REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

Vint anys d'Estatut d'autonomia de les Illes Balears

Legislació turística

•

Dret civil propi

•

Naturalesa jurídica dels consells insulars

•

Imposts propis

•

Autonomia i control de les entitats locals

•

Territori i urbanisme

2004

Fundadors de la RJIB

Govern de les Illes Balears, Col·legi d'Advocats de les Illes Balears,
Col·legi de Registradors, Col·legi Notarial,
Col·legi de Procuradors, Universitat de les Illes Balears,
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació

Amb la col·laboració de:

Banca March
Caixa de Balears "Sa Nostra"
Institut d'Estudis Autonòmics de la
Vicepresidència del Govern de les Illes Balears

Edició, suscripcions i correspondència

Fundación Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares

Rambla dels ducs de Palma, 10
07003 Palma de Mallorca. Illes Balears
Tel.: 971 72 04 71 - Fax: 971 71 92 06 - E-mail: fepj@icaib.org

De l'edició: © Fundación Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares
Dels textos: © Els autors
Del disseny del número 1 de la RJIB: © Ludmila Rivacoba Wamba
Disseny, maquetació i producció d'aquest número:

Apartat de Correus, 828 - 07080 Palma de Mallorca
Joan Bauçà, 33-1r. Tel: 971 25 64 05 - Fax: 971 25 61 39
07007 Palma de Mallorca
E-mail: coc33@infonegocio.com

Depòsit Legal: PM-1.622-2003
I.S.S.N: 1697-1272
I.S.B.N: 84-95360-91-8

ELS ARTICLES EXPRESSEN EXCLUSIVAMENT L'OPINIÓ DELS SEUS AUTORS.

rjib02

SUMARI

Estudis

Blasco Esteve, A. *La legislación turística en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears* 9

Ferrer Vanrell, M. P. *El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en derecho civil propio* 33

Colom Pastor, B. *Una vegada més sobre la naturalesa jurídica dels consells insulars: aproximació històrica, jurídica i política* 69

Fernández González, C. *Els imposts propis de les Illes Balears* 81

Mas Cladera, P. A. *Autonomia i control de les entitats locals: una aproximació* . . . 105

Munar Fullana, J. *Territori i urbanisme: evolució normativa, configuració institucional i relacions entre el Govern de les Illes Balears i els consells insulars* . . 125

Comentaris i notes

Aguiló Monjo, P. A. *Veinte años (1983-2003) de conflictividad constitucional entre el Estado y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears* . . . 149

Segura Ginard, Ll. J. *Notes sobre organització a la nova Llei de règim jurídic de l'Administració balear* 167

Jurisprudència

DRET CIVIL BALEAR, per Masot Miquel, M. 180

CIVIL, per Zaforteza Fortuny, M. 189

CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, per Socias Fuster, F. 197

LABORAL, per Gomila Mercadal, F. 206

CONSTITUCIONAL, per Torres Bonet, M. 215

Activitat normativa. Per Isern Estela, Ll. 221

Activitat registral. Per Canals Prats, A. 229

Llibres

Normativa lingüística del sistema educatiu. Edició preparada per M. SBERT GARAU, P. MOYÀ NIELL, F. MUNAR I MUNAR i LL. J. SEGURA GINARD. Per *Segura Fuster, F.* 238

La participación de las regiones en Europa. GENERALITAT DE CATALUNYA – INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS. FUNDACIÓ CARLES PI I SUNYER D'ESTUDIS LOCALS. Per *Dueñas Jollard, P.* 241

Informe sobre la reforma de l'Estatut. A. BAYONA ROCAMORA (Coord.). Per *Gomila Pocoví, M. F.* 245

Director . . . . . Fèlix Pons Irazazábal

Consell de redacció . . . . . Martín Aleñar Feliu
Avel·lí Blasco Esteve
Jaime Ferrer Pons
Francisco J. Gayá Font
Tomás Mir de la Fuente
Fernando Pozuelo Mayordomo
Josep Mª Quintana Petrus
Ángel Reigosa Reigosa
Jaume Suau Morey
José Ángel Torres Lana

Secretari . . . . . Lluís J. Segura Ginard

ESTUDIS

ESTUDIS

LA LEGISLACIÓN TURÍSTICA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS

Avel·lí Blasco Esteve
Catedrático de Derecho Administrativo
Universitat de les Illes Balears

I. Evolución de la normativa turística en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. *1. La Ley de Alojamientos Extrahoteleros de 1984. 2. El Decreto "Cladera I" (1984). 3. El Decreto sobre campings (1986). 4. El Decreto "Cladera II" (1987) y la Ley 7/1988. 5. La Ley de campos de golf (1988). 6. La Ley sobre la función inspectora y sancionadora (1989). 7. La Ley del Plan de Modernización de Alojamientos Turísticos (1990). 8. La Ley de embellecimiento de las zonas turísticas (1990). 9. El Decreto sobre turismo rural (1991). 10. Los POOTs de Mallorca (1995) y de Ibiza-Formentera (1997). 11. La Ley 3/1996, de transferencia de competencias a los Consells de Menorca y de Ibiza-Formentera. 12. El Decreto 8/1998 y la Ley 4/1998. 13. La Ley General Turística (1999). 14. La "ecotasa" (2001).* **II. Características generales de toda esta normativa. Valoración final.**

I. Evolución de la normativa turística en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Desde su creación en 1983, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (CAIB) ha desarrollado una intensa labor normativa en materia de turismo, hasta el punto de que este sector ha devenido -junto con el urbanismo y la ordenación del territorio- una de las materias en que la acción normativa de la CAIB ha sido más fecunda. En un trabajo como el presente, resulta necesario describir, aunque sea brevemente, la evolución de dicha legislación a través de los grandes hitos normativos de la misma.

Para ello nos vamos a centrar en la legislación sobre establecimientos de alojamiento (hoteles, establecimientos extrahoteleros –apartamentos turísticos, bungalows, villas, etc.- campings hoteles de turismo rural) y dejamos intencionadamente al margen la normativa sobre otros aspectos de la legislación turística, como la llamada oferta complementaria (restaurantes, cafeterías, bares) o la normativa sobre agencias de viajes, a fin de no desbordar los límites del estudio.

1. La Ley de Alojamientos Extrahoteleros de 1984.

Los primeros hitos normativos de la legislación balear sobre alojamientos turísticos se producen en el año 1984, un año después de constituida la Comunidad Autónoma.

En esa fecha, la CAIB dictó la primera de sus normas en la materia: la Ley sobre alojamientos extrahoteleros (Ley 2/1984, de 12 de abril). Esta Ley pretendía reaccionar contra el gran número de apartamentos clandestinos existentes en Baleares, así como contra los déficits de infraestructuras de los mismos, fijando unos mínimos imprescindibles: suministro de agua potable, tratamiento y evacuación de aguas residuales, suministro eléctrico, accesos asfaltados, aparcamientos, eliminación de basuras, certificado de fin de obra, cédula de habitabilidad, certificado de la Consejería de Industria sobre cumplimiento de condiciones técnicas, etc. Además de estos requisitos, la Ley fija otras medidas complementarias, como la necesidad de autorización previa de la Conselleria de Turisme para la construcción del edificio de alojamiento, sancionando la carencia de la misma con el cierre definitivo del establecimiento. También se prohibe la utilización de los alojamientos clandestinos por la agencias de viajes y tour-operadores.

Tal vez lo más importante es que estos requisitos se declararon obligatorios no sólo para los nuevos edificios a construir con posterioridad a la Ley, sino también para los existentes en el momento de su entrada en vigor, a cuyo efecto se habilitó un plazo de cuatro meses para legalizarlos. Con ello se logró dar un paso notable en la labor de control y ordenación de este tipo de establecimientos, aunque no se ha conseguido eliminar los alojamientos clandestinos.

En definitiva, se trató de una norma que regulaba las infraestructuras mínimas necesarias para la legalización de los establecimientos extrahoteleros ya existentes.

2. El Decreto "Cladera I" (1984).

Un mes después, se dictó el Decreto 30/1984, de 10 de mayo, de medidas de ordenación de establecimientos hoteleros y de alojamiento turístico (llamado Decreto *Cladera I*, por el nombre del Consejero de Turismo, Jaume Cladera), en el que se introducen una serie de novedosas medidas para mejorar la calidad de los nuevos establecimientos que se autorizasen y que analizaremos más tarde: la *ratio turística* de 30 m2/plaza, la necesidad de creación de zonas verdes privadas e instalaciones deportivas y recreativas para los clientes, y la exigencia de una piscina de determinadas dimensiones. Este Decreto será así la primera piedra de una serie de normas que van a ir incrementando progresivamente los requisitos y parámetros exigibles a los nuevos hoteles y apartamentos turísticos, intentando obtener un tipo de establecimiento de más calidad.

3. El Decreto sobre campings (1986).

La política normativa de la CAIB en materia de campamentos de turismo ha sido sumamente restrictiva desde el primer momento. Ya en 1986 (Decreto de 13 de febrero de 1986) se adoptó una regulación dirigida a impedir la proliferación de campings en Baleares, tal como había sucedido en otras zonas de la costa mediterránea española. En dicho Decreto se fijan estrictos requisitos de infraestructura y de servicios de los campings, como son:

- la limitación al 70 por 100 como máximo de la zona de acampada (reservando el resto a zonas verdes y zonas comunes);
- el suministro de agua de determinadas condiciones: garantía del suministro, existencia de depósitos;
- suministro de electricidad de una potencia determinada;
- tratamiento y evacuación de aguas residuales, por conexión a la red general o por depuración propia;
- vallado y cierre de protección de todo el perímetro del camping;
- viales interiores de cierta anchura;
- una plaza de aparcamiento por cada dos parcelas;
- sistemas de seguridad contra incendios;
- por último, elevadas superficies mínimas de parcela (por ejemplo, 120 m2 en los de primera).

Además, se estableció un periodo de tres años en el que sólo se podían autorizar campings de Lujo y de Primera.

El propósito de la norma parece claro: dificultar la implantación de campings en las islas, permitir sólo la instalación de establecimientos de calidad e imposibilitar que los campings se conviertan en un tipo de alojamiento alternativo a hoteles y apartamentos. La conse-

cuencia de todo ello ha sido la práctica inexistencia de este tipo de establecimientos turísticos en el territorio balear.

4. El Decreto "Cladera II" (1987) y la Ley 7/1988.

Las medidas del Decreto *Cladera I* pronto se revelaron insuficientes y en 1987 se dictó un segundo Decreto (el D. 103/1987, de 22 de octubre, popularmente conocido como *Cladera II)* que aumentó dicha *ratio turística* a 60 metros cuadrados. El impacto de esta medida sobre los nuevos establecimientos de alojamiento fue notable, aunque en la práctica su eficacia se vio mermada por los cientos de solicitudes de licencias de apertura para miles de plazas que se presentaron en las semanas previas a la publicación del Decreto y que tuvieron que ser concedidas.

La *ratio turística* opera desde su creación con una doble finalidad u objetivo:

a) Por una parte, se trata de un requisito de calidad de los establecimientos hoteleros, ya que introduce un nuevo condicionamiento que tiende por lo general a reducir el número de plazas hoteleras autorizables en una parcela determinada, mejorando así la confortabilidad de los clientes: cabe pensar que a menor número de clientes en una misma superficie de terreno, mayor amplitud y mayor comodidad. Como veremos después, además, la parte no edificada del solar debía destinarse a zona verde ajardinada y a instalaciones deportivas o recreativas privadas, de uso común de los clientes[1].

Hasta la aparición de la *ratio,* en una parcela determinada en la que se quisiera construir un hotel se podían autorizar todas las plazas que cupieran en el edificio en cuestión –edificio cuyas características físicas eran determinadas por la normativa urbanística y no por la turística–, plazas aquéllas cuyo número exacto se determinaba exclusivamente por aplicación de la legislación estatal sobre dimensiones de las habitaciones[2], es decir, por aplicación de una normativa que sólo atendía al *interior* de los hoteles. A partir de la *ratio,* en cambio, se va a tener en cuenta no sólo el parámetro citado (las dimensiones de las habitaciones, etc.), sino también este parámetro *exterior* que es la *ratio turística,* determinado en definitiva por la superficie del solar.

b) Pero, por otra parte, la *ratio turística* es también un factor limitativo de la densidad poblacional en una determinada zona[3] (hasta el punto de que la legislación canaria la

---

[1] En realidad, este objetivo de mejorar la calidad parece ser el objetivo inicial que se pensó al establecer la *ratio* de 30m2/plaza en 1984, en el Decreto Cladera I.

[2] En concreto, el R.D. 1634/1983, de 15 de junio, era el que fijaba por entonces cuáles habían de ser las dimensiones mínimas de las habitaciones de los hoteles, en función de la categoría del mismo. Por ejemplo, una habitación doble en un hotel de tres estrellas debía tener al menos 15 m2, y 16 m2 en un hotel de cuatro estrellas.

[3] Sobre este tema, puede verse *in extenso* SOCIAS CAMACHO, J. *La ordenación de las zonas turísticas litorales*. Madrid: Ins. Pascual Madoz; BOE, 2001, págs. 135 y ss.

llama precisamente "densidad máxima admisible"), porque lo que hace en definitiva la *ratio* es aplicar una limitación de densidad poblacional por parcela[4].

En efecto, cuando la normativa balear exige 60 m2 de solar (suelo neto edificable) por cada plaza de alojamiento, eso significa implícitamente que está exigiendo 100 m2 de suelo urbanizado bruto por esa misma plaza, es decir, de suelo urbanizado en el que se incluye no sólo el solar de que se trate sino también la parte de espacios y de equipamientos públicos que le corresponden a esa parcela privada. Dicho de otra forma: para cada plaza hotelera serán necesarios 60 m2 de suelo neto edificable o, lo que es lo mismo, 100 m2 de suelo urbanizado bruto. Pues bien, y haciendo una simple regla de tres, si a 100 m2 de suelo bruto le corresponde una plaza, a 10.000 m2 (=1 hectárea) le corresponden 100 plazas, de modo que la *ratio turística* de 60 m2/plaza supone en el fondo una densidad de 100 plazas o habitantes por hectárea (100 hab./Ha.), que es la cifra ideal que han manejado los POOTs como densidad óptima[5]. Vemos así cómo la cifra que se establezca como *ratio turística* acaba siendo también un factor que condiciona la densidad de población final que pueda concurrir en la zona turística.

Volviendo al Decreto que comentamos, hay que decir que se presentó posteriormente por el Gobierno balear como proyecto de ley ante el Parlamento de la Comunidad Autónoma y acabó convirtiéndose en la Ley 7/1988, de 1 de junio, de medidas transitorias de ordenación de establecimientos hoteleros y de alojamientos turísticos, ley que dio rango legal a los preceptos del Decreto *Cladera II*.

La Ley se presenta como un conjunto de medidas transitorias hasta la aprobación del Plan de Ordenación de la Oferta Turística, que acabará llegando en 1995 y 1997. Se trata sin duda de una norma de la mayor importancia, y que, además de la medida reseñada, impone otras restricciones a la construcción y apertura de establecimientos de alojamiento:

---

[4] Como ha escrito el propio Jaume CLADERA (Conseller de Turisme de la CAIB desde 1983 a 1993), uno de los errores históricos del planeamiento general de los municipios turísticos ha sido marcar las densidades por hectáreas, porque, al cabo de los años, la densidad teórica del plan se ha duplicado en la práctica. Por ello, este autor considera que en las zonas turísticas "cada solar debería tener un techo edificable en consonancia con el número de habitantes y habría que aplicar unos parámetros de edificabilidad por persona": CLADERA CLADERA, J. "La reconversión de las zonas turísticas saturadas. El caso de Baleares", en PICORNELL, C. Y SEGUÍ, J. Mª (dir). *La formació, rehabilitació i les noves modalitats turístiques* Palma: UIB; Codefoc, 1995, p. 66.

[5] Las propias Directrices de Ordenación Territorial de 1999, en su art. 33.1, siguen utilizando esta cifra de 100 hab./Ha. como la cifra de densidad media para obtener la población máxima de crecimiento al regular el incremento posible del suelo urbanizable destinado a uso residencial, turístico o mixto, señalando al respecto que "para obtener la población máxima de crecimiento se utilizará una densidad media de 100 habitantes por hectárea".

- la Ley reafirma la exigencia de autorización previa para los establecimientos de alojamiento, configurándola como requisito indispensable para el otorgamiento de la licencia municipal de obras (con exclusión del silencio positivo y nulidad de pleno derecho de ésta, en caso contrario)[6] (arts. 2, 10 y Disp. Ad.);
- exige como mínimo 60 metros cuadrados de solar por plaza turística, debiendo destinarse la parte de solar no edificada a jardines y a instalaciones deportivas o recreativas de uso común para los clientes (art. 3);
- exige piscina de determinadas dimensiones (art. 5);
- sólo permite la autorización de hoteles y apartamentos de las categorías superiores (hoteles de 4 y 5 estrellas, apartamentos de 4 y 3 llaves: art. 6);
- establece los primeros mecanismos para fomentar la reconversión de hoteles obsoletos, permitiendo, con ciertas condiciones, la sustitución de aquéllos por otros de mejor categoría turística (art. 8);
- del ámbito de aplicación de la Ley quedan exceptuados determinados tipos de establecimientos, como los ubicados en poblaciones que "constituyan asentamientos tradicionales del interior de las islas", o los proyectados en determinadas zonas de Palma, Ibiza, Mahón y Ciudadela (art. 9).

La importancia de la Ley no necesita ser destacada: supuso una elevación considerable de los estándares de infraestructura y de calidad hasta entonces existentes de hoteles y apartamentos turísticos. Como puede imaginarse, todas estas reglas han dado lugar a una nueva generación de hoteles a partir de 1984 y, sobre todo, de 1987 (Decreto *Cladera II*). Antes de estas fechas, como decíamos, los hoteles ocupaban la totalidad de la parcela, con lo que no había en muchas ocasiones espacios libres –privados– entre los mismos, de tal manera que las paredes exteriores de un hotel tocaban con las del hotel vecino; con ello se formaba una línea continua de edificios, contiguos unos de otros, con una apariencia o efecto de "pantalla" que hoy consideramos impactante e inadmisible.

Tras los Decretos de 1984 y 1987, esta situación ha cambiado, apareciendo una nueva generación de hoteles. Al existir necesariamente zonas verdes ajardinadas, instalaciones deportivas o recreativas y piscina con terraza-solario, los edificios hoteleros ya no están juntos, no se "tocan", sino que entre unos y otros se sitúan todas esas instalaciones de que hablamos, produciendo un efecto de separación entre las respectivas edificaciones y situando zonas verdes entre los mismos, con lo que se rompe el desagradable efecto pantalla que se daba en la etapa precedente.

[6] Los requisitos de esta autorización y el procedimiento de obtención están desarrollados por el Decreto el 60/1989, de 22 de mayo. Lo más destacable del mismo es que, para la apertura del establecimiento hotelero, se necesita primero una "autorización previa" de la Administración turística, posteriormente la licencia municipal de obras a conceder por el Ayuntamiento respectivo y, una vez construida la edificación, la licencia de apertura otorgada de nuevo por la Administración turística.

5. La Ley de campos de golf (1988).

También por esas fechas, la CAIB dictó una normativa específica para los campos de golf (Ley 12/1988, de 17 de noviembre, modificada por la Ley 6/1990, de 6 de junio), en atención a las repercusiones turísticas que implica la práctica de este deporte y a propiciar el turismo de invierno. Para ello se facilitaba la construcción de campos de golf en suelo no urbanizable o urbanizable no programado, mediante la correspondiente declaración de interés social del campo. Pero, sobre todo, se autorizaba la edificación de un hotel anexo al campo, de al menos 4 estrellas, con un máximo de 450 plazas, aunque con determinadas condiciones edificatorias (por ejemplo, la altura máxima de los edificios no puede sobrepasar dos plantas ni nueve metros). Con ello se pretendió fomentar la construcción de los campos, "haciendo más atractiva la promoción de estas instalaciones deportivas" (Exposición de Motivos). Para evitar fraudes, la Ley obliga a construir primero el campo de golf y después el edificio de alojamiento de que se trate.

La Ley ha tenido un efectivo desarrollo en la práctica en la isla de Mallorca, lo cual ha permitido que existan en la actualidad una veintena de campos de golf en la misma, aunque hay que decir que las últimas tendencias políticas son claramente restrictivas al respecto.

Por último, la vigencia de esta Ley ha quedado suspendida para las islas de Ibiza y Formentera por la Ley 4/2000, de 22 de marzo[7].

6. La Ley sobre la función inspectora y sancionadora (1989).

Otra norma de carácter general en materia turística ha sido la Ley sobre la función inspectora y sancionadora (Ley 6/1989, de 3 de mayo), norma necesaria a efectos de cumplir el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas[8]. La Ley regula la inspección turística, relaciona un amplio catálogo de infracciones en la materia y a continuación establece un corto elenco de sanciones aplicables a aquéllas:

a) en cuanto a la inspección turística, destacan las amplias facultades de los inspectores de la Consejería, que pueden visitar las dependencias e instalaciones del establecimiento

[7] El art. 1 de la Ley 4/2000 señala que en las islas citadas será el Plan Territorial Insular (que está en fase de elaboración) el que determinará la posibilidad de autorizar nuevos campos de golf o las ampliaciones de los existentes, así como las características de los campos y de las edificaciones a su servicio y, en su caso, las zonas de las islas aptas para su ubicación. Será, por tanto, este tipo de plan supramunicipal el que decida en definitiva la posibilidad o no de construir campos de golf en Ibiza y en Formentera.

[8] Puede encontrarse un breve comentario a la Ley en NIETO GARCIA, A. "Derecho sancionador en materia turística", en *Turismo y defensa del consumidor: Jornadas Jurídicas*. Palma: Govern Balear - Conselleria de Sanitat i Seguretat Social, 1991.

y analizar la documentación del mismo relativa a la prestación de los servicios (art. 3.1). Tienen la consideración de agentes de la autoridad, pudiendo recabar la cooperación de las fuerzas y cuerpos de seguridad (art. 4). Por último, sus actas dan fe en vía administrativa de los hechos constatados (art. 7);

b) en cuanto a las infracciones, la Ley las clasifica en leves, graves y muy graves. La clasificación engloba un exhaustivo conjunto de infracciones, aunque en algunos casos la determinación del tipo de la infracción es un tanto imprecisa (art. 10.1.e: "Las deficiencias en la prestación de los servicios exigibles...") y hay tipos que se solapan (así, en cuanto a la realización de actividades turísticas sin la preceptiva autorización: puede ser considerada grave y muy grave a la vez –art. 10.2.a y 10.3.b–);

c) las mayores deficiencias de la Ley están en las sanciones. La Ley establece cinco tipos de sanciones, pero no explicita con claridad cuándo se aplica cada una de ellas: así, frente a las infracciones graves y muy graves se puede escoger prácticamente cualquier tipo de sanción, con lo que se otorga un enorme grado de discrecionalidad a la Administración. Los criterios de aplicación son, en general, poco precisos y bastante indeterminados (por ejemplo, las sanciones se aplicarán en grado máximo cuando las infracciones "revelen propósito o produzcan un resultado de daño notorio o grave perjuicio a la imagen turística de las Illes Balears").

En términos generales, puede decirse que la Ley se ha aplicado con poca intensidad, en especial, en la lucha contra los establecimientos clandestinos[9]. La oferta de alojamiento clandestina se está calculando en la actualidad en una cifra de alojamientos que supone de un 30 a un 40 % de la cifra legalizada (que es de unas 410.000 plazas, a principios de 2001), por lo que no se puede decir que la represión de los alojamientos clandestinos a los largo de estos años haya tenido éxito precisamente.

7. La Ley del Plan de Modernización de Alojamientos Turísticos (1990).

También de la máxima importancia práctica fue la Ley del Plan de Modernización de Alojamientos Turísticos existentes en Baleares (Ley 3/1990, de 30 de mayo). Esta norma supuso uno de los primeros intentos autonómicos para adoptar medidas en orden a la renovación y reconversión de la planta hotelera y de apartamentos obsoleta: el exceso de oferta de alojamientos sobre la demanda existente provocaba una bajada de precios, por lo que se estimaba que la eliminación de toda una serie de plazas anticuadas y ya de sobra amortizadas (se consideraba que unas 50.000 en Baleares por entonces) contribuiría al saneamiento de aquella oferta. La Ley se inscribe entonces en esta línea, aunque los instrumentos jurídicos que utiliza para ello son imprecisos e insuficientes.

[9] Finalmente, esta Ley ha sido derogada por la Ley General Turística de 1999, que contiene un nuevo catálogo de infracciones y sanciones, aunque tomado en su inmensa mayoría de la Ley que comentamos.

A pesar de ello, los resultados de esta norma han sido sorprendentes, ya que se ha producido un curioso efecto de mimetismo entre los hoteleros al margen de la falta de mecanismos eficaces para la aplicación de la Ley: en efecto, los tour-operadores empezaron a primar en sus contratos los hoteles que se habían modernizado (incluso se concedía por la Consejería una placa especial a los que lo habían hecho, con la leyenda "hotel modernizado", a instalar en la fachada del hotel), postergando a los que no lo habían hecho, y esta actitud provocó peticiones generalizadas de modernización por parte de los hoteleros, para no quedarse fuera del mercado. Ha sido éste, entonces, el que ha forzado la aplicación de la ley. En definitiva, y según datos oficiales, los establecimientos modernizados hasta mayo de 2001 han sido 960, mientras que 126 han sido dados de baja definitiva y 90 estaban de baja temporal en ese momento.

8. La Ley de embellecimiento de las zonas turísticas (1990).

Dentro de la normativa general dictada por la CAIB, hay que citar también la Ley del plan extraordinario de inversiones y mejoras de infraestructuras de las zonas turísticas (Ley 7/1990, de 19 de junio). Esta norma aprobó dicho Plan (llamado también de embellecimiento de las zonas turísticas), a desarrollar conjuntamente entre la Comunidad Autónoma y los municipios turísticos de las islas, en proporción al 40 y al 60 por 100 del coste de los proyectos, respectivamente. El Plan pretendió hacer frente al grave déficit de infraestructuras existente en las zonas turísticas[10] y ha comportado una inversión total de

[10] La Exposición de Motivos de esta Ley presenta con claridad el problema:

"Es suficientemente conocido que no hay ningún producto como el turístico que se encuentre tan ligado en la acepción cualitativa a las infraestructuras del entorno en el que se ubica y que las infraestructuras de nuestras zonas turísticas son aún deficitarias y no se corresponden con la importancia que tienen como destino turístico. También es conocido que desde un punto de vista económico nos enfrentamos a una nueva etapa que presenta nuestros destinos turísticos como más ricos, desarrollados y comunitarios, lo que hace que comiencen a considerarse como turísticamente caros y que, como consecuencia, se les exijan una calidad infraestructural semejante a la que tienen en sus países los turistas que nos visitan.

Por otra parte, si se exige a la empresa privada que modernice las instalaciones y los equipamientos, es obvio que igualmente las Administraciones Públicas han de asumir la responsabilidad de resolver los problemas infraestructurales que sean de su competencia hasta conseguir el liderazgo en infraestructuras turísticas en nuestras islas (...).

A pesar de que la mayoría de competencias en temas infraestructurales en zonas turísticas son municipales, es obvio que a menudo, los entes locales (...) no pueden hacer frente a determinadas carencias con sus presupuestos. Así lo entiende el Gobierno balear y, habiendo elaborado el correspondiente diagnóstico de carencias de infraestructura en cada zona turística de las islas, quiere abordar, junto con los municipios correspondientes, el Plan extraordinario de Inversiones en Mejora de Infraestructuras de éstas ....".

14.000 millones de pesetas, habiendo obtenido unos resultados realmente notables. Muchas zonas turísticas han empezado a cambiar de imagen gracias a este necesario Plan, al habérseles dotado de jardines, paseos, alumbrado, aceras y mobiliario urbano. Con el mismo se inició, además, una línea de actuación decisiva y de enorme importancia sobre las infraestructuras públicas por parte de la Administración.

9. El Decreto sobre turismo rural (1991).

La acción normativa de la CAIB se ha dirigido también a la regulación de un nuevo subsector turístico, que es el del turismo rural y el agroturismo (Decreto 30/1991, de 4 de abril, y numerosas órdenes de desarrollo). Este Decreto es la primera norma balear al respecto, aunque ha sido modificado por otras normas posteriores. La más reciente es el Decreto 62/1995, de 2 de junio, que es la que está vigente, confirmado en cuanto a sus definiciones por la Ley General Turística de 1999.

El Decreto actualmente en vigor distingue tres tipos de categorías: hotel rural, agroturismo y turismo de interior[11]. En Baleares, este tipo de modalidad alojativa ha tenido un rápido desarrollo (140 establecimientos en la actualidad con unas 1.700 plazas), en especial la de hotel rural. Por lo general se trata de un tipo de establecimiento de alta calidad y altos precios, destinado al mercado de élite extranjero, sobre todo alemán; nada parecido, pues, a los modestos hoteles rurales de otras zonas de España.

10. Los POOTs de Mallorca (1995) y de Ibiza-Formentera (1997).

De nuevo llegamos a otro de los hitos más destacados de la normativa balear sobre alojamientos turísticos, que son los Planes de la Oferta Turística de Mallorca y de Ibiza-Formentera (POOTs). En 1995 se dictó el Decreto 54/1995, de 6 de abril, que contiene el de la isla de Mallorca; mientras que dos años después se dictó el de las islas de Ibiza-Formentera (Decreto 42/1997, de 14 de marzo). Se trata de normas que tienen una enorme importancia, al consistir en el primer intento de ordenación supramunicipal del territorio en Baleares, que aspira a ser una regulación global del mismo en las zonas que delimitan (y no sólo una regulación sectorial, como su nombre indica).

---

[11] *Hotel rural*, que es el que se encuentra ubicado en viviendas anteriores a 1940, situadas en suelo rústico, y que dispongan de una superficie determinada de terrenos que quedará afectada a la actividad. Pueden tener como máximo 50 plazas.

Agroturismo, que supone el alojamiento en viviendas situadas en suelo rústico, anteriores a 1960, y en fincas que sean explotaciones agrícolas que ocupen una superficie mínima determinada y en la que se mantenga la explotación. Pueden tener como máximo 24 plazas.

Turismo de interior. Es la vivienda en la que se preste servicio de alojamiento, situada en el casco antiguo de los núcleos urbanos, a menos de 500 metros de la zona turística más próxima. El edificio debe tener la tipología tradicional del entorno urbano en que se encuentre y constituir una sola vivienda, con un máximo de 16 plazas.

