiendo de la exclusividad de la donación universal como pacto sucesorio, la doctrina (Masot Miquel, Comentarios, pág. 212) ha planteado la cuestión de la validez en nuestro Ordenamiento jurídico de un contrato sucesorio otorgado en país extranjero por persona que ostenta la vecindad civil mallorquina, habiéndose celebrado generalmente estos contratos al contraer matrimonio y de acuerdo con la normativa del lugar de residencia; el problema se ha planteado al haber fallecido el contratante de condición jurídica mallorquina y tratar de hacer uso el cónyuge viudo del contrato sucesorio para inscribir a su nombre los bienes inmuebles que tenía en Mallorca el cónyuge premuerto.

El citado autor da una serie de argumentos de los que podría deducirse la validez, en estos supuestos excepcionales, de un contrato sucesorio de tal índole, manifestando que, en los pocos supuestos en que se ha planteado el tema, parece que no han existido inconvenientes registrales para la inscripción, si bien se desconoce si se han producido en alguna ocasión tales supuestos en la vía judicial.

De todos modos, la excepcionalidad del caso comentado creemos que no exige la previsión normativa del mismo en nuestra Compilación.

3.- EL PACTO SUCESORIO DE ORDENACIÓN DE LEGADO.

Siempre ha sido doctrina tradicional en Mallorca la de que el contrato sucesorio de adquisición debía venir referido a la herencia del causante, como auténtica universalidad –sin perjuicio de las exclusiones y reservas–, pues la tradición jurídica mallorquina ha proclamado siempre que el donatario universal es heredero, y así se dice expresamente ya en la Recopilación de Canet, Mesquida y Zaforteza de 1622.

¿Sería entonces viable un pacto sucesorio de ordenación de legado?

La cuestión se ha planteado judicialmente en la interesantísima sentencia nº 492/1990 de 27 de Julio de la Sección 3ª de nuestra Audiencia Provincial que resuelve un tema ciertamente anómalo: la posible validez de una escritura pública de compraventa en la que el objeto de la misma era el derecho que el vendedor ostentaba, como fiduciario de una herencia, a detraer la cuarta trebeliánica y a resarcirse del importe de las mejoras introducidas en los bienes fideicomitidos, quedando, empero, sometida la eficacia de dicha escritura a la condición de que el vendedor fallezca sin hijos.

La sentencia de la Audiencia Provincial consideró, acertadamente, que se estaba ante un pacto sucesorio, dado que los efectos de la transmisión quedaban deferidos al momento en que se produzca el fallecimiento del vendedor y siempre que se cumpla la condición de que fallezca sin hijos. Entonces, concluye la sentencia, el negocio jurídico concertado pasa a hacer referencia a la futura sucesión del vendedor, participando, por tanto, de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad –tal como prevé el art. 620 Cc para las donaciones *mortis causa*– debiéndose regir, por tanto, por las reglas de la sucesión testamentaria. Y, fijada la naturaleza del negocio jurídico, se plantea la sentencia si tal pacto sucesorio puede considerarse admitido en el Derecho civil de Mallorca, inclinándose por la conclusión negativa y señalando que “el art. 6 de la Compilación prevé como contrato sucesorio, únicamente, las donaciones universales de todos los bienes presentes y futuros, y de ello los comentaristas, aunque con matices, deducen la imposibilidad de otro tipo de pactos sucesorios”.

También los protocolos notariales nos revelan la total inexistencia histórica de pactos sucesorios referidos a una disposición a título particular, pues el Derecho histórico que aplicaban estaba influido por las ideas romanas que imponían la revocabilidad de las disposiciones sucesorias (*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad citae supremum exitum*), con la única excepción de las *donatio omnium bonorum*.

Sin embargo, y según se ha indicado líneas atrás, la actual ley sucesoria catalana adopta una actitud permisiva, diciendo el art. 431-1 que “en pacto sucesorio, dos o más personas pueden convenir la sucesión por causa de muerte por cualquier de ellos, mediante la institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título particular”; y, a continuación y en dos secciones distintas, pasa a tratar de los heredamientos o pacto sucesorio de institución de heredero y de lo que denomina “pactos sucesorios de atribución particular”.

Como es lógico, en el preámbulo se dan pistas sobre la motivación de la sustancial modificación. Vale la pena exponerlas a continuación. “El Derecho catalán –se dice– ha conocido tradicionalmente los pactos sucesorios en forma de donación universal o heredamiento. Estos pactos, como es sabido, eran el vehículo de transmisión intergeneracional de los patrimonios familiares, de base típicamente agraria, por medio de la institución de heredero único convenida en capítulos matrimoniales. Pese a la importancia histórica de los heredamientos, su regulación, anclada en una realidad socioeconómica y una concepción de las relaciones familiares propias de otra época, resultaba más útil para interpretar capítulos matrimoniales antiguos que como instrumento de planificación sucesoria. A partir de esta premisa, sin renunciar al bagaje conceptual heredado de la tradición jurídica catalana en torno a los heredamientos, el libro IV regula los pactos sucesorios de una forma mucho más abierta y flexible”. Y, a continuación, como rasgos esenciales de la nueva regulación, señala el hecho de desligarse el pacto sucesorio de su contexto matrimonial, dejando de ser un requisito esencial su otorgamiento a través de capítulos, y que el contenido del mismo no se limita a la institución de heredero, previendo la posibilidad de atribuciones particulares equivalentes a los legados en la sucesión testamentaria.”

¿Sería conveniente introducir un régimen similar en nuestro Derecho? De entrada podría creerse que lo lógico –en evitación siempre de que la donación universal se pueda convertir en una muerte civil anticipada del donante– es que éste pueda disponer, con las más amplias facultades posibles, *inter vivos y mortis causa*, tanto de los bienes futuros –pues entraron en su patrimonio después de otorgada la donación universal– como de los excluidos y reservados. Reconociéndole esta amplia disponibilidad *mortis causa*, es obvio que ésta puede ejercitarse mediante codicilo, que

incluso podría ser otorgado de manera ológrafa o por unas memorias testamentarias que valieran como tal codicilo ológrafo. Por ello, al existir estas posibilidades de disposición, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, no parecería necesario romper la tradición jurídica mallorquina, admitiendo un pacto sucesorio de ordenación de legado que no tiene precedentes en nuestro Derecho.

Por uno de los Académicos se manifiesta que ve asimismo viable la posible atribución de legados mediante testamento, cuando éste fuera meramente complementario de una donación universal anterior, en la que ya se ha designado heredero en la persona del donatario; lo cual, incluso, viene auspiciado por el actual art. 10 Comp.

Por el contrario, la mayoría considera que, para estos supuestos, es más apropiada la utilización del codicilo, dada la total eficacia del mismo para la atribución de legados y la consideración de la institución de heredero como requisito esencial para la validez del testamento. Aunque también se apuntó que, dado lo dispuesto en el art. 17 Compilación, el testamento de mera atribución de legados complementario de la donación universal siempre podría valer como codicilo por propia disposición legal.

Y fuera de la sucesión contractual, la disposición *mortis causa* de los bienes particulares se ha venido haciendo tradicionalmente por la vía del testamento –como complemento en este caso de la necesaria institución de heredero–, del codicilo y de las memorias testamentarias, por lo que *prima facie* no se manifiesta como necesaria una reforma de tanto calado.

Pero no puede olvidarse, por otra parte, que la realidad jurídica actual nos muestra la necesidad de prever –y a ser posible solventar– los problemas que pueden suscitarse en la sucesión de las empresas, particularmente en las llamadas empresas familiares o pequeñas empresas. Por ello han hecho acto de presencia, en la vida jurídica, los llamados protocolos familiares, que incluso han sido objeto de regulación –en lo que atañe a su publicidad– por el R.D. 171/2007 de 9 de Febrero, en cuyo preámbulo leemos: “una gran parte del tejido empresarial español está formado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir, aquéllas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí. Esta realidad económica, jurídica y social obliga a tomar en consideración sus peculiaridades y la lícita regulación de sus propios intereses, *especialmente en relación a la sucesión de la empresa familiar, removiendo obstáculos y dotando de instrumentos al operador jurídico*”.

Es indudable que la determinación actual, y de manera irrevocable, de las personas a quienes pasarán, a la muerte de los socios, sus acciones o participaciones constituye un instrumento sumamente importante para

planificar debidamente la sucesión de la empresa. Pero es también cierto que el único molde jurídico a través del cual realizar dicha planificación que ofrece el Derecho sucesorio mallorquín puede que en muchas ocasiones no sea el adecuado. Y ello es así porque la donación universal convierte al donatario en heredero del donante, y es muy probable que, en muchos casos, el propósito de los actuales socios sea simplemente la designación irrevocable de los futuros titulares de su participación social y no la conversión de éstos en sus herederos universales.

Evidentemente, ayudaría, en estos supuestos, poder acudir a un pacto sucesorio –como tal irrevocable– en el que simplemente tuvieran cabida las disposiciones *mortis causa* a título particular, como futuros legados a favor de las personas designadas.

Es obvio que, de optarse por la admisión de esta figura, habría de establecerse una regulación distinta de la de la donación universal, en la que, posiblemente, podrán tenerse en cuenta los aspectos que a continuación se relacionan.

En primer lugar la conceptualización de la figura, tal vez denominándola *pacto sucesorio de atribución particular o pacto de ordenación de legado* –siendo esta última denominación juzgada más acertada por los Académicos–, diciendo que tales atribuciones surtirían efecto tras la muerte del ordenante y que son irrevocables; aunque, excepcionalmente, podría proceder la revocación por incumplimiento de cargas o ingratitud, de acuerdo con lo establecido para la donación universal. También el régimen de la acción revocatoria sería similar, a excepción de lo relativo al reintegro de bienes, por no existir aquí transmisión de presente. Y sería de aplicación también a este pacto sucesorio lo establecido en la donación universal en cuanto a la forma de la disposición y capacidad de los sujetos, con posibilidad de otorgarse a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente.

Y, además, como regulación específica de este pacto, posiblemente deberían tenerse presentes los siguientes temas: la indisponibilidad del bien legado por parte del ordenante, salvo que el beneficiario lo autorice; la ineficacia sobrevinida del pacto por mutuo disenso; la pérdida o deterioro del bien legado (en cuyos supuestos, según el art. 431.30.2 de la ley sucesoria catalana, si son imputables al causante, el favorecido puede exigir al heredero su valor), la premoriencia del beneficiario (que arrastra, salvo pacto en contrario, la ineficacia del pacto, según el art. 431.30.3), y, contrariamente, la subsistencia y eficacia del pacto aunque el heredero no acepte la herencia, pudiendo, en todo caso, el beneficiario tomar por sí mismo posesión del bien legado. Es de destacar, finalmente, que, según el art. 431.30.5, en defecto de lo que se haya convenido sobre las atribuciones

particulares, se aplican las normas de los legados, en aquello que sean compatibles con su naturaleza irrevocable.

Habiendo sido invitado a formar parte de esta Comisión académica, en base a lo dispuesto en el art. 23 de los estatutos, el Notario D. Carlos Jiménez Gallego, por el mismo se presenta un informe expresivo de la posible regulación de estos pactos de ordenación de legado, el cual se somete a la consideración de los miembros de la Comisión, así como las aportaciones realizadas sobre el particular por los Sres. Monserrat, Quintana y Masot.

Tras el examen de todo ello, entienden los miembros de la Comisión que sería plausible que se acometiera en su día la regulación del pacto sucesorio de ordenación de legado, pudiendo ser la misma la que a continuación pasa a exponerse.

Por el pacto sucesorio de ordenación de legado pueden realizarse atribuciones a título particular, que no confieren al beneficiario la cualidad de heredero, pero sí le atribuyen, al fallecimiento del ordenante, los bienes objeto del pacto. Por la mayoría de los miembros de la Comisión se entiende que sería preferible la palabra “atribuyente” en vez de “ordenante”, pero lo cierto es que se ha empleado ésta por contenerse en el párrafo de manera repetida las palabras “atribuciones” y “atribuyen”.

Dicho pacto es irrevocable, pero podrá ser dejado sin efecto por mutuo disenso, así como revocado –solamente por el ordenante (o por el atribuyente)– en los mismos casos que la donación universal.

También podrán establecerse en el pacto limitaciones, condiciones, sustituciones y cargas –incluso con eficacia resolutoria– conforme a lo preceptuado para la sucesión testada.

Fallecido el ordenante (o el atribuyente), el beneficiario adquirirá los bienes objeto del legado, pudiendo por sí solo tomar posesión de los mismos e inscribirlos a su favor, salvo el caso en que hubiere legitimarios, en cuyo supuesto precisará de su consentimiento.

El beneficiario no podrá renunciar al legado pactado.

En caso de premoriencia o comoriencia del mismo, se entiende transmitido a sus herederos su derecho sobre el legado, salvo pacto en contrario.

El pacto de ordenación de legado modifica –en el ámbito de su objeto– los testamentos y codicilos anteriores, no afectándole los posteriores.

Los requisitos de forma y los relativos a la capacidad de los sujetos para el otorgamiento de este pacto serán los establecidos con carácter general para la donación universal.

Lo ordenado por el atribuyente se entenderá sin perjuicio de los derechos de los legitimarios y acreedores y no afectará al posible derecho de los herederos para detraer la cuarta falcidia y, en su caso, la trebeliánica”.

Tal vez se podrían añadir a éstas las siguientes disposiciones:

“Una vez otorgado el pacto de ordenación de legado, el atribuyente no podrá disponer ni gravar los bienes objeto del mismo, salvo que el beneficiario lo autorice.

En caso de pérdida o deterioro del bien legado, así como en los de enajenación o gravamen por parte del instituyente –contraviniendo lo establecido en el párrafo anterior– el beneficiario podrá exigir al heredero del instituyente su valor, salvo, en caso de deterioro o gravamen, que el heredero esté en condiciones de cumplir en los términos convenidos. (La disposición, tomada de la ley sucesoria catalana, salva la irrevocabilidad del pacto, pues, de no responder el heredero del instituyente, es obvio que éste podría dejar sin efecto el pacto con tan solo disponer de los bienes objeto del legado).

En defecto de lo que se haya convenido en el pacto de ordenación de legado, se aplicarán las normas de los legados, en cuanto resulten compatibles con su irrevocabilidad.

4.- ARTICULO 8. LA DONACIÓN UNIVERSAL COMO CONTRATO. SUS EFECTOS.

A) El texto actual del artículo 8.

El precepto ha sufrido, en su párrafo 2º, modificaciones. En principio, y por imperativo de la ley 15/2005 de 8 de Julio, la remisión que efectuaba al art. 4.3 de la Compilación venía afectada por la necesidad de entender eliminadas las palabras “cuando sean imputables a éste los hechos que lo causaren” referidas a la separación y al divorcio, al proscribir la causalidad en estas figuras jurídicas..

Además, como es sabido, la ley autonómica 3/2009 de 27 de Abril ha modificado el párrafo 2º del precepto, que pasa a tener el siguiente tenor literal:

“La donación universal es valedera de presente e irrevocable. No obstante, puede ser revocada solamente por el donante en los supuestos previstos en los apartados a y b del art. 7 bis, en el caso de incumplimiento de cargas e ingratitud. Se considerarán causas de ingratitud las del tercer párrafo del art. 4.3 de esta Compilación. También pueden dejarse sin efecto o modificarse por acuerdo del donante y del donatario o de los herederos

de éste, consignado en escritura pública. En su caso, será de aplicación el art. 1342 del Código civil”.

Los párrafos 1º, 3º y 4º del art. 8º mantienen su anterior redacción.

B) El párrafo 1º del art. 8. Los bienes presentes incluidos en la donación universal.

Este párrafo establece los efectos de la donación universal, consistentes en conferir al donatario la cualidad de heredero contractual del donante y transmitirle los bienes presentes incluidos en ella.

La primera frase no plantea problema alguno, siendo totalmente acertado el adjetivo “contractual” que acompaña a la palabra “heredero”, ya que al otorgarse la donación universal se confiere al donatario la cualidad de heredero, y éste lo será en virtud de dicho contrato, a diferencia del heredero testamentario.

Mayores problemas plantea la cuestión de los bienes presentes. Hay que destacar, de entrada, que la transmisión que la donación universal lleva consigo no afecta a todos los bienes presentes del donante, sino tan sólo –como dice el precepto– a los “incluidos en ella”. En unos preceptos posteriores –el art. 11– se nos dice que “no afectará a la universalidad de la donación la exclusión de determinados bienes presentes”. En realidad, si relacionamos ambos preceptos e interpretamos *a contrario* la expresión “bienes presentes incluidos en ella”, es fácil llegar a la conclusión de que el efecto transmisivo opera tan sólo respecto de los bienes que se hayan descrito, o, al menos, relacionado, en la propia escritura de donación universal, mientras que el resto de bienes presentes del donante estará fuera de tal efecto transmisivo y sólo pasarán al donatario universal al fallecimiento del donante si éste no ha dispuesto de tales bienes. Tal solución parece la más acorde con la interpretación que debe darse a la donación universal, ya que no parece correcto entender transmitidos unos bienes que no aparecen ni siquiera mencionados en la escritura; y, por otra parte, ello armoniza con la conveniencia de interpretar siempre este negocio jurídico sucesorio de la manera más favorable para el donante universal.

De todas formas, en evitación de dudas que pudieran surgir, tal vez no estaría de más llevar al art. 11 –regulador de las reservas y exclusiones– un precepto expresivo de que “*tendrán la consideración de bienes excluidos aquellos que no hubieran sido descritos o mencionados en la donación universal*”.

La segunda cuestión que se puede plantear, en este ámbito, es la de si en la donación universal debe existir necesariamente alguna transmisión de

presente. Masot Miquel, en su libro dedicado a la institución, expresa que muchas de las escrituras históricas que examinó se limitaban a contener la fórmula sacramental –donación universal de bienes presentes y futuros– y añadir la importante consecuencia de que con ello se hace al donatario heredero universal del donante, sin que ello fuera acompañado de transmisión o mención de bienes presentes.

Sin embargo, debe reconocerse que son atinadas las consideraciones que sobre el particular realizan tanto Jiménez Gallego como Ferrer Vanrell, al expresar que otorgarse una donación universal sin transmisión actual de bienes choca con la regla de que sin transmisión de presente (aunque su efectividad quede aplazada) no hay donación, y la figura que se está contemplando no es un mero pacto sucesorio sino una donación con un pacto sucesorio. Puede apoyarse también esta opinión en la interpretación *a contrario* del art. 11, que, al señalar que no afecta a la universalidad de la donación la exclusión de determinados bienes presentes, nos viene a decir que sí la afectaría la exclusión de *todos* los bienes presentes.

En realidad, la existencia de este último precepto creo que hace innecesaria una reforma legislativa que exigiera la constancia en la escritura de al menos un bien transmitido para que se esté ante una donación.

Una última cuestión, en este punto, se plantea sobre el alcance de la responsabilidad por deudas en cuanto a los bienes presentes transmitidos. Según ha indicado la doctrina (Masot Miquel), una vez verificada la donación universal los bienes presentes objeto de la misma quedan afectos a la responsabilidad patrimonial del donatario, en su totalidad, si la donación es valedera y efectiva de presente, o en lo que afecta a la nuda propiedad, si contiene la cláusula de valedera de presente y efectiva a la muerte del donante. Consiguientemente, los bienes transmitidos desaparecen del patrimonio del donante universal, y no se pueden ya hacer efectivos con ellos los créditos que se tengan contra el donante. Tan sólo en el caso de que la donación universal se hubiera hecho en fraude de acreedores, se podría, por éstos, invalidar la misma mediante el ejercicio de la acción pauliana según las reglas del art. 1111 Cc.

No es éste, en cambio, el criterio del Derecho catalán, pues el art. 431-26 de la ley 10/2008 de 10 de Julio nos dice que el heredero instituido en heredamiento sólo responde de las deudas del heredante anteriores al heredamiento con los bienes transmitidos de presente y previa excusión de los bienes y derechos que el heredante se haya reservado; no respondiendo en cambio el heredero de las deudas del heredante posteriores al heredamiento. En Derecho catalán, pues, los bienes presentes transmitidos quedan afectos, aunque de manera subsidiaria, a la responsabilidad por las deudas del heredante anteriores al heredamiento.

Se puede meditar sobre la conveniencia de introducir un precepto similar en nuestro Derecho. De todos modos, la experiencia en el campo judicial nos muestra que no sería difícil la rescisión de una donación universal hecha en fraude de acreedores, por el alcance del art. 1297 Cc, que establece una verdadera presunción *iuris et de iure* al proclamar que se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

C.- Las causas de revocación.

El párrafo 2º del art. 8º, en su actual redacción, es un ejemplo de defectuosa técnica legislativa al contener, en su solo párrafo, tres remisiones a diferentes preceptos legales.

Al objeto de clarificar la cuestión, posiblemente sea procedente exponer cuales son las causas de revocación de la donación universal, que pasarían a ser las siguientes:

1.- La condena en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o causado lesiones graves al donante, cónyuge, pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes (art. 7 bis a).

2.- La condena en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual si el ofendido es el donante o alguna de las personas con él mismo relacionadas indicadas anteriormente (art. 7 bis b).

3.- Incumplimiento de cargas.

4.- Cometer algún delito el donatario contra la persona, honor o bienes del donante (art. 648 1º Cc).

5.- Imputar el donatario al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se haya cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o hijos constituidos bajo su autoridad (art. 648 2 Cc).

6.- Negar el donatario al donante indebidamente los alimentos (art. 648 3º).

7.- Incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.

8.- Anulación del matrimonio si el donatario ha obrado de mala fe.

9.- Separación.

10.- Divorcio.

Como es lógico, las causas indicadas con los números 7 a 10 hay que entenderlas referidas exclusivamente a las donaciones universales entre

cónyuges. Precisamente ya de entrada pueden plantearse algunas cuestiones. En concreto, ¿sería aplicable la causa 7 también a las parejas estables en caso de darse el incumplimiento de deberes establecidos por la ley de parejas estables 18/2001 de 19 de Diciembre? ¿El concepto de separación ha de circunscribirse a la separación judicial o puede comprender también la separación de hecho?. A mi juicio, el hecho de que la donación universal lleve consigo –además de una posible transmisión de bienes presentes– un hecho de tanta trascendencia, cual es el de convertir al donatario en sucesor universal del donante, podría dar lugar a una respuesta afirmativa a las preguntas formuladas. Y, para mayor seguridad jurídica, sería plausible que así se dijera en el texto legal.

Meditando también sobre las diferentes causas expuestas, salta a la vista que la causa de revocación número 4 es más amplia que las indicadas bajo los números 1 y 2 al dar lugar a mayor número de tipos delictivos de los especificados en estos últimos números. Sin embargo también es cierto que la causa 4 hace referencia tan sólo al donante como persona ofendida por el delito, sin consideración a otras personas relacionadas con el mismo. Indudablemente, una buena técnica legislativa exigiría dar nueva redacción a las causas mencionadas y, en su caso, agruparlas.

Por otra parte, llama la atención el hecho de que la remisión que el art. 8.2 efectúa al art. 7 bis se circunscriba, tan sólo, a los apartados a) y b) del mismo, excluyendo, por tanto, el apartado f) que recoge un supuesto que podría encajar perfectamente en la donación universal, como es el hecho de haber inducido u obligado al donante a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias o haberle impedido otorgarlas, modificarlas o revocarlas. Es obvio que todo ello tiene más trascendencia en el contrato sucesorio que en el testamento, dada su irrevocabilidad.