Desde un punto de vista jurídico, los POOTs son Planes Directores Sectoriales (PDS) de los previstos en la Ley de Ordenación Territorial de 1987, aunque se trate de PDS un tanto *sui generis,* ya que este tipo de planes está previsto en la Ley para regular el planeamiento y la ejecución de infraestructuras, equipamientos, servicios y actividades de explotación de recursos, con lo que los POOTs no acaban de encajar en el tipo legal, salvo que consideremos la oferta turística como actividad de explotación de recursos.

Al no existir todavía en aquel momento las Directrices de Ordenación Territorial, el Parlamento balear aprobó en febrero de 1989 los Criterios Generales del POOT de Baleares, previstos con carácter transitorio en la Disp. Trans. Única de la Ley de Ordenación Territorial, para que pudieran dictarse los planes en ausencia de las Directrices. Estos Criterios eran únicamente un mandato al Gobierno de la Comunidad para que éste aprobara el referido Plan, pero en ellos ya se fijaban las líneas generales de lo que debía ser éste: impedir una excesiva urbanización de las costas, coordinación del planeamiento urbanístico y turístico, limitación del crecimiento de la oferta turística en base a la situación real de las infraestructuras existentes, fijación de estándares de calidad, señalamiento de zonas de reconversión prioritaria, favorecimiento de formas de turismo alternativo, etc. A pesar de su imprecisión y brevedad, los Criterios han sido un documento básico, que vinculaba al Gobierno balear en cuanto a su contenido.

La finalidad esencial de los POOTs es la ordenación de las actividades que tengan incidencia en la oferta turística, es decir, la de alojamiento, así como la regulación de la infraestructura, servicios y equipamientos necesarios para la consecución de una oferta turística cualificada y diversificada. Para ello estos Planes establecen unos objetivos primordiales que podemos resumir de la siguiente manera: a) fijación de criterios cuantitativos que determinen la capacidad de acogida de las Zonas Turísticas (densidad); b) establecimiento de criterios cualitativos propios de una oferta turística actualizada ("ratio turística", superficie de parcela mínima, altura máxima); c) impedir una excesiva urbanización de la costa, limitando el crecimiento de superficie urbanizada; d) prognosis de los criterios de saturación que deban ser considerados como limitativos para el crecimiento de la oferta turística, tomando como base la situación real de infraestructuras, equipamientos y servicios de cada zona; e) fomento de la renovación de las plazas de alojamientos turísticos obsoletos; y f) evitar la urbanización continua del litoral, mediante la reserva de franjas de suelo no urbanizable, que segmente y alterne las actuaciones sobre la costa.

Los POOTs sólo son de aplicación a las islas de Mallorca, por una parte, y de Ibiza-Formentera, por otra. No ha habido, pues, POOT para la isla de Menorca. En cada caso, estos planes estableces dos regímenes normativos distintos: uno para las Zonas Turísticas que delimitan, situadas siempre en el litoral (37 zonas en Mallorca, 11 en Ibiza y 3 en Formentera) y otro para el resto del respectivo territorio insular (lo que podríamos llamar el "interior" de cada isla). En las Zonas Turísticas delimitadas, los POOTs establecen tres

regulaciones: criterios de ordenación urbanística, condiciones de oferta de alojamiento y características básicas de las futuras edificaciones destinadas a uso turístico o residencial.

En cuanto a su estructura como norma, el POOT es un extenso documento (115 páginas de Boletín Oficial, sin contar los planos), que se compone de una documentación de carácter general (memoria, normas generales, estudio económico-financiero y programa de actuación) y de una documentación de carácter particular para cada una de las zonas señaladas (delimitación de la misma, información y análisis, determinaciones particulares). En concreto, la parte normativa de cada POOT queda entonces determinada de la siguiente manera:

a) unas Normas Generales (25 artículos en el de Mallorca, más Disposiciones Adicionales, Transitoria y Final), que definen el marco básico para la regulación de las Zonas Turísticas de la isla de que se trate;

b) y unas Determinaciones Particulares de cada Zona Turística, que contienen la regulación específica para cada una de las Zonas, y en las que se sigue la misma sistemática: 1. Caracterización de la zona; 2. Determinaciones relativas al planeamiento; 3. Determinaciones relativas a las edificaciones, tanto turísticas de nueva creación como residenciales nuevas.

Y, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Ordenación Territorial, las determinaciones del POOT (tanto las Normas Generales como las determinaciones Particulares) son vinculantes para los instrumentos municipales de planeamiento general, por ser un plan de ordenación de carácter supramunicipal. Por tanto, los municipios en los que estén situadas las Zonas Turísticas deberán proceder a adaptar su planeamiento urbanístico a las prescripciones del POOT. No obstante, cabe resaltar que dicha vinculación está condicionada al grado de derechos urbanísticos adquiridos, de tal manera que la mayoría de las características de las edificaciones de uso turístico y residencial que fija el POOT (superficie de parcela mínima, índice de intensidad de uso, altura máxima, coeficiente de edificabilidad...) sólo son vinculantes para el planeamiento municipal en los casos en los que no haya plan parcial aprobado, para evitar así posibles indemnizaciones[12].

Las determinaciones principales de estos planes son:

a) Regulación de establecimientos de alojamiento:

Se establecen importantes parámetros o estándares en cuanto a sus condiciones urbanísticas:

[12] Los arts. 2 y 5 de cada uno de los POOTs definen el grado de aplicación de sus diferentes determinaciones en función del tipo de suelo de que se trate, ya que algunas de sus prescripciones sólo son aplicables a suelos urbanizables que no tengan plan parcial aprobado definitivamente o terrenos en los que se haya declarado formalmente la pérdida del derecho a urbanizar (utilizando la legislación de 1990-92). Sobre el ámbito de aplicación de estos planes, véase *in extenso* SOCÍAS CAMACHO, J. *La ordenación* ... op. cit., pág. 127 y ss.

- Superficie mínima de solar por plaza *(ratio turística),* que es de 60 m2 con carácter general (aunque para algunas Zonas se requieren 70 o incluso 75 m2), manteniéndose así la cifra ya exigida desde 1987.
- Altura máxima de la edificación: planta baja más 3 plantas.
- Longitud máxima de fachada: 60 metros.
- Volumen máximo edificable: 30 000 m3.
- Obligatoriedad de piscina y solario de ciertas dimensiones (por ejemplo, superficie mínima de espejo de agua: 1 m2 por plaza).
- Porcentaje máximo de ocupación de parcela (40% en el POOT de Eivissa-Formentera), debiéndose destinar el resto de la parcela a jardines o instalaciones recreativas.
- Categoría mínima de los establecimientos (5 y 4 estrellas en hoteles, aunque en algunas Zonas se admiten los de 3).

b) Regulación de usos residenciales:

Los Planes se atreven a establecer también parámetros o estándares urbanísticos en cuanto a las edificaciones de uso residencial ubicadas en las zonas turísticas (art. 9):

- Parcela mínima para viviendas unifamiliares: 800 m2.
- Parcela mínima en caso de viviendas plurifamiliares: 1.000 m2.
- Coeficiente de edificabilidad neta: máximo de 0.60 m2/m2 para viviendas unifamiliares y de 1 m2/m2 para edificios de vivienda plurifamiliar.
- Volumen máximo edificable: 2.100 m3 para viviendas unifamiliares y 8.000 m3 para edificios de vivienda plurifamiliar.
- Altura máxima de la edificación: planta baja más 2 para viviendas unifamiliares o planta baja más 3 en edificios de vivienda plurifamiliar.

c) Limitación de la superficie urbanizada:

Las determinaciones particulares de cada zona delimitan el crecimiento y las características de la superficie urbanizada en cada zona, estableciendo la superficie máxima de suelo que puede ser clasificada como urbanizable por el planeamiento municipal.

A estos efectos, también se delimitan las llamadas "zonas limítrofes de protección costera" o lateral y "de protección posterior", es decir, hacia el interior de las islas. La idea era, por tanto, que el suelo urbano y urbanizable incluido en las zonas turísticas se mantuviera como estaba en el momento de la aprobación del POOT, sin posibilidad de crecimiento alguno, sólo con alguna excepción aislada que no es preciso comentar.

d) Establecimiento de zonas de reserva y dotacional.

11. La Ley 3/1996, de transferencia de competencias a los Consells de Menorca y de Ibiza-Formentera.

En 1996, se produjo una importante medida de organización administrativa, que no podemos dejar de citar. Al amparo del art. 39 del Estatuto de Autonomía, el Parlamento balear dictó la Ley 3/1996, de 29 de noviembre, por la que se transfieren a los Consells Insulars de Menorca y de Ibiza-Formentera el grueso de las competencias de gestión en materia turística que hasta entonces tenía la Comunidad Autónoma y que ejercía a través de la Conselleria de Turisme. Sólo Mallorca quedó al margen de esta operación, porque el Consell Insular respectivo rechazó la transferencia al considerarla mal dotada económicamente.

Esta Ley supone que, a partir de su entrada en vigor, los actos de gestión en materia turística en las islas menores son dictados por los órganos correspondientes de los Consells Insulars respectivos, mientras que los que se refieren a la isla de Mallorca se dictan todavía por la Conselleria de Turisme del Gobierno balear, lo cual no deja de provocar una situación absurda.

12. El Decreto 8/1998 y la Ley 4/1998.

A principios de 1998, se inicia una vuelta de tuerca más a toda esta legislación restrictiva y de incremento de requisitos. Primero, con el Decreto 9/1998, de 23 de enero, el cual se transforma finalmente en la Ley 4/1998, de 19 de mayo, también titulada de medidas transitorias relativas al otorgamiento de autorizaciones previas de construcciones, obras e instalaciones de empresas y actividades turísticas[13].

Estas normas establecen una especie de "reconversión obligatoria", ya que exigen –como regla general– la necesidad de amortizar plazas hoteleras obsoletas para que se autoricen nuevas plazas: (art. 3 del Decreto: "La creación de nuevas plazas turísticas (...) quedará supeditado a la eliminación de plazas obsoletas"). Con ello se establece la obligación de dar de baja un cierto número de plazas ya existentes pero "obsoletas", para poder obtener la preceptiva autorización administrativa que permita la apertura y funcionamiento de nuevas plazas de alojamiento. Unicamente se excepciona de esta obligación a los establecimientos de turismo rural y a los que autorice el Govern por razones "de excepcional interés turístico" (los de oferta novedosa, de extraordinaria calidad o que contribuyan de manera especial a la desestacionalización). También se establecen matices en cuanto a su aplicación a la isla de Menorca.

Con esta enérgica medida, el Govern balear dio un paso más en la tarea de elevar el listón de los parámetros aplicables a los establecimientos de alojamiento. Una de las medi-

[13] Tanto el Decreto como la Ley se anunciaban como medidas transitorias hasta la aprobación de la Ley General Turística y, en todo caso, hasta el 31 de diciembre de 1999.

das restrictivas que se había utilizado en la legislación balear era precisamente la posibilidad de dar de baja plazas de alojamiento existentes para reconvertirlas en plazas nuevas. En, concreto, tanto la Ley 7/1988 como los POOTs de 1995 y 1997 ya contemplaban distintas modalidades de este supuesto, aunque con carácter voluntario en todo caso. Pues bien, el Decreto 9/1998 da una vuelta de tuerca más en la misma dirección que se acaba de exponer. Una vuelta que consiste en exigir obligatoriamente (ya no con carácter voluntario) el "intercambio forzoso" de plazas viejas por plazas nuevas, ya que para que se autoricen éstas hay que dar de baja plazas obsoletas[14].

13. La Ley General Turística (1999).

En 1999, la Ley General Turística (LGT), Ley 2/1999, de 24 de marzo, pretendió efectuar una regulación global de los distintos aspectos de la actividad turística, aunque la regulación sustancial de la misma acaba centrándose en las medidas de fomento de la calidad, como son el mecanismo del intercambio forzoso de plazas viejas por plazas nuevas, que ya conocemos. Por otra parte, la Ley también sistematiza la normativa anterior y, como novedad a destacar, recoge los derechos y deberes del turista (llamado usuario de servicios turísticos). De todos modos, hay que decir que la Ley se presentaba a sí misma como un intento de sintetizar y simplificar la abundante y dispersa normativa que ordena el sector turístico en nuestra Comunidad. Así la Exposición de Motivos dice que "se ha hecho necesaria la aprobación de una ley general que lo regule (el sector) unitaria y sistemáticamente (...). La Ley supone un proceso de racionalización y síntesis del disperso marco normativo hasta ahora existente". Pues bien, en contra de lo que dice la Exposición de Motivos, la Ley balear se limita a ordenar fundamentalmente algunos aspectos de la oferta alojativa de hoteles y apartamentos turísticos y, respecto de los demás subsectores turísticos, sólo aporta definiciones, pero sin regularlos o sólo mínimamente[15].

---

[14] A mi juicio, la medida era plenamente coherente con la tendencia de ir elevando los requisitos de calidad para la autorización de nuevas plazas de alojamiento en la Comunidad, y considero que se trata de una medida esencialmente acertada, ante el riesgo que se oteaba en el horizonte de otra oleada de solicitudes de nuevas plazas hoteleras y extrahoteleras.

No obstante, creo que algunos aspectos del Decreto eran notablemente imprecisos y deficientes técnicamente. El primero es el del rango normativo de la norma que utilizó: ¿era bastante un Decreto para adoptar las medidas que comentamos o se requería una norma con rango de Ley? La cuestión fue resuelta prontamente por el Dictamen del Consejo Consultivo de las Islas Baleares de 5 de mayo de 1998, en el sentido de que se necesitaba una norma con rango de ley, y de ahí que el primitivo Decreto se acabara convirtiendo en una ley.

[15] Durante la tramitación del proyecto de ley, publiqué un artículo en la prensa local en el que, entre otras cosas decía lo siguiente:

"El pasado diciembre el Govern de la CAIB presentó ante el Parlament balear el proyecto de Ley

En el tema del intercambio forzoso de plazas, la LGT reproduce la fórmula de "reconversión obligatoria" de la Ley 4/1998, aunque desarrolla sus prescripciones (arts 51 a 54). Esta es la norma que sigue vigente en la actualidad, que mantiene y perfecciona en el largo art. 51 el sistema de *reconversión forzosa* de establecimientos alojativos, a través del sistema de bajas y altas introducido por el Decreto 9/1998 y la Ley 4/1998[16]. Dada la importancia del tema, paso a describir brevemente los rasgos principales de su regulación:

a) Se introducen nuevos requisitos en el sistema, como que las bajas y las altas se han de producir en la misma isla (no valen, pues, las bajas de una isla para obtener autorizaciones en otra distinta)[17]. No se define, en cambio, con precisión si las plazas eliminables son sólo las que estén en funcionamiento –lo cual me parece claro–, como las que hayan

---

General Turística de esta Comunidad (...). El Proyecto se presenta a sí mismo como un intento de sintetizar y simplificar la abundante y dispersa normativa que ordena el sector turístico en nuestra Comunidad (...).

Así las cosas, habría que esperar que la norma en cuestión contuviera las líneas fundamentales de ordenación (las *têtes de chapitre)* de cada uno de los diferentes subsectores turísticos existentes (alojamiento en sus diversas modalidades hoteleras y extrahoteleras; actividades de intermediación -como las agencias de viaje, operadores turísticos, empresas de transporte turístico y de alquiler de vehículos-; oferta complementaria tanto de restauración como de ocio o entretenimiento, etc). Así está recogido, por ejemplo, en la Ley del Turismo canaria de 6 de abril de 1995, en que se regulan casi todos estos temas, aunque sea con mayor detalle unos que otros.

Pues bien, en contra de lo que dice la Exposición de Motivos, el Proyecto balear se limita a ordenar fundamentalmente algunos aspectos de la oferta alojativa de hoteles y apartamentos turísticos y, respecto de los demás subsectores turísticos, sólo aporta definiciones, pero sin regularlos en absoluto o sólo mínimamente. Salvo los artículos sobre modernización permanente, que se aplican a todos los establecimientos turísticos, no hay regulación por ejemplo de las viviendas vacacionales (que tanta importancia han adquirido en los últimos años); tampoco hay prácticamente referencias al amplio abanico de actividades de intermediación, a salvo de algunas definiciones. Ciertamente, la oferta complementaria de restauración está regulada por una Ley de 1997, pero en cambio la de ocio no lo está en absoluto, por lo que sería una ocasión excelente para empezar a hacerlo. Así las cosas, tienen toda la razón las asociaciones hoteleras cuando señalan que es una Ley dirigida casi exclusivamente a ese subsector y reclaman una apertura del Proyecto a los demás subsectores turísticos. También en mi opinión, una Ley que se llama *General* Turística debería establecer el marco genérico *de todo el sector* de una vez por todas; de lo contrario, convendría como mínimo cambiarle el nombre a la Ley por algún otro menos ambicioso (...)."

[16] El art. 51 de la Ley señala a este respecto que "el otorgamiento de autorizaciones previas de establecimientos de alojamiento turístico en las Illes Balears está condicionado en lo sucesivo a la baja definitiva de una autorización de apertura turística de establecimiento de alojamiento, que no se encuentre en situación de baja temporal a la entrada en vigor de esta Ley".

[17] Algunos municipios exigen, además, que un porcentaje importante de las autorizaciones dadas de baja provenga del mismo término municipal, lo cual es de dudosa legalidad, ya que supone una restricción al sistema establecido en la Ley.

sido clausuradas por la Administración, ya que el art. 51.3 dice que ésta "podrá utilizar las autorizaciones turísticas de baja definitiva causadas de oficio para autorizar nuevos establecimientos hoteleros de 4 y 5 estrellas". De todos modos, la práctica –lógica– de la Conselleria de Turisme es admitir sólo plazas en funcionamiento a efectos de la reconversión forzosa.

b) Las plazas que se den de baja pueden ser propias de quien solicite las nuevas, pero, si no las tiene, puede obtenerlas de otros particulares o de la Administración turística competente. En el primer caso, como es lógico, las puede comprar a su titular, y de hecho parece que se ha creado un cierto mercado de venta de plazas en las islas, aunque muy escaso y por tanto rígido[18]. En el segundo, las plazas pueden proceder de "autorizaciones de baja definitiva causadas de oficio" (?), siempre que sea para hoteles de 4 y 5 estrellas; y mientras estas bajas definitivas no se produzcan, la Ley establece en el caso de Menorca una fórmula para crear una especie de *bolsa de plazas* (Disp. Ad. 4ª), partiendo seguramente de la idea de que en esta isla el mercado sería especialmente rígido, por lo que había que promover artificialmente esa *bolsa de plazas* para que el sistema empezara a funcionar.

c) En cuanto a la fórmula para calcular el número de plazas que se han de dar de baja y de alta, la Ley repite la fórmula del POOT de Mallorca y de la Ley 4/1998, que está en función del número de plazas que se dan de baja.

d) ¿Qué ocurre con el inmueble en el que funcionaba el hotel que se da de baja? La Ley no obliga a su demolición ni a la cesión de la parcela correspondiente para el sistema de espacios libres públicos (lo cual ha sido uno de los puntos más criticados por la oposición), sino que permite implícitamente que continúe en pie y sea destinado a otros usos (como el de vivienda), siempre que el planeamiento municipal lo permita[19]. En este caso, el propietario habrá obtenido un doble beneficio: primero, el de la venta de las plazas a dar de baja, y segundo, el de la reconversión de un edificio hotelero -normalmente obsoleto- en viviendas residenciales, que también podrá vender.

Lo único que hace la Ley en este punto es fomentar la demolición del inmueble y la cesión de la parcela correspondiente para el sistema de espacios libres públicos o su calificación de inedificabilidad, a través de la reducción de la *ratio turística* prevista en los POOTs para este caso (véase el art. 21.2 de aquéllos) o por el incremento en un 50 % de los valores de los coeficientes Ki.

e) Desde el punto de vista jurídico, la reconversión de plazas hoteleras se instrumenta así a través de una especie de canje de autorizaciones administrativas: se aporta o cede a

[18] La prensa local ha hablado a veces de que el precio de una plaza para darla de baja oscilaba entre medio millón y un millón de pesetas.

[19] Algunos municipios (como Palma) lo permiten, mientras que otros (como Calviá) lo prohiben.

la Administración la anterior autorización de apertura correspondiente a las plazas que hay que dar de baja –la cual se extingue– a cambio de la que corresponde a las nuevas plazas. Podríamos decir entonces que estamos ante una "transferencia forzosa de plazas".

Pero de todos modos, y como hemos visto, el canje no es de una plaza por otra sino que finalmente se acaban obteniendo más plazas de las que se tenía originariamente, dada la fórmula aritmética que se emplea. De aquí proviene otra de las críticas que se han hecho al sistema, a saber, con el mismo no se paraliza en realidad el crecimiento turístico sino que sigue aumentando el número de plazas hoteleras en funcionamiento: hay así una transferencia forzosa de plazas, pero en la que se incrementa el número de plazas en cada transferencia. En contra de lo que podría parecer, no se ha establecido un sistema de contingentación o *numerus clausus* de plazas de alojamiento, en el que la creación de una nueva comporte la destrucción de una existente, sino un sistema que tiende simplemente a ralentizar el crecimiento del número de plazas, logrando al mismo tiempo la eliminación de plazas antiguas u obsoletas. Estos son en realidad los dos objetivos que se consiguen con este sistema de reconversión forzosa.

f) En la práctica, este novedoso sistema de reconversión forzosa de plazas ha provocado una ralentización del crecimiento del número de plazas hoteleras en las islas[20]; y, en menor medida, la eliminación de plazas obsoletas, ya que en ocasiones se ha admitido como plazas intercambiables las de hoteles que de hecho estaban cerrados desde hacía algunos años, es decir, de plazas que no estaban propiamente en el mercado, pero cuya autorización administrativa originaria se ha considerado subsistente por la Administración y válida a los efectos de la reconversión.

14. La "ecotasa" (2001).

La última norma relevante en materia turística es la Ley 7/2001, de 23 de abril, creadora del Impuesto sobre las estancias en las empresas turísticas de alojamiento con destino a la dotación del Fondo para la mejora de la actividad turística y la preservación del medio ambiente, impuesto que ha sido comúnmente conocido como ecotasa. Esta Ley ha sido desarrollada por el Decreto 26/2002, de 22 de febrero, habiendo empezado a exigirse el impuesto a partir del 1 de mayo de 2002.

---

[20] En julio de 2001, las cifras ofrecidas por la Conselleria de Turisme (*Diario de Mallorca* del 30/07/2001) son las siguientes: desde la entrada en vigor del sistema de reconversión forzosa a principios de 1999, se han dado de baja 2.996 plazas correspondientes a 26 hoteles, a cambio de las cuales se han autorizado 15 nuevos hoteles con 4.388 plazas; por tanto, la diferencia en más es de 1.422 plazas nuevas. A éstas hay que añadir las 1.249 plazas de diez hoteles que, por las vías de excepción de la norma, fueron autorizadas sin tener que dar de baja otros establecimientos. De modo que en total se han dado de baja 2.996 plazas, pero se han autorizado por una u otra vía 2.671 plazas "nuevas".

Esta Ley supone un interesante intento de crear un impuesto turístico con finalidades de preservación y restauración del medio ambiente. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley, "dada la insuficiencia de los medios procedentes de las fuentes estatales, resulta imprescindible encontrar fuentes de financiación adicional a cargo de las cuales sea posible implementar las políticas necesarias a fin de que la actividad turística pueda seguir desarrollándose armónicamente y que este desarrollo no implique a medio y largo plazo un riesgo de deterioro irreversible del equilibrio económico y medioambiental, al cual la sociedad balear no puede renunciar". Por ello, "la introducción de esta figura impositiva se plantea como un mecanismo fiscal corrector que fundamentalmente pretende afrontar la falta de recursos necesarios para paliar el deterioro medioambiental que supone la actividad turística a gran escala, y también aborda con urgencia el dimensionamiento de las infraestructuras básicas que exige un desarrollo sostenible. El carácter finalista del nuevo impuesto garantiza la financiación suplementaria de los programas de reconversión turística y medioambiental". Por ello, los fondos recaudados con el impuesto se destinan necesariamente a una serie de fines o actuaciones de preservación del medio ambiente (art. 19).

El hecho imponible del impuesto lo constituyen las estancias que haya hecho el contribuyente en los establecimientos de alojamiento (art. 6)[21], siendo el contribuyente el turista que se aloja en el establecimiento pero considerándose a la vez como sustituto del contribuyente a las empresas que explotan dichos establecimientos (art. 9). En definitiva, pues, era el hotelero quien debía recaudar o exigir el impuesto al turista en primera instancia, para después abonárselo a la Administración.

Desde el punto de vista jurídico, el principal problema que presenta la ecotasa es su posible solapamiento con el Impuesto del Valor Añadido (IVA), que ya pagan los turistas al alojarse en los establecimientos turísticos, argumento en el que se basó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación contra la Ley citada (recurso 4407/2001), terminado por desistimiento. Pero los problemas jurídicos no han sido los más importantes del nuevo impuesto, ya que la radical oposición del mundo turístico (y, en especial, del sector hotelero) a la ecotasa se ha fundamentado en argumentos de concepto, de oportunidad y de procedimiento:

- de concepto, porque los únicos turistas que finalmente acababan pagando el impuesto eran los que pernoctaban en establecimientos de alojamiento, pero no los que se alojaban en viviendas propias o en la llamada oferta de alojamiento alegal, es decir, en las miles de viviendas particulares que se alquilan a los turistas sin estar registradas y clasificadas como establecimientos de alojamiento. Se producía

[21] Por ejemplo, la cuota a pagar en el caso de hoteles era de 2 euros en los de cinco estrellas, 1 euro en los de cuatro y tres estrellas, y 0,5 euros en los de dos y una estrella.

así una clara discriminación entre el turista que se aloja en un establecimiento reglado y el que lo hace en uno no reglado (en realidad, clandestino);

- de oportunidad, porque la exigencia del impuesto encarece en definitiva el precio del producto turístico precisamente en un momento histórico (año 2002) en que ya se había iniciado -desde el 2000- una notable bajada del número de visitantes a las Islas, y en que las regiones turísticas del resto de España y de países cercanos estaban presentando una fuerte competencia, con precios más asequibles;
- de procedimiento, porque el Govern había declarado inicialmente que se establecería el impuesto buscando el acuerdo de los hoteleros y, finalmente, no hubo acuerdo en absoluto sino confrontación radical.

En el momento de escribir estas líneas, la ecotasa pertenece al pasado, ya que el nuevo Gobierno del Partido Popular, surgido de las elecciones autonómicas de 2003, presentó en el Parlamento un proyecto de ley para suprimirla pura y simplemente, de acuerdo con uno de los puntos básicos de su programa electoral, que posteriormente se ha convertido en la Ley 7/2003, de 22 de octubre, por la cual se deroga la Ley 7/2001, de 23 de abril, del impuesto sobre las estancias en empresas turísticas de alojamiento, destinado a la dotación del fondo para la mejora de la actividad turística y la preservación del medio ambiente.

II. Características generales de toda esta normativa. Valoración final.

Desde una valoración general, se puede afirmar que la labor normativa de la CAIB en materia turística ha sido muy intensa pero seguramente insuficiente. Insuficiente tal vez porque los problemas en el sector son muchos, los intereses contrapuestos y la coyuntura desfavorable en ocasiones. De hecho, los acontecimientos siempre han ido por delante de las normas, dado su vertiginoso transcurso. Desde 1984, la Comunidad ha ido dictando normas cada vez más restrictivas, aumentando los niveles cuantitativos y cualitativos, en un progresivo endurecimiento de los requisitos para la apertura de hoteles y apartamentos. Sin embargo, dicho esfuerzo normativo no ha conseguido todos los resultados pretendidos. Los nuevos parámetros introducidos por esa legislación han sido asimilados sin demasiado esfuerzo por los promotores turísticos, con lo que la oferta ha seguido incrementándose sostenidamente.

A este panorama que se acaba de describir desde la perspectiva puramente turística se suman otros factores adicionales de ordenación del territorio que están íntimamente unidos a la ordenación turística. En primer lugar, la insuficiencia e inadecuación de la normativa urbanística y territorial aplicable en Baleares. Esta ordenación ha dejado tradicionalmente en manos de los municipios la adopción de las decisiones básicas de la política urbanística, decisiones que los municipios articulan a través de los Planes urbanísticos municipales, sin que hayan existido procedimientos efectivos de coordinación de los pla-

neamientos municipales entre sí ni tampoco instrumentos de ordenación supramunicipal hasta la entrada en vigor de los POOTs y de las normas supramunicipales posteriores (Directrices de Ordenación Territorial, *moratorias* insulares).

En segundo lugar, debe citarse como elemento que repercute directamente en la situación turística balear, la falta de conexión existente entre la ordenación territorial y urbanística, por una parte, y la ordenación turística, por otra. Al poner en relación ambos ordenamientos surgen problemas, debidos precisamente a la desconexión entre los mismos. Pensemos al respecto que los dos ordenamientos concurren sobre un mismo espacio físico, lo que engendra a veces dificultades de articulación. Esa conexión se demuestra de modo patente en los Planes de Ordenación de la Oferta Turística: de hecho, estos planes tienen una enorme trascendencia en la ordenación del territorio, hasta el punto de que muchos de ellos versan sobre aspectos regulados en la legislación urbanística vigente.

Esta falta de conexión de la que hablamos ha producido además un efecto agravado: en términos urbanísticos, la actividad turística balear se ha venido determinando a partir de los planes de urbanismo de ámbito municipal, sin más perspectiva que los estrechos límites del territorio de cada municipio. Este planeamiento municipal se ha caracterizado por el tratamiento de los espacios afectados como piezas aisladas e inconexas entre sí (cuando el territorio es algo continuo que no se puede fragmentar). Y así, junto a municipios que han practicado un crecimiento urbanístico controlado se encuentran otros contiguos que han optado por un desarrollismo desbordante, el cual perjudica no sólo a éstos, sino también a aquéllos. Esta política urbanística ha generado, además, otra característica distintiva de la oferta urbanístico-turística balear: sus excesivas dimensiones. Según estudios de los expertos, los planes municipales vigentes en 1999 en la isla de Mallorca permitían una población potencial de más de 4,3 millones de habitantes, cuando por entonces oscilaba alrededor de 800.000. Estas cifras muestran las exageradas previsiones del planeamiento vigente, y más aún si las ponemos en relación con la escasez de algunos de los recursos existentes, como es el caso del agua.

Y, a pesar de lo anterior, no es posible silenciar la importancia de lo que se ha hecho durante estos años de funcionamiento autonómico en el sector turístico. En este tiempo, se han tomado numerosas medidas para ordenar y reconducir el principal sector de la economía de las islas. Medidas contestadas muchas veces, pero que a la larga han demostrado su adecuación a los problemas planteados. Además, la normativa balear ha sido pionera de muchas de las soluciones que luego han ido implantándose en otras Comunidades Autónomas (por ejemplo, en la adopción de la *ratio turística,* implantada en Canarias años después que en Baleares): la CAIB ha ido por delante de las demás autonomías en cuanto a adopción de medidas en el sector turístico y a la imaginación puesta en ello.