En la Comissió Assessora de Dret Civil, al tratar de las donaciones por razones de matrimonio y de las donaciones entre cónyuges, no se ha considerado como causa de revocación de las mismas la separación judicial y el divorcio, por entender que aquellos negocios jurídicos se tienen que considerar en el contexto del momento en que se otorgaron, y si, en aquel momento, existió *animus donandi*, no queda el mismo desvirtuado por los avatares ulteriores de la pareja. Aparte de poder dar lugar a una tremenda complicación de los procesos de crisis matrimonial la posibilidad revocatoria –por el mero juego de la misma– de todas las donaciones de cualquier índole –incluyendo, también inversiones de un cónyuge en bienes del otro y situaciones similares– que entre los cónyuges se hubiesen realizado.

En cambio, en contemplación de la donación universal, que supone asimismo un nombramiento de futuro heredero del donante, no parece ilógico que la separación o el divorcio sean causa de revocación, aunque

sería preferible que la ley concretara si debe tratarse de una separación judicial o es suficiente la separación de hecho, pareciendo esto último lo atinado, según proceder de la totalidad de Académicos.

Por lo que atañe al incumplimiento de cargas, Jiménez Gallego señala el contraste de esta causa revocatoria con el art. 16.3 Comp., expresivo de que el incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a su resolución, aunque estima que esta última norma es sólo supletoria de la voluntad del testador –en este caso del donante– expresada en el testamento –o sea en la donación universal–. Realmente no existe tampoco una contradicción absoluta, si se tiene en cuenta la doctrina sentada por el Sala Civil de nuestro TSJ, en su sentencia 4/2005 de 24 de Noviembre (Ponente Sr. Muñoz Jiménez), que da trascendencia revocatoria al modo causalizado, que aparece cuando la carga impuesta se configura como el único o primordial fin que se espera conseguir mediante la atribución mortis causa. En todo caso, al poder ser ejercitada la acción revocatoria únicamente por el donante, es evidente que queda salvado el principio *semel heres semper heres*.

¿Es oportuno considerar, de cara a una posible reforma legislativa, la existencia de alguna otra posible causa de revocación? Masot Miquel, en su libro sobre la donación universal, editado en 1976 –vigente, por tanto, la Compilación de 1961– abogaba por la aplicabilidad a la institución de las tres causas revocatorias establecidas por el Código civil, y, consiguientemente, también por la supervivencia o sobreveniencia de hijos. Y ello a pesar de reconocer que no tenía esta causa revocatoria un tratamiento en la doctrina excesivamente favorable, pero una serie de argumentos jugaban a favor de la misma; y, en particular, el hecho de no estarse ante una donación simple, sino ante una donación que entrañaba también la institución de heredero a favor del donatario. En este caso, realmente va contra la voluntad del causante, como ley suprema de la sucesión, el hecho de no poder revocar el donante una donación universal realizada en favor de un extraño o de un familiar de grado colateral, si, con posterioridad se produce la supervivencia o sobreveniencia de hijos.

En el Derecho comparado encontramos una amplia y curiosa causa de revocación que, posiblemente, podría incluir el supuesto que se está contemplando, al permitir la misma “*por el hecho de producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento*” (del pacto sucesorio). ¿Sería aconsejable introducir una causa similar en nuestro Derecho?.

Realmente el texto transcrito no deja de suscitar discrepancias. Hay quien dice que estamos ante una entronización legal de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuya aplicación es propia de los Tribunales de Justicia y para

casos excepcionales, corriéndose el riesgo de un uso excesivo y perturbador cuando ello viene propiciado por una norma legal, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica. Frente a esta opinión mayoritaria, se manifiesta también la posible aceptación de una disposición de tal índole, por entender que las exigencias del precepto legal (cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyen el fundamento del pacto sucesorio) ahuyenta de por sí la temida proliferación de revocaciones fundadas en el mismo; lo cual se conjuga con el hecho de que un precepto de tal índole juega en beneficio del donante, parte contractual que debe ser protegida, dado el carácter restrictivo de la donación y la irrevocabilidad de la institución de heredero insita en la donación universal.

En lo que sí están todos los integrantes de la Comisión de acuerdo es en la admisión de la supervivencia o sobreveniencia de hijos del donante universal como causa de posible revocación de la disposición.

D.- Régimen de la acción revocatoria.

Es una laguna de nuestra Compilación que debe ser colmada, de acuerdo con la disposición transitoria 1ª, con los preceptos del Código civil, que en este caso son los arts. 644 y ss.

Sin embargo, parece que sería lo más lógico –en un Ordenamiento jurídico familiar y sucesorio en teoría completo, cual es el nuestro– que se estableciera el régimen de las acciones de revocación.

A continuación paso a transcribir una serie de preceptos procedentes del anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio que está elaborando la Comissió Assessora de Derecho civil, dado que los mismos podrían ser de aplicación en el presente caso. Lo que sí debe tenerse en cuenta, en materia de donación universal, es que las acciones revocatorias tan sólo podrán ser ejercitadas por el donante, y nunca por su heredero que, lógicamente, no será otro que el donatario universal.

En este sentido sería conveniente establecer un plazo corto de caducidad para la acción revocatoria, que podría ser el de un año, a contar desde que el donante tuviere conocimiento de la causa de revocación. En cuanto a los efectos de la misma, una vez declarada judicialmente, el donatario quedaría obligado a reintegrar al donante los bienes transmitidos de presente, con los frutos producidos desde la interposición de la demanda. Se mantendrían los derechos adquiridos por terceros de buena fe sobre los bienes donados con anterioridad a la interposición de la demanda. Si el reintegro de alguno o algunos de los bienes donados no fuere posible, el donatario vendría obligado a reembolsar al donante su valor al tiempo de interposición de la demanda. Y si estuvieren gravados, el donante podría optar entre exigir

dicho valor o recibir el bien con una compensación equivalente a la depreciación que supone el gravamen.

E.- La donación universal otorgada por razón de matrimonio.

Es evidente que no se trata de cualquier donación universal entre cónyuges, sino que se está ante una otorgada entre personas no casadas, siendo causa del negocio jurídico la celebración de un ulterior matrimonio.

Sobre ella se limita a decir el art. 8º que “en su caso, será de aplicación el art. 1342 del Código civil”. Obviamente tal laconismo no es lógico que se mantenga, sino que es precisa una declaración expresa sobre el tema.

Históricamente las donaciones universales por razón de matrimonio se daban con mucha frecuencia, a diferencia de lo que ocurre hoy en día, en que la abundancia de divorcios y separaciones no concuerda en modo alguno con el hecho de otorgar los futuros contrayentes un negocio jurídico de donación e institución de heredero en contemplación del matrimonio en proyecto.

Sobre la donación por razón del matrimonio del Código civil la doctrina ha venido señalando, unánimemente, que, para la misma, el ulterior matrimonio constituye una *conditio iuris* determinante de su eficacia. Sin embargo discrepa ya la doctrina sobre las consecuencias de no celebración del matrimonio, señalándose, por parte de un sector de la misma, que el negocio jurídico donacional no puede surtir ningún efecto hasta que tenga lugar su celebración, en cuyo caso si se ha transmitido la cosa donada el donatario poseerá en situación semejante a la de un depositario, mientras que otro sector nos indica que en la donación por razón de matrimonio, la inexistencia de éste funcionaría como condición resolutoria, pero habiendo surtido el negocio jurídico efecto con anterioridad.

Meditando sobre ambas posturas, es evidente que una donación universal otorgada por razón de matrimonio, por su trascendencia al incluir un pacto sucesorio, no puede surtir el más mínimo efecto si éste no se celebra; y también lo es que el donante debe ostentar las acciones judiciales más vigorosas para destruir los efectos de la donación si ésta se ha ya ejecutado. Con ello se quiere decir que estas acciones deben ser de nulidad absoluta, al objeto de gozar de la imprescriptibilidad y de la amplia legitimación, que sólo exigiría el interés para su ejercicio. Sin embargo, la mayoría de los integrantes de la Comisión considera que ello ya quedaría implícito en la declaración legal de ineficacia de la donación universal para estos supuestos.

De acuerdo con ello, podría sustituirse la actual referencia del art. 8º por un párrafo expresivo de que “*la donación universal otorgada por razón de*

matrimonio se entenderá siempre condicionada a la celebración del mismo dentro del plazo de un año, quedando ineficaz si no tuviere lugar”.

Jiménez Gallego, al tratar de las donaciones por razón de matrimonio, señala que en ningún caso habrá que estar a las causas de revocación de las donaciones por razón de matrimonio (lo que, de paso, complicaría aún más la cuestión) en el supuesto de que el beneficiario de la donación universal sea el cónyuge del donante, pues no creemos –dice– que la causa (en sentido técnico) de la donación universal sea el matrimonio, sino la regulación bilateral (irrevocable) del destino post-mortem de los bienes del donante.

Sin perjuicio de reconocer que constituye la finalidad de la donación universal la regulación post-mortem de los bienes del donante, creemos que se integra también en la causa de la atribución el hecho del matrimonio proyectado entre donante y donatario, ya que es en virtud del mismo que se instituye a éste heredero. Por ello parece entrar dentro de la lógica la nulidad absoluta del negocio jurídico si el matrimonio no se ha celebrado. Y, una vez que el mismo ha tenido lugar, entrarían en juego las posibilidades revocatorias previstas para la donación universal entre cónyuges.

F.- Mutuo disenso.

Aunque en la Compilación de 1961 no se había expresado la posibilidad de su existencia, es lo cierto que la misma aparece consagrada por la tradición histórica ya que eran muy frecuentes las llamadas *retrodonaciones*, mediante las cuales se dejaba sin efecto la donación universal.

Hoy, por el contrario la posible existencia del mutuo disenso está proclamada en el art. 8 de la Compilación de 1990 al decir que “también puede dejarse sin efecto o modificarse por acuerdo del donante y del donatario, o de los herederos de éste, consignado en escritura pública”.

Obviamente el precepto merece ser mantenido, al concordar con nuestra tradición histórica, y exigir, por otra parte, un complemento formal cual es la escritura pública que, en estos supuestos de extinción o de novación, se presenta como absolutamente necesario.

La única cuestión se plantearía sobre la conveniencia –o innecesidad en su caso– de exigir la concurrencia, junto a los herederos del donatario, de las personas que ostentan derecho a legítima en su herencia.

Masot Miquel, en sus Comentarios, concluía con la necesaria presencia de unos y otros en los supuestos de extinción convenida de la donación universal. De entrada, debe tenerse en cuenta que la palabra *herederos* no incluye *per se* a los legitimarios. Como indica Ferrer Pons, también en sus Comentarios, “en la Compilación balear y por lo que hace referencia a Mallorca

y Menorca, ni es necesario que los legitimarios sean instituidos herederos (así el art. 48 contempla el caso de legitimarios legatarios), ni tienen la consideración de herederos por el solo hecho de ser legitimarios; sólo lo serán si el testador, o a falta de testamento o invalidez del mismo, la Ley, les llama a tal título, o sea, llamamiento testamentario o legal en la sucesión intestada”.

Refuerza la tesis la consideración de que, en el supuesto contemplado, el donatario ha fallecido, con lo cual *sus* legitimarios no tienen meras expectativas, sino un derecho a la legítima, en ejercicio del cual pueden ejercitar las acciones de petición y división de herencia y promover el juicio de testamentaría *ex* art. 47 párrafo 1º.

Por lo tanto es lógico que sea preciso el consentimiento de los legitimarios del donatario para dejar sin efecto una donación universal, en la cual se contempla un derecho a la herencia del donante, del que era titular el donatario fallecido, que podría tener un obvio contenido e interés patrimonial. Incluso en el caso de haber dispuesto el donatario premuerto que las legítimas se paguen en metálico, es lógica también la exigencia de la presencia de los legitimarios para dejar sin efecto la donación universal, desde el momento que el art. 48 párrafo 6 establece la afección de todos los bienes de la herencia al pago de la legítima en dinero. Y entre estos bienes hay que incluir, como es natural, el derecho a heredar del donante. Ello podría dar lugar a un texto legal expresivo de que *“también puede dejarse sin efecto o modificarse por acuerdo del donante y del donatario –y, de haber éste fallecido, sus herederos y legitimarios– consignado en escritura pública”*

G.- Premoriencia.

Ha sido una cuestión muy controvertida la de si la premoriencia del donatario respecto del donante extingue la donación universal; aunque históricamente no solía producirse este efecto debido a dos circunstancias concurrentes: el hecho de otorgarse generalmente estas donaciones a favor del donatario y, en caso de fallecimiento de éste, de sus hijos y descendientes, configurando por tanto una sustitución vulgar, y el establecimiento –cuando el donatario no tenía hijos– del pacto reversional. Evidentemente tal pacto no sería necesario de haberse entendido que la premoriencia del donante produciría sin más la ineficacia de la institución.

La Compilación de 1990 optó por la consideración de que la premoriencia –lógicamente salvo pacto en contrario– no afecta a la subsistencia de la donación, transmitiendo *mortis causa* el donatario a sus herederos todos los derechos adquiridos en virtud de la donación universal. Posiblemente se tuvo en cuenta que, al existir generalmente en estas donaciones una

importante transmisión de bienes presentes, no era natural que el donatario de estos bienes no sea también el sucesor del donante y, por tanto, la persona que responderá, en su caso, de sus deudas. Aparte del hecho de que siempre tendría el donante la amplia posibilidad de disponer de los bienes futuros a favor de otra persona.

Sin embargo, si interpretamos la donación universal desde una óptica favorable al donante –lo cual entra dentro de la lógica, ya que es quien ha transmitido sus bienes y renunciado a nombrar heredero a persona distinta del donatario– no acaba de resultar plausible el supuesto de encontrarse el donante, por premoriencia del donatario, con un futuro heredero –por serlo de éste– al cual nunca habría favorecido con donación o ventaja alguna.

Ello explica que el supuesto haya sido controvertido. La ley sucesoria catalana da –en el art. 431-24– una solución bastante razonable, estableciendo como regla general, para el supuesto de premoriencia del heredero, la ineficacia del heredamiento –salvo, claro está, pacto en contrario–, pero permitiendo su subsistencia si el heredero premuerto es descendiente del heredante y deja descendientes, en cuyo caso se les transmite su cualidad de heredero contractual. Y en el caso de que el heredero hubiere fallecido ab intestato, da facultades al heredante para escoger a uno de los hijos o descendientes de aquél como sustituto del heredamiento, debiéndolo hacer en escritura pública irrevocable o en testamento.

No es unánime entre los miembros de la Comisión la aceptación de una regla similar para nuestro Derecho. La mayoría opina que la misma no deja de ser innecesaria, pues es frecuentísimo el establecimiento de sustituciones para el caso de premoriencia del donatario, así como, el del pacto reversional en ausencia de las mismas; considerándose también que, en ciertos casos, la regla transcrita es complicada, pues obliga al donante a realizar una nueva elección.

En todo caso, deben tenerse en cuenta los argumentos que avalaron la consideración de que la premoriencia del donatario no daba lugar a la posible revocación, que se pueden resumir en el hecho de ir acompañada generalmente la donación universal de una importante transmisión de bienes presentes –que de por sí sería intocable– y quedarle siempre al donante la posibilidad de disponer inter vivos de los bienes futuros. De todos modos, la cuestión no deja de ser discutible.

H.- Preterición.

Era una constante histórica de la donación universal un respeto casi sagrado por las legítimas, no faltando en ellas, normalmente, las reservas para pago de legítimas. Al redactarse la Compilación de 1990 se impuso una

vez más en esta materia –seguramente con buen criterio– el carácter contractual de la donación universal, estableciéndose que la preterición no podría dejar sin efecto la institución, sin perjuicio, claro está, del derecho de los preteridos a reclamar su legítima. Como al tratar de la preterición no hace el precepto distinción alguna, es evidente que hace referencia tanto a la preterición intencional como a la errónea.

Posiblemente la regla es enteramente plausible, pues no parece oportuno dejar en mano del legitimario preterido –sin merma de su derecho a la legítima, cual es lógico– la posibilidad de anular la donación universal. Aunque, y cual se ha dicho antes, creemos que sí debería tener el donante universal la facultad revocatoria en los casos de supervivencia o sobreveniencia de hijos o descendientes.

5.- ARTICULO 9. LA DONACIÓN UNIVERSAL COMO PACTO SUCESORIO. SUS EFECTOS.

A.- Indicación general.

Este precepto establece los efectos primordiales de la donación universal contemplada desde una óptica sucesoria. Y se comienza por el efecto fundamental, que es convertir al donatario en heredero o sucesor del donante. A continuación se relacionan la innecesidad de aceptar la herencia, la no posibilidad de repudiación, el posible uso del beneficio de inventario y la no detracción de la cuarta falcidia, de no haberse pactado expresamente; pudiéndose decir, respecto a esta última, que es absolutamente infrecuente –por no decir inexistente– en las escrituras de donación universal un pacto que confiera derecho a la misma.

Todo ello plantea, presumiblemente, poca problemática. Tal vez podría perfilarse, empero, con mayor nitidez la extensión del inventario a realizar en caso de hacerse uso del beneficio de inventario. El precepto nos dice que el mismo “comprenderá los bienes del donante que no hubieren sido transmitidos de presente al otorgarse la donación”. Pero lógicamente el donante puede haber dispuesto de estos bienes excluidos o reservados, y, por lo tanto, de no hallarse en su patrimonio al tiempo de su fallecimiento, en modo alguno pueden pasar a integrarse en el inventario a realizar.

Por otra parte, el precepto omite cualquier referencia a los bienes futuros; y es obvio que los mismos deben inventariarse si no ha dispuesto de ellos el donante y se transmiten a su fallecimiento al donatario universal. En congruencia con las reflexiones que anteceden, tal vez el texto legal podría precisar que *el inventario comprenderá todos los bienes que integran el patrimonio del donante al tiempo de su fallecimiento*. Con lo cual es de la

mayor evidencia: que los bienes presentes transmitidos al donatario no se incluyen porque pasaron en su momento al patrimonio del donatario, y que los bienes excluidos, reservados y futuros solo se incluirán en el inventario si no había dispuesto de ellos el donante, ya que, de haberlo hecho, no se integrarían en su patrimonio.

Y ello nos sitúa ante uno de los temas mas importantes en el contexto de la institución, cual es el de las facultades de disposición por parte del donante, ya que los preceptos de la Compilación de 1990 no dejan de dar lugar a confusionismo. Precisamente éste empieza en el párrafo segundo del precepto en el que nos encontramos.

B.- Los bienes que hereda el donatario universal y las facultades de disposición del donante.

Indudablemente, los bienes que heredará el donatario universal serán aquellos de los que no haya dispuesto el donante. Por lo tanto se impone pasar revista, de una parte, a cuatro categorías de bienes en su relación con la donación universal: los no incluidos en ella, los expresamente excluidos de ella, los objeto de reserva de disposición y los futuros; y, de otra parte, se impone el estudio de las posibles facultades de disposición del donante respecto de estos bienes, tanto inter vivos como mortis causa y tanto de manera onerosa como gratuita.

Por lo que respecta a los bienes no incluidos, expresamente excluidos y reservados es evidente que el donante conserva sobre los mismos amplias facultades de transmisión inter vivos, pues estos bienes no fueron objeto de transmisión al donatario universal al efectuarse la donación. Y también cabe la disponibilidad mortis causa, pues el art. 11, en su párrafo primero, habla de disponibilidad, *por cualquier título*, de los bienes excluidos y reservados. Masot Miquel, en sus Comentarios, señalaba que “el hecho de que el precepto diga que la disposición de los bienes excluidos puede ser por cualquier título hace que sea admisible la disposición de los bienes reservados tanto inter vivos como mortis causa y tanto onerosa como gratuita”.

En evitación de posibles confusiones, ya se ha dicho que parece oportuno indicar que dentro del concepto de “bienes excluidos” deben entrar no solamente aquellos que hayan sido objeto de exclusión expresa, sino también los que no fueron descritos o mencionados en la donación universal, no estando, por tanto, incluidos en ella. Abonan esta consideración razones de pura lógica, pues no puede pretenderse que el empleo de las palabras sacramentales de “otorgarse una donación universal de bienes presentes y futuros”, pueda llevar a la conclusión de que todos los bienes del donante se transmiten en bloque al donatario. Sería una interpretación *ad absurdum* del

negocio donacional, en evidente perjuicio del donante, entender que todos su patrimonio queda transferido al donatario, quedando aquél en una situación parecida a la muerte civil anticipada. Siendo, además, de la mayor evidencia que una donación no puede extenderse a cosas o bienes no relacionados en ella. Ello a pesar de entenderse que, en su tradición histórica, las donaciones universales eran una *donatio omnium bonorum*, comprendiendo, por tanto, en principio todos los bienes del donante, menos aquéllos lógicamente adscritos a su uso personal y necesarios para su futuro mantenimiento.

Por lo que respecta a los bienes futuros –los adquiridos por el donante después de otorgada la donación universal– no ha existido duda de ninguna clase en lo que atañe a la disponibilidad inter vivos, onerosa o gratuitamente, ya que, aparte de entrar dentro de la lógica, lo avala el párrafo segundo del art. 11, al decir que “aun sin habérsela reservado, el donante conservará la facultad de disponer, por acto inter vivos, de los bienes futuros”.

En cambio ha suscitado mayores dudas en la doctrina la disponibilidad mortis causa, aunque no deja de avalarla la referencia que a los actos mortis causa se contiene en el párrafo segundo del art. 9. Pero la contradicen el art. 10 (los testamentos posteriores solo serán eficaces en cuanto a la disposición de bienes excluidos de la donación, no comprendiendo, por tanto, los futuros) y el párrafo segundo del art. 11 *a contrario* (aun sin habérsela reservado, el donante conservará la facultad de disponer, por acto inter vivos, de los bienes futuros).

La doctrina ha puesto de relieve el carácter dudoso de la cuestión. Masot Miquel, en sus Comentarios, decía que “tal vez podría considerarse que el llamamiento genérico ha de ceder a favor del específico y concreto, y que, según ello, cabría pronunciarse por la validez de una disposición testamentaria relativa a bienes adquiridos por el donante con posterioridad a la donación. Posiblemente podría fundamentarse dicha afirmación tanto en el principio de acatamiento y respeto de la voluntad del causante, como en el de la compatibilidad de la sucesión a título universal con las asignaciones de bienes concretos o sucesión a título particular, no dando entrada a aquélla sino con relación a los bienes no destinados especialmente a los legatarios. Ello, desde luego, en los supuestos en que el escaso valor de los bienes futuros legados en el testamento ulterior del donante no permita afirmar que dicho testamento se ha otorgado en fraude de la donación universal”. Y Jiménez Gallego señalaba que “me inclino a pensar que el donante conserva las facultades de disposición mortis causa de los bienes futuros (si bien en el seminario me pronuncié en sentido contrario, en contra de lo que manifestó la mayoría de los presentes, lo que ahora rectifico), al igual que respecto de los bienes presentes no transmitidos en la escritura de donación, pues no hay razón de suficiente entidad para

diferenciar el régimen jurídico de unos. Los bienes futuros no los ha donado y el donatario los adquirirá al fallecer el donante pero a título de heredero, no de donatario, por lo que de la propia lógica de la institución resulta que sólo adquirirá en este momento el residuo. De todas formas, dada la trascendencia de la cuestión, creo que este punto debe tratarse expresamente en la escritura de donación,”

Partiendo de la base de que la donación universal tiene que ser lo menos restrictiva posible para el donante, por haber éste limitado sus facultades de disposición, al haber donando bienes y nombrado sucesor con carácter irrevocable, no parece lógico privarle de las facultades de disposición mortis causa de unos bienes que –al ser futuros– no fueron siquiera contemplados por ninguna de las partes al otorgarse la donación universal. Si alguien participa como donatario en una donación universal –con la secuela de tener que responder en su día, como heredero, de las deudas del donante–, no puede ser sino por el hecho de recibir –en plena o nuda propiedad– unos bienes presentes de entidad e importancia. Por ello no parece que esta disponibilidad mortis causa de los bienes futuros atente contra la lógica de la institución; lo normal, además, y salvo supuestos de excepción –cual sería el caso de resultar agraciado el donante con premios de extraordinario valor– es que estos bienes futuros no constituyan una parte importante del patrimonio del donante. Por todo ello parece conveniente que también estos bienes puedan ser objeto de disponibilidad mortis causa a título particular.