Partiendo de esa valoración general, podemos afirmar que la normativa turística balear

en materia de establecimientos de alojamiento se ha articulado alrededor de varias ideas o motivos básicos:

a) El intento de ordenar y racionalizar un sector que durante años había crecido desmesuradamente, sin orden ni concierto. En efecto, la formidable expansión del sector turístico balear durante las décadas anteriores se había producido como resultado de las tendencias incontroladas del mismo, sin que la escasa ordenación estatal existente sirviera de marco adecuado para una efectiva intervención de los poderes públicos en el sector. La normativa dictada por la CAIB ha pretendido, por el contrario, poner orden y control en el sector e introducir criterios mínimos de racionalidad en el mismo.

b) La exigencia creciente de mayores requisitos de infraestructura para la apertura de establecimientos de alojamiento. Frente a la normativa estatal anterior, que descuidaba casi totalmente los requisitos relativos a la urbanización e infraestructuras de las zonas turísticas, la legislación balear ha incrementado tales requisitos notablemente, intentando que las zonas y los establecimientos turísticos estuvieran dotados de servicios adecuados y suficientes.

c) En conexión con lo anterior, la normativa balear ha pretendido luchar enérgicamente contra la oferta clandestina de hoteles y apartamentos a través de numerosas disposiciones (entre ellas destacan la Ley de alojamientos extrahoteleros de 1984 citada y la Ley de la función inspectora y sancionadora en materia turística de 1989). De todos modos, esa lucha no ha dado los resultados apetecidos, y la existencia de numerosas plazas de alojamiento clandestinas continúa siendo una de las lacras de la realidad turística balear, en especial en el tema no resuelto de las llamadas *viviendas vacacionales*.

d) La búsqueda de un turismo de mayor calidad, a través del incremento de los parámetros exigibles y de la mejora y modernización de los establecimientos. En efecto, una de las ideas clave de toda la normativa turística balear es la de exigir más y mejores requisitos a los establecimientos turísticos, intentando que éstos tengan unas dimensiones y estén dotados de unas instalaciones que permitan un turismo de mayor calidad. La línea de actuación que empieza introduciendo nuevos requisitos y parámetros en el Decreto *Cladera I* en 1984, sigue en el Decreto *Cladera II* y en la Ley 7/1988, continúa en los POOTs de 1995 y 1997 y acaba en la reconversión forzosa de establecimientos de 1998, es una buena prueba de ello. En la misma línea, aunque desde otra perspectiva –la de renovación forzosa de los establecimientos obsoletos- se inscribe el Plan de modernización de alojamientos turísticos de la Ley 3/1990 o, incluso, de los de oferta complementaria de la Ley 6/1996 (bares, cafeterías y restaurantes), aunque no hayamos hablado de éstos.

e) El intento de unir ordenación turística y ordenación urbanística. Como hemos visto antes, éste es otro de los aspectos que conviene destacar, a saber, la íntima relación que existe entre ordenación turística y ordenación territorial-urbanística: nunca podrá haber una adecuada ordenación turística sin que exista a la vez y de manera coordinada una

razonable ordenación territorial y urbanística[22], ordenación que no puede dejar de ser supramunicipal en sus líneas primeras si se quiere introducir coherencia, homogeneización y coordinación en las porciones del territorio sin solución de continuidad que son, en definitiva, los términos municipales.

f) El intento de respetar la limitada *capacidad de carga* o *capacidad de acogida* del reducido territorio balear (algo más de 5.000 km2), que recibe cada año más de 9 millones de visitantes sobre un total de 900.000 habitantes de derecho, o sea, con una relación de 10/11 visitantes por cada residente, dicho sea *grosso modo*. Como ha señalado la Organización Mundial del Turismo (OMT), la capacidad de acogida corresponde al nivel de afluencia turística y de equipamiento que puede asumir una región para la mayor satisfacción de sus visitantes y sin repercusión importante sobre sus recursos; y su estimación comprende varios aspectos: la capacidad física (número de usuarios que pueden ser acogidos), la capacidad ecológica, la capacidad de asimilación de recursos y la capacidad de gestión[23]. De modo similar, PICORNELL BAUZÁ indica que la capacidad de carga es el límite de tolerancia más allá del cual se saturan las instalaciones (capacidad de carga física), se degrada el medio ambiente (capacidad de carga ambiental) o disminuye el bienestar del visitante (capacidad de carga psicológica)[24].

Pues bien, resulta evidente que, con esas cifras, la *capacidad de carga* del territorio balear está probablemente saturada, lo que justifica la restrictiva legislación que se ha dictado a lo largo de todos estos años y que se ha pretendido exponer en el presente trabajo.

---

[22] J.F. VERA REBOLLO llega a sostener que "existen razones para hablar de un urbanismo específicamente turístico, hasta la fecha encauzado a través del ordenamiento aplicable al urbanismo convencional", en "Turismo y territorio en el litoral mediterráneo español". *Estudios Territoriales*, núm. 32 (1990), p. 83.

[23] En *Gestión de zonas costeras (políticas integradas)*. Madrid: OCDE; Mundi Prensa, 1995, p. 197.

[24] PICORNELL BAUZÁ, C. "Els impactes del turisme", en el libro colectivo *Turisme, Societat i Economia a les Balears*. Palma: Fundació Emili Darder, 1994, p. 12. Puede verse también la interesante información que proporciona SOCÍAS CAMACHO, J. sobre este tema en el Derecho francés y su aplicación por la jurisprudencia de ese país en *La ordenación* ...., op. cit., p. 49 y ss.

ESTUDIS

EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LAS ISLAS BALEARES Y LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN DERECHO CIVIL PROPIO

María Pilar Ferrer Vanrell
Catedrática de Derecho Civil
Universitat de les Illes Balears

I. Aspectos generales. II. La abolición de la potestad legislativa y la situación de los *iura propia* a partir del Decreto de 28 de noviembre de 1715. La conservación del derecho supletorio. *1. La cuestión de la aplicación del derecho supletorio a la regulación de la sucesión intestada. La importancia de la Junta Extraordinaria del Colegio de abogados de 21 de noviembre de 1916. A. El parecer de la Junta del Colegio de Abogados. B. El criterio del Tribunal Supremo. 2. La codificación y la situación del derecho canónico-romano como supletorio. El art. 5 de la Ley de Bases de 1888. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya publicado el Código civil. 3. El art. 7 de la Ley de Bases de 1888 y el derecho supletorio. La situación de Baleares: el Acuerdo de la Junta del Colegio de Abogados de Palma de 27 de junio de 1885. 4. La publicación del Código civil y la estructura territorial del ordenamiento civil español. La Ley 5/1961, de 19 de abril, sobre Compilación de Derecho Civil especial de Baleares.* **III. La recuperación de la potestad legislativa. La competencia en materia civil (art.10.23 EAIB). La problemática de su alcance.** *1. Alcance de la competencia legislativa atribuída por el art. 149.1.8 CE y asumida por el art. 10.23 EAIB. 2. La competencia legislativa en el "desarrollo" del derecho civil propio. La doctrina del Tribunal Constitucional. A. La polémica sobre el concepto de "desarrollo". B. El concepto de "desarrollo".* **IV. La "eficacia territorial" del derecho civil balear, art. 7 EAIB y art. 2.1 CDCB.**

I. Aspectos generales.

La Constitución española de 1978 articuló el territorio nacional en un Estado de las Autonomías, al reconocer la posibilidad de su creación, que ordenarán los respectivos Estatutos como norma institucional básica por la que se manifiesta la voluntad de constituirse en Comunidad Autónoma, con su propio autogobierno, en el marco constitucional.

El Estatuto de Autonomía se conforma como norma suprema de la Comunidad Autónoma y de todo su ordenamiento jurídico, sometida a la Constitución. Es el Estatuto de Autonomía el que determina los poderes organizativos de constitución política de su autogobierno y establece las competencias que asumen las Comunidades Autónomas, de las que otorga la Constitución.

Es así que una de las competencias que regula el Estatuto de Autonomía es el Derecho civil propio, como competencia atribuída por la Constitución (art.149.1.8) y asumida por el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (originario art.10.21, vigente art.10.23, por LO 3/1999, de 8 de enero de reforma de la LO 2/1983).

El Estatuto de Autonomía de les Illes Balears (EAIB), en su art. 10.23, asume la competencia exclusiva en materia de "conservación, modificación y desarrollo del derecho civil de la Comunidad Autónoma", que le reconoce la Constitución. Además regula la aplicación del derecho civil propio en el art.50.1[1]. Esta norma debemos complementarla con el art. 7 que regula la eficacia territorial de nuestro derecho civil propio, excepto las "situaciones que se hayan de regir por el Estatuto personal o por otras normas extraterritoriales"[2]. La aplicación del derecho civil balear se ajustará a su propio sistema de fuentes, por lo que el EAIB asume, también, la competencia en la determinación de las fuentes del derecho civil propio (art.50.2), en relación a la excepción contemplada por la Constitución (art.149.1.8, segundo párrafo). Finalmente, en el párrafo 3º del art. 50 reproduce la regla general de la Constitución (art. 149.3), de remisión a la aplicación supletoria del derecho del Estado, en todo aquello que no esté regulado por el derecho civil propio.

Esta diversidad legislativa en materia civil, que reconoce el art. 149.1.8 CE y asumen los respectivos Estatutos de Autonomía, tiene su origen en la existencia de antiguos territorios con derecho civil propio. Estos derechos territoriales se han ido manteniendo a lo largo

[1] Al decir que "En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Illes Balears es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en el Estatuto".

[2] Esta norma está en relación con el art. 6.1 que regula la "condición política de ciudadanos de la Comunidad Autónoma", con un criterio distinto al que presenta el art. 14.1 Cc., por lo que concierne a la sujeción al derecho civil propio. Además el segundo párrafo del citado art. 6 se refiere a aquellos extranjeros que adquieren la nacionalidad española y quedan sujetos al derecho civil balear en tanto tengan esta vecindad civil.

de los siglos, aunque los avatares ocurridos a partir del siglo XVIII, condicionan y siguen condicionando la competencia exclusiva de los territorios con derecho civil propio. Es necesario recordar las dificultades de mantenimiento del derecho civil de Baleares, como de los demás derechos territoriales, para entender el alcance de la competencia en materia civil, que excepciona la Constitución de la exclusiva del Estado para los territorios que lo han conservado ("allí donde exista", art. 149.1.8 CE).

Antes de iniciar el estudio del alcance de la competencia legislativa autonómica en materia civil, analizaremos la situación que produce la abolición de la potestad legislativa en el mantenimiento de los *iura propia*, desde el Decreto de 28 de noviembre de 1715 hasta la Compilación de 1961, centrando el análisis en una cuestión que se planteó en dos momentos diferentes, al tiempo de la codificación civil, con la ley de Bases de 1888 y posteriormente, a principios del siglo XX, con la aplicación del Código civil.

La cuestión a la que hacemos referencia no fue otra que el intento de supresión del derecho supletorio propio. Con este intento, junto a la abolición de la potestad legislativa, se llegaba más fácilmente a la unificación.

Finalmente, la recuperación de la potestad legislativa ha propiciado un cambio de rumbo, el renacimiento de los derechos civiles territoriales, que han sido reconocidos ("allí donde existan") por la Constitución de 1978.

II. La abolición de la potestad legislativa y la situación de los *iura propia* a partir del Decreto de 28 de noviembre de 1715. La conservación del derecho supletorio.

El examen de la situación del derecho civil propio a partir del Decreto de Nueva Planta, que es el punto de inicio de los movimientos uniformistas del derecho civil y, por tanto, el comienzo del declive de los *iura propia*, lo centraremos en una cuestión que fue de vital importancia para su propia subsistencia: el mantenimiento del derecho supletorio. La supresión del *ius commune* coadyuvaría a los pretendidos intentos uniformadores y aniquiladores de nuestro derecho, ya que el derecho civil, como los demás derechos municipales, se nutrían del derecho romano y canónico, el *ius commune*, a causa de lo fragmentario de las normas estatutarias.

El Derecho civil del Reino de Mallorca inició su declive cuando el Rey Felipe V dictó el Decreto de Nueva Planta de la Real Audiencia, de 28 de noviembre de 1715, donde estableció: "En todo lo demás que no está comprehendido en este decreto es mi voluntad y mando se observen todas las reales pragmáticas y privilegios con que se governava antiguamente la ysla y reino de Mallorca, menos en las causas de sedizión y crimen de lesa magestad"[3]. Era una excepción a la uniformidad que implantaba el Monarca borbónico (el

[3] En el punto 13 y último. En el punto 4 decía: "en el modo de prozeder en las causas civiles y criminales, número de escrivanos y ministros inferiores, aranzel de derechos y lo demás se observarán las

Decreto de 29 de julio de 1707 decía: "porque mi real intención es que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes..." Novísima Recopilación 3,3,1), excepción que también estableció en los otros territorios de derecho propio, en los cuales, aún manteniendo su propio derecho, había abolido su fuente productora, las Cortes.

La situación producida por la nueva organización política, con los Decretos de Nueva Planta como plasmación de la ideología inspiradora del nuevo régimen, llevó a plantearse el estado de las fuentes del Derecho de Mallorca, en cuanto a determinar cuál era el derecho aplicable.

La cuestión principal era averiguar si, además del mantenimiento del derecho estatutario contenido en las pragmáticas y privilegios reales[4], seguía vigente el propio supletorio, o por el contrario, el derecho supletorio era el Derecho de Castilla.

Esta cuestión se planteó de forma repetida a lo largo de la segunda mitad del siglo XVIII, no sólo en Mallorca, sino en Cataluña[5], Aragón y en Valencia[6] en cuanto a la uniformidad del derecho[7].

---

pragmáticas y estilos antiguos, teniendo entendido que las apelaziones que antes se interponían al Consejo de Aragón se interpondrán y admitirán en adelante para el Consejo de Castilla, y si sobre estas cosas antiguas haviere alguna que necesite de reformazion, me la consultará y propondrá la Audienzia".

[4] "Todas las reales pragmáticas y privilegios con que se governava antiguamente la ysla y reino de Mallorca" eran los términos del punto 13 del Decreto de NP.

[5] Encarna ROCA TRIAS analiza la situación de Cataluña que ayuda a entender la situación que se planteó, posteriormente, en la codificación. Como muy bien apunta, la resistencia a la aplicación del Derecho de Castilla "no pot ser calificada de nacionalista durant el segle XVIII. Està lluny encara la Renaixença. Constitueix, però, el precedent de la lluita que impedeix la codificació única". (ROCA TRIAS, E. *El mecanisme del Dret supletori i la intenció política a Catalunya* (Discurs d'Encarna Roca Trias com a membre numerari de la Secció de Filosofia i Ciències Socials, llegit el dia 19 d'octubre de 1995). Barcelona: 1996, p. 11).

BROCÁ, dice "no era derecho supletorio en Cataluña después de aquel decreto [el de N.P.] el canónico, el romano y la doctrina de los doctores". (BROCÁ Y DE MONTAGUT, Guillermo Mª de. *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del Civil y Exposición de las instituciones de l Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civico de España y la Jurisprudencia*. Vol I. 1ª ed. Barcelona: Generalitat de Catalunya - Departament de Justícia, 1985 (Textos jurídics catalans Escriptors i Escriptors jurídics;1,1) , pág.426.

[6] A propósito de la situación de Valencia, que no recuperó sus *Furs*, dice Juan de Solansano, y también Crespí de Valldaura, en su obra *De iure iudicarum*. tom 2 lib.1. cap. A ante N 91 y lib.4. cap.12 nº 44, "de la falta de uniformidad de las leyes que rigen en el nuevo mundo, siendo assi que estando los indios baxo la Dominacion del Rey de España (verdaderamente Emperador sin subordinacion alguna en uno y otro Emisferio) no les comprende a ellos el Derecho General de Castilla (en los casos en que tiene ellos peculiar constitucion) y responda que en cada Provincia conviene que sean diversas, segun la diversidad de las gentes". CRESPI DE VALLDAURA, *Observationes* 1 quaestio 2, desde el nº 269, "funda la necessidad y conveniencia de preferir sus fueros de Valencia a otras leyes foraste-

El sistema de fuentes a partir de 1715, que se vería confirmado por la Real Cédula de 31 de agosto de 1736, era, en primer lugar, el Decreto de 28 de noviembre de 1715 y la legislación general posterior emanada del Monarca, y subsidiariamente, el derecho propio mallorquín, con su orden de prelación de fuentes[8].

En el período precodificador siguen surgiendo consultas y estudios sobre el Derecho aplicable. En Baleares, propiciado por el Colegio de Abogados, y a efectos de poner en funcionamiento los cursos sobre práctica judiciaria, de acuerdo con el art. 35 de sus Estatutos, se encargó un dictamen que elaboró el abogado D. Joaquín FIOL ESTADA[9] en 1788, con la finalidad de determinar cuál era el derecho aplicable. El autor llega a unas

---

ras y en el nº 269 y 270 añade que aunque de su naturaleza son revocables los Privilegios concedidos por el Rey Don Jaime I y otros, pero su intrinseca y extrinseca formalidad les da perpetua firmeza a sus Privilegios y fueros o costumbres escritas que son (dize en el n. 272) terminos sinonimos". Estas dos citas se han extraído del *Manuscrito* de 1788 sobre las Fuentes del Derecho civil balear en este período. Ver en mi trabajo *La aplicación del derecho como elemento reforzador de la soberanía: (estudio histórico del derecho supletorio en Mallorca)*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2001 (Materials;6), en la transcripción del Apéndice documental, documento nº1, folio 6 recto del manuscrito.

[7] Las dificultades que originaba la indeterminación del derecho aplicable, y más concretamente, las dudas sobre la aplicación del derecho supletorio, dieron lugar a una aplicación judicial confusa, que determinó la necesidad de cuestionar y aclarar cuál era el Derecho a aplicar, porque la aplicación del derecho supletorio no era una cuestión baladí, si recordamos lo fragmentario de los derechos estatutarios que se nutrían de su supletorio, el *ius commune*. Su derogación implicaría conseguir la uniformidad ansiada por el Monarca absoluto.

[8] Por Decreto de 30 de julio de 1715, se ordenaba al Gobernador del Consejo de Castilla la formación de consulta sobre la planta de Gobierno a establecer en las islas de Mallorca e Ibiza y se eleva la consulta al Monarca el 18 de agosto. El punto más conflictivo de la Consulta a decidir por el Rey fue el tercero, referente a la oportunidad de introducir o no la legislación castellana total o parcialmente en Mallorca. El parecer del Consejo se dividió en dos posturas distintas. El fiscal era partidario de la uniformidad y el gobernador del Consejo y otros dictaminaron que se aplicaría derecho mallorquín sólo en lo referente al derecho sustantivo civil ("en pleitos de partes y en que no tiene interés el Fisco"), en todo lo restante se aplicaría derecho castellano. Se puntualizó que se aplicaría derecho civil mallorquín en todo lo que no fuera contrario a las regalías, si bien en relación al derecho supletorio se decía "con advertencia de que lo que no estuviere prevenido por aquellas leyes se camine supliéndolo con las de Castilla" (GAY ESCODA, Josep M. *El Corregidor a Catalunya*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 131. y en pág. 780 reproduce el texto). Así el Rey decidió, en el Decreto de 28 de noviembre de 1715, la formación de una Audiencia presidida por el Comandante General y, además, sigue en líneas generales el de Cataluña, conservando el sistema de fuentes, en todo lo que no contraríe el Decreto. El Decreto se publicó el 2 de diciembre y se trasladó a la Real Cédula de 16 de marzo de 1716.

[9] Su estudio detallado puede consultarse en FERRER VANRELL, María Pilar. *La aplicación del derecho como elemento reforzador de la soberanía. (Estudio histórico del derecho supletorio en época Mallorca)*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2001.

conclusiones importantes, de las que destacaremos: 1) Aplicación preferente del Derecho Municipal. 2) Aplicación del *ius commune* como derecho propio a través de la costumbre. 3) Aplicación también del *ius commune* como derecho supletorio.

En las conclusiones de este Informe vemos la importancia del mantenimiento del *ius commune*. Ante los intentos uniformistas se pretende salvaguardar el Derecho canónico y romano, como parte integrante del derecho propio a través de la costumbre[10], y no sólo como derecho supletorio, por la amenaza de su posible abolición.

Centraremos el análisis de la importancia del *ius commune* como derecho supletorio desde dos perspectivas: 1) el problema de la aplicación del derecho supletorio desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial en materia de sucesión intestada; y 2) el origen del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888 y originario artículo 13 del Código civil.

En estos dos puntos son de especial importancia los Acuerdos tomados por la Junta del Colegio de Abogados de Palma, que tuvieron reflejo en sus Actas.

1. La cuestión de la aplicación del derecho supletorio a la regulación de la sucesión intestada. La importancia de la Junta Extraordinaria del Colegio de Abogados de 21 de noviembre de 1916.

La situación de Baleares no distaba de la que se suscitaba en otras regiones de derecho civil propio. ISABAL en 1920 publica un articulo "Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas", en el que dice que el Tribunal Supremo en siete sentencias ha aplicado el Código civil y que las regiones de fuero mantenían viva su protesta contra esa absorbente tendencia uniformista[11].

En efecto, la tendencia uniformista que aplica el TS en materia de sucesión intestada[12]

---

[10] Esta fórmula de conservación del derecho supletorio propio la encontramos, incluso, en Sentencias del Tribunal Supremo. Así, la STS de 24 de octubre de 1964 (Repertorio Aranzadi núm. 4494/1964), en su considerando 4º dice: "la jurisprudencia de esta Sala, especialmente contenida en las SS. de 12 de octubre de 1868, 12 noviembre 1872 y 8 marzo 1879, entre otras, e incluso después de aquella publicación, como se hizo en los fallos de 6 de junio de 1905, 21 diciembre 1921, 28 diciembre 1923 y 8 mayo 1925, ello no podía en modo alguno significar que fuese considerado en su verdadero sentido de Derecho romano o supletorio, sino más bien con el carácter de consuetudinario con que se invoca o aplica, como hecho cierto e indudable, al margen por completo de que concurriesen o no los requisitos exigidos para su valoración como tal Derecho consuetudinario".

[11] ISABAL nos da noticia de un opúsculo del Sr. GIL BERGÉS en defensa del derecho foral aragonés, amenazado por la jurispudencia del Tribunal Supremo, y que plantea: "si han de subsistir los sistemas de sucesión intestada foral o han de quedar definitivamente sacrificados, en el campo de la jurisprudencia, ante el Código, no obstante sus artículos 12 y 13 que obliga a respetarlos" *RDP* 1920, T. VII, pág. 354. También en el Tomo VIII, pág. 65.

[12] Esta situación, a raíz de las Sentencias del Tribunal Supremo, la estudian, también, MASPONS Y

se abre a partir de las Sentencias de 10 de junio de 1914, contra una Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Zaragoza; de la de 13 de junio de 1914, contra una Sentencia de la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona; y de la de 7 de julio de 1915, contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil, también, de la Audiencia de Barcelona. Posteriormente, siguen la tendencia uniformista las Sentencias de 10 de diciembre de 1919, contra la Sentencia de la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia territorial de Barcelona, y la Sentencia de 13 de diciembre de 1919, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial de Palma[13]. Anteriormente, la Sentencia de 20 de marzo de 1893 entendió que la Audiencia de Barcelona no había incurrido "en los errores de derecho que el recurrente le atribuye (...) por no haber aplicado a Cataluña la ley de 16 de mayo de 1835 y dejado de aplicar las Constituciones y leyes romanas que cita, ni ha infringido tampoco el art. 2, apartado 2° del vigente Código civil" (considerando 3°).

En Mallorca, el 21 de noviembre de 1916, se celebró Junta extraordinaria del Colegio de Abogados, convocada a consecuencia de una "Circular dirigida por la Fiscalía", que tuvo gran repercusión, incluso exterior, ya que Don Francisco de P. MASPONS Y ANGLASELL lo referenció en la conferencia que pronunció en la Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid) el 23 de marzo de 1920[14].

La situación que se planteó nos ha llegado algo confusa. Don Francisco MASPONS nos relata, textualmente, que "en Cataluña no ocurrió lo que en Mallorca, en cuyo territorio, muy poco tiempo después de haberse promulgado la primera sentencia, si mal no recuerdo, del año 1914, que juzgaba un caso de sucesión aplicando el Código civil, el Fiscal de la Audiencia dirigió una circular a los demás Fiscales, ordenándoles que, en adelante, inspiraran sus doctrinas en el criterio de esta naciente y no formada jurisprudencia; en Cataluña no ha ocurrido esto, y, por tanto, no ha podido ocurrir lo que en Mallorca aconteció después, o sea que fue tal el clamoreo que se levantó contra lo que se consideró un abuso intolerable de poder, que poco tiempo después, el Fiscal, atendiendo a indicaciones superiores muy atinadas, hubo de declarar sin vigor la circular"[15].

ANGLASELL en "La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *RDP*, Tomo VII, pág. 89. Del mismo autor, "La jurisprudencia sucesoria en los territorios llamados forales". *RDP*, 1920, pág. 372. BONET RAMÓN, Francisco. "La jurisprudencia del Tribunal Supremo". *RDP*, Tomo XXVII, pág. 179.

[13] A las que seguirán la de 27 de octubre de 1920 (Aragón), la de 11 de diciembre de 1922 (Aragón); la de 30 de noviembre de 1923; la de 10 de diciembre de 1941 (Navarra); la de 10 de diciembre de 1949; la de 2 de abril de 1941, entre otras.

[14] Puede consultarse la conferencia bajo el título "La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo" en *RDP* 1920, pág.97 y ss. Concretamente ver la pág. 104.

[15] "La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". Op. cit., pág. 104.

La Sentencia de 1914 que cita MASPONS seguramente se refiere a las Sentencias del TS de 10 y de 13 de junio de 1914, iniciadoras de la tendencia uniformista, que se dictaron contra Sentencias de la Audiencia de Zaragoza y de Barcelona.

Anteriormente, en Mallorca, el Auto del Juzgado de Inca de 4 de septiembre de 1913, de declaración de herederos[16], había resuelto de acuerdo con el orden sucesorio romano, que prescribe la Novela 118 de Justiniano. En la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1919, en el considerando 4º, dice "porque la misma sentencia recurrida admite que las declaraciones de herederos abintestato se regulan en Mallorca por nuestro derecho común desde 1916". Se refiere a la certificación del Juzgado de Inca de 15 de noviembre de 1916[17], que aporta como prueba documental la parte demandada[18].

A. El parecer de la Junta del Colegio de Abogados.

La cuestión se complica si estudiamos las Actas del Colegio de Abogados de Palma[19] de estas fechas y concretamente el Acta de la citada Junta extraordinaria del Colegio de Abogados de 21 de noviembre de 1916 convocada a consecuencia de una Circular dirigida por la Fiscalía. En ella se planteó el problema derivado de los términos de dicha Circular dirigida por la Fiscalía "a los funcionarios del Ministerio Fiscal correspondientes al territorio de Baleares y dictada en el sentido de que, en esta provincia, el Código civil es el único derecho aplicable a todas las sucesiones abintestato".

Esta sesión estuvo presidida por el Sr. SUREDA, en sustitución del Decano, quien explicó que el objeto de la convocatoria era "determinar y resolver la actitud que debía adoptar el Colegio, si se creía deber adoptar alguna, en vista de la Circular..."[20].

---

[16] La STS de 13 de diciembre de 1919 lo cita en su resultando 1º al exponer los hechos.

[17] El resultando 3º dice que la demandada aportó como prueba documental "en la aportación a los autos de dos certificaciones libradas por los secretarios del Juzgado de primera instancia de Inca, en las que hacen constar que desde que tomaron posesión de sus cargos han visto aplicar en todos los asuntos en que han intervenido sobre declaración de herederos abintestato la Novela 118 de Justiniano, hasta que, con fecha 15 de noviembre de 1916, se aplicó por primera vez en la resolución de tales resoluciones el derecho común español".

[18] Ver en este sentido LLODRÁ GRIMALT, Francisca. *Sobre la Sucesión intestada en Mallorca*. Palma: UIB, 1999 (Materials;4), pág.48. En su opinión, no es una resolución con autoridad para que el TS la tome como prueba de aplicación en Mallorca del Código civil.

[19] Agradezco al vicedecano Don Bernardo Garcías la puesta a disposición de las Actas del Colegio de Abogados para su consulta.

[20] Manifiesta el Decano accidental que al tener noticia del contenido de la Circular "se había preocupado de lo que en ella se resuelve. Que estimando que muy pronto el Colegio habría de ocuparse en redactar el informe prevenido en el artículo 7º de la Ley de Bases del Código Civil acerca del Proyecto de Apéndice al mismo, formado por la Comisión especial de Derecho foral, entendía que por de pronto no debía tomarse resolución de ninguna clase, como no fuera insistir y afirmarse en cuanto mantuvo el Colegio en la exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia en 1880 y en el con-

Se refleja en el Acta que se producen las intervenciones[21] de distintos miembros de la Junta y se hace alusión a que en las sentencias anteriores a 1835 se aplicaba el derecho romano "sin una sola excepción ni discrepancia de criterio en todos y cada uno de los casos". Sin embargo añaden que, después de la Ley de Mostrencos, "[se] introdujo una novedad en aquella sucesión la de llamar al cónyuge viudo y al hijo natural reconocido", pero como "esto no variaba en lo mas mínimo las sucesiones de descendientes, de ascendientes y de colaterales hasta el cuarto grado (que son en la práctica casi las únicas que se efectúan); y como éstas a la vez eran idénticas por la legislación común de entonces y por la romana, pudo entenderse y se entendió por todos, que subsistía vigente en Mallorca la Novela 118[22], con el aditamento, perfectamente compatible con ella, de la Ley de Mostrencos. El Tribunal Supremo ahora, y ya en su fallo de 1893, lo interpreta de modo distinto y dice: "A tenor del Decreto de Nueva Planta, la ley de Mostrencos fue de general aplicación"(...) deduce el Supremo Tribunal que, desde aquella fecha, el sistema sucesorio, por más que no cambió el encasillado del derecho común ni del foral tratándose de descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado, quedó, sin embargo, como si fuese nuevamente este por la ley de 1835, tomando así Mallorca, el carácter de sucesión por derecho común..."[23]. Toma la palabra el Sr. OBRADOR y finaliza diciendo que

---

vencimiento de que la jurisprudencia invocada en la Circular de que se trata, pronunciada toda ella, en contemplación a las disposiciones de la ley de 16 de mayo de 1835, no resultaba invocada con absoluta exactitud toda vez que esta ley no estableció orden sucesorio alguno sino para grados ulteriores al quinto con lo cual vino a respetar la legislación romana aplicada siempre en este territorio en orden a la sucesión intestada, en todo aquello que la ley de 1835 no había modificado, pero que si bien era éste el criterio de la Junta de Gobierno, había considerado por la gravedad que encerraban los términos de la Circular del Sr. Fiscal que debía llevar el asunto a la Junta General a fin de que ésta fuese la que en definitiva resolviese".