Sentadas estas bases, sería plausible disponer de un texto legal que eliminara contradicciones y dudas. De acuerdo con ello, el párrafo segundo del art. 9 podría ser del siguiente tenor literal: *“Los bienes presentes del donante no incluidos en la donación universal y los adquiridos después de su otorgamiento, que no hayan sido objeto de disposición inter vivos o mortis causa por parte del donante, serán adquiridos a su fallecimiento por el donatario como heredero suyo. Se considerarán bienes no incluidos los que no hayan sido descritos o mencionados en la donación universal y los que, en la misma, sean expresamente excluidos o afectos a reserva de disposición”*.

Algunos de los miembros de la Comisión consideran que sobran las palabras “afectos a reserva de disposición”, por entender que los bienes de estas características pueden considerarse comprendidos dentro del concepto de bienes excluidos.

6.- ARTICULO 10. LA DONACIÓN UNIVERSAL EN CONCURRENCIA CON LOS TESTAMENTOS DEL DONANTE.

El tema de la posible concurrencia de donación universal y testamento en una misma sucesión lo encontramos ya abordado en el primer texto legal referido a la institución. Nos referimos a la Recopilación practicada en 1622

por los Doctores Canet, Mesquida y Zaforteza, en la que se dice “como en las donaciones universales de bienes presentes y futuros con retención de cantidad o cosa cierta, el donatario es verdaderamente sucesor universal, y el heredero de la cantidad cierta no es realmente heredero, pues no sucede en cosa universal sino cierta, y sea más conforme a Derecho que el donatario universal sostenga las acciones y derechos activos y pasivos que el que es instituido heredero en la cosa en la donación reservada, se estatuye y manda que el donatario universal de bienes presentes y futuros con retención particular, haga inventario de los bienes del donador como si fuere heredero, y como tal pueda ser reconvenido salvándole el derecho que pueda corresponderle contra el heredero de cosa particular.”

Con estos condicionamientos históricos, no es extraño que la doctrina haya venido unánimemente afirmando el carácter revocatorio de la donación universal respecto de los testamentos anteriores y condicionante respecto a los que ulteriormente pueda otorgar el donante. El actual art. 10 se hace eco de ello, como lo exponía ya el art. 12 en la Compilación de 1961. Aquel precepto menciona también a los codicilos –junto a los testamentos– al sancionar el alcance revocatorio de la donación universal. Es obvio que, por su menor entidad respecto de los testamentos, tanto los codicilos como las memorias testamentarias sufren las consecuencias del otorgamiento de la misma.

Sin embargo la doctrina ha planteado la posible cuestión de que estas disposiciones mortis causa no queden revocados por un ulterior contrato sucesorio, bien por ser las disposiciones de éste puramente complementarias, bien por estipularse su validez en lo que no sea incompatible con el contrato. Lacruz apuntaba que, en estos casos, la revocación o mantenimiento de las singulares disposiciones sucesorias habrán de juzgarse según la voluntad común de los otorgantes del contrato sucesorio y no por la sola voluntad del testador.

El alcance condicionante de la donación universal lo establece el art. 10 al decir que los testamentos posteriores “sólo serán eficaces en cuanto a la disposición de bienes excluidos de la donación”. Y, en este punto, pueden plantearse dos cuestiones.

Una ha sido ya antes abordada, siendo la que hace referencia al instrumento mediante el que disponer de los bienes no incluidos en la donación universal, habiéndose opinado mayoritariamente que ello sólo debería hacerse mediante codicilo, pero habiéndose opinado también que sería igualmente válido a tal fin el testamento en el que se haga constar su carácter meramente complementario de una donación universal anteriormente otorgada.

La otra cuestión viene dada por el hecho de no ser exacta la afirmación legal según la cual los testamentos y codicilos posteriores “sólo serán eficaces en cuanto a la disposición de los bienes excluidos en la donación” ya que omite cualquier referencia a la disponibilidad de los bienes futuros.

Como sea que nada hay que decir en cuanto al inciso final del precepto, el art. 10 podría tener la siguiente redacción: *la donación universal revoca los testamentos y codicilos anteriores del donante. Los codicilos posteriores (o tan sólo “los posteriores” en caso de admitirse a tal fin el testamento complementario de la donación universal) sólo serán eficaces en cuanto a la disposición de los bienes no incluidos en la donación universal y de los adquiridos por el donante con posterioridad a su otorgamiento.* Ya se ha dicho en el anterior artículo 9 que se considerarán bienes no incluidos los que no hayan sido mencionados en la donación universal y los que en la misma resulten excluidos.

Se finaliza el comentario al precepto poniendo de relieve una muy interesante cuestión suscitada por Jiménez Gallego. Nos dice que “no hay manera de saber, a la hora de hacer testamento, si el testador ha otorgado donación universal, salvo que lo manifieste. Por eso, debemos acostumbrarnos a preguntar a todos los testadores si han otorgado donación universal, y, en caso afirmativo, debemos pedir que nos exhiban la escritura para comprobar las facultades dispositivas mortis causa del testador. No estará de más hacer constar en todo testamento que el testador (de vecindad civil mallorquina) manifiesta que no ha otorgado donación universal (o que sí la ha otorgado y en este caso se hará una breve mención de las facultades dispositivas reservadas)”.

Aunque del otorgamiento de la donación universal se toma nota en el Registro General de Actos de Ultima Voluntad, es evidente que dicho organismo no expedirá la certificación acreditativa de su otorgamiento hasta que tenga constancia del fallecimiento del donante; por lo que resulta ciertamente atinada la recomendación a los Fedatarios Públicos hecha por el autor antes citado.

7.- ARTICULO 11. EXCLUSIONES Y RESERVAS.

El texto actual del art. 11 hace referencia a la exclusión de bienes presentes, a la reserva de la facultad de disponer, por cualquier título, de algunos de éstos o de todo o parte de los futuros –para sancionar que todo ello no afectará a la universalidad de la donación–, añadiendo, a continuación que, aún sin habérsela reservado, el donante conservará la facultad de disponer, por acto intervivos, de los bienes futuros, y, en el párrafo tercero, viene a repetir lo dicho en el párrafo segundo del art. 9, al

señalar que los bienes no dispuestos los adquirirá el donatario al fallecimiento del donante como heredero suyo.

Ya antes se han puesto de relieve las dudas que los actuales textos han suscitado en la doctrina sobre la concepción de bienes no incluidos, excluidos y reservados y consiguientes facultades dispositivas del donante universal respecto de los mismos.

Por ello, el precepto podría ser congruente con lo anteriormente expuesto, y tener una redacción expresiva de que *“no afectarán a la universalidad de la donación las no inclusiones, exclusiones y reservas de la misma, ni la posible disposición, inter vivos o mortis causa, por parte del donante, de los bienes objeto de ellas y de los adquiridos con posterioridad al otorgamiento de la donación universal.”*

Ya se ha indicado antes que, para algunos de los miembros de la Comisión, es innecesario hablar de reservas, por poder considerarse comprendidas dentro de las exclusiones.

Los actuales párrafos segundo y tercero serían ya innecesarios, por resultar ya suficientemente proclamada la facultad dispositiva de los bienes futuros por parte del donante, y por haberse ya expresado anteriormente que el residuo o remanente de estos bienes de los que el donante no haya dispuesto se transmitirán al donatario como heredero suyo.

Para finalizar este apartado es oportuno destacar que las exclusiones y reservas no pueden tener un alcance excesivo, que dejara sin efecto el hecho de constituir la donación universal un pacto sucesorio de institución de heredero. Ello lo pone de relieve muy acertadamente Jiménez Gallego, al indicar que *“si hay reserva de la facultad dispositiva por acto entre vivos de todos los bienes futuros (como la hay, aunque no se diga nada en el contrato) y en la donación universal se establece una reserva de disponer mortis causa de todos los bienes futuros (e incluso de todos los bienes presentes no donados en este momento) resulta que estamos ante una donación mortis causa normal y corriente, muy alejada de una donación universal”*.

Realmente una reserva de tal tipo no dejaría de ser anómala y no se daba en las escrituras de donación universal cuando era frecuente su otorgamiento. Meditando sobre la posible validez de cláusulas de este tipo parece que no sería buena medida establecer disposiciones de carácter general, sino que sería aconsejable examinar cada caso concreto, teniéndose en cuenta que la mera existencia de la reserva no excluye la posibilidad de que el donante no haga uso de la misma, en cuyo caso pasarían al donatario universal, como heredero suyo, los bienes no dispuestos; y debe asimismo ponderarse si en la donación universal existió una transmisión importante

de bienes presentes, en cuyo caso el título de heredero descansa ya sobre una base patrimonial que justifique sus posibles futuras responsabilidades en cuanto a las deudas de la herencia.

Es en estos supuestos, que no dejan de ser anómalos, cuando los Fedatarios autorizantes de las escrituras tienen que extremar su cometido de asesoramiento jurídico de los otorgantes; y, en supuestos como los descritos, por ejemplo, aconsejar la inclusión en la escritura de un remedio que pueda paliar posibles injusticias derivadas de las reservas excesivas, como sería, en los casos indicados, la posibilidad para el donatario universal de hacer uso de la cuarta falcidia.

8.- ARTICULO 12. FORMA Y SUJETOS DE LA DISPOSICIÓN.

A.- Forma.

Ha sido unánime históricamente en la doctrina la consideración de que la donación universal exigía la forma pública como requisito *ad solemnitatem*. No tanto por constituir una donación –curiosamente Castán Tobeñas consideraba, antes de la Compilación de 1990, que la donación universal podía otorgarse en forma privada en caso de no comprender inmuebles– sino por entrañar un contrato sucesorio, y en el mismo es esencial la forma pública; pues incluso los testamentos ológrafos y de carácter excepcional, celebrados sin la intervención de Notario, deben elevarse a escritura pública para desplegar eficacia.

La Compilación de 1990 zanjó cualquier posible duda estableciendo que “la donación universal se formalizará necesariamente en escritura pública...”. Para Jiménez Gallego la norma podría haber sido más clara, “pues da a entender que esa forma es obligatoria, que no es lo mismo que forma para la validez del contrato”. Sin embargo este autor acaba su análisis considerando que se está ante una forma sustancial, tanto por la tradición histórica como por las importantes consecuencias jurídicas de este contrato, ya que no se trata de una donación ordinaria sino de un contrato sucesorio. Lo cual evitaría que, en ausencia de inmuebles, pueda aplicarse por analogía el art. 632 Cc.

Ciertamente el adverbio *necesariamente* que se contiene en el precepto implica una absoluta exigencia de la forma pública, si se tiene en cuenta que –según el diccionario de la Real Academia de la Lengua– una de las acepciones de la palabra *necesario*, de la que deriva *necesariamente*, nos lo define como lo “que es menester indispensablemente o hace falta para un fin”.

B.- Los sujetos de la donación universal.

La Compilación de 1990, acogiendo los pronunciamientos de la doctrina sobre el particular, aborda la cuestión de la capacidad de los sujetos de la disposición diciendo que “el donante deberá tener poder de disposición de sus bienes y el donatario capacidad para contratar”. La distinta exigencia respecto de uno y otro sujeto no deriva del hecho de ser la institución un contrato sucesorio sino de constituir también una donación. El art. 431-4 de la ley catalana 10/2008 de 10 de Julio se limita a establecer que los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad y gozar de plena capacidad de obrar; lo cual posiblemente puede derivar del hecho de que tan solo uno de los tipos de heredamiento previstos –el heredamiento cumulativo– entraña una transmisión de bienes presentes.

Al exigirse al donante –en nuestro Derecho– el poder de disposición de sus bienes, es evidente que un incapaz o un menor no emancipado en modo alguno podrían intervenir como donantes en el otorgamiento de la donación universal, ni siquiera actuando por mediación de sus padres y tutores respectivamente. En cambio sí podría hacerlo un menor emancipado, con la asistencia de éstos, en base a lo dispuesto en el art. 323 Cc. Jiménez Gallego en la obra citada hace un pormenorizado análisis de la cuestión llegando a la conclusión de la posibilidad de que el menor emancipado intervenga como donante en la donación universal, si bien con la asistencia de sus padres o tutor, diciendo que “parece que en principio esta asistencia es necesaria porque hay donación de presente (incluso en el caso de donación de presente con efectividad aplazada) de alguno de los bienes enumerados en el art. 323 Cc, pero como la Compilación no distingue, parece más prudente exigir esta asistencia siempre.”

Por lo que respecta al donatario, el precepto en que nos encontramos le exige capacidad para contratar, regla congruente con el carácter oneroso de la donación universal. En este sentido la doctrina (Masot Miquel) señalaba que “hay que partir del hecho de que la donación universal es siempre onerosa. En el considerable número de donaciones universales que he examinado, no he visto una sola de ellas en que no se imponga al donatario una u otra carga. Mas no es esto sólo: la donación universal, desde el momento que implicará, al fallecimiento del donante, la transmisión del patrimonio en bloque del donante al donatario, engloba no solamente el activo –bienes y derechos– sino también el pasivo, pues el donatario universal, como sucesor del donante, responderá a la muerte de éste del pago de las deudas, cargas y obligaciones de la herencia. La donación universal es, pues, por su propia naturaleza una donación onerosa, razón por la cual no cabe aplicar aquí, según señala la doctrina, el principio amplio de permisividad del art. 625 Cc”.

Es claro, por tanto, que el menor emancipado –al tener capacidad para contratar y no estarse ante ninguno de los supuestos previstos en el art. 323 Cc– puede intervenir como donatario en la donación universal; pero ya no lo es tanto en caso de tratarse de un menor no emancipado o de incapaz, y ello precisamente por el carácter oneroso de la donación universal. Jiménez Gallego se inclina por la respuesta negativa, señalando que no parece “pueda ser donatario un menor no emancipado (ni aun debidamente representado por sus padres o tutor, aunque este supuesto es meramente teórico y parece ir contra la lógica institucional) ni un incapaz (ni aun debidamente representado por su tutor o curador, aunque el supuesto del incapaz es también realmente teórico, pues no se entiende quien puede querer nombrar heredero contractual de forma irrevocable a una persona que no está en su sano juicio)”. Considera también este autor que no podría ser tampoco donatario universal un *nasciturus* debidamente representado por sus padres.

Se está totalmente de acuerdo sobre la consideración hecha respecto del incapaz. Por lo que respecta al menor no emancipado sí se han visto escrituras en las que el donante abuelo nombra donatario universal a uno de sus nietos menor no emancipado debidamente representado por sus padres, Y Pascual Gonzalez nos habla de la antigua costumbre, en las donaciones universales a favor de póstumos nacederos, de aceptar por ellos la donación el mismo Notario autorizante de la escritura. Lo cierto es que la realidad jurídica es a veces caprichosa, y es un ejemplo de ello la sentencia de la Sala Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia 3/2001 de 20 de Diciembre (ponente Sr. Capó Delgado) que conoció de una escritura de definición de la legítima de los abuelos maternos, otorgada por un nieto menor de edad no emancipado, huérfano de madre, representado por su padre.

¿Puede resultar conveniente introducir en la Compilación normas que hagan referencia a estos supuestos –que no dejan de ser excepcionales– que se han venido indicando? Precisamente la propia excepcionalidad de los mismos no lo hace aconsejable. Téngase en cuenta que no hay en nuestro texto compilado reglas generales sobre capacidad, a diferencia, por ejemplo, del Derecho catalán, que dispone ya de la ley 25/2010 de 29 de Julio del libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia. Por ello, tal vez sea la conclusión lógica mantener las exigencias actuales en cuanto a la capacidad del donante y del donatario, entendiendo que, para resolver estos supuestos de excepción, hay que acudir al régimen del Código civil; cuyo art. 166 podría autorizar la intervención como donatario de los padres en representación legal de los hijos menores no emancipados, siempre que en la escritura se contemplara la incidencia del beneficio de

inventario al transmitirse la herencia, o, en todo caso, se acudiera a la autorización judicial.

Para ultimar la consideración de los posibles donatarios, hay que hacer mención de la posibilidad –apuntada por Jiménez Gallego– de que lo sea una persona jurídica en formación, en cuyo caso el contrato queda pendiente de aceptación por los representantes legales una vez la sociedad haya sido debidamente constituida; ello en base a que la aceptación por el donatario no tiene porqué ser simultánea a la disposición del donante.

Donante y donatario tienen que comparecer por sí mismos o representados por persona facultada mediante poder especial. Si bien históricamente en las donaciones universales encontrábamos siempre la intervención personal de los otorgantes, la posibilidad de intervención de un tercero mediante poder especial encaja con el hecho de ser, en definitiva, la donación universal un contrato –aunque de contenido sucesorio– y no un testamento. Por otra parte, la exigencia de un poder especial en el que, cual es de rigor, deberá constar específicamente el tipo contractual –donación universal de bienes presentes y futuros– para cuyo otorgamiento se faculta y el contenido sustancial del mismo, excluye las posibilidades de abuso.

El párrafo segundo del art. 12 contempla la posible existencia de varios donatarios. Evidentemente no cabe el supuesto inverso –varios donantes–, ya que, conteniendo la donación universal un pacto sucesorio, excluye tal posibilidad el carácter personal de la sucesión.

El precepto establece, asimismo, la posible existencia de varios donatarios sucesivos. La historia nos muestra que tal disposición no era en absoluto frecuente; y, de hecho, sólo la encontramos en las donaciones universales por razón de matrimonio, en las que se preveía la sustitución a favor de los hijos nacidos o de los hijos de anterior matrimonio del donante o de determinados parientes del mismo.

En caso de que estemos ante donatarios universales simultáneos, es clara la aplicación a los mismos, a partir del fallecimiento del donante, de las previsiones legales para el supuesto de varios herederos, afectándoles, por tanto, las disposiciones sobre acrecimiento y responsabilidad por deudas de la herencia.

De tratarse de donatarios sucesivos, puede darse el supuesto de que los ulteriores no hayan concurrido al otorgamiento de la donación universal. Masot Miquel, en sus Comentarios, señalaba que “está fuera de duda, en tal caso, su condición de herederos, pero también es evidente, a mi juicio, que, al no haber intervenido en el otorgamiento de la donación, no tienen el carácter de donatarios universales; y por tal razón, quebrarán, en su aplicación a ellos, muchas de las reglas propias de la sucesión contractual,

como las que hacen referencia a la capacidad del donatario –ya que ellos, a pesar de su condición de herederos, no tienen el carácter de donatarios–, a la innecesidad de aceptar la herencia, a la imposibilidad de repudiación y a la detracción de la cuarta falcidia. En definitiva, su status sucesorio –al no haber concurrido al otorgamiento de la donación universal– está más próximo al del sucesor testamentario que al del heredero contractual”.

Lo expuesto hace que posiblemente pudiera ser aconsejable que nuestra Compilación exprese que *los herederos sucesivos que no hubieren concurrido al otorgamiento de la donación universal podrán, en su momento, repudiar la herencia del donante, hacer uso del derecho de deliberar y del beneficio de inventario, así como detraer la cuarta falcidia, aunque nada se haya dispuesto sobre el particular en la escritura de donación universal.*

Algunos miembros de la Comisión plantean la cuestión de que, en la actualidad, entienden que los herederos sucesivos pueden repudiar la herencia y hacer uso del beneficio de inventario, siendo más dudoso que puedan detraer la cuarta falcidia. Sin embargo la mayoría entiende que no sobraría un precepto legal ampliamente permisivo de estas posibilidades.

9.- ARTICULO 13. LOS PACTOS DE LA DONACIÓN UNIVERSAL.

A.- Indicación general.

Iniciaba Masot Miquel sus comentarios al precepto señalando que “el artículo 13 de la vigente Compilación hace referencia a los elementos accidentales de la donación universal; es decir, a la serie de pactos, condiciones, reservas, sustituciones y limitaciones que las partes pueden establecer en el otorgamiento de la disposición. De antiguo se ha considerado totalmente admisible la validez y eficacia de tales pactos, figurando un precepto que así lo sanciona en todos los proyectos de Apéndice que han precedido a la actual Compilación, así como en la Compilación de 1961.”

Dentro de la variedad infinita de posibles pactos, el precepto hace referencia expresa al de aplazamiento de la efectividad de la donación universal, al de nombramiento de distribuidor y a los encargos relativos a la sucesión del donante. De entrada, pocas consideraciones cabe hacer acerca de esta última posibilidad –que particularmente hace posible en la donación universal el nombramiento de albaceas y tutores–, que no se contenía en la Compilación de 1961 y que, con buena lógica, se ha incorporado a la de 1990. No parece que sea preciso detenerse especialmente en este tema, por lo que nos centraremos seguidamente en los otros dos posibles pactos indicados anteriormente.

Mas, con anterioridad a su exposición, tal vez cabe formularnos la pregunta de si sería conveniente acometer la regulación de otros posibles pactos. Indudablemente, destaca entre ellos el pacto reversional, por haberse empleado históricamente y por los drásticos efectos que puede llevar consigo. Precisamente acomete su regulación el art. 431-27 de la ley sucesoria catalana.

Según el precepto, el pacto surte efecto al cumplirse la eventualidad prevista, de modo que retornan al heredante los bienes transmitidos o sus subrogados, pero sin obligación de restituir los frutos percibidos. Señala el apartado 2 del precepto que, si no se ha previsto el alcance de la reversión, se entiende que ha sido establecida para el caso en que el heredero premuera al heredante sin dejar hijos. Y establece tres fundamentales reglas: que la reversión no impide al heredero reclamar lo que por legítima le corresponda, que el heredante puede dejar sin efecto, en cualquier momento y unilateralmente, el pacto reversional, y que la reversión pactada a favor del heredante no se extiende a sus herederos si no se ha pactado expresamente, y la pactada a favor de cualquier otra persona no puede superar los límites de la sustitución fideicomisaria.

Reglas todas ellas ciertamente lógicas, aunque no deja de extrañar la del apartado 2, en que, aparte de hacerse referencia al motivo de la reversión y no al “alcance”, es inconcebible un pacto sucesorio en el que se contenga un pacto reversional y no se diga cuando procederá la reversión; particularmente si tenemos en cuenta la exigencia de su autorización por Fedatario Público.

Se plantea, en definitiva, la cuestión de si sería conveniente introducir en nuestra Compilación un precepto regulador del pacto de que se viene tratando. En cuanto al apartado 1, es de la mayor evidencia que el pacto reversional surte efecto al cumplirse la eventualidad prevista y que retornan al heredante –en nuestro caso al donante universal– los bienes transmitidos. La obligación de no restituir los frutos percibidos es innecesario proclamarla especialmente, al ser el heredatario –o sea el donatario universal– un poseedor de buena fe durante todo el período anterior al cumplimiento de la eventualidad determinante de la reversión. En cuanto al apartado 2 se ha visto en el párrafo anterior que no parece necesario.