[21] La de Don Jerónimo Massanet es la que resumimos.

[22] Ver los comentarios al pleito que se planteó entre 1375-1378 respecto a una sucesión intestada de impúberes, referente a la aplicación en Mallorca de las Constituciones de las Cortes de Monzón de 1363, cuando un privilegio de Pedro IV, de 26 de mayo de 1378, declara expresamente que la constitución *impuberis morientibus*, no debe ser aplicada en Mallorca, ya que dicha constitución fue aprobada exclusivamente para el Principado. Estos razonamientos y otros los expone PLANAS ROSSELLÓ, A. "La sucesión intestada de los impúberes y la supuesta aplicación de las Constituciones de Cataluña en Mallorca. Reflexiones en torno a un pleito en 1375-1378". *Ius Fugit*, núm. 8-9 (2002) [Zaragoza: Universidad de Zaragoza], p. 95-123.

[23] Alega el Sr. Massanet que, incluso desde la Ley de Mostrencos, dado que no se propuso derogar los fueros, se ha continuado con la misma aplicación, por lo que "hubiera revivido en esta materia nuestro derecho foral, por virtud de la costumbre uniforme que interpretando aquella ley se ha venido siguiéndose; porque el Código civil ha dejado subsistente no sólo el derecho foral escrito, sino también el consuetudinario, ya suponiendo que existió la derogación del derecho escrito la costumbre seguida desde el año 1835 hasta nuestros días hubiera adquirido fuerza de ley". Finaliza diciendo que

lo más práctico sería que "se dirija el Colegio a nuestro ilustre paisano D. Antonio Maura, como presidente que es de la Comisión de Códigos, y también a nuestros representantes en Cortes, para que, por medio de una ley o del Apéndice al Código (pero pronto puesto que los casos apremian) se obtenga lo que deseamos".

Entre las intervenciones se produce la del Sr. SOCIAS Y GRADOLÍ[24], que justifica que no puede sumar su voto al de la Junta "pues la rotunda afirmación a que en Mallorca rige el Derecho romano, en materia sucesoria, pugna con la opinión del dicente, modesta siempre pero siempre mantenida y proclamada, en unión de la autorizadísima de D. Manuel GUASP, al formular ambos el voto particular al Proyecto de Ley, dice, formado por la Comisión foral de esta región" [25].

El Sr. SUREDA[26] intervino para dar su opinión y decir finalmente que entendía que era mejor esperar a pronunciarse a que "el Colegio, de dar su parecer acerca del Proyecto de Apéndice al Código civil, se veía en el caso de recomendar que de momento no tomase resolución alguna respecto del asunto concreto y que el criterio de los Sres. colegiales se vertiese en aquel informe, donde convendría exponerse lo que estimasen conveniente en vista del alcance de la circular de referencia".

También interviene el Sr. CANALS[27] para comunicar que "había sido convocada Junta que en vista de la referida Circular de la fiscalía de esta Audiencia; que el Sr. vocal se limita en ella a sostener la doctrina sentada recientemente por el Tribunal Supremo en varias sentencias, que siendo esto así consideraba que resultaría ineficaz que el Colegio hiciera determinadas declaraciones, que la afirmación de que ha regido y rige el Derecho romano en Mallorca en materia de sucesiones, hecha en estos momentos y en términos generales, no obtendría el voto unánime de los presentes, como se desprendía de lo expuesto por el Sr. SOCIAS; que tampoco podía votarla el que hacía uso de la palabra; que caso de

---

resulta extraño que durante 80 años se hayan equivocado constantemente en la interpretación de las leyes "todos los letrados, los jurisconsultos, los funcionarios judiciales y el pueblo en masa, por lo que hay que admitir que existe y rige el derecho foral en las sucesiones intestadas, y que por lo mismo para aplicar el Código ...es conveniente con las disposiciones adecuadas para evitar el grave trastorno que originaria el retrotaer la derogación a ochenta años atrás".

[24] Recordemos que era uno de los dos vocales de la Comisión que formuló su voto particular al Proyecto de Apéndice, y que tan sólo hacía dos meses lo había firmado (el 15 de septiembre de 1916).

[25] Añadió que, "por lo tanto, celebra que un derecho más humano y modernizado sustituya al fin las arcaicas reglas del derecho justinianeo, tan mutiladas por el derecho consuetudinario, para amoldarlas a nuevas aspiraciones y estructuras sociales...".

Parecidas afirmaciones utiliza en el voto particular. También intervino el Sr. Obrador diciendo que en todo caso se atemperara esta cuestión adoptando el Código en esta materia de sucesión intestada sin efecto retroactivo.

[26] Que actuaba de Decano accidental.

[27] Recordemos que sustituyó al Sr. Ripoll en la Comisión de Codificación.

estimarse procedente y conveniente tomar algún acuerdo, se inclinaba a la solución propuesta por el Sr. OBRADOR encaminada a que nuestros representantes en Cortes gestionaran en los Cuerpos Colegisladores la obtención de alguna medida que cortara en lo posible las perturbaciones que podría causar la aplicación del criterio del Supremo si se intentara darle efectos retroactivos...que si de acordarse algo en este sentido, quizás conviniera ofrecer y recabar el apoyo de las regiones forales de Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya; y que cualquiera fuese la actitud del Colegio, conceptuaba que la Junta de Gobierno era bien merecedora de que se acordara por aclamación (como así lo proponía) haber visto con sumo agrado el celo que se había procedido".

Finalmente el Sr. CANALS manifestó que a su entender era conveniente que no se tomara ningún acuerdo que "constituya una afirmación relativa a la vigencia del Derecho romano en esta isla, en materia sucesoria intestada, si dicho acuerdo ha de ir acompañado de salvedades respetables, que hagan dignísimos compañeros... toda vez que el Colegio ha de informar en breve acerca del Proyecto de Apéndice al Código civil redactado por la Comisión designada al efecto, y del voto particular que lo acompaña, entonces será llegado el momento de que cada uno de los colegiales, examinando con detención las consideraciones que uno y otro trabajo contienen, fije su criterio". Más adelante asume el criterio del Sr. OBRADOR y se muestra favorable a la aplicación no retroactiva del Código civil a las sucesiones intestadas.

La Junta General acordó "por unanimidad, no adoptar en esta ocasión acuerdo alguno acerca de la repetida circular de la Fiscalía de esta Audiencia y esperar a que se celebre la próxima Junta general extraordinaria que habrá de ser convocada con motivo del Informe que ha de emitirse respecto del indicado Proyecto de Apéndice al Código civil".

La postura del Colegio de Abogados queda suficientemente clara de la lectura del Acta. Se pronuncia con firme convicción que es el derecho romano el derecho aplicable, pero se ruega prudencia, dada la opinión disidente del Sr. GUASP y del Sr. SOCIAS, para lo cual se espera a elevar el Informe preceptivo del Proyecto de Apéndice.

La situación jurisprudencial, que a partir de 1916 da lugar a la Circular, no difiere de la opinión del Colegio, ya que se sigue aplicando derecho romano a las sucesiones intestadas, no sólo las que se pronunciaron antes de la publicación del Código civil, sino las inmediatamente posteriores.

B) El criterio del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, antes de la entrada en vigor del Código civil, mantiene en distintas sentencias la vigencia del Derecho canónico-romano como derecho supletorio en materia sucesoria[28].

[28] Tras la entrada el vigor del Código civil utilizará la vía de la costumbre, como hemos dicho. Ver, más concretamente, la nota 39.

En ese momento, en todas las Sentencias posteriores a la Ley de Mostrencos[29], antes de entrar en vigor el Código civil, la vigencia del derecho romano en materia de sucesiones no planteó dudas[30].

2. La codificación y la situación del derecho canónico-romano como supletorio. El art.5 de la Ley de Bases de 1888. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya publicado el Código civil.

La base 17 del Proyecto de Ley de Bases de 1881 de ALONSO MARTÍNEZ[31] presentaba la siguiente transacción: a cambio de permitir la inclusión en el Código civil de las institu-

[29] Así la STS de 12 de octubre de 1868, después de citar las leyes del Codex y Digesto, en su considerando 4º dice: "sin que por ello haya podido infringir la voluntad de la testadora ni las leyes romanas...". En el 2º dice: "que rigiendo en Mallorca las leyes romanas en materia de sucesiones testamentarias...". La STS de 12 de noviembre de 1872 que en su considerando 2º dice: "que una de esas legislaciones especiales, derivada en su mayor parte del derecho romano, es la del antiguo reino de Mallorca, la cual recibió nueva confirmación por el decreto llamada de nueva planta, expedido por el Rey D. Felipe V en 28 de noviembre de 1715, que forma la ley 1ª, tit. 10, libro 5º del mencionado Código estableciendo que todo lo que no esté comprendido en el mismo se observen todas las pragmáticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la isla y reino de Mallorca..., considerando que la ley 61 de Toro, peculiar de la legislación castellana, no forma parte de la de Mallorca; y que por consecuencia, no siendo aplicable al caso de autos, la Sala sentenciadora que ha resuelto este con arreglo á la legislación especial vigente en su territorio...". STS de 8 de enero de 1875, que en su considerando 3º dice: "el Derecho civil romano, aplicable en el Foro balear"; la RDGRN de 12 de mayo de 1875, que también dice " rigiendo como rige en Mallorca el derecho romano en materia de sucesiones testadas e intestadas"; STS de 8 de marzo de 1879 que, después de decir en el considerando 1º que "la ley 5ª del tit. 53, libro 6º del Código de Justiniano, que sirve de fundamento al recurso...", en el considerando 3º añade que "infringe la ley...(antes citada)..., puesto que el derecho romano en materia de sucesiones rige en las islas Baleares". STS de 21 de marzo de 1883 en su considerando 1º dice: "que rigiendo como rige en Mallorca el derecho romano en materia de sucesiones testadas e intestadas y de partición de herencias, según lo tiene declarado el Tribunal Supremo...".

[30] Aunque LLODRÁ GIRMALT afirma que no es tan claro respecto a la sucesión intestada, porque no conocemos resoluciones que se plantearan sobre el orden de suceder que es donde se modificó como consecuencia de la Ley de Mostrencos. (op. cit., pág. 83). Ver BALLESTER. "La sucesión ab-intestato en Baleares". *Revista de Menorca*, tomo XIV (1919), pág.183, donde exponía esta opinión.

[31] Base 17: "Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el Reino, se transportarán al Código Civil en su esencia las instituciones forales que por su índole puedan y deban constituir con ventaja común el derecho general de los ciudadanos españoles. Fuera de esto en las provincias aforadas se conservarán por ahora y serán objeto de un proyecto de ley especial que el Gobierno presentará a las Cortes, aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres sea imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad y al estado de la familia. El Gobierno procurará sin embargo, al redactar el Código general, establecer entre éste y aquellas instituciones especiales la posible asimilación, para que las diferencias que resulten subsistan tan sólo

ciones forales que se debían conservar[32], el párrafo cuarto de la citada base 17 sancionaba que: "con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio"[33]. Esto es, el mantenimiento de instituciones de Derecho municipal a cambio del "grueso" del cuerpo legal, el *ius commune*. Quedaría derogado, así, el derecho supletorio[34].

Recordemos que la situación de la discusión en el Senado de la Ley de Bases del Código civil no fue propicia para el mantenimiento de los derechos supletorios de los derechos forales[35]. MALUQUER impugnó la reforma a consecuencia del dictamen de la Comisión

como excepciones de una regla común, sin romper la armonía que debe existir entre las instituciones similares, y acercándose cuanto sea dable a la unidad legislativa. En todo caso los naturales de las provincias aforadas y los que en ellas poseen bienes e inmuebles o derechos reales podrán optar a su voluntad entre sus peculiares instituciones y la legislación general del Reino. En consecuencia de los dispuesto de los párrafos anteriores, con la publicación del Código civil quedarán derogados los códigos romanos y las Decretales en las provincias donde se aplican como derecho supletorio". LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española, Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1970, pág. 388.

[32] Fruto de las respectivas Memorias. Tras el fracaso de los Proyectos unitarios del Código civil (1821, 1836, 1851) el Ministro Cárdenas, por Decreto de 10 de Mayo de 1875, restablece la Comisión General de Codificación. Sin embargo la iniciativa de reanudar los trabajos de redacción del Código civil se debe al Ministro Álvarez Bugallal, mediante el Real Decreto de 2 de Febrero de 1880, que en su art. 4 manda redactar las *Memorias* de las Instituciones vigentes que se debían conservar en los territorios forales. El Colegio de Abogados, respondiendo al encargo encomienda a Don Pedro Ripoll y Palou (nombrado por Real Decreto de 16 de Febrero de 1880, vocal de la Comisión de Codificación) realizar la *Memoria* sobre las Instituciones que se debían conservar.

[33] Comenta ALONSO MARTÍNEZ que en los Libros I y II del Proyecto de Código civil no había ni una sola disposición que choque con el régimen foral. Por esto, entendía que no cabía por parte de los jurisconsultos catalanes, mallorquines, aragoneses y navarros, que manifestaran oposición fundada en "razones locales, nacidas de la legislación excepcional de esas provincias, sino en consideraciones generales idénticas a las que pueden invocar, e invocaran seguro, muchos jurisconsultos de las demás provincias del reino". Más adelante añade que "ya es mucho adelantar en la vía de la uniformidad legislativa proscribir para siempre las Decretales y los Códigos romanos, escritos en una lengua muerta e ininteligible para la casi unanimidad de los ciudadanos españoles, reemplazándolos con una ley única, aplicable a todas las provincias indistintamente en las múltiples y transcendentales materias que comprenden dos de los tres libros del Código civil". *El Código civil en sus relaciones con las Legislaciones Forales*. Madrid: Plus Ultra (sin fecha), pág. 33 y 34.

[34] Esta idea aparece en la Exposición de Motivos del Proyecto, condicionando el mantenimiento de las instituciones que se debían conservar a cambio de suprimir el derecho supletorio.

[35] Nos relata LASSO GAITE (op. cit, pág. 434). Recordemos que el romanista Carlos María CORONADO se opuso al proyecto porque "no había la preparación bastante para verificar la codificación civil. Y menos para unificarla". Censuró a la Comisión de Códigos por suponer que, aprobado el Código civil, no sería preciso acudir al Derecho romano.

del art. 5 del Proyecto, que implicaba la supresión del Derecho romano como supletorio en los territorios forales. SILVELA[36] respondió que no se alteraba su derecho supletorio, donde por costumbre está admitido el Derecho romano y canónico[37], porque alegaba que el citado art. 5 declara que el "régimen jurídico" de las provincias forales continuará vigente en toda su integridad después del Código[38], y añadió que no todas desean el Derecho romano, ya que a Aragón le interesa la aplicación del Código civil como supletorio.

El Tribunal Supremo, publicado ya el Código civil, sigue aplicando el derecho canónico-romano como derecho supletorio para Baleares. Incluso, publicada la Compilación de

[36] SILVELA presentó una nueva fórmula de transacción al incorporar en el art. 5 de la L de B de 1885 el mecanismo de la supletoriedad del Código civil a los territorios forales, del siguiente tenor: "En las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones forales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho romano y el canónico". Además, en la Exposición de Motivos, alentando la admisión de la fórmula transaccional, comenta que la aplicación del Código civil será muy ocasional, ya que rara vez no se encontrará solución en el supletorio propio. Esta transacción tiene varias consecuencias: en primer lugar, tiene una importancia capital en cuanto a la vigencia del Código civil. El Código civil, por la aprobación de este art. 5, pasa de tener vigencia dentro del territorio "castellano" (correspondiente al derecho de Castilla), a tener vigencia territorial en toda España. Ferran BADOSA COLL dice: "aquest importantíssim article fa que el Codi civil sigui una normativa de vigència territorial a tota Espanya". *L'àmbit del Dret civil català. Materials de les II Jornades de Dret Català a Tossa*. Tossa: 1982, pág.10. En segundo lugar, se transige que se conserve temporalmente (o transitoriamente) "el régimen jurídico actual", en el bien entendido que esta temporalidad desembocará en el mantenimiento de unas pocas instituciones, por lo que dejará de tener el calificativo de "régimen jurídico". En este sentido BADOSA dice que el mantenimiento de la vigencia de los derechos territoriales se hará a costa de una importante reducción cualitativa, "deixar d'ésser un "règim jurídic" per a quedar reduïts a un recull d'institucions". Op. cit., pág. 13.

[37] Esta argumentación da entrada al Derecho canónico-romano como costumbre, por la vigencia de su "régimen jurídico". Recordemos que ya en el Dictamen de FIOL de 1788 se concluía que se aplicara el *ius commune* como costumbre. Vid. nota 9.

[38] La Comisión nombrada en el Senado emitió dictamen favorable sobre la Ley de Bases, aprobando sin discusión el citado art. 5. Recibido el Proyecto en el Congreso, la Comisión emitió dictamen aceptando las bases en su conjunto; sin embargo introduce en el art. 5 unas modificaciones, añadiendo: "en defecto del que lo sea -Derecho supletorio- en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del reino" (Alonso Martínez, junto con Gamazo y Canalejas, suscribieron un voto particular al art. 5 para la supresión del Derecho romano y las Decretales como derecho supletorio, que reforzaba la tendencia unificadora del proyecto, "reduciendo la subsistencia del Derecho foral a las instituciones que no puedan suprimirse sin afectar hondamente a la familia o la propiedad y derogando el Derecho romano y canónico como supletorios. Vid. LASSO GAITE, op. cit., pág. 471 y ss.) Esta innovación pasó a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

1961, el TS, en Sentencia de 24 de octubre de 1964, aplica el derecho romano como costumbre[39]. Federico de CASTRO[40], después de estudiar la jurisprudencia desde la promulgación del Código civil, entiende que la causa de la aplicación del derecho común caste-

[39] Podemos analizar esta situación a la vista de las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: STS de 6 de junio de 1905, STS de 28 de diciembre de 1923 y STS de 8 de mayo de 1925. La STS de 6 de junio de 1905 en su considerando 2° dice "es incuestionable que dichos preceptos únicamente tienen aplicación en las provincias regidas por el derecho común, pero no en las demás en que subsista el foral, el cual conservan en toda su integridad por el art.12 del Código expresado; siendo, por tanto, aplicable á la institución de que se trata el régimen jurídico establecido en el territorio de Mallorca, como comprendido en aquella excepción...". La STS de 2 de marzo de 1912 en su considerando 1° dice: "ante todo dejar sentado que en el Principado de Mallorca en materia de prescripción no sólo tiene leyes propias que aplicar, sino que en lo no previsto es ya indiscutible que desde los siglos XVII, XVIII y XIX no se conoce allí otro derecho supletorio que el desenvuelto por Justiniano en sus Novelas, al cual auxilia previsoramente nuestro vigente Código civil". En el considerando 2° añade que "aplicable, por lo expuesto, el régimen jurídico del territorio de Mallorca; como comprendido en la excepción que para casos análogos prevé el Código civil vigente en su art. 12, es inconcuso que, según la *Ordinatio Nova y Sumari dels privilegis consuetudo y bons usos*, así como las denominadas allí Sentencias Reales, la franqueza dada en 1251 por Jaime I y el título XXVI Des prescriptionibus, de las Decretales, disposiciones todas que en su espíritu ha recogido lo mismo nuestra antigua que moderna legislación..." Así como la de 28 de diciembre de 1923 y de 8 de mayo de 1925, invocan el Derecho romano como supletorio. Sin embargo la Sentencia que resulta esclarecedora de la situación que apuntamos es la STS de 24 de octubre de 1964 (Repertorio Aranzadi núm. 4494/1964), posterior a la entrada en vigor de la Compilación, por lo que vamos a transcribir el considerando 4°, que dice: "para la región mallorquina, tampoco es admisible la pretendida aplicación que se intenta en el recurso, del Derecho romano, especialmente el justinianeo, de una manera global y subsidiaria, ya que a partir de la publicación del C. civil y en virtud de lo establecido en su art. 13 «este Código empezará a regir en Aragón y en Baleares, al mismo tiempo que en las Provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes» y si antes de dicha publicación del C.Civ., es evidente que aquel Derecho romano se aplicaba en Mallorca como reiteradamente puso de manifiesto la jurisprudencia de esta Sala, especialmente contenida en las SS. de 12 de octubre de 1868, 12 noviembre 1872 y 8 marzo 1879, entre otras, e incluso después de aquella publicación, como se hizo en los fallos de 6 de junio de 1905, 21 diciembre 1921, 28 diciembre 1923 y 8 mayo 1925, ello no podía en modo alguno significar que fuese considerado en su verdadero sentido de Derecho romano o supletorio, sino más bien con el carácter de consuetudinario con que se invoca o aplica, como hecho cierto e indudable, al margen por completo de que concurriesen o no los requisitos exigidos para su valoración como tal Derecho consuetudinario, porque desde el momento que no constaba la negativa expresa del Soberano, cabía al menos estimar existente su aprobación tácita para su válida admisión como costumbre, que no iría en contra de lo establecido en el art. 5° del C. Civ. en cuanto no supondría derogación de ninguna ley anterior, sino simplemente, suplencia de las mismas regidas consuetudinariamente y reconocidas por el art. 13 del propio C.Civ. como Derecho típico de Mallorca...".

[40] "La cuestión foral y el Derecho civil". *ADC*, pág.1025.

llano por los Tribunales en las regiones forales es la derogación de los antiguos derechos supletorios por los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, salvo instituciones de Derecho romano que han adquirido carácter de derecho consuetudinario en un territorio foral.

3. El art.7 de la Ley de Bases de 1888 y el derecho supletorio. La situación de Baleares: el Acuerdo de la Junta del Colegio de Abogados de Palma de 27 de junio de 1885.

La situación planteada a las regiones forales por el art. 5 de la Ley de Bases no incluía a Baleares. La inclusión de Baleares, junto a Aragón en el art. 7 de la Ley de Bases de 1888 y en el originario artículo 13 del Cc. fue un enigma que hemos tratado de descifrar[41], ya que no surge de ninguna enmienda parlamentaria.

La redacción del art.7 de la Ley de Bases de 1888, que incluye a Baleares junto a Aragón, aparece por vez primera el 30 de Abril de 1888[42], en el art.7[43]. LASSO GAITE relata que este artículo es completamente nuevo, surgido a propuesta de una enmienda de GIL BERGÉS. Respecto de la inclusión de Baleares sólo dice que "introdujo también la equiparación de Baleares a Aragón, en la forma que aparece en el texto de la Ley de 11 de mayo de 1888"[44].

Nuestro representante de Baleares en la Comisión de codificación, el Sr. RIPOLL, no asistió a los debates parlamentarios[45] y[46] tampoco presentó enmienda a la Ley de Bases que

---

[41] Consultar FERRER VANRELL, Mª Pilar. *La aplicación del derecho...* op. cit. También es especialmente ilustrativa la propia Acta de la Junta de 27 de junio de 1885 que se conserva en el Colegio de Abogados.

[42] Diario de Sesiones nº 99, Apéndice nº 2, de 30 de Abril de 1888. *El Código civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*, pág. 987.

Si vemos la redacción del art. 7 de los Diarios de Sesiones de 14 de Junio de 1887, (Apéndice 94 al nº 2, pág. 907), de 19 de marzo de 1988 (Apéndice nº1 al nº 75, pág. 913); y de 11 de abril de 1988 (Apéndice 9 al nº 90, pág. 929), no incluyen en dicha redacción a Baleares. *El Código civil. Debates Parlamentarios. cit.*, págs. 907; 913 y 929.

[43] Dice: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir en Aragón y en las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes. El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel e Islas Baleares y de los Colegios de abogados de las mencionadas provincias, y oyendo a la Comisión general de codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e islas Baleares que convenga conservar. Iguales informes deberá oir el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral."

[44] LASSO GAITE, J. F. op. cit., pág. 649.

[45] Nos relata LASSO GAITE: "reuní privadamente a los señores Durán y Bas, Franco y Morales y les invité a que formulara (...) pues el cuestionario de los representantes de las provincias de Navarra, Aragón y Cataluña. (...) Pero es el caso que a mi llamamiento como Ministro no pudieron acudir los

nos pudiera dar luz sobre la redacción de su art. 7, aunque sabemos del talante conciliador y de concordia respecto al Código civil[47].

La propuesta similar a la formulada por Aragón que dio lugar al art. 7 de la Ley de Bases de 1888, en el que se incluye a Baleares, junto a Aragón, se encuentra en un Acuerdo de la Junta del Colegio de Baleares tomado en sesión de 27 de junio de 1885, en la que el Decano, Don Francisco POU manifestó que "el objeto de la misma era contestar una consulta que el letrado D. Antonio MAURA, Diputado en Cortes por esta Isla, hacía al Colegio en carta dirigida al Sr. RIPOLL, acerca de ciertos artículos de la Ley de Bases para la publicación del Código civil relacionados con el derecho foral de Mallorca". El Sr. RIPOLL, como miembro de la Comisión General de Códigos, explica las gestiones llevadas a cabo a fin de evitar que se atentara a nuestra legislación, por lo que recurrió al diputado por esta provincia, el "distinguido letrado D. Antonio Maura", y explica el contenido de la respuesta, referente a la solución adoptada por Aragón, respecto a la abdicación del derecho supletorio[48]. Se produce una discusión en el seno de la Junta, ya que existían diversas tenden-

---

Vocales de Baleares, Vizcaya, Asturias y Galicia... Motivos independientes de su voluntad les mantuvieron alejados de nuestros debates, pero han dicho por escrito y bajo su firma qué instituciones jurídicas especiales deben conservarse en sus respectiva provincias". Op. cit. pág. 484.

En el mismo sentido, la Introducción de *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca. Prólogo de Don Antonio Maura*. Madrid: Biblioteca Judicial, 1988, pág. 18, cuando dice, refiriéndose a D. Pedro Ripoll y Palou: "...en representación de Baleares, causas independientes de su voluntad le impidieron asistir a los debates de aquélla, pero consignó en dicha *Memoria* las Instituciones jurídicas que desea conservar...".

[46] Si bien remitieron la *Memoria* de las Instituciones que se debían conservar, el decano del Colegio de Abogados, Sr. Sbert, en 1881, a la vista del proceso codificador, solicitó a la Diputación Provincial la publicación de la *Recopilación* de Canet, Mesquida y Zaforteza, y las *Ordinacions* de Moll, a fin de dejar constancia del derecho vigente en Mallorca. No logró sus intentos.

[47] Dice el Sr. Ripoll: "Esta generosa oferta, no hay que dudarlo, nos obliga a responder al acto oficial con un espíritu de recíproca concordia y levantado sentimiento de fusión y homogeneidad, procurando tan sólo salvar lo puramente fundamental de nuestros Fueros". *La Legislación Foral de España*. op. cit., pág. 202.

[48] En la citada Acta del Colegio de Abogados de 27 de junio, el Sr. Ripoll lee la carta de D. Antonio Maura en la que dice: "días antes el Sr. Duran y Bas y todos los representantes en Cortes de las Baleares, se habían reunido porque el primero deseaba su concurso para mantener las instituciones forales pero que le habían hecho comprender que no estaban en la tendencia extrema que los catalanes muestran á proposito de la codificación. Que entendían que la base o artículo tal como venía del Senado al Congreso era suficientemente respectuosa con nuestro derecho particular interin llega la codificación del mismo" (...), los aragoneses marcando una tendencia distinta de los catalanes habían presentado la siguiente proposición (y transcribe el art. 7 del dictamen), añadiendo "que la Comisión y el Sr. Ministro la habían aceptado borrando del primer párrafo las palabras "como supletorio" y añadiendo al final del mismo "en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente esten vigentes".

cias, unos más proclives al mantenimiento del derecho romano y canónico como supletorio y otros contrarios. Finalmente, el Sr. GUASP formula una propuesta en la que se declaraba que "el Colegio comprendiendo las ventajas de la unificación del derecho civil y vista la transacción que las Bases contienen entiende aceptable para Mallorca la 7ª tal como ha sido aprobada por el Congreso y significa su tendencia, una vez conocido el Código, de hacer en beneficio de la unidad todas las dimisiones de este Fuero que no perturben el estado jurídico de esta Isla"[49]. Esta declaración se produce a propósito del ofrecimiento por parte de Cataluña para secundar la campaña por la integridad de las legislaciones forales[50]. Se abre la discusión sobre la propuesta y se observan tres tendencias: "la particularista sostenida por los Sres VALLESPIR y PALOU; la de transacción por los Sres RIPOLL, GUASP, PLANAS y BINIMELIS; y la favorable a la unidad de legislación por el Sr. CANALS"[51]. "Puesta a votación después de declarada insuficientemente discutida, fue aprobada por mayoría".

La situación que llevó al Colegio de Abogados a tomar este Acuerdo lo relata Don Antonio MAURA[52], al comentar las bondades del citado art. 7 de la Ley de Bases, que fue por iniciativa de Aragón y entendió, Don Antonio MAURA[53], que era también de sumo

---

[49] Es reproducción del Acta de la sesión de 27 de junio de 1885, citada. También podemos cotejarla en *La Legislación Foral de España*. Op. cit., pág. 10. Así como en GUASP PUJOL, Manuel; SOCIAS GRADOLI, José. *Derecho Foral de Mallorca Voto Particular de (D. Manuel Guasp y D. José Socias) vocales de la comisión foral de Mallorca encargada de redactar las instituciones jurídicas especiales de este territorio*. Palma: Esc. Tip. Prov. 1916, pág. 7.

[50] Ver nota 48, el texto del Acta, también en GUASP Y PUJOL y SOCIAS GRADOLÍ. Op. cit., pág. 7, donde dice "al discutirse las Bases del Código Civil en el Congreso, un insigne Jurisconsulto catalán invitó a los representantes de las islas Baleares para que secundaran la compaña en pro de la integridad de las legislaciones forales; pero entre nuestros representantes fué unánime la opinión de que no convenía a esta provincia el *statu quo*".

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

[51] Es trascripción del Acta. Recordemos que el Sr. Canals sustituyó al Sr. Ripoll, a su fallecimiento.

[52] Vid. *La Legislación Foral de España*. Op. cit., pág. 10.

[53] "Hubiérala yo secundado (se refiere a la enmienda), en lo tocante a Baleares, de muy buen grado, desde el primer instante; pero me pareció que, en asunto tan grave, pecaría acaso de ligereza si no consultaba siquiera al órgano más auténtico de la opinión pública de mi país, en esta materia: el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca. Hice, pues, esta consulta, con intervención del dignísimo Vocal correspondiente de la Comisión general de Codificación del Reino, D. Pedro Ripoll, seguro

interés para Baleares y por ello consulta al Colegio de Abogados[54] sobre su inclusión. Como vemos, el citado Acuerdo se toma unos diez días después de la presentación de la enmienda al art.7 del Dictamen de la Comisión por parte de Aragón[55].

Parece que no desagradó a Baleares la redacción del art. 7 de la Ley de Bases, ni la tendencia unificadora a través del Código civil, no sólo por lo anteriormente expuesto, sino también por las manifestaciones de los juristas GUASP Y SOCIAS[56] en pro de la inclusión de

---

de que la respuesta, aunque llegaría después de aprobado el artículo por el Congreso, vendría en sazón oportuna para que pudiera ser atendida en el dictamen de la Comisión mixta de ambas Cámaras, como aconteció en realidad". *La Legislación Foral de España*. Op.cit., pág.10.

[54] Ya en 1881 la predisposición del Colegio de Abogados a la unificación era buena. El Colegio de Abogados, al justificar el Informe que acompaña la Memoria de RIPOLL, se muestra "resignado" ante la perspectiva de unificación, en estos términos: "y por más que se encargase á un letrado de notoria competencia la redacción de la memoria referente al derecho foral de nuestras islas, creyó oportuno ocuparse de tan trascendental asunto y esponer á la ilustrada consideración de V.E. el resultado de sus trabajos por si lo consideraba merecedor de atención al discutirse sobre la suerte definitiva de nuestros fueros civiles". Así expresa su sentir: "ha procurado condensar en breves conclusiones el derecho especial que nos rige y, haciéndose cargo de las tendencias unificadoras que han de presidir en la redacción del Código Civil, ha consignado también cuales son las instituciones ". En ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz. *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 1992 (Materials;3), pág. 68, puede verse la transcripción de las Actas de la Comisión General de Estudio del Derecho Civil de Mallorca del Ilustre Colegio de Abogados de Palma 1880-1881, concretamente en las págs. 63 y ss., donde se transcribe la sesión de 26 de abril de 1881. Menor entusiasmo unificador mostró el redactor de la *Memoria* de las Instituciones que se debían conservar, Don Pedro Ripoll y Palou, como se desprende de los términos siguientes: "no puede menos que felicitarse de que por medio del expresado Real Decreto de 2 de Febrero último hayan alejado los recelos que inspiraba la tendencia de sobreponer de una manera inconsciente, los principios de la Legislación general al derecho de las provincias que regidas por las leyes especiales, han conservado a través de los siglos instituciones tan respetables, y de que con tan alta garantía se ofrezca hoy incluir en el futuro Código civil, la parte más importante de las mismas, cuya desaparición causaría gravísimo trastorno en sus territorios". *Derecho civil vigente en Mallorca*. Op. cit., pág. 202.

[55] La enmienda se presentó el 17 de junio de 1885 y el Acuerdo del Colegio de Abogados es de 27 de junio de 1885.

[56] Al decir: "clara intuición y presentimiento de ello debió de tener el legislador y del daño irreparable que para Aragón y Mallorca representa simultanear la legislación común y la aforada, cuando en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 previno (art. 7º) (...). En nuestra precaria situación jurídica es vano y perjudicial el designio de retardar la adopción del Código, que representa la transacción con las legislaciones forales y de ningún modo la imposición de la ley de Castilla". GUASP PUJOL y SOCIAS GRADOLI, op. cit. pág. 7. No hay que olvidar la postura que mantuvieron estos juristas respecto de la pervivencia de nuestro derecho civil propio. Vid. GUASP PUJOL y SOCIAS GRADOLI, op. cit. Por otra parte Luis PASCUAL GONZALEZ se manifiesta en otros términos y admite que los representantes de Aragón y Mallorca admitieron de "buena fe (y con sobrada dosis de ingenuidad, justo es decirlo) la fórmula del art. 13 de acuerdo con unos antecedentes, de clarísima significación, y no es justo suponer que el

Baleares en el art. 7 y la consiguiente renuncia al *ius commune* como supletorio[57]. El Sr. GUASP manifestó que "no repugnaba esta solución si se añadía en vista de las transacciones hechas a favor del régimen foral, que este acuerdo no impedía el que nos acercáramos más á la legislación común abandonando nuestro particularismo sin producir perturbaciones"[58].

4. La publicación del Código civil y la estructura territorial del ordenamiento civil español. La Ley 5/ 1961, de 19 de abril, sobre Compilación de Derecho Civil especial de Baleares.

Por Real Decreto de 6 de octubre de 1888 se manda publicar el Código civil, que se hará en dos ediciones, por Ley de 26 de mayo de 1889 y el Real Decreto de 24 de julio de 1889. Con la entrada en vigor del Código civil, la estructura territorial del ordenamiento civil español, respecto a la coexistencia de los derechos civiles propios quedaba desigual por la redacción del art. 12.2 y del art. 13, que reproducían los artículos 5 y 7 respectivamente de la Ley de Bases de 1888.

En este momento se empieza a pensar en la elaboración de los Apéndices al Código civil, como sistema de conservar las instituciones forales[59]. El mantenimiento de los derechos supletorios propios era de vital importancia[60] para los derechos civiles de los antiguos reinos, por lo fragmentario del *ius municipale*; ahora bien, el mantenimiento temporal de "su actual régimen jurídico" era a cambio de la vigencia territorial nacional del Código civil[61].

---

poder legislativo,quisiera, a través de una redacción más o menos acertada, verificar un escamoteo o una poda en la parte del derecho foral que deseaban conservar las dos regiones más propicias a la unificación legislativa, Aragón y Mallorca". *El Derecho civil de Mallorca: herencias y otras especialidades forales con inclusión del informe, compilación y proyecto de apéndice de la Comisión de Juristas de 1949*. Palma: Mossèn Alcover, 1951. Pág. 54.

[57] "El Sr. Ripoll dijo que si bien era lamentable que se discutieran en el foro balear cuales instituciones de derecho romano estaban vigentes, aceptando la base 7ª y por consiguiente como supletorio el Código podría ser ocasión de nuevos litigios, por lo que era de desear que cuanto antes se determinara con precisión en el Código las instituciones ó disposiciones peculiares de esta Isla".

[58] Es transcripción del Acta citada.

[59] El marco de la conservación que se perseguía alcanzaba tan sólo a "las instituciones que no puedan suprimirse sin afectar hondamente a la familia o la propiedad y derogando el Derecho romano y canónico como supletorios". LASSO GAITE, op. cit., pág. 471.

[60] Ferran BADOSA COLL cita a SANCHEZ PASTOR Y AGUADO, E. "Observaciones generales a lo preceptuado en el art. 12 del Código civil". *Rev.Tribunales* 1899 pág. 97 22, donde dice, en lo referente al párrafo 2º del art. 12 Cc: "parecenos un sarcasmo decir que el Código civil regirá como derecho supletorio del derecho supletorio de cada provincia en cada provincia aforada. Bien podemos asegurar que será rarísimo el caso en que el Código rija en Cataluña y en Navarra, especialmente, toda vez que los abundantes derechos supletorios de ambos territorios aforados lo harán inútil". (*L'àmbit del dret*...op. cit. Nota 8 pág. 34.)

[61] Incluso en Baleares se justifica la admisión de la redacción del art. 13 Cc. en aras a la redacción de los Apéndices. PASCUAL GONZÁLEZ, L. *Derecho Civil de Mallorca*. Op. cit. Pág. 55. Respecto al art.

La redacción de los Apéndices tiene su fundamento o modelo en la *Memoria*[62] de RIPOLL[63], y en las 13 Conclusiones del Informe[64] que acompañaba la *Memoria*, que el Colegio de Abogados eleva al Ministro de Gracia y Justicia[65] el 30 de abril de 1881, en las que resume el derecho vigente en Baleares[66].

---

13 dice: "Este artículo, plasmación de la tendencia conciliadora de las regiones aragonesa y mallorquina, fue redactado con la firme creencia de que en brevísimo plazo aparecerían los anunciados Apéndices. Constituyó una solución transaccional transitoria, acogida con satisfacción general y particularmente por las personas de ideas liberales partidarias del uniformismo, tan en boga en extensos campos políticos en la segunda mitad del pasado siglo. Al prolongarse esta solución provisional más allá de uno o dos años, y alcanzar la avanzada edad de doce lustros, ha producido unos resultados muy en disonancia con la satisfacción que motivó: problemas insolubles, incertidumbre en el derecho aplicable, confusionismo en importantes y delicadas áreas de nuestro derecho. Éstas son las secuelas que la Magistratura y el Foro Mallorquín han padecido -y padecen aún- a consecuencia de la redacción del artículo que examinamos y de su antecedente y complemento el art. 12".

[62] El texto articulado de la Memoria de Ripoll consta de 34 artículos (11 de sucesiones, 9 de régimen económico matrimonial, 2 de donaciones y 11 de censos; ningún artículo, o parte preliminar, que enuncie el sistema de fuentes, porque no era el momento propicio para presentar el texto como un "sistema jurídico", tan sólo una recopilación de instituciones que se intentaban mantener. Llaman la atención los artículos 2 y 11 (que son el segundo y último de la parte dedicada a sucesiones), así como el 13, 19 y 20 (que es el segundo artículo de la parte dedicada a los bienes de los casados y los dos últimos de esta parte), y el 26 y 34 (de la última parte dedicada a los Censos). Estos artículos remiten a la "ley común" ("derecho común", "Código general"), términos que se refieren al futuro Código civil. De todos ellos es el art. 34 el exponente del substrato que vibraba en toda la *Memoria*, que con estas palabras dice: "toda la legislación referente á censos contenida en el Derecho común, regirá en el territorio Balear, en cuanto no se oponga á lo determinado en los artículos anteriores". Esta situación será la que finalmente determinará la aplicación del Código civil en cuanto "no se oponga" (*contra principia*).

[63] Donde formula, en cumplimiento del Real Decreto de 2 de Febrero de 1880: "en artículos lo que no solamente constituye su pensamiento, sino aquello mismo cuya subsistencia reclaman, á su juicio, los intereses de esta provincia Balear, dignos por tantos títulos de profunda consideración".

[64] Es un documento que causa sorpresa, puesto que no era un informe preceptivo y, en cierta manera, nubla la categoría del autor de la Memoria.

[65] *Exposición elevada por el M.I. Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Ilmo Sr. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la Proyectada Codificación del Derecho Civil Común y Fora*. Vid. FERRER VANRELL, M. Pilar y MUNAR BERNAT, Pedro A. *Materials precompilatoris del Dret civil de les Illes Balears*. Palma: Universitat de les Illes Balears; Parlament de les Illes Balears, 2002, pág. 60. En la pág. 64 dice: "el Colegio de abogados fijándose tan sólo en los fueros de esta isla de Mallorca, pues no le es lícito estender su acción a Menorca e Ibiza, ha procurado condensar en breves conclusiones el derecho especial que nos rige y, haciéndose cargo de las tendencias unificadoras que han de presidir en la redacción del Código civil, ha consignado también cuales son las instituciones que sin grave perturbación podrá ajustarse esta Isla a la legislación general que se acuerde en definitiva". Finaliza

No vamos a detenernos en las dificultades que fueron surgiendo en la elaboración de los Proyectos de Apéndice. Basta sólo recordar que el Proyecto de 20 de febrero de 1903[67] "omitió consignar la observancia del Derecho Romano como supletorio preferente del Apéndice en todo lo relativo a sucesiones"[68]. Este Proyecto no se aprobó por unanimidad, sino por mayoría de la Comisión. En el propio documento se anuncia el voto particular de dos vocales de la Comisión, los Sres GUASP Y SOCIAS, que eran más proclives a la uniformidad y que emitieron el 15 de septiembre de 1916[69], justificando su deseo de unificación[70]. Sin embargo, faltaba el preceptivo informe del Colegio de Abogados, que no se emitió hasta el 2 de junio de 1921[71], en el cual se incluía el articulado del Apéndice aprobado en la Junta General de 7 de septiembre de 1920. También se olvida consignar "la vigencia del Derecho romano en las sucesiones, para completar el Apéndice, bien como si formara parte de él, bien como supletorio de primer grado"[72].

Finalmente[73], después del Congreso de Zaragoza de 1946[74] y de la reunión de 29 de septiembre de 1947 en el Monasterio de Montserrat, donde asistió Don Félix PONS

---

la Exposición: "la tendencia conciliadora que resplandece en el preámbulo del Real Decreto de 1880, inclina al Colegio a permitirse estas breves observaciones en la seguridad de que serán atendidas".

[66] Las 13 Conclusiones fueron aprobadas por la Junta del Colegio de Abogados, previo dictamen de la Comisión que se nombró al efecto, diciendo: "ha procurado condensar en breves conclusiones el derecho especial que nos rige". Se centran sobre sucesiones; bienes de los casados y posición de la mujer casada que podía afianzar a su marido; donaciones; censos y la conclusión XIII trata del Privilegio de la *diffinitio*.

[67] Bajo la Presidencia de Don Pedro Ripoll y Palou se constituyó la Comisión que debía redactar el Proyecto de Apéndice de Baleares y que estaba formada por D. Manuel Guasp y Pujol; D. Pedro Sampol; D. José Socias y Gradolí; D. Enrique Sureda y Morera; y D. Miguel Ignacio Font y Muntaner. El Proyecto constaba de 82 artículos.

[68] Comenta PASCUAL GONZALEZ, Luis. *Derecho Civil de Mallorca*. Op. cit., pág. 57.

[69] GUASP PUJOL, M. I SOCIAS GRADOLÍ, J. Op.cit. También en FERRER VANRELL, M. P. y MUNAR BERNAT, Pedro A. *Materials precompilatoris del Dret civil de les Illes Balears*. Op. cit., pág.109.

[70] Algunos términos denotan el apoyo incondicional al abandono del Derecho civil propio a favor del Derecho común: "...clara intuición y presentimiento de ello debió de tener el legislador y del daño irreparable que para Aragón y Mallorca representa simultanear la legislación común y la aforada, cuando en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 previno (art. 7º) (...). En nuestra precaria situación jurídica es vano y perjudicial el designio de retardar la adopción del Código, que representa la transacción con las legislaciones forales y de ningún modo la imposición de la ley de Castilla" (GUASP PUJOL, M. y SOCIAS GRADOLÍ, J. Op. cit. Pág. 7.)

[71] El Proyecto de Apéndice fue también aprobado por la Diputación Provincial en sesión de 5 de mayo de 1924.

[72] PACUAL GONZALEZ, Luis. *Derecho Civil de Mallorca*. Op. cit., pág. 58.

[73] En la redacción de los apéndices sólo prosperó el de Aragón (RDL 7 de diciembre de 1925).

[74] Se convoca el Congreso de Zaragoza por Orden de 3 de Agosto de 1944 y se celebró en octubre

MARQUÉS en representación del Colegio de Abogados de Palma[75], se iniciaron los trabajos de redacción del Proyecto de Compilación por parte de la Comisión de Juristas[76] nombrada por Orden de 10 de Febrero de 1948, tomando como base los Proyectos de Apéndice de 1903 y de 1920. El Proyecto se aprobó el 23 de febrero de 1949. Posteriormente[77], la Comisión presidida por Don Rafael RUBIO[78], tomando por base el Proyecto de 1949, procedió a la elaboración[79] de la Compilación, que fue aprobada como Ley 5/1961, de 19 de abril, sobre Compilación del Derecho civil especial de Baleares[80].

---

de 1946, descartándose el sistema de Apéndices y concluyendo que se proceda al "*estudio y ordenación de los Derechos Forales*" y a la creación de las Comisiones de Juristas, por Decreto de 23 de mayo de 1947 y Orden de 24 de junio de 1947. Por Orden de 10 de Febrero de 1948 se ordena constituir Comisiones para el estudio y ordenación de las instituciones de Derecho foral en Aragón, Cataluña, Vizcaya, Galicia y Baleares, presididas por el respectivo Presidente de la Audiencia Territorial.

[75] La reunión estuvo presidida por el Doctor Moneva y Puyol. Vid. *Revista de Derecho Aragonés*, nº 373-379, vol. 2 (1999), en el que se publica el Acta que se levantó de la reunión, y dice que gracias a la "generosidad de don Luis Martín-Ballesteros Hernández, prof. Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de Barcelona, podemos publicar el presente documento, procedente del archivo de su padre, don Luis Martín-Ballestero Costea, Catedrático que fue de la misma Facultad y, en la fecha del documento, Secretario de la Comisión Compiladora Aragonesa".

[76] Bajo la presidencia del Exmo Sr. D. Gonzalo Fernández de Castro, Presidente de la Audiencia Territorial, la componían, como vocales, D. Juan Alemany. D. Manuel Cerdó, D. Germán Chacártegui, D. Gabriel Subias, D. Félix Pons y D. José Quiñones.

[77] El 23 de febrero de 1953 el Presidente de la Comisión General de Codificación recibe una carta de la Subsecretaría de Justicia donde se dice que los Anteproyectos de las Compilaciones podrán tomar por base los Proyectos actuales de Apéndice y añade: "la tarea compiladora es la primera etapa para la preparación de un Código civil general para toda España, en cuanto permitirá la comunicación de los distintos derechos históricos en busca de unos principios comunes. Pues antes de continuar el proceso de elaboración que permita alcanzar esa meta, se hace necesario cumplir lo establecido en las disposiciones contenidas en los artículos 6 y 7 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que establecieron que en uno o varios Apéndices del Código civil serían recogidas las Instituciones forales que fuera conveniente conservar". El 5 de diciembre de 1958 se constituye la Sección Especial para la Compilación del Derecho civil de Baleares, y se procede a la primera sesión.

[78] Estaba compuesta por D. Santiago Pelayo Horé, D. Pablo Jordán de Urries, D. Francisco Bonet Ramón, Don Gabriel Subías, D. Germán Chacártegui Saénz y D. Marcelino Cabanas Rodríguez.

[79] Los avatares de la redacción de la Compilación, como consecuencia de la sesión celebrada por los Juristas de Ibiza, que se refleja en el Acta de 14 de marzo de 1960, varía la estructura de la Compilación. Para entender esta cuestión es imprescindible consultar la obra de ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz. *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo* (op.cit), donde reproduce la correspondencia entre los miembros de la Comisión, a fin de entender la situación producida y causada por los juristas de Ibiza.

[80] Ver la situación en la que quedó el derecho supletorio en FERRER VANRELL, M. P. "El artículo 1 de la CDCB: Las fuentes del Derecho civil balear". *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, junio

III. La recuperación de la potestad legislativa. La competencia en materia civil (art.10.23 EAIB). La problemática de su alcance.

Recuperada la competencia legislativa en materia civil, atribuída por la Constitución y asumida por el Estatuto de Autonomía, se procedió a revisar la Compilación de 1961, para adaptarla a la Constitución de 1978, lo cual se hizo por Ley 8/1990, de 28 de junio y Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido.

La organización de la coexistencia en España de la pluralidad de ordenamientos civiles tiene su marco en el art. 149.1.8 de la Constitución, que excepciona de la competencia exclusiva del Estado, en materia de legislación civil, la "conservación modificación y desarrollo" del derecho civil foral "allí donde exista". Esta competencia la asumirán, en sus respectivos Estatutos de Autonomía, las CCAA que tenían derecho civil propio, como el caso de Baleares, que en el vigente art. 10.23 del Estatuto de Autonomía asume esta competencia de forma exclusiva y excluyente, ya que el Estado deja de tener competencia para legislar en esta materia.

Ahora bien, la situación de dificultad en la que se han encontrado a lo largo de la historia, como hemos analizado, los derechos civiles territoriales no ha cesado, porque aún hoy, 25 años después de entrar en vigor la Constitución, y tras 20 años de vigencia del Estatuto de Autonomía, se discute el alcance de la competencia legislativa, en materia civil, de los Parlamentos Autonómicos.

1. Alcance de la competencia legislativa atribuída por el art. 149.1.8. CE y asumida por el art. 10.23 EAIB.

La Constitución, en su art. 149, ha seguido un sistema de atribución y distribución de competencias de la materia: "legislación civil" y "derechos civiles especiales o forales" (art.149.1.8), entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que evidencia un criterio distinto[81] al de la Constitución republicana de 1931[82], porque no se trata de una atribución

2002, pág.1837 y en FERRER VANRELL, M. P. (coord.) y otros, *Lecciones de Derecho Civil de las Islas Baleares*. Ed. revisada y puesta al día. Palma: UIB, 2003, pág. 65.

[81] Carlos LASARTE entiende que "al mantenerse en la Constitución de 1978 el planteamiento histórico, ha de decirse que el sistema constitucional sigue estando asentado más que en un verdadero marco autonomista, en el propio esquema tradicional de la cuestión foral". *Autonomías y Derecho privado en la Constitución Española*. Madrid: 1980, pág. 102.

Por contra, Encarna ROCA TRIAS dice que "con la Constitución desaparece definitivamente el derecho foral, para pasar a ser derecho civil de la comunidad autónoma de que se trate". "El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1979. *RJC* (1978), pág. 23.

[82] El art. 15 de la Constitución de 1931 distribuía las competencias entre el Estado (al que le correspondía la legislación civil) y las regiones autónomas (todas, a las que correspondía su ejecución) en la materia civil exceptuada en la regla 1ª del art. 15, que constituía el derecho civil de aplicación obligatoria. Esta es la diferencia: la atribución de competencia general y directa a todas las regiones del

general, sino circunscrita a *allí donde existan*[83], y es éste el motivo por el cual la atribución de competencia en materia civil no se incluye en el art. 148 CE, que hace referencia a las competencias de todas las CCAA, sino en el art. 149.1.8 donde se establecen las del Estado, excepcionando la competencia del mismo en lo que concierne a la "*conservación, modificación y desarrollo*"[84].

Lo que resulta evidente es que el legislador constitucional es "foralista" y no "autonomista", como lo fue el de 1931. La competencia exclusiva sobre "la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, especiales o forales", se atribuye a la CA en cuanto preexista su derecho civil propio, porque la Constitución no es fuente generadora de derechos civiles territoriales, sino que atribuye la competencia en cuanto constata la existencia de tal derecho para su "conservación, modificación y desarrollo", términos que no conjugan con un derecho de nueva creación.

El título competencial que atribuye la Constitución en el art.149.1.8 es doble:

1. Un título competencial exclusivo del Estado en Legislación civil y en aquellas materias que "en todo caso" se reserva (art.149.1.8 segundo inciso).

Estado español y no el contenido de la competencia, porque la Constitución de 1931 también limitaba la competencia respecto de todo aquello comprendido en la regla 1ª del art.15, que es del mismo tenor que el segundo inciso de a regla 8ª del art.149.1 CE de 1978. La Constitución de 1978, en su art.149, atribuye la competencia legislativa en materia civil limitándola a las Comunidades Autónomas que en el momento de entrar en vigor la Constitución, su derecho civil mantenía la vigencia ("derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan") (BADOSA COLL, Ferran. *Compendi de Dret Civil català*. Barcelona: Marcial Pons, 1999, pág. 59-60), y en el marco de la "conservación, modificación y desarrollo". Este mismo criterio se adoptó en la época codificadora en lo referente a mantener "por ahora" el derecho foral; el art. 5 LB 1888 decía "las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora...", (también en su art. 6 *in fine)*. También PUIG FERRIOL mantiene que la diferencia entre la Constitución de 1931 y la de 1978 es que "mientras la Constitución de 1931 reconocía a todas las regiones autónomas competencias en materia de Derecho civil, la Constitución de 1978 sólo permite que asuman tales competencias aquellas CCAA que tenían un Derecho civil propio en el momento de entrar en vigor dicha Constitución". (PUIG FERRIOL, Lluís. *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Vol. I. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1990, pág. 423.

[83] Encarna ROCA TRIAS distingue la estructura del Derecho Civil en los modelos constitucionales y diferencia el modelo regionalista, que consagró la Constitución española de 1931, en sus artículos 13 y 16, del modelo autonómico, previsto en nuestra Constitución de 1978. La distinción entre ambos es el reconocimiento de la competencia legislativa en materia civil a las CCAA que tengan su propio derecho civil vigente al momento de entrar en vigor la Constitución (modelo CE de 1978), en tanto que el modelo regionalista se decanta por otorgar a las regiones la posibilidad para legislar en materia civil, en aquello no atribuido en exclusiva al Estado (modelo CE 1931). ROCA TRIAS, Encarna i PUIG FERRIOL, Lluís. *Institucions del Dret civil de Catalunya*. Vol. I. 5ª ed. València: 1993, pág. 33.

[84] BADOSA COLL. *Compendi de Dret Civil català*. Op. cit., pág.60.

2. Un título competencial a las Comunidades Autónomas que al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución tuvieran derecho civil propio vigente, en materia de "conservación, modificación y desarrollo" de su derecho civil, foral o especial, siempre que lo asuman sus respectivos Estatutos de Autonomía[85].

El alcance de la competencia autonómica exclusiva para Baleares, en relación al "derecho propio de las Illes Balears" (como lo califica el art. 50 EAIB), se circunscribe a la "conservación, modificación y desarrollo"[86].

2. La competencia legislativa en el "desarrollo" del Derecho civil propio. La doctrina del Tribunal Constitucional.

Se ha identificado "derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", con los "derechos civiles compilados"[87]. Se confunden los conceptos, ya que no sólo se aplica como criterio "de ubicación" territorial de derecho civil propio, sino que se utiliza como criterio de "medición" de competencia legislativa en derecho civil propio. La existencia de "derecho civil compilado" puede ser un dato de vigencia y por tanto de mantenimiento del derecho civil propio que dará razón al término "allí donde existan" , determinando la atribución de la competencia civil. En definitiva, sirve para ubicar o localizar el territorio de "derechos civiles, forales o especiales" y por consiguiente la CA con competencia en derecho civil propio.

Los "derechos civiles compilados" también se han considerado, impropiamente, como un criterio de "medición" del alcance de la competencia, cuando recordamos que su elaboración se llevó a cabo después de la tortuosa época codificadora y las conclusiones del Congreso de Zaragoza. Este criterio ha influido negativamente en el esperado "desarro-

---

[85] Esta competencia exclusiva la asumieron, los respectivos Estatutos de Autonomía: Art. 10.5 EA País Vasco; art. 9.2 EA Cataluña; art. 10.23 EA Illes Balears; art. 27.4 EA Galicia; art. 48 LO Integración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

[86] Para determinar los conceptos "conservación y modificación" me remito a los planteamientos defendidos por la doctrina. Vid. el trabajo del prof. PUIG FERRIOL, y la doctrina que cita, en *Comentaris sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Op. cit, pág. 415 y ss. BADOSA COLL define estos conceptos desde la conceptuación de las STC 88/1993, de 12 de marzo y la 121/1992, en su FJ 1. (*Compendi de Dret civil català*. Op. cit. Pág. 60). Poco hay que añadir a estos conceptos. "Conservar", como la propia palabra expresa, consistiría en mantener la regulación ya existente, no cambiarla. "Modificar" indica precisamente un cambio, una adaptación dentro de los límites de la propia institución, ya que sin su mantenimiento no cabe modificación.

[87] En relación a la atribución de la competencia a determinadas CCAA, quizá es la opinión más acertada, porque de no ser así, ¿qué significado tiene que la Constitución de 1978 diga otra cosa distinta de lo que establecía la Constitución de 1931?. Si la Constitución de 1978 quería atribuir competencia legislativa en materia de derecho civil a cada uno de los Parlamentos Autonómicos debiera haberlo dicho más claro, porque lo que dice el art. 149.1.8 no es esto.

llo" de unos derechos civiles con el arraigo y la historia pareja a la del derecho castellano, que en tiempos pasados se atribuyó el calificativo de "derecho común"[88], término históricamente reservado al derecho romano y canónico, el *ius commune*.

Este criterio de "medición", en el sentido que el alcance de la competencia para "conservar, modificar y desarrollar" se pone en relación con el derecho compilado, ha distorsionado el concepto de "desarrollo" (art.149.1.8 CE y art.10.23 EAIB), que ha sido el más controvertido; además, las Sentencias del Tribunal Constitucional (especialmente en los años 1992-93) colaboraron en gran medida a la polémica sobre el alcance del contenido del término "desarrollar". Esta polémica, hoy más encauzada, todavía no está zanjada.

La doctrina está dividida entre los llamados "foralistas", partidarios de una interpretación restrictiva del término "desarrollo", que limitan la competencia a los contenidos de las Compilaciones; y los "autonomistas", que mantienen la legitimación para legislar sobre cualquier cuestión civil excepto las materias reservadas al Estado. Finalmente, los hay que abogan por una posición "intermedia" que fijan el límite de las competencias en las "instituciones conexas".

A. La polémica sobre el concepto de "desarrollo".

La polémica sobre el término "desarrollo" desemboca en la teoría de las "instituciones conexas". El TC entendió que las CCAA que habían asumido la competencia correspondiente podían no sólo modificar la regulación de sus instituciones compiladas, sino regular otras instituciones nuevas, pero no de forma ilimitada, sino conexas a las ya reguladas y dentro de los principios que informan el derecho propio.

La tesis de las "instituciones conexas"[89] la podemos ver plasmada en la STC 88/1993, de 12 de marzo, sobre la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos. En el FJ 3° admite la regulación de instituciones "conexas" con las ya regu-

---

[88] "El (Derecho) Real que es propiamente el Derecho Común y no el de los Romanos" ("Auto Acordado" 4-XII-1713 en nota 2 a Nov. Rec. 3-III-11 y la Nov. Rec. 6-XI-3 (de 1716), citado por BADOSA en *Compendi*... Op. cit., pág. 67.

[89] Descrita por DELGADO ECHEVERRIA, Jesús. "La potestad legislativa de la Generalitat de Catalunya sobre el Derecho civil catalán" en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Barcelona: 1980, pág. 45. Del mismo autor, "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 a 76.

Miguel COCA PAYERAS ordena en seis facetas la tesis de las instituciones conexas que elabora la STC 88/1993, en su FJ 3. "Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC. 88, 156 y 223 de 1993)". *Revista Jurídica de Cataluña*. 1994-1, pág. 439 y ss. Especialmente, para entender el concepto de "desarrollo" y la teoría de la conexión, ver el estudio de BADOSA COLL, F. "La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les CCAA en Dret Civil". *IURIS. Quaderns de Política Jurídica*. (1994), pág. 2 y ss.

ladas "dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta (se refiere a la Compilación) según los principios informadores peculiares del Derecho foral".

Es precisamente en la STC 156/1993, de 6 de mayo, sobre el Decreto Legislativo balear 79/1990, por el que se aprueba el T.R. de nuestra Compilación de Derecho civil, donde se consolida el concepto, al referirse a "la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guardan una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquélla u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil".