Por lo que respecta a la posible reclamación de legítima por el donatario universal una vez operada la reversión tampoco es preciso establecerla, y lo mismo cabe decir en cuanto a la posible renuncia al pacto por el donante universal y a la limitación de llamamientos en caso de operar la reversión a favor de terceras personas. Todo ello tal vez pueda llevar a la conclusión de que lo únicos problemas importantes que resuelve el texto de la ley catalana serían, fundamentalmente, dos: si el heredatario puede disponer

de los bienes transmitidos a pesar de la reversión, lo cual da por sobrentendido el precepto, al decir que “retornan al heredante los bienes transmitidos *o sus subrogados*”, y si los herederos del heredante podrían ejercitar las acciones derivadas del pacto reversional, a lo cual se da en el precepto comentado, con buena lógica, respuesta negativa, salvo siempre el pacto en contrario.

En definitiva, tal vez podría llegarse a la conclusión de que la escasa frecuencia del pacto que nos ocupa, y el asesoramiento notarial que una disposición de este tipo lleva siempre consigo, hace innecesaria la regulación del mismo, confiando que en la escritura de donación universal se habrán previsto las consecuencias de un pacto de esta índole.

B.- El pacto de aplazamiento de la efectividad de la donación universal.

Tan frecuente era históricamente aplazar la efectividad de la disposición a la muerte del donante —o a la de éste y su consorte— que la Compilación de 1961 se refirió a las *donaciones universales valederas de presente y efectivas a la muerte del donante* como si fuera el único tipo negocial posible en la materia. La rectificación de la Compilación de 1990 ha sido muy oportuna, al considerar estas donaciones como una variedad más de la institución. En este sentido es plausible el texto legal al señalar que “la donación universal podrá ser efectiva a la muerte del donante, o a la de éste y su consorte, así como contener cualquier otra cláusula por la que se aplaze su efectividad. También podrá ser efectiva de presente.”

En rigor, el único problema se plantea en el párrafo que sigue al expuesto, al decirnos la Compilación que “en los supuestos de aplazamiento, donante y donatario serán considerados, respectivamente, como usufructuario y nudo propietario de los bienes donados, sin que el donante tenga obligación de formalizar inventario y prestar fianza”. Y el problema no consiste sino en la determinación de si estamos o no ante una norma imperativa. En el análisis de la cuestión, y tras exponer una serie de consideraciones que avalarían la contestación negativa, Jiménez Gallego acaba diciendo que “ésto va contra la tradición jurídica y además la opinión doctrinal mayoritaria es que el art. 13.3 es una norma imperativa, por lo que recomiendo que en todo aplazamiento de la efectividad se haga constar que donante y donatario serán considerados respectivamente usufructuario y nudo propietario”.

Masot Miquel, tras estudiar las diferencias entre la donación universal con efectividad aplazada y el régimen del usufructo, concluía diciendo que “no podemos decir técnicamente que la donación universal valedera de presente y efectiva a la muerte del donante sea, sin más, una reserva de usufructo y atribución de nuda propiedad. Lo que ocurre es que, de las instituciones ya

plenamente desenvueltas y reguladas en el campo del Derecho, aquélla con la que la donación universal con la cláusula que estoy tratando tendría una mayor similitud sería, desde luego, el usufructo”. Expone a continuación que ello permitiría aplicar a estas donaciones las disposiciones previstas para el usufructo en materia de contribuciones de los bienes donados, mejoras, reparaciones, arriendos, legitimación procesal activa y pasiva, etc...

Mas debe tenerse en cuenta, asimismo, que dentro de la aplicación del régimen del usufructo, en bloque, puede y debe jugar –si así lo quieren los otorgantes– el principio de autonomía de la voluntad contractual, que podrá excluir o modificar algunas de las reglas generales del usufructo o establecer otras distintas de las legalmente previstas. De ahí que, a nuestro juicio, no parezca que el artículo 13.3 establezca una imperatividad de primer grado, aunque, obviamente, tampoco parece factible una exclusión generalizada del régimen del usufructo.

Ello podría llevar, tal vez, a la conclusión de que sería oportuno sustituir el actual texto legal por una disposición expresiva de que “*En los supuestos de aplazamiento de la efectividad de la donación universal procederá la aplicación del régimen del usufructo. En la escritura de donación universal donante y donatario podrán pactar la exclusión o modificación de algunas de las disposiciones legales relativas al mismo, pero no excluir absolutamente su régimen*”. De la misma manera que, en una escritura de compraventa, se pueden establecer pactos que configuren soluciones distintas de las previstas por el Código civil; pero sería absolutamente anómalo un pacto de exclusión total del régimen de dicho Cuerpo legal.

Se manifiesta también en la Comisión la opinión de que podría establecerse que estas donaciones valederas de presente y efectivas a la muerte del donante, o a la de éste y su consorte, se registrarán por el título constitutivo, y sólo subsidiariamente por la normativa del usufructo, sin que sea preciso –por obvio y por deducirse del art. 1 párrafo 3º– puntualizar que tal normativa es la del Código civil.

C.- El pacto de distribución.

La Compilación de 1990 prevé el posible pacto de distribución al señalar que “el donante podrá encomendar al donatario universal las facultades de distribución previstas en los artículos 18 y siguientes”. Con el actual texto legal se han superado ya las dudas que planteaba la Compilación de 1961 al prever la posibilidad de que estas facultades de distribución se confirieran “a otra persona”, sin decir que ésta debía ser el donatario universal.

En rigor el único problema se plantea sobre el carácter de estos parientes designados por el donatario distribuidor, en aquellos casos –que serán los

más frecuentes— en que no hayan concurrido al otorgamiento de la donación universal. Y es que, ciertamente, no les pueden ser de aplicación las reglas generales del contrato sucesorio sobre imposibilidad de repudiar la herencia y detracción de la falcidia. De ahí que no estuviera de más un precepto cual el que se ha expuesto al tratar de los herederos sucesivos.

III.- LA CUESTION DE LOS CONTRATOS SUCESORIOS EN MENORCA.

Sobre este tema, el Académico Josep Maria Quintana ha redactado un interesantísimo informe, del cual destacamos los párrafos que a continuación se transcriben.

“Tanmateix, penso que, davant una futura modificació del nostre Dret civil, convindria que ens formuléssim algunes preguntes: ¿Té sentit mantenir el criteri que va seguir la Compilació de 1961 d'excloure l'aplicació a Menorca de les institucions relacionades amb la successió paccionada (definició i donació universal de béns presents i futurs)? ¿No seria millor rectificar aquest criteri perquè en el futur fossin també d'aplicació a Menorca els articles referents a la successió contractual?”

És cert que la successió contractual és una institució de la qual a Menorca no es conserva memòria —per això la va excloure la Compilació—. Així i tot, crec que la seva aplicabilitat a la nostra illa acostaria als menorquins una institució que els pot aportar força avantatges i cap inconvenient.

És difícil saber si, per al cas que en el futur la successió paccionada esdevengui aplicable a Menorca, molts o pocs menorquins en faran ús, però no veig cap inconvenient a equiparar els ciutadans de Menorca als de Mallorca en aquest punt. De fet, a ningú no s'obliga a fer ús de la successió contractual, ni a fer donació universal de béns o a renunciar a la legítima futura mitjançant la definició, però no hi ha dubte que aquestes són figures jurídiques que consonen molt bé amb la complexa i variada dinàmica que presenta la societat d'avui. I són alhora institucions que es poden adaptar sense problemes a la realitat jurídico-civil de la Menorca. D'ací que em mostri partidari d'abordar una futura modificació legislativa en aquest sentit.

Per dir-ho clarament, i sense entrar en el fons en la regulació que, de la successió paccionada, fa avui la nostra Compilació de Dret Civil, entenc que, en una futura reforma d'aquesta en els termes que proposa l'Acadèmia de Jurisprudència, seria recomanable que a Mallorca i Menorca regissin les mateixes normes que regulen la successió contractual”.

Los miembros de la Comisión Académica manifiestan unánimemente la aceptación de las tesis expuestas en el informe del Académico Sr. Quintana, entendiéndolo, como él, que la posibilidad de otorgamiento en Menorca de los contratos sucesorios será, sin duda, un beneficio para los habitantes de dicha isla, particularmente en los actuales tiempos en que gozan los mismos de un tratamiento fiscal favorable.

IV.- LOS PACTOS SUCESORIOS EN EIVISSA Y FORMENTERA.

Los Académicos procedentes de dichas islas Sres. Cerdá Gimeno y Cardona Escandell han presentado unos informes en los que expresan sus puntos de vista sobre la materia tratada, de la que son profundos conocedores, según se pone de relieve tanto por el ejercicio de sus profesiones jurídicas durante muchísimos años en las islas Pitiusas, como por el hecho de haber sido los proponentes de las reformas legislativas operadas en 1990 en el libro III de la Compilación, en el que aparece una regulación de los pactos sucesorios de alto rigor técnico, muy por encima de las disposiciones que se contenían en la Compilación de 1961.

En la imposibilidad material –para no alargar excesivamente el presente estudio– de exponer dichos informes en su integridad, entresacamos de los mismos los párrafos que a continuación se exponen.

Por lo que respecta al informe presentado por el Sr. Cerdá Gimeno, transcribimos sus acertadas opiniones relativas a notas generales en la materia, de las que se deducen la validez de todo tipo de pactos sucesorios, ya sean universales o particulares.

Notas generales en esta materia.

1. La valoración.

Buena parte de la dimensión valorativa de los ‘Pactos Sucesorios’ radica en la fundamentación de su legitimidad o razón de ser. Analizado detalladamente en mi aludida investigación, no voy a extenderme sobre ello.

A la fundamentación tradicional (Cataluña, Baleares), explicitada con rigor y maestría por los clásicos respectivos en cada territorio [v., por todos, MASOT MIQUEL] y derivada en último término de la básica obra de J.P. FONTANELLA, se refieren los autores considerando que su origen o razón de ser radica en el principio del favor matrimonii, centrado en la institución de los capítulos matrimoniales. Ese favor iuris rompía de hecho –rompe también hoy– con toda la tradición romano-justiniana basada en otros principios, por otra parte típicos, del ‘Derecho Sucesorio Romano’.

Respecto de la fundamentación moderna [v., por todos, LACRUZ BERDEJO, GARCÍA GRANERO] los autores centran la legitimación de los ‘Pactos Sucesorios’ en el principio general básico del ‘Derecho de Obligaciones’ de la autonomía de la voluntad, consagrado desde antiguo en el Derecho Civil Patrio. Así considerado hoy el fundamento, desaparece toda la conexión con el matrimonio, la familia y los hijos y se produce la expansión de la institución hacia otros, los ‘terceros’, ajenos a la familia [así, v.gr., en la Ley 177 F°N° de Navarra de 1973, Artículo 66 de la LSCM de Aragón de 1999, Artículos 72 y sigs. de la Comp. de Baleares de 1990].

2. La extensión objetiva.

Al haber variado la perspectiva tradicional, relacionada con la configuración de la protección de la familia a través de la protección de un determinado patrimonio familiar de tipo agrícola, se produce un giro importante en el ámbito objetivo de la institución.

El hecho obvio es que ahora [v. normativas precitadas] se produce una ampliación, un ensanchamiento, del ámbito objetivo de la figura, que ahora puede abarcar en su contenido real toda clase de bienes formando parte de un patrimonio, sea éste rural, mercantil, industrial o de cualquiera otra especie.

3. La nota obligacional relevante.

Observado ya cómo el aspecto sucesorio ha ido cediendo paso al aspecto obligacional, una obligada consecuencia de ello es la validez de todo tipo de pactos, sean éstos a título sucesorio universal o particular. El ejemplo es observable en las normativas citadas y aparece como muy relevante que, en ese concreto sentido, se haya establecido en la ley 10/2008 de 10 de Julio del Parlament catalán”.

Por lo que respecta al informe del Académico Sr. Cardona Escandell, son de destacar los siguientes párrafos:

“Los Pactos Sucesorios, concretamente los otorgados en las escrituras de capitulaciones matrimoniales (“spolits”), en las que se incluía un capítulo en el que se establecía un heredamiento a favor de hijos venideros, tan frecuente hasta mediados del siglo XX y que era normalmente otorgado por personas campesinas y no por personas de la ciudad, cayeron en desuso hasta el extremo que son muchos los notarios aquí ejercientes que no han tenido que redactar ninguno y sin que se conozcan dichos pactos sucesorios fuera de las mencionadas Capitulaciones.

Sin embargo, los pactos sucesorios pueden empezar a interesar amparados por los beneficios fiscales. Este resurgir se inicia con la Ley de Reforma del

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para Les Illes Balears de 19 de diciembre de 2.006 que concede beneficios fiscales de gran importancia y, si se lograra que se ampliara dicho beneficio reduciendo el importe de plus valia por parte de los Ayuntamientos, aun serian más aceptados.

La reforma de los artículos 8 a 13 del Libro I de nuestra Compilación, tan necesaria para hacer viable y aconsejable los pactos sucesorios para poder acogerse al beneficio fiscal establecido en la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, con las modificaciones o adiciones que propone la Ponencia, son de todo punto convenientes.

*Ahora bien, con respecto al Libro III, para facilitar la aplicación de los artículos 72 a 77, correspondientes a las islas de Ibiza y Formentera, las posibles modificaciones serían mínimas, pues ya el art. 72-2º establece que los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones mortis causa, **a título universal o singular**, (lo que favorece la aplicación de dicha Ley, puesto que la misma establece que gozarán de todos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias en cuanto les sean aplicables) no siendo la donación únicamente limitada a la universal transmisión de bienes raíces y a favor de familiares, sino que por expresa dicción, puede ser donación parcial, de toda clase de bienes(no solamente bienes raíces) y de beneficiarios.*

Y en cuanto a los bienes no transmitidos de presente, tener en cuenta que en Ibiza-Formentera no es preciso la institución de heredero en el testamento que el cedente pueda otorgar posteriormente disponiendo, tanto de los bienes presente reservados como de los adquiridos con posteridad al pacto sucesorio, y que no hay incompatibilidad entre sucesión testada e intestada

De todo punto, creo deben mencionarse en los referidos artículos las propuestas de la Ponencia aprobadas por la Comisión para su incorporación al Libro I en relación a capacidad de los otorgantes, representación, forma, disponibilidad de los bienes reservados, causas de revocación, etc.etc., todo ello incorporándolo al correspondiente artículo, exactamente igual al que se adopte para el Libro I, aun cuando pueda devenir excesivamente extenso”.

Los miembros de la Comisión Académica manifiestan su absoluta conformidad con las conclusiones que anteceden, las cuales consideran sumamente acertadas, agradeciendo a ambos Académicos los trabajos presentados.

XI.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO

La Comisión Académica de Derecho público viene impulsada por el Secretario de la Corporación y Abogado del Estado jubilado Tomás Mir de la Fuente, que, para el presente numero, ha preparado dos trabajos de sumo interés.

El primero de ellos afronta la cuestión de la traducción al castellano de las leyes de nuestra Comunidad Autónoma, analizando los diversos textos legales que han tratado la materia y apuntando la cuestión de la falta de previsión, en relación con las normas estatales traducidas a otras lenguas cooficiales, en las Comunidades Autónomas que las tengan, sobre qué versión en estas lenguas tendrá carácter oficial y auténtico.

El segundo trabajo es un comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 2010, anulatoria del artículo 10 del Decreto autonómico 132/2002 de 25 de Abril, expresivo de que todos los textos oficiales que las administraciones, instituciones y otros entes públicos, radicados en el territorio de las Illes Balears, remitan para su publicación en el BOIB, deberán estar redactados en las dos lenguas oficiales de las Illes Balears y la remisión debe ser simultánea. En el estudio realizado por Tomás Mir se hace un análisis pormenorizado de la cuestión, estudiando los antecedentes del Decreto, los argumentos esgrimidos en la demanda contenciosa y en su contestación, el contenido de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de 23 de Enero de 2007, que desestima la impugnación, y expone después la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 2010, que anula el precepto cuestionado por vulnerar lo dispuesto en el art. 36.1 de la ley 30/92 de 26 de Noviembre. Termina Tomás Mir su trabajo con siete consideraciones jurídicas valorativas de la sentencia, las cuales no tienen desperdicio.

1. LA TRADUCCIÓN AL CASTELLANO DE LAS LEYES DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LAS ILLES BALEARS

I

De los Estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia distinta del castellano (la oficial del Estado, en todo su territorio, sin perjuicio de la cooficialidad de otras, en algunas partes del mismo) solamente los de Cataluña y de las Illes Balears han regulado esta materia. Habiéndolo hecho como sigue:

A) El de Cataluña, de 18 de diciembre de 1979, dispuso, en su artículo 33 (después de establecer que las leyes de Cataluña serán promulgadas en nombre de Rey, por el Presidente de la Generalitat, que dispondrá su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat, en el término de quince días desde su aprobación y en el Boletín Oficial del Estado, y que, a efectos de su entrada en vigor, regirá la fecha de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat), que la versión oficial castellana será la de la Generalitat. Y, hoy, el de 19 de julio de 2006, en el artículo 65 (después de decir que las leyes de Cataluña son promulgadas, en nombre del Rey, por el Presidente o Presidenta de la Generalitat quien ordena su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, en el plazo de quince días desde la aprobación, y en el Boletín Oficial del Estado, y que, al efecto de la entrada en vigor, rige la fecha de la publicación en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya), que la versión oficial en castellano es la traducción elaborada por la Generalitat.

Entre uno y otro texto estatutario, el artículo 61 de la ley autonómica de Normalización Lingüística de 18 de abril de 1983, y por tanto posterior al Estatuto (después de disponer que las leyes que apruebe el Parlamento de Catalunya deben publicarse en ediciones simultáneas, en lengua catalana y castellana, en el Diari Oficial de la Generalitat, y que el Parlamento debe hacer la versión oficial castellana, añadiendo que, en caso de interpretación dudosa, el texto catalán será el auténtico, lo que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 26 de julio, declaró inconstitucional), dijo que, por lo que respecta a la publicación en el Boletín Oficial del Estado, hay que atenerse a lo dispuesto en la norma legal correspondiente.

B) El Estatuto para las islas Baleares (aprobado por la Ley Orgánica 2/1983 de 25 de febrero BOE de 1 de marzo de 1983) que, desde el 8 de

enero de 1999, fue de las Illes Balears, dispuso en su artículo 27.2 (después de decir que las Leyes del Parlamento serán promulgadas en nombre del Rey por el Presidente de la Comunidad Autónoma, el cual ordenará su publicación en el “Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares” en el plazo de los quince días siguientes a su aprobación, así como también en el “Boletín Oficial del Estado”, y que, a efectos de su vigencia, regirá la fecha de publicación en el “Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma”) que la versión oficial castellana será la que transmita la Presidencia de la Comunidad Autónoma.

La Ley Orgánica 3/1999 de 8 de enero BOE de 9 de enero de 1999 lo mantuvo (después de disponer que las leyes del Parlamento serán publicadas en nombre del Rey por el Presidente de la Comunidad Autónoma, el cual ordenará su publicación en el “Butlletí Oficial de les Illes Balears”, en el plazo de quince días siguientes a su aprobación, así como también en el “Boletín Oficial del Estado”, y que, a efectos de su vigencia, regirá la fecha de publicación en el “Butlletí Oficial de les Illes Balears”).

El Estatuto de las Illes Balears vigente, aprobado por la Ley Orgánica 1/2007 de 28 de febrero BOE de 1 de marzo de 2007, en su artículo 48.2 (después de disponer que las leyes del Parlamento serán promulgadas en nombre del Rey por el Presidente de la Comunidad Autónoma, quien ordenará su publicación en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*, en el plazo de quince días siguientes a su aprobación, así como también en el “Boletín Oficial del Estado”, y que, al efecto de la entrada en vigor de las mismas, regirá la fecha de la publicación en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*), establece que la versión oficial castellana será la que la Presidencia de la Comunidad Autónoma enviará.

Entre los dos primeros textos del artículo 27.2 del Estatuto de 1983, la Ley autonómica de Normalización Lingüística en las Illes Balears de 29 de abril de 1986 BOCAIB de 20 de mayo de 1986, en su artículo 7.1 (después de haber dispuesto que las leyes aprobadas por el Parlamento de la Comunidad Autónoma –y los decretos legislativos, las disposiciones normativas y las resoluciones oficiales de las Administraciones Públicas– han de publicarse en lengua catalana y castellana en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears), estableció que, en caso de interpretación dudosa, el texto catalán será el auténtico (lo que la sentencia del Tribunal Constitucional 123/1988 de 23 de junio declaró inconstitucional). No añadió, como había hecho la ley autonómica catalana de Normalización Lingüística en Cataluña, en la que se inspiró la balear, que, por lo que afecta a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, hay que atenerse a lo dispuesto en la norma legal correspondiente, porque, vigente el Estatuto para las islas Baleares de 1983, esta ley estatal ya había dispuesto que la

versión oficial castellana será la que transmita al Boletín Oficial del Estado el Presidente de la Comunidad Autónoma.

Si se comparan los textos estatutarios de 1983 y 2007 se advierten dos cambios en el segundo. Uno, que no se usa el verbo transmitir, sino el verbo enviar, y, otro, que no se alude a la versión castellana que envíe el Presidente sino a la que enviará.

El legislador estatal –cuya lengua oficial es el castellano, y por esto la Ley que aprueba el Estatuto no tiene más que esta versión oficial (sin perjuicio de otras, como en nuestro caso la catalana publicada en el correspondiente suplemento del Boletín Oficial del Estado, en virtud de la posibilidad prevista en el Real Decreto 489/1997 de 4 de abril)– ha cambiado lo que semánticamente no era menester. Porque transmitir es sinónimo de trasladar, según el Diccionario de la Real Academia Española, y trasladar, en su cuarta acepción, es pasar algo o traducirlo de una lengua a otra.

En la lengua catalana se distingue entre *transmetre* y *trametre*. La *transmissió* (enajenación, conducción o comunicación) no es la *tramesa* (envío o remisión). Por lo que, en catalán, la transmisión o traslado al castellano de la ley autonómica no sería *transmissió* sino *tramesa*. Y lo que haría el Presidente al remitir al Boletín Oficial del Estado la versión castellana o traducción al castellano de la versión catalana, sería trasmitirla, trasladarla o enviarla, y por tanto el Presidente la transmitirá, trasladará o enviará. Que es lo que vino haciendo desde el principio, antes de la reforma, y lo que seguirá haciendo después de ella.

Sin duda el cambio de transmitir por enviar, en el texto de la ley estatal que aprueba el Estatuto, se hace eco de un texto, presentado como refundido y actualizado del Estatuto, y aún como “la versió catalana del Estatut, atenta a las recomenacions dels organismes encarragats de vetlar per la correcció del llenguatge administratiu i jurídic”, que elaboró el Institut d’Estudis Autonòmics en febrero de 2000, y se califica de traducción por su autor, donde los editores advierten que, siendo el Estatuto una Ley Orgánica, una ley del Estado, aprobada y publicada en castellano en el Boletín Oficial de Estado, el texto oficial es el castellano, publicado en el de fecha 1 de marzo de 1983. Pero también publicado, además de en castellano, en catalán, en el Boletín Oficial del Consejo General Interinsular de las Islas Baleares. Lo que no sucedió con las reformas posteriores de 1994 y 1999, publicadas sólo en castellano en el Boletín Oficial del Estado, de 25 de marzo de 1994 y 9 de enero de 1999, pero no en el Butlletí Oficial de les Illes Balears.