El TC, cuando conceptúa la "materia conexa" a fin de determinar el ámbito competencial para solucionar los desacuerdos, desplaza la cuestión a determinar qué se entiende por "conexión" y cómo debe determinarse[90]. En definitiva, el art. 149.1.8 CE se interpreta con dos límites que se acumulan a la competencia civil de las CCAA con Derecho propio, como expone BADOSA[91] "la prèvia del «desarrollo» i l'essencial de l'«En todo caso», les matèries del qual serien «excepciones de excepciones»... El segon límit o *En todo caso* és el conjunt de matèries reservades exclusivament a l'Estat en l'art. 149.1.8 CE".

La tesis foralista parte de la vigencia efectiva de las instituciones forales, es decir, del derecho compilado, porque marca la pauta del desarrollo; confunde y mezcla el objeto de la competencia con su ejercicio; cosa que distingue la tesis autonomista[92]. Todo ello motivado por la interpretación distorsionadora del término "allí donde existan", que pasa a entenderse "como existan"[93], es decir, como delimitadora de su contenido, en lugar de la peculiaridad de atribución de competencia. El "Derecho civil no se confunde ni se agota en el recogido[94] –en un momento y en unas circunstancias históricas muy determinadas-

[90] El voto particular a la citada STC 88/1993del magistrado González Campos dirá, al cuestionar la proximidad de la materia regulada, "si la conexión o proximidad sólo puede establecerse respecto al derecho civil, foral o especial, existente en el momento de entrar en vigor la Constitución o también en relación con el contenido de su derecho histórico".

[91] En "La recent jurisprudència...". Op. cit. Pág. 2.

[92] "El concepte de Dret civil juntament amb el límit de l' "En todo caso" assenyala l'àmbit o objecte de la competència. L'exercici d'aquesta, com de les altres competències, es vincula a un concepte extrajuridic: els interessos de la CA permetent-li'n la gestió (art.137 CE), és a dir, la discrecionalitat sobre el "si" i el "com" de la legislació" (como argumenta BADOSA en "La recent jurisprudència...". Op. cit. Pág. 2).

[93] En opinión de BADOSA. Además justifica que el término no es nuevo, sino que se remonta al art.3 párrafo penúltimo del Proyecto de ley referente a la reforma de la Ley Orgánica de Municipios y Ayuntamientos, elaborado por iniciativa del Gobierno del Conde de Romanones por la Comisión Extraparlamentaria (creada por D.18.XII-1918 y leído en el Congreso de los Diputados el 21-I-1919. "La recent jurisprudència...". Op. cit. Pág. 3.

[94] Podemos decir con PUIG SALELLAS que "les Compilacions corresponen a un marc polític tancat, que no té res a veure amb el de la Constitució, amb la qual cosa l'intent de convertir-les en el gran punt de referència interpretativa, precisament de la distribució constitucional de competències civils,

en las respectivas Compilaciones"[95]. Es evidente que la Compilación, como la de los otros territorios con derecho propio, sólo pudo recoger aquello que "como excepción" no podía derogarse, como hemos expuesto en los epígrafes anteriores, consecuencia de las sucesivas amputaciones que fue sufriendo nuestro derecho.

B. El concepto de "desarrollo".

Hay que analizar[96] lo que se ha entendido por "desarrollo", que presenta una doble proyección: 1) la conexión entre las instituciones nuevas y las preexistentes, y 2) la fidelidad a los principios.

1) La conexión entre las instituciones nuevas y las preexistentes.

La primera proyección es la tesis de las "instituciones conexas" que permite ir más allá de las Compilaciones, siempre que exista una conexión, una base de soporte, un punto de partida. Comparto la opinión de BADOSA al entender que esta exigencia de una previa base normativa es incorrecta, porque si bien es cierto que el desarrollo requiere "algo previo" que desarrollar, cuando este "algo" es el Derecho "i hom tracta de "competència", no equival a norma preexistent". Porque cuando el desarrollo lo referimos a los "derechos civiles, forales o especiales", nos referimos al "Derecho civil" no como norma existente, que lo presuponemos, sino como ámbito de competencia normativa. Precisamente de no ser así, esa tesis de la conexión requeriría dos títulos competenciales: el del correspondiente Estatuto de Autonomía y, además, la institución a la que se conecta, pero deja al margen el hecho que la institución resultante de la conexión es la base de una nueva conexión y puede ser potencialmente indefinida. Es, precisamente, esta conexión indefinida de las instituciones civiles, la que justifica la cláusula de salvaguarda incluida en "En todo caso" del art. 149.1.8 CE. Es efectivamente, "en todo caso", el único límite que impone la Constitución[97], siendo la más ajustada a la literalidad del art. 149.1.8 CE.

Si enunciamos la materia que "en todo caso" es de exclusiva competencia estatal[98],

resulta simplement un anacronisme. O potser una actitud ideològica". (PUIG SALELLAS, Josep M. "El desenvolupament de la competència legislativa en matèria civil". *XI Jornades de Dret català a Tossa*. Tossa: setembre de 2000.

[95] ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La codificación del Derecho civil catalán en el proceso...*, op. cit., pag. 81. COCA PAYERAS, Miguel. "Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio en la doctrina del Tribunal Constitucional". Op. cit. Pág. 439.

[96] Sigo la exposición de BADOSA, que compendia y cierra el estudio sobre esta materia. "La recent jurisprudència constitucional...". Op. cit. Pág. 4 y ss. La tesis de las instituciones conexas es de origen doctrinal y la describió DELGADO ECHEVERRIA, Jesús en "La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho Civil catalán". *Jornades sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*. Barcelona: 1980, pág. 40.

[97] En opinión de BADOSA COLL, que comparto: "La recent jurisprudència...". Op. cit. Pág. 4 a 6.

[98] Esto es: la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles a las formas del

todo aquello que quedaría fuera sería de exclusiva competencia de los parlamentos autonómicos.

Es así que la STC 88/1993 dice que "el sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial a favor del legislador estatal[99] no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno".

2) La fidelidad a los principios.

La segunda proyección del término "desarrollo", extraído de las Sentencias del TC[100] se centra en los principios informadores del Derecho civil territorial, advirtiendo que el concepto tradicional de los "principios", cuya función es la aplicación del Derecho, se desvía para encauzarlo a la creación del Derecho. En definitiva, se le ha atribuido una función dentro del ámbito legislativo que se enmarca en el artículo 149.1.8 CE. En efecto, la STC 88/1993 recoge en el FJ 3 los "principios informadores peculiares del Derecho foral", con valor de directriz legislativa[101], que así se convierten[102] en un nuevo límite[103].

---

matrimonio, la ordenación de los Registros e instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales y las normas para resolver los conflictos de leyes.

No serían, "en todo caso", exclusiva competencia estatal las especialidades procesales que se derivan de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (art.149.1.6 CE). Recordemos la STC 62/1991, de 22 de marzo, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la ley gallega de defensa de consumidores y usuarios, que niega, consecuentemente, a Galicia la posibilidad de establecer un sistema general de arbitraje de consumo. En efecto, el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional", dirá la STC15/1989 en FJ 9.b, por tanto, materia atribuida al Estado por los títulos competenciales del art. 149.1.5 y 6.

También en el reciente recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, del Parlamento de Navarra, (ley que entre otros efectos posibilita la prioridad en el nombramiento de cargos tutelares, diferentes pensiones y la posibilidad de adopción conjunta a parejas homosexuales), los recurrentes fundamentan que las formas del matrimonio del art. 149.1.8 CE "deben comprender no sólo las formas actualmente reconocidas de constitución del matrimonio, sino a cualquiera otras posibilidades que el legislador estatal pudiera diseñar como tipo o modelo de relación conyugal, excluyéndose de la competencia autónoma o foral cualquier regulación paralela, complementaria o sustitutiva que recaiga sobre la misma materia: la configuración de la relación conyugal y la regulación de su contenido".

[99] Se refiere a la materia enumerada como de exclusiva competencia estatal, a la que nos hemos referido en la nota anterior.

[100] En opinión de BADOSA, aunque el TC no lo diga expresamente, a los principios generales se les otorgaría una función de límite legislativo, con toda la problemática que puede suponer concretar cuáles son estos principios informadores que tienen el calificativo de "peculiares". BADOSA COLL, F. "La recent jurisprudència...". Op. cit. Pág. 7 y 8.

[101] FJ 3º: "Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral".

Si recapitulamos los conceptos antes analizados vemos que "conservación, modificación y desarrollo" reafirman el ámbito territorial de competencia "allí donde exista", porque si no existe no cabe ninguna actividad propia del ámbito de exclusión de la competencia estatal en "conservar, modificar y desarrollar". Estos términos son más la demarcación territorial del ámbito de competencia que el contenido de la competencia[104], porque el contenido no es otro que legislar sobre aquella materia que es objeto de su competencia (derecho civil propio), y todo ello sin intromisión alguna de regulación estatal, excepto en aquello que "en todo caso" se entiende constitucionalmente que requiera una legislación uniforme para el territorio español (art.149.1.8 CE).

IV. La eficacia territorial del derecho civil balear, art. 7 EAIB y art. 2.1 CDCB.

El art. 7 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (tanto en la redacción originaria como en la dada[105] por LO 3/1999, de 8 de enero de reforma de LO 2/1983), –al decir que "Las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su derecho civil, tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por otras normas extraterritoriales[106]"–, proclama el principio de territorialidad para la aplicación del derecho civil balear[107]. Significa ello que el territorio

[102] Siguiendo la tesis de BADOSA, quien indica cómo los principios generales se han llevado al ámbito de la legislación y los problemas de la función legislativa de los principios que "deriven de la seva pròpia indefinició i del requisit de la "peculiaritat" que els afegeix el TC". BADOSA COLL, F. "La recent jurisprudencia...". Op. cit. Pág. 7.

[103] En una ponencia, cuyo título era el "Artículo 149.1.8 de la Constitución" que se presentó en el Congreso de Jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución, en Zaragoza en 1981, se decía en la conclusión segunda que los derechos civiles territoriales eran una legislación "informada por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración" y se añadía que "hasta donde lleguen estos principios informadores llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas" (BADOSA COLL, F. "La recent jurisprudència...". Op. cit. Pág. 7).

[104] Como hemos dicho anteriormente, es criterio de "ubicación" territorial.

[105] La única modificación es la supresión del término "especial" que calificaba al derecho civil balear.

[106] Las "normas extraterritoriales" son las normas de conflicto del Derecho español (art. 12.6 Cc), tanto las que resuelven los conflictos internacionales (art. 12.6 Cc.), como las que resuelven los conflictos interregionales (art.. 16.1).

[107] Este mismo criterio adopta el EAC en su art. 7.1. En Cataluña, en las II Jornades de Dret català a Tossa de 1982, se concluyó que "la vigència del Dret civil català es recolza en el principi de territorialitat" (conclusión 1ª), por lo que "no essent vigents a Catalunya els altres drets civils espanyols, les relacions entre el Dret civil català i aquests es produeixen en l'àmbit del conflicte de lleis i es regulen per les regles que li són pròpies" (Conclusión 3ª). Vid. ROCA TRÍAS, E. "Les II Jornades de Dret català a Tossa". *RJC*, 1983, pág. 517 y COCA PAYERAS, Miguel. *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Vol. I. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1990, pág. 255 y ss.

correspondiente a las Islas Baleares es el límite territorial de vigencia[108] del derecho civil propio. El derecho civil balear tiene vigencia circunscrita, exclusivamente, al territorio balear y, por ello, es el derecho "inmediatamente" aplicable[109]. Proclama el derecho del territorio, prescindiendo del derecho al cual está sujeta la persona. Este criterio es el que late en el FJ 8° de la STS de 20 de febrero de 1995, cuando determina que en la vecindad civil "la carga de la prueba no corresponde a quien invoca la aplicación de la legislación del territorio en que reside, sino en quien alega una legislación distinta al derecho territorial (...) constituye una excepción a la ley que se rechaza y presupuesto para que pueda aplicarse la ley que se invoca, y si no se aporta prueba, el Juez fallará con arreglo al Derecho territorial correspondiente a su jurisdicción".

En opinión de COCA[110] es indiferente el criterio por el que se decanta el legislador, sea el territorial o el personal, al tratarse de una cuestión de política legislativa. Este autor entiende que el legislador español acoge en el art. 14 Cc el criterio personal, "que además es el históricamente[111] deseado por los territorios con propio ordenamiento civil". Es evidente que el legislador estatal contempla los derechos civiles territoriales en pie de igualdad en su coexistencia nacional. Opinión distinta merecería si partiéramos del derecho civil propio en su ámbito territorial, aunque para este autor, el hecho de que normal-

---

[108] "Eficacia territorial" es sinónimo de "vigencia". BADOSA COLL dice al respecto: "la eficacia del EAC 7.1 se refiere a una cualidad intrínseca de la misma norma y, por lo tanto, independiente de la actitud del sujeto y de su utilización efectiva por el Poder Judicial. Significa la aptitud reguladora de la norma, derivada de su mera existencia. Es decir, la vigencia". *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Vol. I. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1990, pág. 288.

[109] Esta afirmación no desconoce que el derecho civil balear, aún siendo el derecho de aplicación "inmediata" o "preferente", comparte vigencia con el Código civil, si bien en los supuestos de aplicación "directa" y en su aplicación "supletoria". FERRER VANRELL, M. P. "El artículo 1 de la CDCB...". Op.cit. Pág.1831.

La aplicabilidad inmediata del derecho territorial la mantienen BADOSA COLL, ROCA TRÍAS, DELGADO y GINEBRA MOLINS, entre otros. En contra, GARAU JUANEDA mantiene que el juez debe aplicar el derecho que determina la norma de conflicto (art.12.6 Cc.). Sin embargo, la norma de conflicto determinará el derecho aplicable sólo en los supuestos de existencia de conflicto. Ver el documentado estudio sobre la materia de GINEBRA MOLINS, M. Esperança. *La qualitat jurídica de català català i l'aplicación del dret civil de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 2002.

[110] COCA PAYERAS, Miquel. "Condición política, vecindad administrativa y vecindad civil balear (en torno a los artículos 6 y 7 EA)". *Cuadernos de la Facultat de Derecho*. Palma: 1985, pág. 35 y ss.

[111] En Baleares, históricamente el criterio apunta a la territorialidad; aunque no existan en los Proyectos de apéndice reglas relativas al criterio de aplicación de las normas, sí que lo encontramos, a modo de ej., en alguno de los artículos proyectados: art. 12 de la Memoria de RIPOLL. En la EM del Proyecto de Apéndice de 1903 (Ap. V), se dice: "tiene el territorio de las Islas Baleares legislación propia..."; también sus art. 2, 15, 46 y 65.

mente se aplique en el territorio su propio derecho es consecuencia de que la tónica general será que ostentarán la vecindad civil del propio territorio, por lo que se manifiesta a favor de facilitar la prueba de la vecindad civil.

El art. 7 EAIB contempla[112], por una parte, "las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma" y, por otra, "su derecho civil", el de Baleares, que es el derecho de aplicación "preferente" (art. 50.1 EAIB)[113], o de aplicación inmediata, en tanto es el derecho vigente en Baleares. La redacción del art. 7 EAIB sitúa el derecho civil propio en su ámbito territorial y no en el ámbito nacional donde coexistiría en situación de igualdad con otros derechos (derecho interregional), de la misma manera que ocurre con el derecho estatal respecto al derecho internacional. El derecho civil territorial no coexiste, en su territorio, con los otros derechos civiles territoriales. Excepcionalmente, y de acuerdo con el estatuto personal y por otras normas extraterritoriales, pueden ser aplicables las normas civiles baleares en el resto del Estado español[114]. Esta extraterritorialidad es recíproca, significa que se tendrá que aplicar derecho balear en territorios en que no es vigente, como en Baleares también se aplicará derecho no vigente de acuerdo con el estatuto personal[115]. En estos supuestos se suspende la aplicación del derecho del territorio y se

[112] Ver la inutilidad de distinguir "las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma" de "su derecho civil", porque tan derecho autonómico es uno como el otro, si tenemos en cuenta el art. 25 de la Ley 8/1990, de 28 de junio. FERRER VANRELL, M. P. "El artículo 1 de la CDCB ...". Op. cit. Pág. 1821.

[113] "En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Illes Balears es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en el Estatuto".

[114] ROCA TRÍAS mantiene que la aplicación del derecho civil "deu ésser territorial i solament podrà excloure's quan es demostri l'existencia d'un punt de connexió que obligui a aplicar un dret civil diferent". "L'Estatut i el Dret civil". *Jornades sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*. Barcelona: 1980, pág. 37.

Para BADOSA COLL, la extraterritorialidad del art. 7.1 del EAC significa que otorga "aplicabilitat "immediata" a Catalunya a normes mancades per si mateixes d'aquesta qualitat". Como significa, también, suspender la aplicación del derecho catalán. BADOSA COLL, F. *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Op. cit. Pág. 276.

[115] BADOSA dice que estas situaciones que deben regirse por el estatuto personal o bien por otras normas extraterritoriales, las referiremos a dos supuestos: primero "la de otorgar aplicabilidad 'inmediata' en Cataluña a normas carentes por sí mismas de esa cualidad, sea porque no tengan vigencia territorial los Derechos Civiles "extranjeros" o "no españoles" (en sentido del CC 12.2) y los Derechos Civiles "españoles" "especiales o forales"(CC 13.2), sea porque teniendo vigencia territorial "también" en Cataluña, esta vigencia se traduce sólo en la aplicación "supletoria": el Código civil (CC 13.1). Correlativamente, la de "suspender" la aplicación del Derecho civil catalán; dicha función "suspensiva" es la que explica la mención que se hace en el art. 7.1 *in fine*". *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Op. cit. Pág. 293-294. También BADOSA en *L'àmbit del dret civil català*

aplicará el derecho que corresponda[116]. Éste es el sentido de los términos del art. 7[117] ("sin perjuicio"): al excepcionar la aplicación del derecho civil territorial, suspende la aplicación del derecho territorial para aplicar un derecho ajeno[118], un derecho no vigente en el territorio, para lo cual tendrá que probar la vecindad civil que corresponda al territorio donde tal derecho es vigente.

En efecto, en la aplicación del derecho civil territorial podemos encontrarnos ante un conflicto de leyes (art.16.1 Cc), en cuyo caso, para determinar la ley personal, se tendrá que probar la vecindad civil.

La redacción del art. 7 EAIB, como la redacción del art. 2 de la Compilación (CDCB)[119], que fue declarada inconstitucional por STC 156/1993, se sitúa en el desenvolvimiento normal de aplicación del derecho; esto es, declarada la vigencia territorial del derecho civil balear, surge la aplicación "inmediata" del derecho que es exclusivamente vigente en el ámbito del territorio balear[120], sin necesidad de probar la vecindad civil, aunque se presuma[121]. Sólo excepcionalmente ("sin perjuicio", dice el art. 7) no se aplicará derecho bale-

(op. cit), pág. 11 dice que "El Codi civil en tenia dos nivells: un d'immediat, que en Silvela anomena "total vigor", i un altre supletori. Doncs bé, en el primer nivell era un dret especial (novament el testimoniatge d'en Silvela: "los límites territoriales que abarca el llamado Derecho de Castilla no son difíciles de fijar en cada caso y, por tanto, la extensión que comprenderá en su total vigor el nuevo Código ofrecerá duda...") i com a tal, la seva aplicació extra-teritorial estará sotmesa a l'esmentada base 2ª".

[116] GINEBRA MOLINS, M.E. *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del dret civil de Catalunya*. Op. cit. Pág. 657.

[117] "Sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por otras normas extraterritoriales".

[118] Porque "la extraterritorialidad nos permite presentar el concepto de "Derecho ajeno" o "Derecho no propio" (ex EAC 26.2 a contr.), como Derecho "no inmediatamente aplicable a Cataluña". BADOSA COLL, F. *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Op. Cit. Pág. 294.

[119] El texto decía: "Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma *y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil*. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado deban aplicarse otras normas.

La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código civil y demás disposiciones de aplicación general".

[120] CLAR GARAU, Raimundo. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Comentario al Título Preliminar)*. Tomo XXXI, Vol. I. Madrid: Edersa, 2000, pág. 55. Entiende que el art. 2 CDCB era coincidente con el art. 7 EAIB.

[121] En este sentido Miquel MASOT MIQUEL dice que "han existido casos en que se ha llegado a la peregrina conclusión de que el matrimonio de unos mallorquines se había contraído bajo régimen de gananciales porque no habían probado -¡ante un tribunal mallorquín!- que los mismos tenían vecindad civil mallorquina". (MASOT MIQUEL, M. "El Proyecto de revisión de la Compilación del Derecho civil de Baleares. *AC*, núm, 23 (1986), pág.1649. También CLAR GARAU en este sentido, dice "es

ar a las "situaciones que se hayan de regir por Estatuto personal o por otras normas extraterritoriales" (art. 7 EA). Como mantiene GINEBRA MOLINS respecto del derecho catalán, "en les situacions "jurídicament homogènies" vinculades exclusivament amb el Dret català, no es pot acudir a les normes de conflicte, ni exigir la prova del veïnatge civil per aplicar el Dret del territori"[122].

El art. 2.1 CDCB, en su redacción dada por Decreto Legislativo 79/1990, establecía que: " las normas de derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil". Esta norma fue redactada de acuerdo con el art. 7 del Estatuto de Autonomía, como fundamenta la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990[123]. El art. 2 exceptuaba, también, siguiendo el art. 7 EAIB, "los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas", añadiendo que "la vecindad civil y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código civil y demás disposiciones de aplicación general", términos que no hacen más que repetir lo que la Constitución exceptúa de la competencia de las CCAA (segundo inciso de la regla 8ª del art. 149.1 CE) y la regulación del Código civil (art. 13.1 Cc).

Contra esta primitiva redacción se interpuso recurso de inconstitucionalidad[124], que fue declarada nula por Sentencia 156/1993[125], en cuanto los términos "tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma" se limitaba a declarar la vigencia territorial exclusiva, en las Islas Baleares, de las normas de derecho civil propio, siguiendo el texto

exactamente lo mismo que ocurre en los territorios sujetos al Código civil; cuando una persona entra, por ejemplo, en una notaría no le hacen preguntas sobre si es catalán o balear o de otra Comunidad. Hay una presunción inicial de que los que residen en un territorio están sujetos al derecho aplicable normalmente en este territorio; si, después, por el domicilio, lugar de nacimiento o cualquier otra circunstancia (o por alegación de los interesados) se puede deducir la sujeción a un estatuto personal que implique la aplicación de otro derecho se hacen las preguntas y averiguaciones pertinentes". *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Op. cit. Pág. 54.

[122] *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del dret civil de Catalunya*. Op. cit. Pág. 647. Cita sentencias que fundamentan esta afirmación, como son la del TS de 20 de febrero de 1995 (FJ 8º); y las de la AP de Barcelona de 19 de noviembre de 1999 y de 1 de junio d 2000.

[123] "Se ha dado una nueva redacción al artículo 2 de la Compilación, el cual, además, exceptúa de dicha eficacia general territorial, respetando lo establecido en el artículo 7 del Estatuto, los casos en que, según el Derecho interregional o internacional privado deban aplicarse otras normas. En definitiva, y en contra de lo que hasta ahora venía sucediendo, no será necesario probar la regla general, sino la excepción".

[124] Núm. 2401/1990. Alegó el Abogado del Estado que se invadían competencias exclusivas del Estado sobre "las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas" (art. 149.1.8 CE).

[125] La Ley 7/1993, de 28 de junio, dio nueva redacción al párrafo 1º del art. 2.

estatutario (art.7 EAIB)[126], facilitando su aplicación con la dispensa de probar la vecindad civil.

Faltó distinguir dos situaciones que se han entrelazado: el art.14.1 Cc., que determina la sujeción a un derecho civil territorial mediante el criterio de la vecindad civil, y el art.16.1, que utiliza la vecindad civil como uno de los criterios de solución de conflicto leyes, identificando la ley personal. Este criterio lo enuncia el FJ 2°.a, de la propia STC156/1993, que declaró la inconstitucionalidad del art. 2.1 CDCB, aunque no lo aplica en su exactitud, al decir "el precepto impugnado afecta al régimen de determinación de la vecindad civil, vecindad que constituye criterio para apreciar la sujeción a cualquiera de los regímenes jurídico civiles coexistentes en el territorio nacional y punto de conexión, así para la identificación de la "ley personal" en los conflictos de leyes que surjan de aquella coexistencia (arts. 14.1 y 16.1 del Código civil)".

La situación de la que parte el art. 7 EAIB, así como el art. 2.1 (redacción DL 79/1990) es la del derecho del territorio (contemplado en su propio ámbito espacial de vigencia y ya fuera de la coexistencia nacional con otros derechos territoriales), y éste no es otro que el derecho civil de las Islas Baleares, (art. 50.1) que determina su aplicación inmediata en el ámbito de su vigencia territorial y no pone en duda el criterio establecido por el art. 14.1 Cc., de sujeción personal al derecho balear, sino que lo asume y facilita su aplicación, al dispensar su prueba, salvo que excepcionalmente tenga que probarse, porque nos encontremos ante un conflicto de leyes (art. 16 CC), al ser la vecindad civil la "identificación de la ley personal", en términos de la Sentencia, es decir, art. 16.1 Cc.

[126] "Estimamos que el respeto a la Constitución, al Código civil y al Estatuto de Autonomía es total", afirma Raimundo CLAR GARAU, y posteriormente añade: "Se dan circunstancias extrañas en torno a este recurso. ¿Por qué se interpuso contra el artículo 2ª de la Compilación y no contra el citado artículo 7° del Estatuto de Autonomía que dice lo mismo, pero –a nuestro entender– menos felizmente?". *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Op. cit. Págs. 54 y 55.

ESTUDIS

UNA VEGADA MÉS SOBRE LA NATURALESA JURÍDICA DELS CONSELLS INSULARS: APROXIMACIÓ HISTÒRICA, JURÍDICA I POLÍTICA

Bartomeu Colom Pastor
Professor titular de Dret Administratiu
Universitat de les Illes Balears

I. Antecedents. II. La naturalesa jurídica dels consells insulars segons la doctrina i els tribunals. III. Les darreres novetats. IV. La comunitat com a institució complexa.

I. Antecedents.

No es pot parlar dels consells insulars i de la seva naturalesa sense reconèixer el protagonisme que han tengut les illes menors i, en particular, Menorca en el procés estatutari. En efecte, els menorquins des del començament del procés tenen tres coses clares: a) que s'havien de recuperar els consells insulars abans que s'aprovàs l'Estatut, única manera que fossin la base o el fonament de la futura autonomia; b) que els consells no podien quedar al marge de l'organització autonòmica com a simples ens d'administració local als quals es transfereixen o deleguen competències, i c) que els consells havien de ser poders de la comunitat.[1]

L'Avantprojecte d'estatut elaborat per la Comissió dels Onze va preveure al seu article 16 que els consells insulars fossin poders de la comunitat al mateix nivell que el Parlament, el Govern o el president de la comunitat, en disposar que: «Els poders de la Comunitat Autònoma s'exerciran a través del seu Parlament, del seu Govern i del seu President, i dels Consells Insulars.»

Però, com a conseqüència de l'acord autonòmic signat a Palma el 17 de juliol de 1981 entre la UCD i el PSOE, a l'Avantprojecte base elaborat per la UCD i el PSOE que servís de document de discussió a l'Assemblea de Parlamentaris i Consellers, es modificà aquest plantejament, ja que s'hi disposà que:

> «1. L'organització institucional autonòmica estarà integrada per una Assemblea Legislativa o Parlament, un Govern i el President de la Comunitat Autònoma.
>
> »2. En la Comunitat Autònoma es constituirà un Tribunal Superior de Justícia en el qual s'integrarà l'actual Audiència Territorial de Palma de Mallorca, d'acord amb les lleis de l'Estat.
>
> »3. Els Consells Insulars, als quals d'acord amb l'apartat 2 de l'article 141 de la Constitució els correspon el govern i l'administració autònoma de les illes de Mallorca, Menorca i Eivissa-Formentera, es constituiran en aquestes en els termes i competències que resultin de la Constitució i de l'Estatut present.»

Com es pot veure, el canvi es realitza en un quàdruple sentit:

1. D'una banda se substitueix la paraula «poders» per «institucions». Per tant, ni els consells insulars ni els altres òrgans (Parlament, Govern i president) són poders de la comunitat.

---

[1] Vegeu QUINTANA PETRUS, Josep Maria. «Els plantejaments autonòmics de Menorca durant la Transició», dins *La Transició a les Illes Balears. Simposi 25 anys IEB*. Palma: Conselleria d'Educació, Cultura i Esports, 1998, pàg. 61 i seg. Vegeu també, del mateix autor, l'escrit presentat a l'audiència sobre l'Avantprojecte d'estatut «Reflexiones sobre el "Anteproyecto de Estatuto de autonomía de las Islas Baleares" elaborado por la llamada "Comisión de los Once"» i «Menorca y el Estatuto de las Islas Baleares», article publicat al diari *Menorca* el 20 de setembre de 1980.

2. A més, el projecte fa una altra cosa: separar en números distints el Parlament, el Govern i el president, d'una banda, i els consells insulars, de l'altra.

3. Es distingeix l'organització institucional autonòmica, integrada pel Parlament, el Govern i el seu president —tal com preveu, per una altra banda, la Constitució a l'article 152.1 («l'organització institucional autonòmica es basarà en una Assemblea Legislativa [...]; un Consell de Govern [...] i un President»)— i els consells insulars —que són institucions de la comunitat perquè estan regulats a l'article 17 de l'Estatut i, per tant, dins el títol III de l'Estatut, referit precisament a les institucions de la comunitat, però a un nivell distint del Parlament, el Govern i el president, ja que no són organització institucional de la comunitat.

4. Finalment, l'Avantprojecte base, en invocar l'article 141.2 de la Constitució, feia que els consells quedassin configurats amb un marcat accent local, cosa que fou criticada políticament.