En la citada traducción o versión no oficial catalana (que recoge como Anexo 2 el texto castellano oficial de la Ley) aparece el artículo 27.2 diciendo la *versió oficial castellana sera la que la Presidència de la Comunitat Autònoma trametrà*. Con una nota a pie de página que dice “18. En castellà transmita”.

No se decía lo mismo en la versión catalana no oficial publicada en el Boletín Oficial del Ente Preautonómico, que decía *transmetrà*. Como recogió en su libro, titulado “El Estatuto de autonomía para las Islas Baleares. Análisis jurídico y sistemático”, Josep María Quintana Petrus, que no identifica la procedencia y autoría del texto en lengua catalana.

II

La desconfianza del legislador balear sobre el acierto de las traducciones al castellano de sus textos, si no la realiza la Comunidad Autónoma (cuyo Presidente es la institución que, en nombre del Rey, promulga y ordena la publicación de sus leyes en los diarios oficiales, entre ellos en el Boletín Oficial del Estado, en castellano en tal caso), la refleja el Estatuto mismo (reservando el envío de la versión oficial castellana de las leyes al Presidente, de forma semejante a la reserva del Estatuto de Cataluña en favor de la Generalitat, cuyo Parlamento tiene que hacerla y el Presidente disponer su publicación en el Boletín Oficial del Estado y enviarla), y la Ley de Normalización Lingüística la extendió a las propias traducciones, cuando inconstitucionalmente dijo que, en caso de interpretación dudosa el texto catalán será el auténtico. Desconfianza igual, y aún mayor, a la que la Comunidad Autónoma tiene de la traducción a la lengua catalana de las leyes del Estado. Por más que esté fuera de su alcance evitarlo, puesto que, aunque las puede, como cualquiera, traducir, su traducción no es oficial, y en ningún caso, por muy correcta que pueda ser, contradecirlas. Siendo irrelevante frente a ellas la traducción si lo hace. Como sucedió con las traducciones oficiosas del artículo 27.2 del Estatuto de 1983 (tanto la publicada de el Boletín de Consejo General Interinsular que dijo *transmetrà*, como las posteriores no publicadas en ningún diario oficial que dijeron *trametrà*), que se apartaron de la versión oficial castellana, en que se dijo transmita, y no transmitirá, ni, desde luego, enviará. Por más que en castellano transmitir sea sinónimo de enviar y en catalán no sea lo mismo *trasmetre* que *trametre*.

Que hoy el artículo 48.2 del Estatuto diga enviará, que es lo mismo que transmitirá, trasladará o remitirá, y, por decirlo en catalán, haya de ser *trametrà*, y no *transmetrà*, hace que sea correcta la versión catalana oficiosa publicada en el Butlletí Oficial de les Illes Balears, antes de que se publicara el suplemento del Boletín Oficial del Estado en lengua catalana.

III

La Comunidad Autónoma, vigente el Estatuto de 1983, no pudo, ni puede, vigente el de 2007, dar una versión catalana oficial de los mismos Estatutos, y las oficiosas que pudo elaborar o elabore son jurídicamente

irrelevantes, sin perjuicio de su utilidad o mérito, y, su más que probable, acierto técnico. Quien sí ha podido darla del Estatuto de 2007, es el Estado, *pudiendo tenerse por tales* –porque, según el artículo 3.1 del Real Decreto 181/2008, y sus precedentes, los textos de las leyes publicados en el Boletín Oficial de Estado, tienen la consideración de oficiales y auténticos– *además del texto en castellano del número 52*, páginas 8703 a 8728, con la corrección de sus errores del número 77 de 30 de marzo de 2007, *el texto, en lengua catalana, que se publicó en el suplemento número 9, de 16 de marzo de 2007* –después de que hubiera aparecido otro ya en el número extraordinario 32 del Butlletí Oficial de les Illes Balears de 1 de marzo de 2007 (el mismo día de la publicación en el Boletín Oficial del Estado número 52 del texto oficial en castellano)– con las rectificaciones de errores de los suplementos, números 13 y 24 de 31 de marzo y 21 de julio de 2007. Suplemento del Boletín Oficial del Estado, que, como todos los en lengua distinta del castellano, se editó “en soporte papel” al amparo del Real Decreto 489/1997 de 14 de abril, que, en su preámbulo calificó de aconsejable la medida de difundir y extender la legislación del Estado mediante la utilización de las lenguas oficiales de las diferentes Comunidades Autónomas, y afirmó que ello ha de ser compatible, por elementales razones de seguridad jurídica, con el principio de univocidad del Derecho, reconociendo las dificultades objetivas que entraña, y previendo la colaboración de las Comunidades Autónomas, por la vía del Convenio, como el suscrito con la Generalitat de Cataluña el 21 de abril de 1998. En virtud del cual, las normas publicadas en el BOE son traducidas por la Generalidad, verificadas y cotejadas por el Ministerio de la Presidencia, e impresas y distribuidas por el BOE en suplementos especiales, sin periodicidad definida, según un procedimiento que se inicia con la puesta a disposición de la Generalidad del texto debidamente compuesto, leído y corregido, certificándose su correspondencia con el publicado en el BOE (cláusula 4^a); sigue con la traducción del texto en catalán por la entidad autónoma del Diario Oficial y de Publicaciones de la Generalidad y la verificación y cotejo de la versión catalana por el Ministerio de la Presidencia (cláusula 5^a); y se termina con la publicación del texto catalán en el BOE (cláusula quinta) y posterior impresión y distribución por éste último cláusula 6^a).

Pero no es oficial la publicada en el citado Butlletí Oficial de les Illes Balears de 1 de marzo de 2007, ni la corrección de errores, en las versiones catalana y, aún, castellana, del número 29 de 28 de febrero de 2008. Ni lo puede serlo la “edición corregida y actualizada” de la versión catalana que el Secretario de la Consejería de la Presidencia ha encargado al Institut d’Estudis Autònoms el 2 de febrero de 2008, por considerar, según dice el preámbulo de la resolución, que, es aconsejable elaborar una edición oficial actualizada del Estatuto. Como no lo fue tampoco la obra editada por el Institut en abril de 2007, como “doble versión, catalana y castellana”.

La Comunidad Autónoma, por el contrario, pudo y puede traducir al castellano sus propias leyes y dar el valor de versión oficial castellana a la traducción que el Presidente envíe al Boletín Oficial del Estado. Y lo hubiera podido hacer aunque no lo dijera el Estatuto, por aplicación de la doctrina de las competencias implícitas o inherentes, de que habla el artículo 38 del Estatuto de 2007. Porque la competencia legislativa exclusiva y la de desarrollo legislativo suponen la facultad de elaborar leyes en lengua catalana, promulgarlas su Presidente en nombre del Rey y ordenar su publicación, en lengua castellana, en el Boletín Oficial del Estado, enviando la traducción. Como han hecho y podido hacer las Comunidades Autónomas del País Vasco, Galicia y Valenciana, cuyos Estatutos, de 18 de diciembre de 1979 (artículo 27.5), 6 de abril de 1981 (artículo 13.2) y de 1 de julio de 1982 (artículo 14.6) y 10 de abril de 2006 (artículo 25.5) respectivamente, se han limitado a decir que el Presidente promulgará y ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado, por virtud de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las competencias implícitas, la naturaleza de las cosas y las materias conexas.

IV

En relación con asunto relacionado con el que nos ocupa, se emitió un informe¹⁹⁰, que, por haberse publicado en los Anales de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, es tan poco conocido, como interesante.

Por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración entre la Administración General del Estado y la Generalidad de Cataluña para la publicación de las leyes estatales en lengua catalana, se elevó consulta a la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia, proponiendo ampliar el ámbito convenido de colaboración *de modo que las versiones catalanas de la **legislación anterior a 1998** puedan ser también traducidas y publicadas con efecto similar al de las normas posteriores a 1998, y así, procediendo los lingüistas del Diari Oficial de la Generalitat a traducirlas, los traductores del Boletín Oficial del Estado a certificar dicha traducción, y el Diari Oficial de la Generalitat a publicar el texto, adquiriría éste autenticidad y valor jurídico.*

El dictamen de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado de fecha 25 de enero de 2005¹⁹¹, después de oponerse radicalmente a la pretensión de que la publicación determinara la validez

190 - Anales de la Abogacía General del Estado 2005. Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado. Nº 35. LENGUAS COOFICIALES. Eficacia y valor jurídico de las versiones de normas estatales en las otras lenguas cooficiales del Estado español. Págs. 574 a 584.

191 - A.G. Presidencia. Ponente: Fabiola Gallego Caballero.

jurídica (que ya tendría la norma antes de 1998, a tenor de los artículos 2.1 y 13.1 del Código civil), se mostró, no sólo permisivo, sino muy favorable a colmar la laguna legal sobre el carácter oficial y auténtico de la traducción del texto castellano, sugiriendo la modificación del RD 489/1997 de 14 de abril, concluyendo que *resulta jurídicamente admisible, pareciendo recomendable su promoción, que se promulgue por el Estado una norma de rango reglamentario que establezca el carácter oficial y auténtico de las versiones en otras lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas que las tengan de las normas estatales con rango de ley que sean traducidas a dichas lenguas en los términos que han quedado expuestos en el apartado 2 del fundamento II del presente informe.*

Tales términos habían sido:

2. La autenticidad de las versiones catalanas de las normas estatales con rango de ley anteriores a 1998.

Cuestión distinta de la abordada en el apartado anterior de este fundamento jurídico y que se plantea expresamente en la propuesta de los representantes de la Generalidad de Cataluña es la que se refiere al carácter oficial y auténtico de la versión catalana de tales normas. Se trata pues, sin cuestionar el sistema de la validez y la eficacia de dichas normas, resultante, como se ha dicho, de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y conforme a lo dispuesto en ellas, de fijar cual de las posibles versiones en lengua catalana que pudieran existir de aquéllas tiene el carácter de oficial y auténtica. Pues bien, desde el momento en que esta previsión respeta y deja a salvo completamente que la entrada en vigor y, por tanto, la validez y eficacia de las normas estatales tiene lugar con su publicación en castellano en el Boletín Oficial del Estado y conforme a lo dispuesto en ellas, no se aprecia ningún impedimento jurídico para establecer dicha previsión; es más resultaría conveniente, ya que vendría a llenar un vacío normativo existente al día de hoy.

Efectivamente, está previsto en nuestro ordenamiento jurídico qué texto de las normas estatales tiene carácter oficial y auténtico. Además de desprenderse ello del artículo 2.1 del Código Civil (“Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa”), tal extremo queda recogido en el Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de ordenación del Boletín Oficial del Estado. El artículo 4.1 de dicho Real Decreto establece: “*El texto de las disposiciones, resoluciones y actos publicados en el Boletín Oficial del Estado tiene la consideración de oficial y auténtico*”.

También está previsto en el Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, cuál será la versión oficial de

las leyes de la Comunidad Autónoma de Cataluña, estableciéndose en el artículo 33.2 de dicho texto legal que la versión oficial castellana será la de la Generalidad. Pero no se ha previsto, en relación con las normas estatales traducidas a las otras lenguas cooficiales españolas en las Comunidades Autónomas que las tengan, qué versión en estas otras lenguas tenga carácter oficial y auténtico. Con el fin de llenar dicha laguna sería suficiente que se regulase tal extremo, haciéndolo, no de forma singular para atender a la propuesta de los representantes de la Generalidad de Cataluña, sino general para todas las Comunidades Autónomas que tengan lenguas propias reconocidas como cooficiales en sus respectivos territorios. Podría articularse (adoptando las medidas tendentes a garantizar la fiel y exacta traducción del texto en castellano a las lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas que las tengan) mediante una modificación del Real Decreto 489/ 1997, de 14 de abril, al que se incorpore un apartado 3 en su artículo 1, con la siguiente redacción u otra similar “3. El texto de las disposiciones generales a que se refiere el apartado primero de este artículo publicado en las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas que las tengan en sus Boletines o Diarios Oficiales tendrá la condición de auténtico y oficial”.

2. LA PUBLICACIÓN EN EL BOLETIN OFICIAL DE LAS ILLES BALEARS DE LOS TEXTOS DE LOS ACTOS DE LOS ÓRGANOS PERIFÉRICOS DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN LAS DOS LENGUAS COOFICIALES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MAYO DE 2010)

I. PERSPECTIVAS POSIBLES PARA SU VALORACIÓN

El interés del público por la sentencia lo evidencia el simple hecho de que a los pocos días de producirse, en un diario local de gran difusión en esta CAIB, en una Sección fija titulada Tres en raya, tres reputadas personas (dos de ellas juristas y la otra no), bajo el titular *¿Es un desprecio a la lengua catalana y a todas las lenguas cooficiales de España la sentencia del Tribunal Supremo que anula el decreto del Govern que obligaba a la Administración central a publicar sus textos en el Boletín Oficial de las Illes Balears, además de en castellano, en catalán?*, respondieron a la pregunta, en el sentido que resumían los subtítulos respectivos, todos en castellano, de *Eso qué es ¿un complejo?* (la favorable), *¡Ya está bien!* (la desfavorable) y *Cuestión política* (la indiferente).

El interés de la sentencia (que no dice lo que se afirmó en la pregunta del periódico a sus colaboradores como se verá) para los juristas es de otra naturaleza y, para opinar sobre ella, es necesario el conocimiento de sus exactos y literales términos, si es posible. Que es a lo que quiere contribuir este comentario, aportando alguna noticia sobre el proceso judicial en que se ha dictado (y aún sobre el procedimiento de elaboración de la norma del Decreto, en el que dictaminó el Consell Consultiu, en su día), y realizando siete consideraciones jurídicas valorativas. En desacuerdo con la primera, doctrinal, que hubo (cuando ya había sido recurrido por el Abogado del Estado el artículo 10 de Reglamento del BOIB aprobado por Decreto 132/2002, de 25 de abril), y fue debida a PERE BONET i BONET¹⁹², que, al

192 - El nou règim jurídic del Butlletí Oficial de les Illes Balears. Revista Jurídica de les Illes Balears n° 1 págs. 258 y ss.

referirse a *la llengua de tramesa dels textos*, dijo que la remisión de las dos versiones que el artículo impone no afecta al régimen de uso de las lenguas oficiales en el ámbito del procedimiento administrativo, en tanto que la referencia a las dos versiones se hace únicamente a la remisión de textos para su publicación, independientemente de la lengua en que se haga la tramitación del procedimiento, concluyendo que el Decreto acomete la regulación de un servicio público que la Administración autonómica puede regular, en desarrollo de las facultades de autoorganización que tiene atribuida, y que la carga que impone respeta plenamente el principio de proporcionalidad y es perfectamente coherente con el modelo de cooficialidad lingüística que constitucional y estatutariamente se ha establecido en el territorio de la CAIB.

II. ANTECEDENTES DE LA NORMA IMPUGNADA

1º. *El borrador del anteproyecto de Decreto*, por el que se establece el régimen de funcionamiento del Butlletí Oficial de les Illes Balears, preveía, en su artículo 10, que todos los textos oficiales que **las administraciones, instituciones y otros entes públicos radicados en el territorio de las Illes Balears remitan para su publicación en el BOIB, deberán estar redactados en las dos lenguas oficiales de las Illes Balears y la remisión debe ser simultánea.**

2º. En *la Memoria Justificativa* del Secretario General Técnico se dijo:

1. Justificación de la oportunidad de la regulación:

Estos son también, entre otros, los principales objetivos perseguidos por este anteproyecto de decreto: (...) y aplicación plena de las prescripciones de la Ley 3/1986, de 29 de abril de Normalización Lingüística, cuyo artículo 7 dice textualmente que “las Leyes aprobadas por el Parlamento de la CA, los decretos legislativos, las disposiciones normativas y las resoluciones oficiales de la Administración pública, se han de publicar en lengua catalana y en lengua castellana en BOCAIB”.

2. Fines perseguidos y medidas propuestas:

A) Fin perseguido: edición totalmente bilingüe. Medidas propuestas: arts. 3 y 10.

La competencia lingüística, por su carácter genérico, permite al legislador autonómico, en el marco citado (el constitucional), definir el alcance de la cooficialidad, es decir, los usos oficiales que se pueden derivar del carácter de lengua oficial. Y esto es lo que hace el artículo 7 de la Ley de Normalización Lingüística... Las prescripciones del citado artículo son pues una *decisión política* tomada en un momento histórico determinado, y que este anteproyecto se limita a desplegar, en el artículo 3 (que sólo permite que se

publiquen en la lengua oficial en que se hayan remitido los textos de las instituciones *no radicadas* en el territorio de las Illes Balears), haciendo una interpretación correcta del término Administración Pública utilizado por la Ley, pero aplicando un régimen diverso a los textos de los Juzgados y Tribunales y de los particulares.

En el artículo 10, el anteproyecto fija la lengua en que han de remitir **los textos oficiales para su publicación en el BOIB, disponiendo que los textos oficiales que, para su publicación remitan las administraciones, instituciones y otros entes públicos radicados en el territorio de las Illes Balears, habrán de estar redactados en las dos lenguas oficiales de las Illes Balears, es decir, el catalán y el castellano.**

Así la Administración no autonómica radicada en las Illes Balears ha de remitir las dos versiones del texto que quiera publicar, independientemente, en el caso de textos emitidos en el seno de un procedimiento, de la lengua en que se tramite, pues la referencia a las dos versiones se hace únicamente a la remisión de textos para su publicación. La naturaleza de los textos remitidos por las Administraciones no autonómicas radicadas en las Illes Balears hace que la carga que supone la remisión de ambas versiones de los textos respete el principio de proporcionalidad en el marco de una CA con un estatuto de cooficialidad lingüística.

3º. *La Delegación del Gobierno en la CAIB*, evacuando el trámite de audiencia sobre el borrador de anteproyecto que se le dio, manifestó:

a) Que no había impedimento alguno a que se publicasen en ambos idiomas, siempre que su traducción no sea impuesta a la AGE, los documentos que se deban publicar.

b) Que tal resultaba del informe de la Dirección General de Política Autonómica de la Secretaría de Estado de Organización Territorial del Estado, del que acompañaba copia, cuyas conclusiones resumía así:

1) No hay ningún impedimento a la traducción de los documentos que se deban publicar en el BOIB al idioma cooficial alternativo al de su redacción.

2) No se puede imponer a la AGE ninguna obligación respecto a la traducción de un documento a idioma distinto del que resulte ser, por aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable a los procedimientos.

c) Que no podía olvidarse que el mayor número de textos a publicar son las notificaciones de actos a que se refiere el artículo 59.4 de la Ley 30/92, cuya demora retrasa la producción de sus efectos, pero también la de los actos previstos en el artículo 60, que, por su carácter general y afectación a los intereses generales, no permiten demoras, de consecuencias imprevisibles.

4°. El informe aludido por la Delegación del Gobierno, en relación con el artículo 10 del borrador del anteproyecto:

a) Invocó la normativa aplicable, la regulación de la materia en otras Comunidades Autónomas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para concluir que la CAIB no puede establecer la obligación general de la AE de remitir sus textos, redactados en ambas lenguas, sin perjuicio de la posibilidad de que el texto sea traducido por los servicios de la CAIB a fin de que sea publicado en ambas lenguas.

b) Recordó el artículo 3.2 de la Constitución, el 3 del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares, el artículo 7 y la Disposición Adicional 4ª de la Ley 3/1986, de 19 de abril de Normalización Lingüística de la CAIB y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, particularmente la sentencia 82/1986, de 26 de junio, enfatizando en lo que dice, en los Fundamentos Jurídicos 5º y 6º, sobre que la competencia autonómica en materia lingüística no le habilita para dictar normas relativas a la organización y funcionamiento de la Administración Estatal, sino para la ordenación concreta de su puesta en práctica en cuanto afecte a órganos propios, pero no a los del Estado en la Comunidad Autónoma.

c) Adujo la regulación de la lengua a utilizar en los procedimientos tramitados por la AGE que establece el artículo 36 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

5°. En el periodo de información pública el *Director General de Política Lingüística de la Comunidad Autónoma*, alegó y propuso que la Disposición Transitoria no se refiera sólo a los Juzgados y Tribunales, sino también a los Consejos Insulares y las Administraciones Locales, pues no se aplica la vacatio legis de forma equitativa al “resto de Administraciones”.

6° *El Secretario General Técnico de la Consejería de la Presidencia* informó en relación con lo alegado por la Delegación del Gobierno:

a) Que la Administración no autonómica radicada en las Islas Baleares ha de remitir las dos versiones del texto que se quiere publicar independientemente, en el seno de un procediendo, de la lengua en que se tramite el mismo, habida cuenta que la remisión de los textos se hace para su publicación.

b) Que tienen obligación de remitir los textos en dos idiomas, las administraciones, instituciones y otros entes radicantes en las Illes Balears que actualmente lo hacen sólo en la versión castellana.

7°. *El Consejo Consultivo de las Illes Balears*, a cuyo dictamen fue sometido el proyecto, sobre lo que llama la edición totalmente bilingüe del

BOIB, en la Consideración Jurídica 8ª B), se planteó la cuestión de hasta qué punto un decreto autonómico puede incluir una norma como el artículo 10, imponiendo obligaciones a la Administración estatal, y lo resolvió en el sentido favorable a la corrección constitucional y legal de la carga que se impone a todas las Administraciones Públicas radicantes en el territorio de las Illes Balears, y por tanto también de la Administración estatal periférica, de remitir sus textos al BOIB en la doble versión catalana y castellana, en consideración a:

a) Que *no es un deber sino una carga, como otras, vinculada a las características del servicio público de que se trata* y regula, que, además, es fácil de levantar porque prácticamente todas las Administraciones de las Illes Balears, disponen de servicios de asesoramiento lingüístico.

b) Que el proyecto discutido no afecta al régimen de uso de las lenguas oficiales en el ámbito del procedimiento administrativo que establece el artículo 36 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, porque *una cosa es determinar el uso de las lenguas oficiales en un procedimiento para la producción de actos y disposiciones, y otra bien distinta tratar el régimen de publicidad de los actos y disposiciones ya aprobados, incluidos los mecanismos para hacer efectiva esta publicidad*. O, dicho con más claridad, la referencia a las dos versiones no se hace al procedimiento que conduce al acto administrativo, sino únicamente a la remisión de los textos para su publicación.

c) La Comunidad Autónoma *tiene potestad de autoorganización* y, en virtud de ella, la de regular el BOIB.

d) *El artículo 7 de la Ley de Normalización Lingüística* (que no fue impugnado en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado, que resolvió la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 1988), *cuando se refiere a la Administración Pública, no se refiere al “aparato administrativo que directamente depende del Gobierno autonómico”*, como corresponde al modelo de cooficialidad lingüística prescrito, con alcance territorial, por los legisladores constitucional y estatutario, cuyas consecuencias pueden definir las instancias autonómicas sin invadir competencias estatales.

e) *La opción por el desarrollo reglamentario del sistema de publicidad oficial, al que se ha de plegar todos los usuarios del servicio que radiquen en las Illes Balears, que ha elegido el Gobierno, no presenta dudas de legalidad ni de constitucionalidad* estando plenamente ajustada a los objetivos igualitarios del artículo 3.3 del Estatuto, después de su reforma por Ley 3/1999, de 2 de febrero.

8º. **El artículo 10 del Decreto 132/2002, de 26 de octubre**, por el que se

establece el régimen de funcionamiento del Butlletí Oficial de les Illes Balears (cuyo Preámbulo caracteriza la nueva regulación, como de tratamiento de la lengua de publicación y de remisión de los textos, aplicando plenamente las prescripciones de la Ley 3/1986, de 29 de abril, de Normalización Lingüística) dispuso exactamente lo proyectado en el borrador del anteproyecto, en anteproyecto y en el proyecto. De igual manera, el artículo 3.2, que los textos oficiales de instituciones no radicadas en el territorio de las Illes Balears puede remitir los textos para públicas sólo en una de las lenguas oficiales. Estos textos han de publicarse en la lengua en que se hayan remitido.

III. ANTECEDENTES PROCESALES DE LA SENTENCIA COMENTADA

1º. En la *demand*a del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Estado, contra el Decreto 132/2002, de 25 de abril, el Abogado del Estado, para pretender la anulación de su artículo 10, alegó:

A) Los artículos 149.1.18ª de la Constitución y 36 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, arguyendo así:

a) La imposición (sea obligación o carga) que para la AGE supone el que sus órganos con sede en Illes Balears (comprensible en la expresión del artículo 10 del Decreto, de Administración radicada en el territorio de la islas, a la que se contraponen, en el artículo 3, la de institución no radicada en él) si quieren que se publiquen (como está obligada a hacer cuando alguna disposición legal o reglamentaria lo disponga) en el BOIB (que tiene la obligación de insertarlos, en los términos del artículo 6.1 y la Disposición Adicional de la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias) los textos oficiales que remita, deban hacerlo en la lengua de su redacción y, además y simultáneamente, en la otra oficial, sea una u otra, la castellana o la catalana, vulnera el artículo 36 de la Ley 3/92, de 26 de n noviembre (que es base del procedimiento administrativo común aplicable a todas las Administraciones según su artículo 1)

b) Dispone el artículo 36 que “La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella. En este caso, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado. Si concurrieran varios interesados en el procedimiento y existiera discrepancia en cuanto a la lengua el procedimiento se tramitará en castellano, si bien los documentos o testimonios requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos”.

De tal precepto resulta que el procedimiento se tramitará o en castellano o en la otra oficial. Nunca en las dos lenguas. Que es a lo que obliga el artículo 10 del Decreto, al menos en el trámite de publicación en el BOIB, que, para ser cumplimentado, habrá de producirse traduciendo el texto a publicar de la lengua en que se produjo, como el resto de los actos de trámite, a la otra, que en la mayor parte de los casos será la catalana, pero podrá ser también la castellana.

Y esta traducción del texto a publicar es un trámite del procedimiento en el que se produzca (lo que no impide que sea también un documento que se acompañe a la solicitud u orden de publicación, dando lugar a la iniciación de otro procedimiento ante la Administración de la CAIB), porque trámites son las actuaciones de ordenación del procedimiento, a impulsar de oficio, sin que dejen de serlo (artículo 75.3 de la Ley 30/92) los que deban ser cumplidos por órganos distintos del que lo tramite (como denomina al instructor el artículo 78.1) e incluso por los interesados (artículo 76.1) ni las diligencias necesarias para cumplirlos, que tienen su reflejo en el expediente en el que se incorporan para su constancia. Como son, en el supuesto más frecuente de notificación o publicación de actos de los artículos 59 y 60 de la Ley 30/92, los de remisión, que, como regla, incluyen sólo el texto íntegro del acto (artículo 58.2 y 2) y los de acreditación de la notificación (artículo 59.1) o de su fracaso (artículo 59.3).

Las actividades de traducción a otra lengua de un texto para que pueda publicarse en el BOIB, de constancia de la remisión a éste y de incorporación al expediente del ejemplar en que conste lo publicado, en las dos versiones simultáneamente, cumpliendo las exigencias del artículo 10 del Decreto, suponen la incrustación en el procedimiento de actuaciones en lengua distinta de la lengua en que se tramitó. Afectando al régimen de uso de las lenguas oficiales en el ámbito del procedimiento, y, aún, a su buen fin, por la dilación que la traducción puede suponer. Siendo desproporcionada la exigencia, contra lo que dijo el Secretario General Técnico autonómico, y no equiparable a los de carácter técnico y funcional del artículo 9.2, en las que pensó el Consejo Consultivo de la CAIB y le parecen igual de fácilmente soportables, porque no puede olvidarse que el artículo 3.1 da carácter no sólo oficial sino auténtico, a los textos publicados, que son dos, y no sólo el original o copia fehaciente del que habla el artículo 9. La Administración demandada, en la fase de elaboración del Decreto y ante las alegaciones de la AGE afectada, se esfuerza en desconocer la realidad de la producción de la remisión que exige, en el seno del procedimiento en que la publicación ha de acreditarse, contraponiendo el texto del acto a publicar y el de su traducción, que con aquél se publicará y desconectándolos a los dos del procedimiento, en el que la publicación del texto original del acto es

necesaria por imperativo legal, siendo responsable de que se produzca el titular de la Unidad Administrativa y el personal que tengan a su cargo la resolución o el despacho del asunto, según el artículo 41.1 de la Ley 30/92. Con olvido de que el procedimiento administrativo (que no define la Ley misma) es un sistema lineal de actos emanados de un poder público (y, en su caso, también de uno o varios particulares que intervienen como interesados, o con otro carácter distinto) y que tiene por finalidad producir, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, un acto o una norma administrativa o de ejecutar, de esta misma forma, un acto ya producido. Y que la resolución que le pone fin o decide, resulta de una tramitación, cuyos actos se llaman de trámite, y son, según la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 RA 3842, “simples eslabones, sin individualidad propia (como los de incoación, instrucción y ordenación, cuales las comunicaciones, notificaciones y publicaciones) al ser absorbida por la unidad del mismo”, fuera del cual no tienen sentido. La notificación y la publicación, sustitutoria o no, del acto objeto de las mismas, son otro acto administrativo, y, precisamente por serlo, “los posibles defectos no afectan a la validez del acto, sino a su eficacia”, por todas las STS de 19 de octubre de 1989 RA 7417. Como actuaciones en el procedimiento son las necesarias para que se produzcan la notificación edictal y publicación.

B) Los artículos 149.1.18ª de la Constitución y 5, 6 y 7 y Disposiciones Adicional 1ª y Transitoria 2ª de la Ley 5/2002, de 4 de abril de Boletines Oficiales de las Provincias, de los que destaca la que dispone que a los de la Comunidades Autónomas Uniprovinciales les será de aplicación, en todo caso, el artículo 6, (entendiendo la referencia a las Diputaciones Provinciales realizada al órgano correspondiente de la CA encargado de la publicación del BO de la respectiva CA), resultando de todos que ese órgano autonómico está obligado a publicar en el Boletín cuantas disposiciones, ordenanzas, resoluciones, edictos, anuncios, actos o acuerdos de las distintas Administraciones Publicas que deban ser insertados en el mismo en virtud de disposición legal o reglamentaria, así como otros actos o anuncios que aquéllas le remita. Correspondiéndole la orden de inserción al órgano competente de la correspondiente administración anunciante, y siendo cumplimentada por el órgano correspondiente de la CA siempre que cumpla los requisitos establecidos en esta Ley.

En la medida que esta Ley, en su artículo 7, apartados 1, 4 y 5, no exige para la publicación de los originales otra cosa que se envíen, debiendo ser transcritos en la misma forma que se hallen redactados y autorizados por el órgano remitente, es claro que (aunque el artículo 5, sobre lengua de publicación de los BOP, y, por ende, de los BOCA uniprovinciales, contemple que se puedan publicar en castellano, y, en su caso, en la lengua que sea

cooficial en el territorio, conforme a lo establecido por la legislación específica), de ello no resulta que, porque esta legislación pueda disponer la de los textos en las dos lenguas, pueda condicionarse el cumplimiento de la obligación de publicación del artículo 6 a la remisión del texto original junto con su versión en la otra lengua. Sin perjuicio de que pueda publicar el original en su lengua, y además en la otra.

A lo que no se opone la AGE, como se hizo constar en el trámite de audiencia, de acuerdo con informe del MAP que dijo “En consecuencia se entiende que la CA no puede establecer la obligación general de la AE de remitir al BOCA sus documentos redactados en ambas lenguas oficiales, sin perjuicio de la posibilidad de que el texto sea traducido por los servicios de las CCAA a fin de que sea publicado en ambas lenguas”.

C) Los artículos 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 38 y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de la CAIB de 24 de octubre de 1984, de los que resulta la nulidad del precepto impugnado, porque, en cuanto sea aplicable a textos oficiales que remitan al BOIB los órganos periféricos de la AGE, con sede en el territorio de la CAIB, vulnera la Ley de Normalización Lingüística, pues:

a) Esta Ley no se reduce al artículo 7 (que invoca la Administración demandada y dispone que han de publicarse en lengua catalana y castellana en el BOCAIB sus disposiciones normativas y resoluciones oficiales) sino que tiene 40 artículos y varias Disposiciones Adicionales y Transitorias, de las que no resulta que lo deba hacer la AGE, ni siquiera sus órganos radicados en el territorio de la CAIB, que son contemplados con la denominación de Administración Periférica del Estado o de AE en la CAIB. Porque en la DA 1ª se establece que el Gobierno de la CA ha de promover, de acuerdo con los órganos competente, la normalización del uso de la lengua catalana en la Administración Periférica del Estado, en la Administración de Justicia, en los Registros, en la Empresas públicas y semipúblicas y en cualquier ámbito administrativo no dependiente del Gobierno de la CA, lo que presupone que tal uso, ni siquiera en la publicación de las disposiciones normativas y resoluciones de la Administración Periférica del Estado, no resulta obligatorio para ésta nunca, sin perjuicio de que resulte obligada a promoverlo el Gobierno de la CA, y, hasta, en los términos de la Disposición Transitoria 1ª, lo deba hacer, promoviendo Acuerdos en los que se fijen periodos de adaptación de los servicios y organismos, en lo que respecta al uso de la lengua catalana, que no excedan de tres años.

Y no lo obsta lo que el Consejo Consultivo de la CAIB dijo, argumentando que no hay elementos suficientes para limitar la expresión Administración Pública a la Administración de la CAIB (y no incluir en ella la periférica del

Estado), y que el alcance territorial del modelo de oficialidad del castellano y cooficialidad del catalán en las Illes Balears conlleva a la aplicación de la norma del artículo 7 a las resoluciones oficiales de la Administración Periférica del Estado, y la posibilidad de que, por vía reglamentaria, se obligue a que todos los textos oficiales, y no sólo las disposiciones normativas a que se refiere la Ley, se deban publicar en las dos lenguas oficiales en la Comunidad, como se hace en el artículo 10 del Decreto, al exigir la remisión simultánea de la versión castellana y catalana para conseguir que se publique el texto en la lengua en que se ha producido, y no se le devuelva.

El artículo 10 del Decreto va más allá de la Ley de Normalización, en cuanto desconoce la Disposición Adicional 1ª, extralimitándose de la autorización de Final 1ª, y, aún del artículo 7, en cuanto a su reducido objeto de las disposiciones normativas y resoluciones, incluso si se entendiera referido a la Administración Periférica del Estado. Porque no son resoluciones todos los actos administrativos, sino solamente algunos, los definitivos o que ponen fin al procedimiento, según el artículo 87.1 de la Ley 30/92, contraponiéndolos a los de trámite, en los artículos 107.1 de la misma Ley y 25.1 de la Ley Jurisdiccional, ni todas las actuaciones, como los anuncios. La conversión, en el Decreto, de las resoluciones de la Ley en textos oficiales, es ampliación, en cualquier caso, del artículo 7 de la Ley, cuya falta de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad en su día interpuesto contra ella, no demuestra lo que se pretende sino lo contrario, y es que no se refería ni se refiere a la AGE, ni siquiera a la Periférica en la CAIB, pues, si no se impugnó, cuando el 19 de abril de 1986 se aprobó la Ley Balear, había ya sido dictada sentencia del Tribunal Constitucional el 26 de junio de 1986, sobre la Ley vasca de Normalización, resolviendo el delicado problema de la concurrencia de la competencia autonómica para fijar el derecho a la utilización de la lengua propia y la del Estado, para establecer sus propias normas de organización, que se ve afectada por el biligüismo en cuanto toca a la Administración Periférica del Estado, *prudentermente y tratando de armonizar ambas competencias* (reconociéndole a la CA el derecho “a determinar el alcance de la cooficialidad, que se deriva inmediatamente de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, y es inherente al concepto de aquélla, correspondiendo a la estatal la ordenación concreta de la puesta en práctica de aquélla regulación legal en cuanto afecte a órganos propios”, y condicionando el ejercicio del derecho de los ciudadanos vascos a ser atendidos en la lengua oficial que elijan, en el caso de la Administración estatal, a su progresiva implantación “de acuerdo con los órganos correspondientes”), *declaraba una obligación para los órganos estatales y respetaba su independencia para adaptarse progresivamente a la situación.*

b) El artículo 6.2 de la Ley de Normalización Lingüística dispone que el

catalán y el castellano son lenguas oficiales en la CAIB y han de ser usadas preceptivamente por la Administración según la forma regulada por la Ley, lo que supone proclamar una auto reserva de Ley, que no permite, por la vía de las disposiciones reglamentarias para su aplicación y desarrollo (y, menos aún, por las reguladoras como servicio público de un Boletín en que se hayan de publicar), modificarla, porque, al ser la CAIB uniprovincial, no hay BOP. Que es el en que, de acuerdo con el artículo 59.4 de la Ley 30/92, en el ámbito territorial del órgano que dictó el acto, se han de publicar los auncios para la notificación de las resoluciones y actos administrativos cuando los interesados son desconocidos o se ignora su domicilio o, intentada, no se hubiese podido practicar.

c) El artículo 9.1 limita al Gobierno la potestad reglamentaria en materia de regulación del uso de la lengua catalana en las actividades administrativas de sus órganos.

D) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los límites de la competencia autonómica en materia de regulación del alcance de la cooficialidad que, aunque por la norma básica del artículo 36 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre no sea lo más importante (sino la cuestión relativa a las relaciones entre las bases y su desarrollo), no puede olvidarse, sobre todo porque en dicha jurisprudencia enfatizó la CAIB, en el procedimiento de elaboración del Decreto. Esta jurisprudencia, por todas las sentencias de 26 de junio de 1986 y 123/88 y 87/97, se ha pronunciado en el sentido de que no puede ir más allá de declaraciones generales de cooficialidad, sin imposición de obligaciones al Estado inmediatamente exigibles, y sin atribuirse competencias más allá del marco establecido en el reparto que llevan a cabo la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y con la articulación equilibrada de las respectivas competencias que exige que, en los ámbitos de competencia estatal, como en la organización de sus servicios y la regulación de la lengua en los procedimientos administrativos gestionados por el Estado, sea éste el que ha de dar cumplimiento a las consecuencias derivadas de la cooficialidad y las exigencias de normalización y establecer la ordenación concreta de la puesta en práctica de la regulación de la cooficialidad en cuanto afecte a organismos propios.

Ninguna CA puede encontrar en la regulación de la materia lingüística una competencia que la habilite a dictar normas relativas a la organización y funcionamiento de la Administración estatal, como puede hacerlo respecto a la propia Administración Autonómica o incluso la Local.

2º. La Administración demandada en su *contestación*:

A) Rechazó los Fundamentos de Derecho de la demanda, con argumentos, de los que –por el tenor de la sentencia del Tribunal Supremo comentada–

interesan sobre todo los que se relacionan con la invasión competencial que supone la vulneración del artículo 36 de la Ley 30/92, y fueron:

a) Manifiesta la AGE que la carga que supone la remisión simultánea en las dos versiones de los textos para su publicación vulnera el artículo 36 y que esta situación no se produciría si la traducción del texto original la hiciera el órgano encargado de la edición del Boletín, olvidándose de que la incorporación al expediente de la versión castellana o catalana del texto original se da tanto si lo ha traducido el órgano remitente como si quien lo hiciera fuese el órgano encargado de la edición, y ello es así no sólo porque el artículo 3.1 del Decreto da carácter oficial y auténtico a los dos textos publicados, sino también porque el mismo carácter les da el artículo 1 in fine de la Ley de BOP.

La única realidad es que la traducción no supone ninguna contravención de lo dispuesto en el artículo 36 puesto que la carga de la remisión de las dos versiones se hace, en cuanto el texto sea remitido para su publicación en el BOIB, independientemente de la lengua en que se tramite o haya tramitado el procedimiento (que puede ser la castellana o la catalana). La incidencia que la publicación bilingüe pueda tener en el procedimiento no se salva imponiendo la carga de la traducción al órgano gestor del Boletín.

b) Del artículo 36 resulta que el procedimiento se tramitará o en castellano o en la otra lengua oficial, nunca en las dos lenguas. Sin embargo, del mismo se desprende claramente que en el seno del procedimiento podemos encontrar, además de la lengua de tramitación “stricto sensu”, otras que podríamos denominar “incidentales” para ciertas actuaciones concretas derivadas de la posición lingüística de los interesados o del ámbito territorial donde deba surtir efectos al acto. No toda lengua que tenga incidencia en el procedimiento administrativo puede ser considerada como la lengua de su tramitación.

Y así se prevé que la lengua de tramitación sea con carácter general el castellano y en ciertos supuestos la otra lengua oficial en la CA. Pero a la vez prevé la traducción a la otra lengua distinta a la de su tramitación. De lo que se desprende que, en el procedimiento administrativo, además de la lengua en que se tramita, podemos encontrar incidentalmente otras que “coexisten” en el procedimiento y que no son estrictamente a la lengua vehicular del mismo. La cuestión está en dilucidar si los supuestos de traducción de documentos y testimonios a la lengua cooficial distinta de la en que se tramita el procedimiento previstos en el artículo 36 son los únicos admisibles en Derecho.

La forma en que deben publicarse determinados textos en el BOIB no es cuestión que afecte a la normativa básica del procedimiento utilizado por la

AE, por cuanto existe otra normativa, también básica y especial para el caso, que así lo confirma. Y en este punto hay que traer a colación al artículo 5 de la Ley 5/2002 de BOP, que constituye igualmente legislación básica, al amparo del artículo 149.1.8ª de la Constitución, según dispone la Final Única de la Ley mencionada, aplicable a las CCAA uniprovinciales, según dispone la Adicional 2ª en relación con la 1ª.

B) Como propio, el Fundamento de Derecho según el que la modulación de la declaración de cooficialidad de la lengua propia deriva directamente de la Constitución y el Estatuto de Autonomía permite la fijación de los usos oficiales derivados de ella.

El artículo 7 de la Ley de Normalización Lingüística es plenamente coherente con el modelo de cooficialidad lingüística previsto por la Constitución y el Estatuto. Este modelo permite a las instancias autonómicas definir, en el ámbito territorial correspondiente, las consecuencias fundamentales de la cooficialidad, definición en la que el TC ha entendido que no se produce invasión alguna de competencias estatales (STC 82786, 123/88, 56/90) Pues tiene declarado que de la relación entre la Constitución y los Estatutos surge un mandato, una habilitación competencial, dirigida a las CCAA con lengua cooficial para llevar a cabo no solo actividades de fomento de las lenguas oficiales en la CA, sino también para regular los aspectos esenciales de la cooficialidad de las mismas. La Constitución en su artículo 3.2 remite a los Estatutos de las CCAA con lengua propia distinta del castellano la decisión sobre la declaración de oficialidad de esa lengua y acerca de su régimen jurídico. A su vez los Estatutos concretan esta remisión constitucional mediante preceptos, situados en los Títulos Preliminares respectivos, en los que, se efectúa la declaración de oficialidad de su lengua propia y se reitera la de castellano, lengua oficial común.

En el Marco descrito, el artículo 7 de la Ley desarrolla en mandato estatutario, fijando los usos oficiales, en cuanto al sistema de publicidad oficial, que se derivan de la declaración de oficialidad, optando por un modelo de bilingüismo, en orden a asegurar el conocimiento de ambos idiomas y garantizar la plena igualdad en lo que se refiere a los derechos y deberes lingüísticos, así como el uso normal y oficial de las lenguas declaradas oficiales.

Por tanto las prescripciones sobre publicidad oficial establecidas en el artículo 7 (como aspecto esencial de la declaración de oficialidad) vinculan a todos los poderes públicos radicados en las Illes Balears. Y no puede interpretarse que la expresión “han de publicarse en lengua catalana y en lengua castellana...” del precepto, sea un mandato dirigido tan sólo al servicio encargado de la edición del Boletín, sino a todas las Administraciones

radicadas en las Illes Balears, ya que tal declaración no constituye estrictamente una medida de fomento de la lengua oficial sino que supone la regulación de un aspecto esencial de la cooficialidad de las lenguas que, según reiterada doctrina del TC, tiene alcance territorial y se proyecta sobre todas las Administraciones radicadas. Es decir, las cargas derivadas del sistema de publicidad oficial fijado deben ser soportadas, en mayor o menor medida, por todas las Administraciones radicadas.

Sostener que la carga recae solamente en el órgano gestor del Boletín nos llevaría a consecuencias que, a buen seguro, nada satisfarían a la AE. Teniendo en cuenta que el artículo 5 de la LBOP establece que los mismos se publicarán en castellano y, en su caso, la lengua cooficial en el territorio, conforme a lo establecido en la legislación específica de las CCAA. Suponiendo que tal legislación estableciera la publicación bilingüe y, por tanto, el Boletín se publicara en las dos lenguas, resultaría que las Diputaciones Provinciales, en su caso, deberían asumir toda la carga de la traducción de los textos que fueran remitidos al BOP.

C) Concluyó:

a) El artículo 7 de la Ley de Normalización afecta a todas las actuaciones de cualquier Administración radicada en las Illes Balears que deban ser objeto de publicidad.

b) El artículo 10 recurrido instrumenta, a efectos de la edición del servicio público que es el BOIB, los mandatos del artículo 7, por lo que no los contraviene.

c) Las prescripciones del artículo 7 de la Ley de Normalización Lingüística, como fijación de un aspecto esencial de la cooficialidad, como es el sistema de publicidad, deben ser cumplidas por todas las Administraciones Públicas, sin que quepa alegar como objeción la existencia de periodos transitorios referidos a medidas de fomento.

d) El artículo 5 de la Ley 5/2002 de Boletines Oficiales de las Provincias, que no es de aplicación, pero sirve de pauta hermenéutica, refleja y respeta el ámbito competencial de las CCAA con lengua oficial para fijar los usos oficiales, en cuanto a publicidad, derivados de la declaración de oficialidad.

e) Estas prescripciones, en tanto que vinculantes para todas las Administraciones Públicas, no pueden suponer una carga sólo para la Administración que tenga a su cargo el servicio de edición del Boletín, que habrá de dotarse de medios para poder editar un boletín que cumpla las exigencias del bilingüismo impuesto, pero no asumir la total carga de la traducción de los textos.

f) El artículo 10, objeto de recurso, no contraviene el artículo 36 de la Ley 30/92, en cuanto debe ser interpretado juntamente con el artículo 5 de la Ley de Boletines Oficiales de las Provincias. Es más, la supuesta alteración de los preceptos reguladores de la lengua de los procedimientos, que se niega, se produciría igualmente con la traducción del órgano gestor.

3º. *El Abogado del Estado en sus conclusiones* –en lo que importa, por lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo– dijo:

A) Sobre la vulneración del artículo 36 de la Ley 30/92:

El artículo 10 del Decreto supone la imposición de la realización por la AGE de actuaciones en sus procedimientos administrativos en lengua distinta de la de su tramitación. Actuaciones de traducción de textos al castellano o al catalán, y de constancia e incorporación al expediente del ejemplar en que se publique en las dos versiones, lo que supone incrustación en el procedimiento de actuaciones en lengua distinta de la en que se tramita.