Una esmena presentada pel PSMa-PSMe a l'Avantprojecte base en el sentit que els consells recuperassin la qualitat de poders de la comunitat fou rebutjada i, consegüentment, el Projecte d'estatut a l'article 18 ja distingeix dos nivells d'institucions: l'organització institucional autonòmica, integrada pel Parlament, el Govern i el president de la comunitat (número 1 del precepte esmentat) i els consells insulars (al mateix article, però al número 3). En canvi, sí que va prosperar l'esmena de Tirs Pons, senador per Menorca, que pretenia suprimir la referència a l'apartat 2 de l'article 141 de la Constitució, ja que li semblava «completament innecessari i, a més, duu implícit un sentit restrictiu de les possibilitats que han de tenir els consells insulars»; a més, aquest senador no entenia que a l'Avantprojecte base es digués que «es constituiran els consells insulars», ja que aquests ja estaven constituïts. Per això l'article 18 del Projecte d'Estatut quedà redactat de la manera següent:

> «1.L'organització institucional autonòmica estarà integrada per una Assemblea Legislativa o Parlament, un Govern i el President de la Comunitat Autònoma.
>
> »2. En la comunitat autònoma es constituirà un Tribunal Superior de Justícia en el qual s'integrarà l'actual Audiència Territorial de Palma de Mallorca, d'acord amb les Lleis de l'Estat.
>
> »3. Als Consells Insulars, els correspon el govern i l'administració de les Illes de Mallorca, Menorca i Eivissa-Formentera, i s'hi constituiran en els termes i amb les competències que resultin de la Constitució i de l'Estatut present.»

Al Congrés dels Diputats el Grup Popular va presentar una esmena perquè els consells insulars fossin institucions de la comunitat juntament amb el Parlament, el president i el Govern, que fou rebutjada. Per això la redacció definitiva de l'article 18 és literalment així:

> «1. L'organització institucional autonòmica és integrada pel Parlament, el Govern i el President de la comunitat autònoma.

»2. Als consells insulars, els correspondran el govern i l'administració de les illes de Mallorca, Menorca i Eivissa-Formentera i de les illes adjacents. Aquests tres consells insulars es constituiran en els termes i amb les competències que resultin de la Constitució i d'aquest Estatut.»

Més tard, en la reforma de l'Estatut de 1999, Esquerra Unida tornà a presentar una esmena per incloure els consells insulars d'una manera clara dins l'organització institucional de la comunitat, i més concretament dins l'apartat 1 de l'article 18 de l'Estatut, que igualment fou rebutjada.

La conclusió és clara: l'article 18 té dos apartats; el primer es refereix a l'organització institucional autonòmica, constituïda o integrada pel Parlament, el Govern i el president de la comunitat; i el segon, als consells insulars.

Com que els consells insulars no estan situats a l'article 18.1, no formen part de l'organització institucional autonòmica o, dit d'una altra manera, no són institucions d'autogovern, categoria reservada just al president, al Parlament i al Govern; per tant, no concentren els poders de direcció política. Arriben a aquesta conclusió el Tribunal Constitucional a la Sentència 76/1983, de 5 d'agost, FJ 38 («No puede otorgarse a la expresión "instituciones de autogobierno" un alcance mayor que el que deriva de la Constitución (art. 152.1) y de los propios Estatutos —Asamblea legislativa, Consejo de Gobierno y Presidente—») i el Tribunal Suprem a la Sentència de 28 de juny de 1998 («Los Consejos tienen también el carácter de órganos autonómicos, aunque no se trate de órganos de autogobierno en el sentido literal del artículo 148.1.1ª de la Constitución»).

Una altra conclusió que es pot extreure de la redacció de l'article 18 és que els consells no han quedat al marge de l'organització autonòmica, no han quedat com a simples ens d'administració local que poden rebre les competències que la comunitat autònoma els delegui o transfereixi, ja que han quedat com a institucions de la comunitat, si bé no de les que formen part de l'organització institucional autonòmica de la comunitat o institucions d'autogovern.

La Llei de consells insulars de 1989 no va aclarir la posició dels consells, ja que a l'exposició de motius proclama que l'Estatut va deixar el tema de l'articulació institucional dels consells com una «qüestió oberta» i va distingir els consells com a institucions de la comunitat i com a òrgans de l'Administració local. A pesar que a l'exposició de motius s'assegurava que aquesta era «la seva vessant fonamental», aquesta Llei introduí —als articles 14 i 15— un doble règim jurídic per als consells, segons que exercitassin competències atribuïdes en desenvolupament de l'article 39 de l'Estatut o no.

II. La naturalesa jurídica dels consells insulars segons la doctrina i els tribunals.

En relació amb aquest tema i una vegada aprovat l'Estatut, la doctrina ha plantejat diverses teories sobre la naturalesa jurídica dels consells, i les postures són diverses. Uns defen-

sen que són ens locals i a més institucions de la comunitat sense perdre la primera condició: aquesta és la posició que mantenc des de l'any 1988 al 1999 en una sèrie d'articles recollits al meu llibre *Veinticinco años de autonomía balear* (Madrid: Marcial Pons; Govern de les Illes Balears. Institut d'Estudis Autonòmics; Universitat de les Illes Balears, 2001) i que defensa Jeroni MAS RIGO en dos articles publicats en 1998[2] i en 1999[3] i que justifica Luciano PAREJO ALFONSO[4]. Uns altres, com Andreu RIBAS MAURA[5], Josep M. QUINTANA PETRUS[6], Avel·lí BLASCO ESTEVE[7], María Luisa TORRES BONET[8] i Iñaki LASABAGASTER HERRARTE[9], han defensat la doble naturalesa dels consells. QUINTANA PETRUS a l'obra citada i Avel·lí BLASCO[10] han defensat que els consells són institucions d'autogovern i, si més no, el primer òrgan de rellevància estatutària.

La Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears ben aviat en va proclamar la doble naturalesa, local en uns casos i autonòmica en els altres, depenent de les competències que exerceixen: parla del doble paper o de la doble condició dels consells en tres sentències que ja són històriques (13 de juliol de 1991, 30 de novembre de 1991 i 26 de febrer de 1992, la primera de las quals fou confirmada pel Tribunal Suprem mitjançant la Sentència de 26 de juny de 1988). El Tribunal Suprem proclama solemnement aquesta doble naturalesa a la Sentència de 26 de febrer de 1992 amb aquestes paraules:

> «Siguiendo esta línea hay que convenir con los apelantes citados que los Consejos Insulares de las Islas Baleares tienen doble naturaleza de órganos repre-

---

[2] «La naturalesa jurídica dels consells insulars. Comentari a la STS de 26 de juny de 1998». *Butlletí d'informació Col·legial del Col·legi Oficial de Secretaris, Interventors i Tresorers de les Illes Balears*, núm. 22.

[3] «Los Consejos insulares. El problema de su naturaleza jurídica». *CUNAL*, octubre 1999.

[4] En el seu article «La regulación de los Consejos Insulares a la luz del marco constitucional y estatutario», dins *Cuatro estudios sobre la Ley de Consejos Insulares*. Palma: Govern de les Illes Balears - Institut d'Estudis Autonòmics, 2003 (pàg. 36 a 45).

[5] *El Estatuto de Autonomía de las Baleares*. Palma, 1988 (pàg. 221 i seg.).

[6] *La Comunitat Autònoma de les Illes Balears*. Barcelona, 1995 (pàg. 451 i seg.).

[7] «Los Consells Insulares de las Islas Baleares», dins *La provincia en el Estado de las Autonomías*. Madrid: Marcial Pons; Barcelona: Diputació de Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 1996 (pàg. 321 i seg.) i «La nueva organización de los Consejos Insulares», dins *Cuatro estudios... op. cit.*, pàg. 55, 56, 57, 58 i 60.

[8] Al seu article «El principio representativo y la organización de los Consejos Insulares», publicat al llibre *Cuatro estudios... op. cit.* (pàg. 108 a 112).

[9] Al seu article «Consejos Insulares y Territorios Históricos», publicat a la *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 66 (2003).

[10] Al seu treball «Estudio y borrador para un anteproyecto de ley de consells insulars», signat l'octubre de 1999.

> sentativos y de gobierno y administración de una Entidad Local y simultáneamente el de órganos autonómicos. En cuanto al primer extremo así se deduce indudablemente de la mención del artículo 141.4 de la Constitución a cuyo tenor en los archipiélagos las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos. Tratándose de un precepto incluido sistemáticamente en la regulación de la Administración Local, una de cuyas entidades es en nuestro derecho la isla, no cabe duda de que el Consejo administra un Ente Local y está sometido en este concepto al bloque normativo constituido por la Ley Básica 7/1985, de 3 de abril, y los Reglamentos de Régimen Local. No es menos cierto sin embargo, que siendo exclusiva la competencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para la ordenación de su territorio a tenor del artículo 10.3 de su Estatuto, y articulándose la administración de aquella Comunidad Autónoma de modo que respeta la diversidad insular y reconoce funciones a autoadministración a las islas, los Consejos tienen también el carácter de órganos autonómicos, aunque no se trate de órganos de autogobierno en el sentido de la dicción literal del artículo 148.1.1ª de la Constitución, extremo en el que tanto insisten los apelantes.»

A més, primer el Tribunal Constitucional (actes de 25 d'agost i 28 de setembre de 1992) i després la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia han proclamat que les comissions insulars d'urbanisme són òrgans perifèrics de la comunitat (actes núm. 354, de 5 de setembre de 2001, núm. 532, de 17 de desembre de 2001, 31 de gener de 2002, i núm. 189, de 10 d'abril de 2002).

III. Les darreres novetats.

L'Acord programàtic de Govern per a les Illes Balears signat els dies 18 i 19 de juliol de 1999 va significar la potenciació i la consolidació definitiva dels consells insulars, ja que en aquest pacte, com a segon pilar bàsic, es proclama com a objectiu la consecució d'una nova estructura institucional per a la legislatura 1999-2003, en aquests termes:

> «Es configurarà una nova estructura institucional de les Illes emanada del reconeixement del protagonisme dels Consells insulars, que han d'ésser el centre de la vida política de cada illa i han de continuar avançant en el procés de creixement polític i de modernització. Aquestes institucions insulars tenen el dret d'assumir la majoria de competències que els corresponen, d'acord amb l'Estatut d'autonomia. (...) Igualment les institucions de Govern insulars han de participar de la millora de finançament de la Comunitat Autònoma.»

El mateix Acord concretava, més endavant, les línies mestres d'aquesta nova organització dels consells que, en síntesi, era constituïda per un Govern insular presidit pel president del consell; integrat per membres no necessàriament electes responsables políticament davant el Ple, a qui correspondrien la funció executiva i la gestió de les competències

autonòmiques atribuïdes per la via de l'article 39 de l'Estatut, amb potestat reglamentària normativa quant a les competències transferides. El Govern del Consell es configurava també com a òrgan superior d'una administració insular burocràtica departamentalitzada i jerarquitzada.

En definitiva, es va preveure que els consells insulars rebrien noves competències i més recursos i tendrien una nova organització.

Com a conseqüència de la implementació dels acords, les darreres lleis d'atribucions de competències als consells han ampliat la seva potestat de planificació en matèria d'ordenació del territori, com a conseqüència de la promulgació de la Llei 2/2001, de 7 de març, d'atribució de competències en aquesta matèria —abans aquesta potestat estava referida just a urbanisme— i tendran potestat reglamentària normativa en matèria de serveis socials i seguretat social, dins el marc de la regulació bàsica establerta pel Govern, com a conseqüència del que disposa l'article 14 de la Llei 14/2001, de 29 d'octubre, atributiva de competències en aquesta matèria. A més, simbòlicament i segons el Decret 256/1999, de 24 de desembre, de precedències dels càrrecs de la comunitat, quan es faci un acte el president del consell insular de l'illa ocupa el segon lloc en l'ordre de precedències, després del president del Govern i abans del president del Parlament. La millora de recursos es va materialitzar a la Llei de pressupost generals de la comunitat per a l'any 2000.

Per una altra banda, la nova Llei 8/2000, de consells insulars, a l'exposició de motius assenyala que «la norma institucional bàsica posa de relleu que la nostra comunitat es constitueix com a expressió d'una realitat plural i complexa» i que els consells insulars són «organitzacions per a l'autogovern de les Illes» i que són «cridats a ser peces claus de l'arquitectura autonòmica» o «elements bàsics en l'esquema institucional de la comunitat autònoma entesa com a conjunt de poders», o que els preceptes de l'Estatut «posen de manifest la rellevància d'aquests autèntics òrgans estatutaris» que són «ens territorials de perfils singulars, que és necessari entendre com a eixos vertebradors de l'edifici autonòmic, més que com a simples nivells intermedis d'administració». Més en concret, de la naturalesa jurídica en diu:

> «Certament la lectura dels preceptes estatutaris ha donat lloc en els darrers anys a interpretacions diverses, i de vegades contraposades, sobre la naturalesa i les característiques fonamentals dels ens insulars. Això no obstant, l'Estatut permet establir premisses prou segures sobre l'essència dels consells, als quals reconeix per imperatiu constitucional, la condició de corporacions locals i, simultàniament, els perfila com a institucions pròpies de la comunitat autònoma.»

I proclama d'una manera clara la naturalesa dual dels consells a l'article 4, en disposar que: «Els consells són institucions de la comunitat autònoma de les Illes Balears i, al mateix temps, administracions locals.»

I en manté el doble règim jurídic en preveure, a l'article 15.2, que el règim de funcionament del consell executiu serà el de la «legislació estatal reguladora del procediment administratiu comú», si bé, com se sap, l'article 41 de la Llei reguladora de les bases del règim local disposa que són aplicables als consells insulars «las normas que regulan la organización y funcionamiento de las Diputaciones».

La Llei preveu, sobretot en l'article 12 i els següents, la possibilitat que als consells hi pugui haver un consell executiu integrat per no electes, al qual correspon, entre d'altres, la funció executiva en relació amb les competències del consell insular transferides o delegades per la comunitat autònoma, i que és l'òrgan superior d'una administració burocràtica, departamentalitzada i jerarquitzada.

Certament, els consells insulars neixen com a ens locals (art. 141 de la Constitució, art. 39 i 40 de la Llei d'eleccions locals de 1978), per bé que de bon començament formen part de l'estructura preautonòmica (art. 4, 7, 8, 9 i 10 del Reial decret llei de 13 de juny de 1978); però de llavors ençà han passat moltes coses. Després de l'entrada en vigor de la Llei de consells, pel que fa a unes administracions que tenen un doble règim jurídic, que són primer institucions de la comunitat i després corporacions locals, que tenen simultàniament totes dues naturaleses, que poden tenir un executiu integrat per no electes i una administració burocràtica, que en el cas del Consell Insular de Mallorca els serveis socials i l'esport han passat a un organisme autònom (l'Institut de Serveis Socials i Esportius de Mallorca[11]), pens que ja no és possible mantenir la tesi que són ens locals i, a més, institucions de la comunitat, sense perdre la primera condició, almenys quant a les illes que adoptin el model complex. Realment estam davant una institució que ha evolucionat cap a un model mixt, corporatiu i burocràtic. Encara més: els consells són cada vegada més administracions autonòmiques a nivell insular, tot i que mantenen la seva naturalesa local, que té cada vegada més un caràcter residual i instrumental (el gruix de l'organització i del funcionament del Ple, l'organització i el funcionament de les comissions informatives, l'estatut dels funcionaris, el pressupost i els béns). Des de l'entrada en vigor de la nova Llei de consells estam instal·lats en la doble naturalesa i hom podia pensar que, possiblement, fent camí —perquè els models mixtos no satisfan ningú— cap a la naturalesa autonòmica insular (la tesi del Govern insular i del Govern de la comunitat com a mer coordinador): el vell somni de menorquins i eivissencs, des del moment de fer l'Estatut.

Les administracions insulars s'acosten cada vegada més a l'Administració de la comunitat: són administracions autonòmiques insulars o executius insulars, o fan en l'àmbit insular la funció d'administració de la comunitat i tenen unes potestats similars, per no dir idèntiques, a les de l'Administració de la comunitat.

[11] Els estatuts d'aquest organisme autònom s'han publicat al BOIB núm. 133, de 23 de setembre de 2003.

Aquesta era, a més, la voluntat de l'Acord programàtic, que parlava de governs insulars en referir-se als executius de les illes, terme que incorpora l'Avantprojecte de llei de consells insulars. Com a conseqüència de les objeccions del Consell Consultiu, realitzades al seu Dictamen 1/2000, relatiu a l'Avantprojecte esmentat, en el sentit que «hay que hacerse a la idea de que el "gobierno" de los Consells Insulares en Baleares, como los de los Cabildos en las Islas Canarias, y el de las Diputaciones provinciales de régimen común, es un "gobierno" distinto del gobierno del Estado y del gobierno de las Comunidades autónomas», en el Projecte de llei de consells insulars ja es parla de consell executiu, terme que respectarà la Llei; però l'article 13.4 de la Llei 14/2001, de 29 d'octubre, de competències als consells insulars en matèria de serveis socials i seguretat social, torna a referir-se al govern insular del consell respectiu.

Terminologia a part, el procés d'equiparació dels executius insulars i la seva administració burocràtica al Govern de la comunitat i la seva Administració és imparable. El darrer episodi el trobam a la disposició addicional quarta de la Llei 11/2002, de 23 de desembre, de mesures tributàries i administratives, on es reconeix als funcionaris de carrera o al personal laboral fix de l'Administració autonòmica de les Illes Balears que hagin estat president de consell insular, vicepresident, conseller executiu, director insular o secretari tècnic durant dos anys continuats o tres amb interrupcions el mateix complement de destinació que la Llei de pressuposts generals de l'Estat fixa anualment per als directors generals de l'Administració de l'Estat. Aquesta equiparació es fonamenta, segons l'exposició de motius, en què «l'Administració dels consells insulars pot ser molt similar a la de l'Administració autonòmica de les Illes Balears».

IV. La comunitat com a institució complexa.

En aquest sentit, com ja havíem posat de manifest fa quinze anys[12], tenint en compte el concepte d'institució complexa elaborat per Santi ROMANO[13] i recollit pel Tribunal Constitucional a les sentències de 2 de febrer de 1981, FJ 2, i 24 de juliol de 1981, FJ 5, la comunitat constitueix una institució complexa integrada per una pluralitat d'òrgans (Parlament, president i Govern) i ens (illes), integrada en definitiva per diferents persones jurídiques —la principal de les quals és l'Administració de la comunitat—, que es relacionen sota el principi de la coordinació. En efecte, aquesta institució complexa està coordinada pel Govern de la comunitat que, com a òrgan superior de l'Administració comunitària, és el responsable de la política regional, cosa que sintetitza admirablement l'article 40.1 en disposar que:

[12] Vid. «La posición de los Consejos Insulares en el Estatuto de autonomía para las Islas Baleares», dins *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares*. Palma: Govern Balear - Presidència del Govern, 1988 (pàg. 161 i seg.).

[13] *El ordenamiento jurídico*. Madrid: IEAL, 1963 (pàg. 126, 246 i 247).

> «La coordinació de l'activitat dels consells insulars en tot allò que pugui afectar els interessos de la comunitat autònoma correspondrà al Govern, com a responsable de la política regional i com a òrgan superior de l'administració comunitària.»

En definitiva, amb la profunda descentralització del poder executiu de la comunitat a les Illes realment hi ha un executiu interinsular i tres executius insulars.

Ara bé, el fet que els consells insulars siguin institucions de la comunitat i que la comunitat sigui una institució complexa no vol dir que les illes o els seus òrgans siguin Administració perifèrica de la comunitat, com ha proclamat la Sala en diversos actes ja esmentats.

Certament, tècnicament no és així, ja que és evident que ni les illes ni els seus òrgans són òrgans de l'Administració de la comunitat, ni les illes o els seus òrgans estan subordinats jeràrquicament als òrgans centrals de la comunitat, ni es poden admetre les conseqüències que se derivarien d'aquesta proclamació —pensem, per exemple, en les conseqüències derivades de la responsabilitat patrimonial dels consells o en el principi de jerarquia.

Tot i la teoria de la institució complexa, com ja hem dit, de fet no només hi ha una persona jurídica a la comunitat, sinó que la comunitat és integrada per una pluralitat de persones jurídiques. És evident que les illes tenen personalitat pròpia, diferenciada i separada de l'Administració de la comunitat i de les institucions d'autogovern d'aquesta i, en aquest sentit, ni les illes ni els seus òrgans són un òrgan de l'Administració de la comunitat que tengui competència en una part del territori d'aquesta, per allò que és un òrgan central el que té competència en tot el territori de la comunitat i és un òrgan perifèric el que just en té en una part del territori. Per tot això, compartesc la doctrina del vot particular del magistrat Fernando Socías Fuster a l'Acte de 10 d'abril de 2002, quan diu:

> «Pues bien, si al calificar a las Comisiones Insulares de los Consells Insulars como órganos periféricos de la Comunidad Autónoma, se está haciendo referencia en cuanto a esta última a la "Administración de la Comunidad Autónoma" o al "Govern", entiendo que no existe dependencia jerárquica alguna desde el momento en que ponemos en relación unos órganos integrados en los Consells Insulares y no en la Administración de la CAIB. Los Consells Insulares tienen personalidad jurídica propia e independiente de la del Govern y Administración de la CAIB, de tal modo que las relaciones entre Consells Insulares y el Govern se rigen por los principios de coordinación y cooperación (art. 40 del Estatuto de Autonomía y art. 5 de la Ley 8/2000 de Consells Insularles), no de jerarquía.
>
> »Si al calificar a las Comisiones Insulares de los Consells como órganos periféricos de la Comunidad Autónoma, se está haciendo referencia en cuanto a esta última al "ente territorial Comunidad Autónoma de Illes Balears" como algo distinto del ente que engloba sus Instituciones (Parlament, President, Govern,

Consells Insulares), entiendo que no existe el mencionado ente administrativo superior y distinto de la suma de las instituciones que la integran. Las Comisiones Insulares dependen de una Institución de la comunidad Autónoma (los Consells) pero no dependen de un ente o Administración de ámbito autonómico superior a aquellos.

»Si al calificar a las Comisiones Insulares de los Consells como órganos periféricos de la Comunidad Autónoma, se está haciendo referencia que son órganos de una "Institución de la Comunidad Autónoma" —como sin duda lo son los Consells (cap. IV del Título III del Estatuto)—, se puede estar en parte de acuerdo con esta calificación indirecta siempre y cuando quede claro que no son órganos de la "Administración de la Comunidad Autónoma". Pero no se puede compartir la afirmación de que son órganos "periféricos" de una Institución de la C.A. (los Consells) por cuanto ya se ha indicado al principio que los órganos periféricos tienen un ámbito territorial de aplicación más reducido respecto del órgano del que dependen jerárquicamente, y en nuestro caso ocurre que el ámbito territorial de las Comisiones Insulares —la Isla—, es el mismo que el ámbito territorial de los órganos jerárquicamente superiores (Presidente, Consejo Ejecutivo, Pleno del Consell Insular).»

ESTUDIS

ELS IMPOSTS PROPIS DE LES ILLES BALEARS

Carmen Fernández González
Professora titular de Dret Financer i Tributari
Universitat de les Illes Balears

I. Idees introductòries. II. La imposició sobre el joc. *1. L'impost sobre les loteries. 2. L'impost sobre el joc del bingo.* **III. El cànon de sanejament d'aigües. IV. L'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient. V. L'impost sobre estades en empreses turístiques d'allotjament.** *1. Trets generals. 2. El debat davant el Tribunal Constitucional: A. La pretesa vulneració de l'article 6.2 de la LOFCA. B. La pretesa vulneració de l'article 6.3 de la LOFCA. C. Les bases i la coordinació de la planificació general de l'economia. D. La suspensió de la Llei i l'aixecament.* **VI. Consideracions finals.**

I. Idees introductòries.

Des de l'aprovació de l'Estatut d'autonomia l'any 1983, ara fa vint anys, l'expressió de l'autonomia financera de la comunitat autònoma de les Illes Balears, en la seva vessant d'autonomia tributària, s'ha posat en relleu especialment en l'establiment de diversos imposts propis, alguns dels quals han plantejat i encara plantegen certs problemes des del punt de vista constitucional i de repartiment del poder financer.

A partir d'aquesta idea, aquest treball pretén analitzar breument algunes de les qüestions que, al llarg del període esmentat, han suscitat els imposts propis de les Illes Balears. Queda clar, per tant, que les seves pretensions són molt concretes, limitades a l'examen d'alguns interrogants sobre aquesta imposició pròpia, en relació també amb la de les altres comunitats autònomes.

Certament, els límits que imposen a l'exercici de les potestats tributàries de les comunitats autònomes la Constitució, els estatuts d'autonomia i, molt destacadament, la Llei orgànica de finançament de les comunitats autònomes (LOFCA)[1], pel que fa a la creació de noves figures impositives, són de tal magnitud que es pot afirmar que el marge de maniobra i la possibilitat d'inventar o descobrir jaciments impositius lliures o verges d'imposició han resultat escassos. Per una altra banda, a aquest marc normatiu s'hi ha d'afegir la jurisprudència constitucional en la matèria, que no sempre ha destacat per la seva coherència ni ha estat acceptada majoritàriament per la doctrina.

[1] Segons s'estableix a l'art. 133.2 CE «les Comunitats Autònomes i les Corporacions Locals podran establir i exigir tributs, d'acord amb la Constitució i amb les lleis». Per la seva banda, l'art. 156.1 afirma que «Les Comunitats Autònomes gaudiran d'autonomia financera per acomplir i exercir les seves competències d'acord amb els principis de coordinació amb la Hisenda estatal i de solidaritat entre tots els espanyols», i finalment, l'art. 157.1 determina que «Els recursos de les Comunitats Autònomes seran constituïts per: (...) b) Els seus propis impostos, taxes i contribucions especials». Pel que fa a la LOFCA, l'article 6 ensenya que «1. Las Comunidades Autónomas podrán establecer y exigir sus propios tributos de acuerdo con la Constitución y las Leyes. 2. Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado. 3. Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones Locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro». Podem avançar ja que el problema més important per tal de poder establir un impost propi autonòmic ve constituït per aquests apartats de l'article 6 de la LOFCA. La doctrina i la jurisprudència són unànimes acceptant, sense cap dubte, l'autonomia financera i la capacitat d'establir noves figures tributàries. Ara bé, una altra cosa són els límits als quals haurà de ajustar-se aquesta capacitat.

Aquestes idees són aplicables a totes les comunitats i el repàs dels imposts propis que cada una ha establert avala contundentment la tesi exposada[2]. Ara bé, en alguns casos s'ha de destacar la capacitat d'imaginació que han demostrat algunes comunitats, amb l'aprovació d'imposts originals que juguen o han jugat un paper important en el sistema tributari autonòmic[3]. En aquest grup, hi figuren les Illes Balears per diferents motius, amb relació a tres imposts propis als quals dedicarem atenció especial en aquest treball. No obstant això, és convenient recordar que la nostra comunitat autònoma no va crear els seus primers imposts propis fins l'any 1990, és a dir, set anys després de l'aprovació de l'Estatut d'autonomia.

L'impost sobre les loteries, l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient i l'impost sobre estades en empreses turístiques d'allotjament són les peces claus en l'anàlisi que pretenem dur a terme. Tots tres tenen una característica comuna: han estat

[2] Sense voler ser exhaustius, només a tall d'exemple, es poden esmentar els imposts propis següents (la llista està ordenada alfabèticament, per comunitats autònomes):

- Andalusia: Impost sobre les terres infrautilitzades.
- Aragó: Cànon de sanejament d'aigües.
- Astúries: Impost sobre les finques o explotacions agràries infrautilitzades. Impost sobre el joc del bingo. Cànon de sanejament d'aigües.
- Illes Balears: Impost sobre el joc del bingo. Impost sobre les loteries. Cànon de sanejament d'aigües. Impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient. Impost sobre les estades en empreses turístiques d'allotjament.
- Cantàbria: Impost sobre el joc del bingo.
- Castella – la Manxa: Impost sobre el joc del bingo. Impost sobre determinades activitats que incideixen en el medi ambient.
- Catalunya: Impost sobre el joc del bingo. Cànon de sanejament d'aigües. Impost sobre els grans establiments comercials.
- Extremadura: Impost sobre deveses qualificades en deficient aprofitament. Impost sobre terres qualificades com a regadius infrautilitzats. Impost sobre aprofitaments cinegètics. Impost sobre instal·lacions que incideixen en el medi ambient. Impost sobre sòl sense edificar i edificacions ruïnoses. Impost sobre els dipòsits de les entitats de crèdit d'Extremadura.
- Galícia: Impost sobre el joc del bingo. Cànon de sanejament. Impost sobre la contaminació atmosfèrica.
- La Rioja: Cànon de sanejament.
- Madrid: Impost sobre els premis del bingo. Impost sobre modalitats especials del joc del bingo
- Múrcia: Impost sobre el bingo. Cànon per emissions de gasos contaminants a l'atmosfera.
- País Basc: Impost sobre el joc del bingo.
- Comunitat Valenciana: Impost sobre el joc del bingo. Cànon de sanejament.

[3] L'impost sobre les terres infrautilitzades d'Andalusia ha estat un referent clar, atès que es tracta del primer impost autonòmic que va donar lloc a un pronunciament jurisprudencial del Tribunal Constitucional, concretament la Sentència 37/1987, de 26 de març.

impugnats davant el Tribunal Constitucional mitjançant el recurs d'inconstitucionalitat corresponent interposat pel president del Govern de l'Estat[4].

Repassarem també els altres imposts propis que no han plantejat problemes de constitucionalitat: l'impost sobre el joc del bingo i el cànon de sanejament d'aigües.

L'esquema que es desenvoluparà a continuació segueix el criteri cronològic, per tal d'entendre l'evolució que s'ha produït en aquests temes tant en l'àmbit legislatiu com en el jurisprudencial. Mereixerà una atenció especial l'impost sobre estades en empreses turístiques o impost turístic, ateses les seves característiques i el debat que ha provocat.

II. La imposició sobre el joc.

El Parlament de les Illes Balears va aprovar l'any 1990 dues lleis relacionades amb diferents modalitats de joc, la Llei 12/1990, de 28 de novembre, de l'impost sobre les loteries, i la Llei 13/1990, de 29 de novembre, de l'impost sobre el bingo[5]. Aquestes dues normes —aparentment similars i referides ambdues a la imposició sobre el joc— han tengut, en canvi, una història completament diferent.

Així, la Llei creadora de l'impost sobre les loteries va ser immediatament impugnada davant el Tribunal Constitucional mitjançant un recurs interposat només dos dies després de la publicació de la Llei, en què se sol·licitava la suspensió automàtica de la norma, d'acord amb l'article 161.2 de la Constitució. Per tant, aquesta Llei, que —segons la seva disposició final— havia d'entrar en vigor l'1 de gener de 1991, mai no va arribar a estar vigent ja que, mitjançant les interlocutòries de 21 de maig i de 2 de juliol de 1991, el Tribunal va acordar mantenir-ne la suspensió. La sentència 49/1995, de 16 de febrer, en va declarar la inconstitucionalitat[6].

Per la seva banda, la Llei 13/1990, de 29 de novembre, per la qual s'establí l'impost sobre el joc del bingo, no va ser recorreguda en via constitucional i s'ha aplicat ininterrompudament des d'aleshores. És cert que, en aquest cas, ja hi havia precedents d'altres comunitats autònomes (com ara Catalunya, Múrcia, Cantàbria, Castella – la Manxa o la Comunitat Valenciana), que havien creat el seu impost sobre el bingo amb anterioritat[7].