No se dijo en la demanda que ello no sucedería si la traducción del texto la hiciera el encargado de la edición del Boletín, sino, en otro lugar y al tratar del segundo motivo de impugnación, que no se oponía la AGE a que así se hiciera, en los términos de lo alegado, en el procedimiento de elaboración del Decreto, de acuerdo con el informe de la Dirección General de Política Autonómica del Ministerio de Administraciones Públicas. Aceptando la incrustación restante de la publicación del texto en la otra lengua, que, en ningún caso, sería una actuación realizada por la AGE.

La actuación del órgano gestor del Boletín para la publicación de la traducción, en cumplimiento de normas que pueden obligarle, y la incorporación del documento en que se publique al procedimiento de la AGE no supondrían lo que se trata de evitar, como es que se tramite en dos lenguas, sino solamente en una, la que corresponda, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 30/92, y no que al expediente puedan incorporarse textos en la otra lengua cooficial, producidos por el interesado o terceros, como en este caso el editor del Boletín.

No se trata de que en el expediente no haya textos en otra lengua, sino que deba la AGE realizar actuaciones en lengua distinta por imposición de la norma autonómica, como la de traducción al castellano o catalán de los actos que deban ser publicados en el BOP, por imperativo legal.

La norma invasora de las competencias exclusivas del Estado, en materia de procedimiento administrativo común, que se impugna, no lo es por cuál deba ser la lengua traducida para su publicación, sino por el hecho de haber de traducir y remitir simultáneamente el texto con su traducción a la otra lengua para que se publique.

Tanto si la lengua de tramitación del procedimiento, de que habla el artículo 36 repetido, es la castellana (como ha de ser si el interesado único, o todos, si son varios, no eligen la catalana), como si es la catalana (si el interesado es único, o todos, si son varios, la eligen), no cabe que normas autonómicas impongan que, en la tramitación en castellano o en catalán, el órgano de la AGE, aunque sea periférico en Illes Balears, deba realizar actuaciones de ordenación u otra clase del procedimiento, en catalán o en castellano, traduciendo el texto producido. Invasión que no se producirá necesariamente si la CAIB, además de publicar el texto remitido en su lengua, lo publica en la otra. Y si se produce –según lo que se expresó en el trámite de audiencia– la AGE no lo rechaza, como podría, en aras a lo que le pueda interesar a la CAIB. Pues a la AGE lo que le interesa es incorporar al expediente la publicación del acto que deba ser publicado, en la lengua en que se produjo, única de la que debe quedar constancia en el expediente.

B) Sobre la vulneración de la Ley de Normalización Lingüística:

a) A lo alegado en la demanda había que añadirle que, del hecho de que en artículos distintos del 7 se hable de la Administración del Estado, de la Periférica del Estado, de la Central del Estado, de la Autonómica, de la Pública o simplemente de la Administración, no resulta que cuando el 7 se refiere a la Administración Pública, lo haga a todas las Administraciones, resultando la obligatoriedad de la publicación en las lenguas castellana y catalana de los textos de la Administración Periférica del Estado y de la Central. Ni que, al hablar de resoluciones oficiales, se refiera a todos los actos y actuaciones administrativos.

De los artículos 34¹⁹³, 35.2¹⁹⁴, de la Disposición Transitoria 1^a 195, y de la Disposición Adicional 1^a 196, resulta que, cuando la Ley se refiere a la Administración, no piensa en la del Estado, sino en las Administraciones sobre las que la CA tiene competencia. Sobre todo si lo hace imponiendo

193 - Que se refiere a las instituciones y órganos dependientes del Gobierno de la CAIB, a los Consejos Insulares y a las Corporaciones Locales, para asegurar el uso de la lengua catalana en todas las funciones y actividades de tipo administrativo que realicen.

194 - Que contempla Convenios con la Administración Central para propiciar la enseñanza de la lengua catalana a los funcionarios dependientes de ésta.

195 - Que contrapone la Administración –para referirse al Gobierno de la CA, los Cosejos Insulares y otras entidades públicas dependientes del Gobierno de la CA– a la Administración del Estado en la CA.

196 - Que dispone que el Gobierno de la CA ha de promover, de acuerdo con ellos, la normalización de la lengua catalana en la Administración periférica del Estado, en la Administración de Justicia, los Registros, las empresas públicas y semipúblicas y en cualquier ámbito administrativo no dependiente del gobierno de la CA.

obligaciones de cumplimiento directo, sin necesidad de Convenio o Acuerdo (como el que contempla el artículo 11.3 para la Administración de Justicia de las Baleares y las citadas Disposiciones Adicional y Transitoria).

Si el legislador autonómico hubiera querido referirse, como se pretende de adverso, al “entramado administrativo con sede en el ámbito territorial del las islas Baleares” no habría hablado de Administración Pública, sino de todas las Administraciones Públicas. Imponiéndolo no sólo el resto de la Ley, sino el propio artículo 7, que se refiere a las Leyes del Parlamento de las Islas Baleares, expresamente, y no a las de las Cortes Generales, y cuando lo hace a sus Decretos legislativos y disposiciones normativas, únicas que se han de publicar en el BOIB¹⁹⁷, no puede querer referirse más que a los suyos. Como, por lo mismo, a sus Resoluciones.

La interpretación de la contestación de la demanda, que, por Administración Pública, entiende todas las Administraciones, y por Resoluciones¹⁹⁸ Oficiales, cualesquiera actos de las Administraciones Públicas, conduce al absurdo, porque es evidente que es imposible que se quiera disponer que todos los actos de todas las Administraciones Públicas se deban publicar en el BOIB en las lenguas catalana y castellana.

b) El acotamiento que, frente a la amplitud de la expresión Administración Pública, pretendemos, apelando a la *voluntas legis*, y la restricción del término Resoluciones, que el rigor jurídico exige, tiene que ver con algo que proclama la Exposición de Motivos de la Ley, como es que la lengua catalana y la lengua castellana son ambas lenguas oficiales de la CA, con el mismo rango, si bien de naturaleza diferente, pues la oficialidad de la lengua catalana, propia de las Islas Baleares, se basa en un estatuto de territorialidad, con el propósito de mantener la primacía de cada lengua en su territorio histórico, mientras la oficialidad del castellana, establecida por la Constitución en todo el territorio nacional, se basa en un estatuto personal, a fin de acompañar los derechos lingüísticos de los ciudadanos, aunque su lengua no sea la propia del territorio.

El ejercicio de la potestad reglamentaria, para la aplicación y desarrollo de la Ley que contempla la Disposición Final 1ª de la Ley, el artículo 9.1 lo predica del uso de la lengua catalana en las actividades administrativas de los órganos de la competencia del Gobierno de la CAIB, y no de las de otras Administraciones Públicas, excede, en lo dispuesto en el artículo 10 del

197 - Las estatales lo han de ser sólo en el BOE, según los artículos 25.4 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, 52.1 de la 30/1992, de 26 de noviembre y 1.5 del Código civil.

198 - Significativamente se escribe con mayúscula.

Decreto impugnado de los límites de la autorización, desbordando lo que disponen los artículos 6 y 7 de la Ley.

c) En resumen, al fin, el artículo 10 del Decreto va más allá del 7 de la Ley, en cuanto sea obligada la publicación en las dos lenguas de los actos del órganos periféricos de la AGE, al exigir, para hacerlo, la remisión de todos los textos redactados en las dos lenguas oficiales, vulnera el orden competencial, por invadir o desconocer la competencia estatal exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y, en cualquier caso, sobre el procedimiento administrativo común, y de los BOP, contenidas en los artículos 36 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 6 de la 5/2002, de 4 de abril. Es esta vulneración del orden competencial lo que al Estado le interesa se declare, y no el alcance del artículo 7 de la Ley de Normalización, porque la aplicación del artículo 10 del Decreto afecta a los actos que hayan de ser publicados en el BOIB, tanto si el acto se ha producido en castellano como en catalán, por ser una u otra la lengua del procedimiento.

No se le niega a la CA competencias en materia lingüística, sino que el ejercicio normativo de éstas haya invadido, por la vía de obligarle a realizar actuaciones en lengua distinta de la del procedimiento administrativo de cada caso, y de condicionar el cumplimiento de una obligación, que, por ser uniprovincial la CAIB, le viene impuesta en orden a la publicación de los originales cuya inserción ordene el órgano competente de la Administración del Estado actuante. Y no sólo no se le niegan, sino que, en su día, evacuando el trámite de audiencia sobre el borrador del anteproyecto de Decreto, dijo la Delegación del Gobierno que no había impedimento alguno a que se publicasen en ambos idiomas, siempre que no se le imponga la traducción a la AGE. Aptitud que, paradójicamente se reprocha, cuando se afirma que supondría, si se acepta, que se incumpla el artículo 36 de la Ley 30/92. Lo que queremos resaltar por lo que se opone en la contestación, así como –por lo que se dice de los 17 años de vigencia de la Ley de Normalización Lingüística– que los acuerdos de voluntades, en qué consisten los Convenios, no los puede imponer una de las partes a la otra, sobre todo si la imposición vulnera el ordenamiento jurídico y, si no se logran, el fracaso es de las dos, recordando, además, que, tampoco, en materia de publicación de resoluciones judiciales, se llegó al acuerdo que se preveía en la Disposición Transitoria 1ª.2 de Ley de Normalización, con la Administración de Justicia¹⁹⁹.

4º. *La CAIB, en sus conclusiones*, adujo, en lo que importa, sobre la situación competencial:

199 - A pesar de lo cual la Disposición Transitoria del Decreto le dispensa hasta el 1 de enero de 2004 de la obligación de remitir los “textos a publicar” en las dos lenguas, sino sólo “en la que se hayan remitido”.

A) El modelo de cooficialidad diseñado en la Constitución permite a las instancias autonómicas la definición en el ámbito territorial correspondiente de las consecuencias fundamentales de la cooficialidad.

B) El Tribunal Constitucional ha entendido, respecto de esa definición de consecuencias, que la misma no produce ni conlleva invasión alguna de competencias estatales (entro otras STC 82/1986, 123/1988 y 56/1990).

C) El mismo Tribunal ha afirmado que, de la relación entre la Constitución y los Estatutos, surge una habilitación competencial específica dirigida a las CCAA con lengua propia oficial para llevar a cabo no sólo actividades de fomento de las lenguas oficiales en la Comunidad, sino también para regular los aspectos esenciales de la cooficialidad de las mismas. Así, la Constitución remite a los Estatutos de Autonomía con lengua propia distinta del castellano la decisión última sobre la declaración de oficialidad de esa lengua y acerca de su régimen jurídico. A su vez, los Estatutos –al fin, leyes del Estado– concretan esta remisión constitucional mediante los correspondientes preceptos en los que se materializa la declaración efectiva de cooficialidad de la lengua propia de la CA y se reitera la del castellano, lengua oficial común.

D) El artículo 7 de la Ley de Normalización Lingüística de la CAIB vino a desarrollar el mandato estatutario fijando, al efecto, los usos oficiales, en cuanto al sistema de publicidad oficial, que se derivaban de la declaración de cooficialidad.

E) Las prescripciones sobre publicidad oficial establecidas en el artículo 7 de referencia, como uno de los aspectos esenciales de la declaración de oficialidad, vinculan, sin excepción, a todos los poderes públicos, radicados en las Illes Balears.

F) Se está ante la regulación de un aspecto esencial de la cooficialidad de las lengua que, según reiterada doctrina jurisprudencial, como STC76/1983, de 5 de agosto y 82/1986, de 26 de junio), tiene alcance territorial y se proyecta sobre todas las Administraciones radicadas, y determina, además, que las cargas derivadas del sistema de publicidad oficial fijado deban ser soportadas, en mayor o menor medida, por todas las Administraciones implicadas.

G) Aplicando todo cuanto antecede al caso resulta:

a) El artículo 10 del Decreto 132/2002 de 5 de octubre instrumenta y desarrolla, a efectos de la edición del servicio público que presta el BOIB, los mandatos del artículo 7 de la Ley 3/1986, de 19 de abril, de Normalización Lingüística de la CAIB y, en su alcance obligatorio, afecta a la actividad de cualquier Administración Pública radicada en las Illes Balears.

b) Las prescripciones contenidas en dichos preceptos constituyen un aspecto esencial de la cooficialidad –como lo es, sin duda, el sistema de publicidad oficial a que responde el BOIB– y, en este sentido, obliga a todas las Administraciones radicadas y, por esto mismo, no resulta su alcance –ni remotamente– contradictorio con la Constitución, la Ley del procedimiento administrativo común, ya Ley autonómica de Normalización.

IV. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

El 23 de enero de 2007 se dictó sentencia desestimatoria del recurso y declaratoria de que el artículo 10 del Decreto 132/2002, de 25 de octubre se adecuaba al ordenamiento jurídico, confirmándolo íntegramente. De ella diremos:

A) Empieza recordando lo que dispone el artículo impugnado, los Fundamentos de Derecho de la demanda y los de la contestación, que dice es trasunto y asunción de la tesis de que “*suposa el desplegament de l’article 7 de la Llei 3/1986, de 29 d’abril*”, contenida en el dictamen de 8 de octubre de 2002 del Consejo Consultivo de la CAIB, del que transcribe dos razonamientos.

B) Sostiene que:

a) *L’exigència continguda a l’article 10 (...) és coherent amb el mandat de l’article 7 de la Llei 3/1986, de 29 d’abril (...) quan utilitzà el temps verbal: “S’han de publicar en llengua catalana i en llengua castellana en el BOIB”. Afirmació continguda al primer apartat, que no fou objecte de recurs d’inconstitucionalitat, a pesar que no hagués estat, en referència, precisament a aquest apartat, el seu paràgraf final: “en cas d’interpretació dubtosa, el text català serà l’autèntic” i que va determinar la sentència núm. 123/1988, de 23 de juny dictada pel TC, estinant-lo.*

La coherència (...) parteix del model de cooficialitat lingüística el qual permet a l’Administració Autònoma, dins el seu àmbit teritorial, gestionar el servei públic derivat de les conseqüències fonamentals de la dita cooficialitat.

b) *El decret (...) no és sinó, una disposició reguladora d’un servei públic que gestiona, i depèn, de la CAIB. Pot, perfectament, regular-lo en virtut de les facultats d’autoorganització, i sense que aquest fet suposi vulneració d’allò que preveu l’article 36 de la Llei 30 de 1992, de 26 de novembre, al referir-se a la llengua dels procediments, si es pren en compte el segon paràgraf del seu primer apartat, i aquest mateix in fine, on l’elecció de la llengua queda, exclusivament, a càrrec de l’interessat, i sense que, tampoc, pugui entendre’s*

que la referència a las Administracions Públiques exclou a la General de l'Estat, pels termes, clars, del segon fonament de Dret de la sentència 82/1986 del TC que em transcrit a l'anterior.

No hi ha excepcions. El seu abast, obligatori, no és per a la activitat de qualsevulla Administració Pública radicada dins l'àmbit territorial de la CAIB en quan ver referit al sistema de publicitat oficial que representa el BO.

Per últim, la possible manca de medis (...) i la possibilitat que la càrrega descansi sobre les espatlles d'altres serveis depedens o no de la CA, no es assumible per la Sala. No és aquesta afirmació, ni molt meyns ni de bon tros, una justificació objectiva que pugui anar dirigida a una inperpretació que exclogui el sistema de publicitat bilingüe. És més, l'exigència, suposa una garantia d'identitat i invariabilitat entre ambdós texts remesos a la seva inserció en el BO.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Abogado del Estado preparó e interpuso recurso de casación contra la sentencia del TSJ que, en sentencia de la Sección 6º de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo (Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez), de fecha 18 de mayo de 2010, lo estimó anulando el artículo 10 del Decreto impugnado. De ella ha de destacarse:

a) Empieza reproduciendo el tenor literal, en lengua castellana, del artículo en cuestión.

b) Siguió, refiriéndose a los argumentos del TSJ, según los que la norma no era ilegal, para decir, que:

Son básicamente tres. En primer lugar, dado que el catalán es cooficial en las Islas Baleares, es una lengua idónea, al igual que el castellano, para las comunicaciones entre los poderes públicos y los particulares. Y la cooficialidad lingüística, así entendida, vincula también a la Administración General del Estado, tal como ya aclaró en su día el Tribunal Constitucional en su sentencia 82/1986.

En segundo lugar, se recuerda que la norma reglamentaria recurrida es desarrollo de la Ley 3/1986, de 29 de abril, de la propia Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuyo artículo 7 establece. "Las leyes aprobadas por el Parlamento de la Comunidad Autónoma, los decretos legislativos, las disposiciones normativas y las resoluciones oficiales de la Administración pública han de publicarse en lengua catalana y en lengua castellana en el Boletín Oficial de las Illes Balears".

En tercer lugar, siempre que el tribunal a quo, la norma reglamentaria recurrida regula un servicio público dependiente de la Comunidad Autónoma y, por tanto, es expresión de una potestad de autoorganización. De aquí infiere que no conculca lo

establecido en materia de lengua de los procedimientos administrativos por el artículo 36 de la Ley 3/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC); y ello porque la lengua en que se tramita el procedimiento administrativo queda siempre a elección del interesado, sin que ello se vea afectado por la exigencia de publicación en ambas lenguas cooficiales.

c) A continuación se refirió a los motivos del recurso de casación, diciendo:

Se basa este recurso de casación en dos motivos, formulados ambos al amparo del artículo 88.1 d) LJCA: en el motivo primero, se alega infracción del artículo 149.1.8 CE y del artículo 36.1 LRJ-PAC; y en el motivo segundo, se alega infracción de la Ley 5/2002, reguladora de los boletines oficiales de las provincias.

Este motivo segundo es manifiestamente infundado, ya que aquí no se trata del boletín oficial de una provincia, sino del boletín oficial de una Comunidad Autónoma, por más que ésta sea uniprovincial. De aquí que haya que concentrar el análisis sólo en el motivo primero.

d) Sobre este motivo segundo, alegado y no rechazado, dijo:

El artículo 36.1 LRJ-PAC, en la redacción que le dio la Ley de 13 de enero de 1999, dispone:

“La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella.

En otro caso, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado. Si concurrieran varios interesados en el procedimiento, y existiera discrepancia en cuanto a la lengua, el procedimiento se tramitará en castellano, si bien los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos”.

Pues bien, ninguno de los argumentos dados por la sentencia impugnada sirve, en puridad, para negar que el artículo 10 del Decreto 132/2002 conculque el artículo 36.1 LRJ-PAC. Ciertamente, la cooficialidad debe entenderse como la idoneidad de dos lenguas distintas para ser vehículo de comunicación entre los poderes públicos y los particulares en un determinado territorio. Y no cabe ninguna duda que el Tribunal Constitucional ha afirmado en varias ocasiones (...) no sólo que la cooficialidad lingüística afecta a la Administración General del Estado, sino también que las Comunidades Autónomas con lengua propia cooficial pueden regular el alcance de ésta, incluso en materias de competencia estatal. Ahora bien, de aquí no se sigue que la facultad autonómica de regular el alcance y las

implicaciones de la cooficialidad sea omnímodo e ilimitado, ni, más en concreto, que no deba detenerse allí donde haya normas estatales básicas de signo contrario.

Por lo que atañe a que el artículo 10 del Decreto (...) sea desarrollo del artículo 7 de la Ley 3/1988, resulta irrelevante en esta sede. Aunque no es función de esta Sala determinar cuál es la interpretación correcta de las normas jurídicas autonómicas, de la simple lectura del artículo 7 de la Ley 3/1988 se infiere que este precepto legal no exige que la publicación de textos oficiales provenientes de Administraciones distintas de la autonómica deba hacerse en ambas lenguas cooficiales, ni, menos aún, que dichos textos oficiales –tal como exige el artículo 10 del Decreto (...)– deben estar redactados en las dos lenguas oficiales de las Illes Balears y que la transmisión de ambas versiones haya de ser simultánea. Todo esto es impuesto ex novo por el artículo 10 del Decreto (...), que no venía legalmente condicionado a hacerlo. A ello hay que añadir que, cualquiera que sea la relación del Decreto 132/2002 con la Ley 3/1986, aquél no está exento de observar lo dispuesto por la legislación básica del Estado.

La afirmación, en fin, de que el artículo 10 del Decreto 132/2002 es expresión de una potestad de autoorganización no puede ser compartida, desde el momento en que comporta deberes y cargas para Administraciones distintas de aquélla cuyo servicio de publicaciones se regula. Una norma reglamentaria autonómica que obliga, entre otras, a la Administración General del Estado a enviar sus textos oficiales simultáneamente en las dos lenguas cooficiales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares no puede calificarse, sin forzar el significado generalmente admitido de las palabras, de autoorganizativa.

2º Cuanto se acaba de exponer muestra que la argumentación de la sentencia impugnada sobre la compatibilidad entre el artículo 10 del Decreto 132/2002 y el artículo 36 de la Ley 30/92 no es convincente; pero no permite concluir, por sí sólo, que la norma reglamentaria recurrida no vulnere efectivamente dicho precepto legal. La cuestión central de este recurso de casación –esto es, si ha habido infracción del artículo 36.1 de la LRJ-PAC– debe aún ser respondida. Para ello, es conveniente partir de una doble constatación. Por un lado, es indiscutible que –dejando al margen los actos con fuerza de ley, carentes de relevancia por lo que aquí importa– la mayor parte de los textos oficiales que son objeto de publicación en los diarios y boletines oficiales viene dada por resoluciones y disposiciones que se dictan en el seno de un procedimiento administrativo. Es verdad que puede haber textos oficiales que se producen al margen de cualquier iter procedimental, pero no son las más frecuentes. Si a ello se añade que la publicación es un trámite indispensable para que ciertos actos administra-

tivos alcancen plena eficacia (artículo 60 LRJ-PAC), forzoso es constatar que la publicación forma parte del procedimiento administrativo. Se trata de su fase final y, como es sabido, sustituye a la notificación especialmente en aquellos supuestos en que el acto administrativo afecta a una pluralidad indeterminada de personas. Pues bien, si la publicación de resoluciones y disposiciones forma parte del procedimiento administrativo, es claro que los requisitos de aquella no son, en principio, ajenos al ámbito de aplicación de la Ley 30/92, que se ocupa precisamente del “procedimiento administrativo común”.

Por otro lado, que la Ley 30/92 constituya legislación básica del Estado dictada con apoyo en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española es algo que no puede ser puesto en duda. Así se dice expresamente en su exposición de motivos y, sobre todo, así se desprende de su propio artículo 1: “La presente Ley establece y regula las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas”. Cabe discutir si el “procedimiento administrativo común” es una de las materias englobadas dentro de las “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” o si se trata de algo distinto. Pero, incluso si la respuesta fuese negativa y hubiera que concluir que las normas procedimentales de la Ley 30/92 no tienen el carácter de legislación básica, ello carecería de auténtica importancia práctica, ya que se trataría en todo caso de normas dictadas en ejercicio de una competencia exclusiva del Estado –regular aquellas cuestiones del procedimiento administrativo cuya disciplina debe ser común para todas las Administraciones públicas– y, por consiguiente, resultarían igualmente vinculantes para las Comunidades Autónomas. Dicho brevemente, la Ley 30/92 erige una barrera infranqueable frente a las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas en materia de procedimiento administrativo.

Sobre este doble presupuesto y teniendo en cuenta que la conformidad con la Constitución del artículo 36.1 LRJ-PAC no ha sido puesta en tela de juicio, el problema consiste en determinar si la exigencia de que los textos oficiales a publicar en el Boletín Oficial de las Islas Baleares estén redactados en las dos lenguas cooficiales y que ambas versiones sean remitidas simultáneamente resulta compatible con la de que la lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado sea, salvo solicitud en contrario del interesado a órganos radicados en Comunidades Autónomas con otra lengua cooficial, el castellano.

La respuesta debe ser negativa. Como se dejó apuntado más arriba, que una norma reglamentaria autonómica imponga a la Administración General del Estado la carga de que sus textos oficiales vengan ya redactados en las

dos lenguas cooficiales y que el envío de ambas versiones sea simultáneo supone interferir en el modo en que aquélla tramita sus propios procedimientos administrativos o, cuando menos, condicionar el desenvolvimiento de una fase de los mismos. El artículo 10 del Decreto 132/2002 añade un requisito para una determinada fase del procedimiento administrativo que, por lo que atañe a la Administración General del Estado, no encuentra cobertura en el artículo 36.1 LRJ-PAC, haciendo más gravosa la situación de aquélla. Es más: vale la pena destacar que la posibilidad de que los procedimientos de la Administración General del Estado se desarrollen en lengua distinta del castellano queda abierta, con arreglo al artículo 36.1 LRJ-PAC, sólo en aquellos supuestos en que así lo solicite el interesado, sin que esté previsto que dicha posibilidad exista también por iniciativa –o imposición– de otra Administración pública. Además, el artículo 36.1 LRJ-PAC es sumamente claro: cuando a solicitud del interesado el procedimiento se sigue en lengua distinta del castellano, cabe prescindir absolutamente de éste; es decir, lo que en ningún caso contempla el artículo 36.1 LRJ-PAC es que los procedimientos de la Administración General del Estado hayan de llevarse a cabo simultáneamente en dos lenguas.

Por todo lo expuesto, hay que concluir que el artículo 10 del Decreto 132/2002 vulnera lo dispuesto por el artículo 36.1 LRJ-PAC, lo que lleva a estimar el motivo primero de este recurso de casación y anular la sentencia impugnada. En cuanto al fondo del litigio (...) es obvio, a la vista de todo lo dicho más arriba, que debe ser estimado el recurso de casación del Abogado del Estado y, por consiguiente, procede anular la norma reglamentaria.

3º. La sentencia acaba diciendo que *no es ocioso añadir que la declaración de nulidad del artículo 10 del Decreto 132/2002 no implica necesariamente que esta Sala repute ilegal que la Administración autonómica proceda, por propia iniciativa, a la publicación de los textos oficiales provenientes de la Administración General del Estado en las dos lenguas cooficiales de la Comunidad Autónoma. Y tampoco supone hacer juicio alguno sobre la posición de Administraciones públicas distintas de la estatal a la hora de publicar sus textos oficiales en el Boletín Oficial de las Islas Baleares.*

VI. SIETE CONSIDERACIONES JURÍDICAS VALORATIVAS SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) LAS DILACIONES

La sentencia recae ocho años después de que se interpusiera el recurso contencioso-administrativo, y tres desde que la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia dictara la suya, para lo que necesitó cinco. Lo que sugiere, aparte de hablar de la dilación, si no indebida, por lo menos, considerable, llamativa o notoria, traer a colación la norma del artículo 66 de la Ley Jurisdiccional, según la que los recursos directos contra disposiciones generales, como el del caso, gozarán de preferencia y, una vez conclusos, serán antepuestos, para su votación y fallo, a cualquier otro, sea cualquiera su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales.

B) TRATO IGUALITARIO RECIPROCO

La valoración jurídica, en su conjunto, sólo puede ser positiva. Por lo que tiene de respetuosa de la legalidad y sus consecuencias en orden a lo querido por la norma del artículo 36.1 de la Ley 30/92, de absoluta igualdad de trato, en el procedimiento administrativo que regula, de las lenguas cooficiales en las Illes Balears. Contra lo que, desde perspectivas no jurídicas, pueda parecer o se quiera ver.

Es cierto que, porque los interesados en los procedimientos no suelen manifestar otra cosa, la lengua más frecuentemente utilizada es el castellano –la oficial del Estado– y no el catalán –también oficial en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears– y, por esto mismo, que la carga impuesta (y soportada, al no haberse accedido a la suspensión, desde la entrada en vigor de la norma, por los órganos de la Administración periférica del Estado en las Illes Balears), ha sido la de remitir simultáneamente, para su publicación en el BOIB, cuando proceda ésta, en unos casos, los más, el texto en castellano en que se produjo el acto administrativo y, además, el redactado en catalán, en que no se produjo, traduciendo aquél, y en otros, los menos (pero tantos cuantos hayan sido los actos dictados en lengua catalana), el texto en catalán del acto producido en este idioma y, además, el redactado en castellano, lengua en que no se produjo, traduciendo aquél. Pero la carga levantada, ha sido ilegal siempre, con independencia de que la versión improcedente fuera la catalana o la castellana. La ilegalidad estaba en la obligación de remitir la versión en la lengua cooficial distinta de la en que se produjo el acto.

El interesado comparecido en el procedimiento administrativo, según el artículo 36.1 de la Ley 30/92, tiene derecho, si la notificación del acto no es posible, o no procede, sino la publicación, a que ésta se produzca en la lengua en que se tramitó, tanto si es el catalán, como el castellano, y por ello la Administración que lo tramitó y resolvió no puede ser obligada a remitir más versión que la *auténtica*, sea en catalán sea en castellano. Obligarles a los órganos periféricos de la Administración General del Estado, como radicada en las Illes Balears (tal cual resulta del artículo 10 del Decreto

impugnado, en virtud de una norma autonómica reguladora del Boletín Oficial de las Illes Balears), a que remitan una versión del acto a publicar en lengua distinta de la en que se produjo, sea la castellana o la catalana, contradice el artículo 36.1.

En este sentido la sentencia, en el FJ 4º párrafo sexto destaca que el artículo 36.1 LRJ-PAC “es sumamente claro: cuando, a solicitud del interesado, el procedimiento administrativo se sigue en lengua distinta del castellano, cabe prescindir absolutamente de éste”, por lo que, en ningún caso, ni siquiera en éste, se ha de producir necesariamente la publicación, en las dos lenguas oficiales, sino solamente en la lengua oficial, en que el procedimiento se siguió. Sólo en catalán si se siguió en catalán y sólo en castellano si se siguió en castellano. Y, añade, para que no haya dudas: “Es decir, lo que en ningún caso contempla el artículo 36.1 es que los procedimientos de la Administración general del Estado hayan de llevarse a cabo simultáneamente en dos lenguas”, que es lo se quería imponer (y, de hecho, se impuso hasta su anulación judicial) la norma autonómica, aunque sólo fuese en la fase final del procedimiento, si de la resolución se tratase, y no de un acto de trámite, en una fase anterior, interfiriendo en cualquier caso la tramitación o, cuando menos, condicionando su desenvolvimiento. Y ello porque “forzoso es reconocer que la publicación forma parte del procedimiento administrativo. Se trata de su fase final” siendo “trámite indispensable para que ciertos actos administrativos alcancen plena eficacia”.

En la sentencia no hay nada ni a favor ni en contra de ninguna de las lenguas oficiales, sino a favor de la supremacía de la ley estatal sobre el reglamento autonómico, en un aspecto del procedimiento, el de la lengua en que los órganos periféricos de la Administración del Estado en las Illes Balears han de producir actuaciones de comunicación de la que depende la eficacia de los actos de trámite o resoluciones que recaigan en él, y deban por imperativo legal, publicarse en el Boletín Oficial de la Provincia, y, por no haberlo en esta Comunidad Autónoma²⁰⁰, en el Boletín Oficial de las Illes Balears. Publicación que ha de ser precisamente en la lengua en que se tramitó, sin que le pueda ser impuesta la otra cooficial. Todo ello sin perjuicio que, cualquiera que sean los efectos de la publicación en ésta, se admita que pueda no ser ilegal que, por iniciativa propia de la Comunidad Autónoma se haga.

200 - Que es uniprovincial, y en donde no hay Diputación Provincial –cuyas competencias se repartieron entre los Consejos Insulares de cada una o grupo de islas y el Consejo General Interinsular (ente preautonómico, al que sucedió la propia Comunidad Autónoma)– ni existe la Provincia como Ente Local, sino las Islas, por más que la haya, como división del territorio nacional, para la prestación de determinados servicios.

C) TEXTOS OFICIALES Y DISPOSICIONES Y ACTOS ADMINISTRATIVOS

Despejado el horizonte de prejuicios y lecturas ingenuas o legas, y puesta la vista en los razonamientos de la sentencia, **llama la atención que la anulación del artículo 10 del Decreto sea total y referida a todos los textos oficiales, incluidos, por tanto, los que reflejan actos no producidos en procedimientos administrativos, que dice “es verdad que puede haberlos, aunque no son los más frecuentes”. Y que se le aparezca como irrelevante que el artículo 36.1 de la Ley 30/92 sea, o no, materia incluíble entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, porque toda la Ley constituye legislación básica del Estado dictada con apoyo en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española.**

Lo primero se debe al carácter esencialmente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y la vinculación del fallo a las pretensiones procesales de las partes (que fueron, de declaración de que el artículo 10 del Decreto no es conforme a Derecho y de anulación del mismo, las de la Administración del Estado demandante, y de desestimación del recurso y declaración de su conformidad con el ordenamiento jurídico, las de la Administración de la Comunidad Autónoma demandada), que no permitían, en lo que no fuese de aplicación a la Administración General del Estado, dar otra redacción de la normas, acomodada a Derecho.²⁰¹

Lo segundo, a que la competencia exclusiva del Estado, según el artículo 129.1.8 de la Constitución, se refiere a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, por una parte, y al procedimiento administrativo común, por otra, y el artículo 36 LRJ-PAC, sea o no básico, se refiere solamente al procedimiento administrativo común. Por algo la STC 23/1993, de 21 de enero dijo que la Constitución reservó al Estado, en todo, la competencia en materia de procedimiento administrativo común, sin reducirla al establecimiento de bases o normas básicas, y la STS de 3 de noviembre de 1986 que la Constitución ha querido preservar en exclusiva al Estado la determinación de los principios y normas que, por un lado, definen la estructura del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento.

201 - Pasó a la historia el artículo 65 de la Ley Jurisdiccional de 1956 que, para los fallos anulatorios de las Ordenanzas Fiscales, disponía debían expresar concretamente la forma en que habían de ser redactados los preceptos impugnados.

No se olvide que el precepto se halla en el Título IV De la actividad de las Administraciones Públicas, y en su Capítulo 1º Derechos de los ciudadanos²⁰², rubricándose como “lengua de los procedimientos”, y refiriéndose en el apartado 1 a los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado, como es el caso de los órganos periféricos radicados en la CAIB, cuyos actos de trámite o resoluciones se han de publicar en el BOIB.

D) ACTOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La publicación de los actos administrativos, de trámite o resolutorios, es **actuación** de la Administración en alguna fase del procedimiento administrativo, iniciado a instancia de parte o de oficio, en el que interviene, por lo menos la Administración, que lo instruye y ordena, y, en su caso, terceros que colaboran, en cierta forma, en la ejecución de actuaciones de impulso y comunicación²⁰³. Actuación que en la anterior Ley de Procedimiento Administrativo se contemplaba al tratar de la ordenación, como acto de comunicación, y, hoy, en la LRJ-PAC, al regular la eficacia de los actos, porque ésta queda demorada hasta que se produzca, cuando, por exigirlo la ley, deban publicarse. Lo que sucede con las disposiciones generales y los actos administrativos singulares, cuando haya interesados conocidos y no se les pueda notificar, o tengan por destinatario una pluralidad indeterminada, o lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano actuante. Y solamente tiene sentido en el procedimiento en cuya unidad queda absorbida.

Por ello, como dice la sentencia, “la publicación forma parte del procedimiento”, y porque es así, la lengua de redacción de lo publicable viene determinada por la lengua del procedimiento, que suele ser la castellana en los de competencia estatal, sobre todo los de elaboración de disposiciones generales (casi nunca de la competencia de los órganos periféricos), pero puede no serlo, en los términos del artículo 36 de la Ley 30/92, que permite que el interesado lo solicite y consiga, si no hay oposición de otro interesado, prescindiendo absolutamente en su tramitación y terminación de la lengua castellana. Sin que lo pueda imponer otra Administración Pública, ni en todo ni en parte, ni siquiera la publicación en dos lenguas, la del procedimiento (castellana o no) y la otra oficial (catalana u otra cooficial o castellana).

202 - Dentro de él, el artículo 35 d) reconoce a los ciudadanos el derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico.

203 - Correos S.A. y otros agentes notificadores y los Boletines Oficiales Provinciales o de las Comunidades Autónomas y el Boletín Oficial del Estado.

E) EL PRETENDIDO DESARROLLO DE LA LEY DE NORMALIZACION LINGÜÍSTICA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LAS ILLES BALEARS

El Tribunal Supremo dice que no es función de la Sala declarar cuál es la interpretación correcta de las normas autonómicas, como el artículo 7 de la Ley normalizadora (invocado por las partes, como vulnerado, o como sustento del precepto reglamentario impugnado), pero **que de su simple lectura se infiere que no exige la publicación de textos oficiales procedentes de Administraciones distintas de la autonómica, ni, menos aún, que dichos textos oficiales deban ser redactados en las dos lenguas oficiales de las Illes Balears y la transmisión de ambas versiones haya de ser simultánea.** Lo que parece claro e indiscutible, por más que no lo sea que esta cuestión, planteada por las partes²⁰⁴, no debiera ser tratada, como retóricamente²⁰⁵ se afirma. La Administración pública de la que se habla en el artículo 7 no es, porque no lo puede ser, la Administración General del Estado, ni Central ni Periférica.

F) PUBLICACION VOLUNTARIA DE LA TRADUCCIÓN AL CATALAN (SI EL TEXTO OFICIAL SE REDACTÓ EN CASTELLANO) O AL CASTELLANO (SI EL TEXTO OFICIAL SE REDACTO EN CATALAN)

La sentencia dice que la declaración de nulidad no implica **necesariamente** que esta Sala reputé ilegal que la Administración autonómica proceda, por propia iniciativa, a la publicación de todos los textos oficiales provenientes de la Administración General del Estado en las dos lenguas cooficiales de la Comunidad Autónoma. Que es mucho menos que lo que al respecto sostuvo la Administración estatal en la vía administrativa de elaboración de la norma autonómica, al informar por ella la Delegación del Gobierno en la CAIB en el sentido de que no había impedimento alguno a que se publicasen los textos en los dos idiomas siempre que la traducción no le sea impuesta; sin duda por causa de los gastos, aunque también para quitarle hierro al asunto, pero sin caer en la cuenta de que el artículo 3 del Decreto 132/2002 dispone que los textos publicados en catalán y castellano

204 - El artículo 67 de la Ley Jurisdiccional dice que la sentencia del procedimiento en primera o única instancia (pues el 95.3, para la de casación, en los casos de estimación por todos o alguno de los motivos aducidos, sólo dice que “resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate”) decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso.

205 - Lo cierto es que se aborda en términos tan rotundos y esclarecedores como los transcritos, en la línea de lo alegado por el Abogado del Estado en la instancia.

tienen la consideración de **oficiales y auténticos**. Lo que, por causa de la corrección de la traducción al catalán de los textos producidos en castellano y al castellano de los producidos en catalán, conduce, si no a la Torre de Babel, sí al menos a la necesidad de plantearse la cuestión de la preferencia –que, sin duda hay que dar al texto en la lengua de producción, que es realmente el único auténtico– si hay dudas, como las puede haber, y no se advierte sobre cuál es la lengua de producción. Autoría que será fácil probar, pero absurdo tener que hacer, como se impone cuando hay conflicto, y es más fácil que lo haya si quien traduce no es quien redacta.

Por esto la sentencia, con sano criterio, no se adscribe a la tesis de que no haya impedimento a que sea el BOIB quien traduzca al castellano los textos en catalán y los textos en castellano al catalán, limitándose a afirmar que no reputa *necesariamente* ilegal la posibilidad de hacerlo, por propia iniciativa. Posiblemente porque era consciente de que el Tribunal Constitucional en sentencia 123/1988, de 23 de junio declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 7, que había dicho que, en caso de interpretación dudosa²⁰⁶, el texto catalán será el auténtico²⁰⁷.

Para compaginar las exigencias de corrección en la traducción y la autenticidad del texto traducido, acaso sería mejor publicar el texto estatal solamente en la lengua en que se produjo, sin perjuicio de que, si la Administración autonómica quiere hacerlo también en la otra lengua, sea el catalán sea el castellano, lo comunique después (o antes, si la demora de la publicación de los dos textos por tal consulta no ha de ser relevante, para evitar lo cual se podría poner un plazo) al órgano periférico de la Administración General del Estado autor del acto a publicar y obtenga su beneplácito a la traducción que se proponga.

G) LA PUBLICACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La anulación del artículo 10 del Decreto 132/2002 supone, sin necesidad de otro pronunciamiento, que los Juzgados y Tribunales de las Illes Balears²⁰⁸ no deban remitirlas al BOIB en las dos lenguas, sino sólo en la que se produzcan de acuerdo con el artículo 231.2 de la Ley Orgánica del

206 - Por causa de la publicación en las dos lenguas oficiales de las leyes, decretos legislativos, disposiciones normativas y resoluciones oficiales de la Administración de la Comunidad Autónoma

207 - La sentencia del TSJ aludió a ella en su Fundamento de Derecho Segundo, como se dijo antes, opinando que la exigencia de remisión por el autor del doble texto es garantía de identidad y de invariabilidad.

208 - Hasta el 1 de enero de 2004, de acuerdo con la Disposición Transitoria 1ª, pudieron remitir los textos en una sola lengua oficial, en la que se publicaría, pero no después.

Poder Judicial, sin perjuicio de lo que resulte de los “mecanismos de colaboración y cooperación previstos para la transmisión de las versiones catalana y castellana” de que habla la propia norma.

Esta posibilidad, que la Disposición Transitoria 1^a permitió sólo por dos años, no tiene, desde la perspectiva de la igualdad, justificación, siendo como son órganos de uno de los Poderes del Estado, el Poder Judicial. Sobre todo si se recuerda que en el borrador del anteproyecto la *vacatio legis* sólo se refería a los Juzgados y Tribunales y que, porque al Director General de Política Lingüística de la CAIB le pareció que no era equitativo para el *resto* de Administraciones, se añadieron a la moratoria los Consejos Insulares y la Administración Local. Pero no los órganos periféricos de la Administración General del Estado radicados en las Illes Balears.

El Tribunal Superior de Justicia no fue sensible al alegato de la demanda denunciando tal discriminación de los órganos del Poder Ejecutivo respecto de los del Judicial, ambos del Estado, acaso porque no se impugnó, ni pretendió la anulación de la Disposición Transitoria, que igualó a los Tribunales con otras Administraciones con menos recursos²⁰⁹ que el Estado. A cuya falta aludió, para negarle justificación objetiva.

209 - Pero más recursos destinados a la lengua cooficial propia que el Estado (que lo tiene que hacer a todas las lenguas cooficiales, entre las que además del catalán hay, por lo menos tres más, según los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad Autónoma).

XII.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN

BAUZÁ MARTORELL, FELIO JOSÉ. Licenciado y Doctor en Derecho. Miembro del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado (en excedencia). Profesor Universitario de Derecho administrativo. Formó parte de la Comisión Asesora para la reforma del Estatuto de Autonomía. Miembro, en la actualidad, del Consell Consultiu. Autor de libros y publicaciones sobre temas diversos de Derecho administrativo.

GIL MENDOZA, RAFAEL. Notario. Estuvo al frente de Notarías de Palma y Málaga entre otras. Fue Decano del Ilustre Colegio Notarial. Experto en Derecho autonómico, fue miembro de las Comisiones redactoras del primer Estatuto de Autonomía y de su ulterior reforma. Académico de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde su inicio, en representación del Colegio Notarial. Falleció el 29 de Julio de 2011.

LEDESMA BARTRET, FERNANDO. Fiscal y Magistrado de lo Contencioso-Administrativo por oposición, Ha sido Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Ministro de Justicia (1982 a 1988) y Presidente del Consejo de Estado (1991 a 1996), Magistrado del Tribunal Supremo y Presidente de la Sección Tercera de la Sala Tercera (1996 a 2009). En la actualidad es Consejero Permanente del Consejo de Estado. Ha sido Profesor de Derecho constitucional y de Derecho administrativo de las Universidades de Valladolid y Madrid (Comillas) y de la UIB, así como Profesor invitado de Universidades extranjeras.

MASOT MIQUEL, MIQUEL. Licenciado y Doctor en Derecho. Ha sido Profesor Titular de Derecho civil y Catedrático de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la UIB. Abogado en ejercicio de 1965 a Noviembre de 2000 y Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Noviembre de 2000 a Diciembre de 2007. Ha sido Presidente de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear y del Consell Acadèmic del Institut d'Estudis Baleàrics. En la actualidad es Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Autor de libros y numerosos artículos sobre temas diversos de Derecho civil balear.

MIR DE LA FUENTE, TOMÁS. Académico de Número y Secretario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, Doctor en Derecho y Abogado del Estado. Es autor del libro *Las Retenciones Tributarias* y, entre otras, de las siguientes colaboraciones publicadas en este Boletín: *La complicada historia de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compilación del Derecho Civil de Baleares*, *Consideraciones sobre algunos de los derechos del ciudadano, del administrado y del contribuyente y Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía*.

PERERA MEZQUIDA, RAFAEL. Fué miembro de la Comisión de Juristas Internacionales que redactaron, por encargo de Naciones Unidas, la “Reglas Mínimas del proceso penal”. En 1997 fué nombrado Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Es Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Es miembro del Consell Consultiu de les Illes Balears desde el 2005 y en la actualidad su Presidente. A su jubilación como Magistrado (2000) se reincorporó al ejercicio de la abogacía en el campo del Derecho Penal.

PLANAS ROSSELLÓ, ANTONIO. Doctor en Derecho con Premio Extraordinario por la UIB. Es Profesor Titular de Historia del Derecho en dicha Universidad. Ha escrito once libros y numerosos artículos sobre esta materia. Ha participado en diversos proyectos de investigación I + D + I y forma parte del Grup de Recerca Consolidat financiado por el Generalitat “Seminari interuniversitari d’Història del Dret Català Josep Maria Font i Rius”. Ha sido miembro de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear.

SITJAR BURGUERA, BARTOLOMÉ. Abogado de los Colegios, de Baleares, desde 1960, y de Madrid desde 1972. Es Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears y ha sido Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, de 1987 a 1997, Asesor Jurídico y Consejero del Banco de Crédito Balear, de 1972 a 1992, Presidente del Banco Agrícola de Pollensa, de 1972 a 1975, y Presidente de la Unión Profesional de Baleares, de 1993 a 1997.

SUAU MOREY, JAIME. Abogado, Doctor en Derecho, autor de algunas monografías relativas al Recurso de Casación Civil, a aspectos constitucionales de los recursos penales, a la intermediación ante las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otras publicaciones relacionadas con el Recurso de Amparo, el Habeas Corpus, el Jurado y el modelo acusatorio, entre otros.

ZAFORTEZA CALVET, JOSÉ. Abogado en ejercicio desde el año 1958. Ha

sido Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, Senador, Presidente de Editora Balear y de la Caixa de Balears Sa Nostra, así como Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Desde el año 1992 es miembro de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en la que leyó el discurso de ingreso titulado “Status del accionista minoritario en la nueva ley de sociedades anónimas”.