---

[4] En realitat, es pot afirmar que la majoria de lleis autonòmiques reguladores de nous imposts han estat sistemàticament recorregudes davant el Tribunal Constitucional pel Govern de l'Estat, i això amb independència del partit polític que gaudís de la majoria parlamentària en un moment o en un altre.

[5] BOCAIB núm. 152, de 13 de desembre de 1990.

[6] La sentencia també va declarar la nul·litat del Decret del Consell de Govern de les Illes Balears 103/1990 de 13 de desembre, ja que el recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei i el conflicte positiu de competència núm. 357/1991 varen ser acumulats.

[7] Catalunya, Llei 21/1984, de 24 d'octubre; Múrcia, Llei 12/1984, de 27 de desembre; Cantàbria, Llei 3/1988, de 26 d'octubre; Castella – la Manxa, Llei 4/1989, de 14 de desembre; Comunitat Valenciana, Llei 14/1985, de 27 de desembre. Més tard, altres autonomies han establert també un impost sobre

1. L'impost sobre les loteries.

L'impost sobre les loteries va suposar una iniciativa certament original i fins a cert punt arriscada per part de la comunitat autònoma, ja que no hi havia cap precedent normatiu.

Esquemàticament, aquest impost pretenia gravar la participació en les loteries de l'Estat realitzada al territori de les Illes Balears. El seu fet imposable estava constituït per aquesta participació, mitjançant l'adquisició de bitllets o fraccions de la Lotería Nacional o la realització d'apostes de la Lotería Primitiva o de la Bono-Loto. El subjecte passiu contribuent era la persona que participava en les loteries; el substitut, el titular de l'administració de loteria ubicada al territori de les Illes Balears. El substitut repercutiria l'impost sobre el contribuent en el moment de fer efectiu el pagament dels bitllets o de les apostes. Els elements de quantificació, absolutament senzills, permetrien incrementar els recursos financers de la comunitat autònoma, «amb els menors costs de gestió sobre l'administració tributària», segons establia l'exposició de motius de la Llei, i així la base imposable venia determinada pel preu dels bitllets o les apostes i el tipus de gravamen, una alíquota proporcional, es fixava en el 10%.

La STC 49/1995, de 16 de febrer, com ja s'ha assenyalat, va declarar-ne la inconstitucionalitat i la conseqüent nul·litat de la Llei i del seu reglament, tot afirmant que «al establecer un impuesto sobre la participación en los sorteos de Lotería del Estado, no sólo perjudica y limita [...] la obtención del recurso en que la Lotería Nacional consiste, sino que toma por objeto impositivo que somete a gravamen la misma actividad productiva de ingresos o recursos para la Hacienda estatal ejercida como explotación de un monopolio fiscal del Estado».

Ara bé, la decisió jurisprudencial que comentam no es va detenir en l'anàlisi de la qüestió central que plantejava la constitucionalitat d'aquest impost, és a dir, si entrava en contradicció amb l'article 6.2 de la LOFCA, segons el qual les comunitats autònomes no poden establir tributs sobre fets imposables gravats per l'Estat. I això, malgrat que en el procés constitucional ambdues parts sí que ho havien plantejat expressament.

En efecte, per a l'advocat de l'Estat l'impost sobre les loteries seria inconstitucional perquè el seu fet imposable ja apareix gravat per l'impost sobre el valor afegit (IVA), amb independència que després la mateixa Llei de l'IVA hi estableixi una exempció. En canvi, per al lletrat autonòmic l'expressió «gravat» utilitzada per la LOFCA s'hauria d'interpretar en el sentit de fet imposable subjecte i no exempt d'un tribut. En conseqüència, com que la prestació de serveis en què consisteix la loteria en les seves diferents modalitats està subjecta però exempta d'IVA, no està gravada per un tribut estatal als efectes de l'article 6.2

el joc del bingo, com ara Galícia, amb la Llei 7/1991, de 19 de juny; el País Basc, Llei 6/1992, de 16 d'octubre; Astúries, mitjançant la Llei 2/1992, de 30 de desembre; i la Comunitat de Madrid, Llei 12/1994, de 27 de desembre.

de la LOFCA, i pot ser gravada per un impost autonòmic. Lamentablement, el Tribunal Constitucional no va considerar necessari examinar aquesta qüestió que, al nostre entendre, era cabdal i, per tant, no disposam de la seva interpretació respecte d'això[8].

2. L'impost sobre el joc del bingo.

També en el cas d'aquesta figura tributària, el legislador autonòmic balear expressà la seva voluntat d'ampliar els recursos financers de la comunitat autònoma, que es consideren insuficients, amb un cost de gestió mínim. En efecte, l'impost sobre el joc del bingo, compatible amb les taxes sobre el joc d'origen estatal, resulta aplicable fàcilment, atès que el seu fet imposable ve determinat pel pagament dels seus premis[9]. El subjecte passiu contribuent, en conseqüència, és la persona física o jurídica i les entitats de l'article 33 de la Llei general tributària titulars d'autoritzacions administratives per explotar el joc. Els subjectes passius hauran de repercutir l'import íntegre de l'impost sobre els jugadors premiats a cada partida en el moment de fer efectiu el premi. Respecte dels elements de quantificació de l'impost, la base imposable està constituïda per la quantia del premi al portador del cartró, mentre que el tipus de gravamen, alíquota proporcional, és d'un 10%. L'impost es merita en fer efectiu el premi corresponent. Tal com succeeix en el cas d'altres imposts sobre el bingo[10], la Llei no qualifica l'impost, si bé resulta clar que estam en presència d'un impost indirecte, real, objectiu i instantani.

III. El cànon de sanejament d'aigües.

La Llei autonòmica 9/1991, de 27 de novembre, reguladora del cànon de sanejament d'aigües[11], desplegada mitjançant el Decret 1571992, de 27 de febrer[12], va establir un impost el fet imposable del qual consisteix en el vessament d'aigües residuals manifestat a través del consum. Conté una sèrie d'exempcions amb relació al vessament d'aigües resi-

---

[8] Clemente CHECA GONZÁLEZ considera que la interpretació correcta és la defensada per la comunitat autònoma de les Illes Balears (*Los impuestos propios de las Comunidades Autónomas*. Madrid: Aranzadi, 2002, pàg. 74). Afegeix que, finalment, l'alt tribunal s'haurà de pronunciar sobre el tema en el judici de constitucionalitat de la Llei de l'impost sobre els dipòsits de les entitats de crèdit d'Extremadura. Manté l'altra interpretació Carlos M. LÓPEZ ESPAFADOR, pel qual «Bastaría, a nuestro entender, que un hecho esté sujeto a un impuesto estatal, aunque esté exento en éste, para que no pueda constituir el hecho imponible de un impuesto autonómico» («Algunas consideraciones sobre recargos y tributos propios en la financiación autonómica», *Palau 14*, núm. 33 (1998), pàg. 53).

[9] En la mateixa Llei 13/1990, de 29 de novembre, a més de l'impost sobre el joc del bingo, es va establir, en el títol II, un recàrrec sobre la taxa estatal que grava els jocs de sort, envit o atzar.

[10] Vegeu per a tots, el cas d'Astúries (Llei 2/1992, de 30 de desembre).

[11] BOCAIB núm. 160, de 24 de desembre de 1991.

[12] BOCAIB núm. 34, de 19 de març de 1992.

duals procedents d'explotacions agrícoles, ramaderes, forestals o mixtes i també de l'aigua destinada a l'extinció d'incendis. L'impost és instantani, ja que es merita en el moment del subministrament o de la captació de l'aigua. Els subjectes passius són el contribuent —és a dir, el consumidor d'aigua— i el substitut o subministrador d'aquesta. Respecte dels elements de quantificació, la base imposable, no dinerària, ve expressada en metres cúbics, i el tipus de gravamen presenta una quota fixa i una quota variable[13].

Potser la característica més destacable d'aquest impost és que es tracta d'un impost afectat, la recaptació del qual es destina íntegrament al finançament de les actuacions de política hidràulica que realitzi la Junta d'Aigües de Balears, que a hores d'ara du a terme l'Institut Balear de l'Aigua i l'Energia (IBAEN), dependent de la Conselleria de Medi Ambient.

L'establiment d'aquest tipus d'imposts afectats a la política hidràulica ha estat bastant estès a les comunitats autònomes[14], i curiosament arreu ha rebut el mateix nom de «cànon».

Cap d'aquestes normes legislatives autonòmiques no ha estat impugnada davant el Tribunal Constitucional. Però aquesta constatació no suposa que l'aplicació del cànon de sanejament no hagi estat lliure de problemes. En efecte, tal com ja vàrem tenir ocasió de fer palès[15], quan una comunitat autònoma aconsegueix establir un impost propi és possi-

[13] Sobre aquest impost es pot consultar Carmen FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario sobre la Ley reguladora del canon de saneamiento de aguas de Baleares», *La Llei*, núm. 37 (juliol 1992).

[14] Podem recordar que hi ha un cànon de sanejament d'aigües o bé d'abocament a:

- Andalusia: Llei 7/1994, de 18 de maig, de protecció ambiental.
- Aragó: Llei 9/1997, de 7 de novembre, de sanejament i depuració d'aigües residuals d'Aragó
- Astúries: Llei 1/1994, de 21 de febrer, d'abastament i sanejament d'aigües al Principat d'Astúries.
- Illes Canàries: Llei 1271990, de 26 de juliol, d'aigües de Canàries.
- Catalunya: Llei 19/1991, de 7 de novembre, de reforma de la Junta de Sanejament. A més a més, Catalunya ha creat també un cànon d'infraestructura hidràulica, mitjançant la Llei 5/1990, de 9 de març.
- Galícia: Llei 8/1993, de 23 de juny, reguladora de l'Administració hidràulica de Galícia.
- La Rioja: Llei 5/2000, de 25 d'octubre, de cànon de sanejament per abocament d'aigües residuals.
- Madrid: Llei 1071993, de 26 d'octubre, d'abocaments industrials al Sistema Integral de Sanejament.
- Múrcia: Llei 3/2000, de 12 de juliol, per la qual es regula el sanejament i depuració i s'implanta el cànon de sanejament.
- Navarra: Llei foral 10/1988, de 29 de desembre, de sanejament d'aigües residuals.
- Comunitat Valenciana: Llei 2/1992, de 26 de març, d'evacuació, tractament i reutilització d'aigües residuals.

[15] Vid. Carmen FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «El canon de saneamiento de aguas de Baleares (Comentario

ble que s'hagi d'enfrontar amb un altre escull: la impugnació de les normes reglamentàries corresponents en la via contenciosa administrativa. Això és el que va succeir amb el Decret del Govern de les Illes Balears 15/1992, de 27 de febrer, pel qual es va aprovar el reglament per al desenvolupament del cànon de sanejament d'aigües.

El recurs interposat per una organització empresarial pretenia, en primer lloc, que la sala plantejàs una qüestió d'inconstitucionalitat contra la Llei del cànon o, si no, la declaració de nul·litat dels articles 3, 5, 8 i 10 del Decret, que es refereixen al fet imposable, a la meritació, a la base imposable i a la quota, respectivament. La sala va rebutjar contundentment el primer dels objectius esmentats, declarant que «el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de una Ley por los Tribunales no es una acción concedida a los recurrentes, sino un instrumento a disposición de los órganos judiciales para conciliar su doble obligación de estar sometidos a la Ley y a la Constitución». La segona pretensió plantejada pels recurrents, és a dir, la declaració de nul·litat, fou igualment desestimada pel Tribunal.

IV. L'impost sobre instal·lacions que incideixen en el medi ambient.

L'impost sobre instal·lacions que incideixen en el medi ambient va ser creat mitjançant la Llei 12/1991, de 20 de desembre[16], com un tribut de caràcter directe i de naturalesa real que gravava els elements patrimonials afectes a la realització d'activitats que incideixen sobre el medi ambient en els termes prevists a la mateixa Llei. A aquests efectes, es consideraven elements patrimonials afectes qualsevol tipus d'instal·lacions i estructures destinades a la producció, l'emmagatzematge, la transformació, el transport efectuat per elements fixos i el subministrament d'energia elèctrica i de carburants i combustibles sòlids, líquids i gasosos, així com les destinades a les comunicacions telefòniques o telemàtiques. El seu fet imposable estava constituït per la titularitat pel subjecte passiu, en el moment de la meritació, dels elements patrimonials situats al territori de les Illes Balears que es trobin afectes a les activitats objecte del tribut. La Llei preveia algunes exempcions, tant de caràcter subjectiu com objectiu, i determinava que els subjectes passius, a títol de contribuents, només serien les persones jurídiques titulars dels elements patrimonials afectes. Es determinava, així mateix, la no-repercussió de l'impost sobre terceres persones. Quant als elements de quantificació de l'impost, la base imposable estava constituïda pel valor dels elements patrimonials afectes, determinat pel criteri de la capitalització al tipus del 40% de la mitjana dels ingressos bruts, i el tipus de gravamen, proporcional, es fixà en l'1%. L'impost, periòdic, es meritava el 31 de desembre de cada any.

La Llei de creació d'aquest impost, innovador i original en el seu moment, va ser impug-

a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 18 de marzo de 1994)», *Crónica Tributaria*, núm. 72/1994. Pàg. 137 i 138.

[16] BOCAIB núm. 165 ext., de 31 de desembre de 1991. BOE núm. 32, de 6 de febrer de 1992.

nada davant el Tribunal Constitucional pel president del Govern de l'Estat[17]. Vuit anys més tard, el Tribunal Constitucional en va declarar la inconstitucionalitat i la nul·litat en la STC 289/2000, de 30 de novembre.

En aquest procés constitucional, les parts varen plantejar els seus arguments respectius en el sentit següent. D'una banda, l'advocat de l'Estat mantengué que l'impost era inconstitucional en la mesura que vulnerava l'article 6.3 de la LOFCA, que prohibeix a les comunitats autònomes establir i gestionar tributs sobre les matèries que la legislació de règim local reservi a les corporacions locals, excepte en els casos d'autorització expressa de la legislació esmentada i en els termes que aquesta prevegi, tot establint-se en qualsevol cas les mesures de compensació a favor de les corporacions locals. Segons la seva opinió, la Llei impugnada establia un tribut sobre matèries reservades a les corporacions locals sense l'habilitació legal expressa i sense les mesures de compensació, és a dir, sense complir els requisits prevists; en conseqüència, vulnerava l'article 6.3 de la LOFCA. Aquesta tesi es fonamenta en la identificació de les matèries imposables gravades en l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient i l'impost sobre béns immobles (IBI). L'advocat de l'Estat afirmà que «el art. 6.3 de la LOFCA amplía la limitación a las «materias» reservadas a las Corporacions locales, vedando la creación de cualquier tributo que grave o recaiga sobre materias imponibles gravadas por los impuestos locales, en todo o en parte. Con ello se pretende impedir la doble imposición material, es decir, que existan elementos materiales de riqueza (patrimoniales o de actividad) que se encuentren simultáneamente gravados por un impuesto local y por un impuesto autonómico».

D'una altra banda, tant la representació del Parlament de les Illes Balears com la del Consell de Govern insistiren que no s'infringia en cap cas l'article 6.3 de la LOFCA, ja que no hi ha coincidència entre els fets imposables de l'impost que fou objecte del recurs i l'IBI, ni la font d'imposició que es pren en consideració en l'impost balear és identificable amb la matèria imposable de l'IBI.

La Sentència, com ja s'ha avançat, va declarar la inconstitucionalitat de la Llei reguladora d'aquest impost en assumir íntegrament la posició de l'advocat de l'Estat i en afirmar que el concepte de matèria imposable és més ampli que el de fet imposable, tal com ja havia destacat el mateix Tribunal Constitucional en la Sentència 37/1987, i també que el límit establert en l'article 6.3 de la LOFCA «reconduce la prohibición de duplicidad impositiva a la materia imponible efectivamente gravada por el tributo en cuestión, con independencia del modo en que se articule por el legislador el hecho imponible. En este segundo supuesto, que es el aquí enjuiciado, resulta vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico» (FJ 4). Finalment, la Sentència efectua una interpretació en el sentit

[17] Recurs d'inconstitucionalitat núm. 838/1992 (BOE núm. 105, d'1 de maig de 1992).

d'equiparar els béns immobles de l'IBI amb les instal·lacions de l'impost qüestionat, amb l'afirmació consegüent que aquest és, en realitat, un impost sobre el patrimoni immobiliari i que incideix en la mateixa matèria imposable que la de l'IBI.

Sembla especialment interessant destacar alguns aspectes de fons que planteja l'impost ecològic i que consisteixen en la manca de connexió mediambiental, d'una banda, i en el nombre limitat de subjectes passius afectats, de l'altra, malgrat que no s'hagin explicitat en el cos de la decisió jurisprudencial.

El darrer fonament jurídic d'aquesta resolució es dedica als efectes de la sentència, ja que únicament s'han de considerar situacions susceptibles de ser revisades, amb fonament en aquesta sentència, les que no hagin assolit fermesa per haver estat impugnades en temps i forma i sobre les quals no hagi recaigut encara una resolució administrativa o judicial ferma.

En aquesta sentència hi va formular un vot particular el magistrat Pablo García Manzano —al qual s'hi adheriren els magistrats Julio Diego González Campos i María Emilia Casas Baamonde— segons el qual la Llei de creació de l'impost sobre instal·lacions que incideixen en el medi ambient és plenament constitucional, ja que en aquell cas no s'havia produït «una actuación de la potestad tributaria de la Comunidad Autónoma con desconocimiento o vulneración del límite exigido por el art. 6.3 de la LOFCA, en relación con el Impuesto municipal sobre Bienes inmuebles, dado que aquélla no ha recaído ni tiene por objeto una materia imponible reservada a las Corporaciones locales por la Ley de Haciendas Locales, siendo disímiles la materia imponible del tributo municipal y la incidida por el impuesto autonómico balear».

Des del punt de vista doctrinal, abans de l'aprovació de la sentència ja hi havia opinions clarament favorables a la constitucionalitat de l'impost balear sobre instal·lacions. Cal destacar-ne la mantinguda per ADAME MARTÍNEZ[18], segons el qual, aquest és un impost correcte tècnicament. En la seva exhaustiva anàlisi resulta especialment destacable que no es plantegi precisament la possible vulneració de l'art. 6.3 de la LOFCA i sí, en canvi, la del 6.2 —duplicitat de fets imposables amb l'Estat. En aquest aspecte, aquest autor considera que l'impost sobre instal·lacions es presenta com un impost sobre el patrimoni de determinades societats que incideixen en el medi ambient: «Se optó por gravar el patrimonio, pero de forma que se evitase la doble imposición, para que este argumento no sirviera de base para un recurso de inconstitucionalidad de la ley. En relación con el Impuesto sobre el Patrimonio, tal vez convendría apuntar que al utilizarse como referencia la Ley estatal de dicho impuesto a la hora de elaborar diversos aspectos de la Ley, los posibles vicios de inconstitucionalidad de esta Ley disminuyen considerablemente».[19]

[18] «El impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Baleares». *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 79 (1993) [Madrid: Civitas].

[19] Idem, pàg. 463.

També CHECA GONZÁLEZ[20] sosté la constitucionalitat de la Llei i de l'impost balear sobre instal·lacions i critica durament la postura del Tribunal Constitucional respecte d'això en assenyalar la manca de distinció —inexcusable, segons ell— en la Sentència entre els béns immobles gravats per l'IBI (tots) i els béns immobles afectes o vinculats a la realització de determinades activitats gravats per l'impost autonòmic. Per tant, conclou que aquesta distinció «era manifiestamente sintomática de que la materia imponible gravada en el Impuesto balear y en el IBI no eran idénticas»[21], per la qual cosa es mostra plenament d'acord amb el vot particular que acompanya la Sentència esmentada.

En definitiva, per a aquest autor, la interpretació absolutament literal i estricta de l'article 6.3 de la LOFCA «a lo único que conduciría es a consagrar una visión restrictiva del ámbito de actuación y de las posibilidades de financiación de las Comunidades Autónomas; pero no por ello se defenderían mejor los intereses financieros de las Corporaciones Locales ya que éstas, con y sin Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, o con y sin Impuesto sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas, (...), serían exactamente los mismos, puesto que la implantación de los mencionados tributos no implica ni un ápice de merma en las potencialidades recaudatorias de los Entes locales, al funcionar los mismos con total independencia, y plenamente separados, de cualquier impuesto local, a los que sólo se superponen, no anulándolos ni recortándolos para nada, por lo que, en consecuencia, tanto la autonomía como la suficiencia locales quedan plena y totalmente salvaguardadas, sin que sufran recorte o minoración de ninguna índole o de clase alguna»[22].

En efecte, en la doctrina constitucional continguda en la STC 289/2000, sembla haver-hi una llacuna, ja que no valora adequadament —segons el meu entendre— la minoració dels ingressos de les corporacions locals a què fa referència l'article 6.3 de la LOFCA.

També crec necessari recordar que la redacció d'aquest precepte obre una possibilitat —«Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserva a las Corporaciones Locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple»— en lloc d'establir-hi una prohibició, com succeeix en el cas de l'art. 6.2 de la mateixa norma («Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos gravados por el Estado»), i que aquesta distinció no es fútil sinó que ha de respondre a la voluntat del legislador d'establir límits amb diferent abast a la potestat tributària autonòmica.

Per una altra banda, és imprescindible ressaltar que la Sentència que ens ocupa ha supo-

[20] Op. Cit., pàg. 111.

[21] Op. Cit., pàg. 113.

[22] Op. Cit., pàg. 117.

sat un canvi de postura en la doctrina del Tribunal Constitucional[23], ja que la interpretació del concepte «matèria imposable», ara identificada amb «objecte imposable», no ha estat la mateixa en el cas de l'impost balear que en el de les terres infrautilitzades d'Andalusia o en el de les deveses en deficient aprofitament d'Extremadura.

Per justificar el seu canvi de criteri, el Tribunal Constitucional utilitza bàsicament l'argument que l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient no és ecològic, a diferència dels esmentats, però realment aquesta no sembla ser una raó de pes suficient per declarar la inconstitucionalitat de qualsevol figura impositiva. En efecte, un impost serà constitucional o no en la mesura que s'adeqüi als postulats constitucionals en la matèria, però no perquè no sigui ecològic, ja que aquest és un criteri no previst per la nostra norma fonamental.[24]

V. L'impost sobre estades en empreses turístiques d'allotjament.

1. Trets essencials.

El darrer impost a què farem referència també ha estat l'últim en ser aprovat pel Parlament de les Illes Balears, concretament mitjançant la Llei 7/2001, de 23 d'abril. La coneguda popularment com «ecotaxa» ha estat, sens dubte, una peça clau en els darrers temps a les Illes i ha desencadenat reaccions de tota mena[25]. Hem de destacar immediatament que, com se sap, a hores d'ara aquest impost ha desaparegut del nostre sistema tributari ja que el Parlament ha derogat la Llei que el regulava mitjançant l'aprovació de la Llei 7/2003, de 22 d'octubre [26].

---

[23] Així ho ha fet palès Juan ARRIETA Y MARTÍNEZ DE PISÓN a «El Impuesto de Castilla-La Mancha sobre determinadas instalaciones que inciden en el medio ambiente en el marco de la financiación autonómica». *Justicia Administrativa*, núm. 13 (2003). Fins i tot per a aquest autor, «la reciente Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, (...) anuncia o supone el preludio de una caída en «dominó» de los diferentes impuestos medioambientales de las CCAA, siendo la última ficha de esta previsible caída el impuesto de Castilla-La Mancha sobre actividades que inciden en el Medio Ambiente» (pàg. 28).

[24] En el mateix sentit, ARRIETA, op. cit., pàg. 39.

[25] Potser mai un tribut no havia provocat un debat social tan destacat a les Illes com el protagonitzat per l'«ecotaxa»: articles als diaris, opinions de tota mena, programes a les televisions... Malgrat això, les publicacions científiques respecte del tema han estat més aviat poques, especialment pel que fa a les tecnicojurídiques. Per a altres aspectes no estrictament jurídics es pot consultar l'obra col·lectiva *¿A qué llamamos ecotasa?* Palma: Monograma, 2001.

[26] El nou Govern sorgit de les eleccions autonòmiques del 25 de maig de 2003, com a conseqüència de la nova majoria parlamentària, ha complit la promesa feta durant la campanya electoral de suprimir la controvertida figura impositiva. El Consell de Govern va aprovar el Projecte de llei corresponent l'11 de juliol de 2003, que es va publicar en el BOPIB núm. 7, de 31 de juliol. La tramitació d'aquest Projecte, a l'empara del que disposa l'article 95 del Reglament de la cambra, va tenir lloc pel procediment d'urgència. Aquest Projecte es va convertir en l'esmentada Llei 7/2003, de 22 d'octubre, per

Començarem l'anàlisi de l'impost turístic resumint els trets característics d'aquesta figura tributària, la primera d'aquesta naturalesa que s'ha establert a una comunitat autònoma.

1. L'«ecotaxa» és un tribut, més concretament, un impost. Per tant, per més que sigui evident, no s'ha de deixar de remarcar que no és una taxa, malgrat el seu nom col·loquial[27]. Els termes de la seva Llei reguladora són prou clars i fan referència sempre a l'impost sobre estades, caracteritzat com a impost directe i propi de les Illes Balears (art. 4 de la Llei). Així, l'article 6 de la Llei 7/2001 estableix que «constitueixen el fet imposable les estades, comptades per dies, que hagi fet el contribuent als establiments de les empreses turístiques d'allotjament situats al territori de les Illes Balears»[28].
2. Per una altra banda, aquest impost turístic no és ben bé ecològic ni ambiental. En sentit estricte, només són tributs ambientals o ecològics els tributs extrafiscals dirigits a orientar les conductes de productors i consumidors que incideixen directa-

la qual es deroga la Llei 7/2001, de 23 d'abril (BOIB núm. 148, de 25 d'octubre de 2003; BOE núm. 276, de 18 de novembre de 2003). En l'exposició de motius s'assenyala que «la Llei 7/2001, de 23 d'abril, de l'impost sobre estades a empreses turístiques d'allotjament, destinat a la dotació del fons per a la millora de l'activitat turística i la preservació del medi ambient, va crear l'esmentat impost amb la intenció d'aconseguir més recursos per al finançament de les polítiques necessàries perquè l'activitat turística pogués continuar desenvolupant-se harmònicament, i atesa la substancial identitat que hi havia, a judici del legislador autonòmic en aquell moment, entre l'activitat turística i l'estada als establiments turístics d'allotjament. Ara bé, a criteri del Consell de Govern constituït després de la celebració de les darreres eleccions generals autonòmiques, el finançament de les infraestructures i de les polítiques públiques relacionades amb el medi ambient i l'activitat turística es pot continuar realitzant sense necessitat de gravar les estades a establiments turístics d'allotjament mitjançant l'impost que va configurar la Llei 7/2001, de 23 d'abril».

[27] Potser convé recordar que la taxa és un tribut el fet imposable del qual consisteix en la utilització privativa o l'aprofitament especial del domini públic, en la prestació de serveis o en la realització d'activitats en règim de dret públic que es refereixin de manera particular al subjecte passiu, que l'afectin o que el beneficiïn quan es produeixi alguna de les circumstàncies següents:

Primera: Que els serveis o les activitats no siguin de sol·licitud voluntària pels administrats.

Segona: Que no es prestin o realitzin pel sector privat, estigui o no establerta la seva reserva a favor del sector públic d'acord amb la normativa vigent. En definitiva, en la taxa sempre hi trobam una prestació de serveis o una activitat realitzada per l'Administració.

En canvi, en el cas de l'impost, el seu fet imposable es defineix sempre sense cap referència a l'activitat administrativa, com succeeix en el cas de l'impost turístic.

[28] Empreses i establiments no són, òbviament, una mateixa realitat. Convé ressaltar que, en la Llei que comentam només en l'article 6 (que acabam d'esmentar) i en l'exposició de motius es conté una referència adequada a què les estades es produeixen als establiments; en canvi, en el mateix títol de la Llei, així com en els articles 1 («Objecte de la Llei»), 4 («Naturalesa de l'impost»), 5 («Objecte de l'impost») i 8 («Contribuent»), el legislador es va referir erròniament a les estades en empreses.

ment en el medi ambient[29]. Exemples d'això serien els imposts sobre el diòxid de carboni, sobre l'energia, sobre l'emissió de determinats gasos contaminats, les taxes sobre reciclatge, sobre tractament i eliminació de residus, etc. No ho seria, en canvi, l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient —al qual hem fet referència abans— perquè grava el patrimoni de determinades persones jurídiques sense tenir en compte els possibles efectes contaminants que pugui produir. Resumint: el que qualifica un tribut com a ecològic no és el seu nom, sinó la seva naturalesa i els objectius que pretén assolir.

Els tributs extrafiscals són els que pretenen obtenir uns resultats de política econòmica, social, sanitària, ambiental, etc. com a prioritat màxima, és a dir, deixant de banda la possible recaptació d'ingressos públics (l'exemple més antic d'extrafiscalitat són els tributs duaners, la finalitat dels quals no era òbviament la cobertura de les despeses publiques, sinó la protecció del mercat estatal). Fins i tot es podria dir que, en el cas que el tribut extrafiscal assolís tots els seus objectius, automàticament hauria de desaparèixer[30]. Amb unes altres paraules, el fracàs recaptatori significa l'èxit màxim de l'impost extrafiscal.

Tradicionalment, s'ha distingit de manera clara entre els tributs fiscals i els extrafiscals, però potser aquesta distinció s'hauria de matisar, perquè qualsevol tribut —tengui o no tengui un fi fiscal— produeix un ingrés públic. El dret tributari modern es concep amb una finalitat doble: l'obtenció de recursos i també la direcció de l'economia i la redistribució de la renda i la riquesa, entre altres objectius constitucionals. Per tant, no es pot mantenir avui dia que hi hagi una fiscalitat pura ni una extrafiscalitat pura, ans al contrari: cada tribut presenta aspectes fiscals i d'altres extrafiscals, ja que els seus efectes no són identificables per separat i, d'alguna manera, en tots hi coexisteixen funcions recaptatòries i reguladores o d'ordenació, amb distinta intensitat segons la naturalesa pròpia de cada tribut. Només en el cas que un tribut s'orienti de manera principal i específica a una finalitat distinta de la recaptatòria, és possible afirmar que ens trobam en presència d'un tribut extrafiscal. Si, pel contrari, un tribut només produeix alguns efectes extrafiscals perquè la seva finalitat primordial és recaptar diners, no es pot mantenir que sigui un tribut extrafiscal.

---

[29] Sobre aquesta classe de tributs es pot consultar CASTILLO SOLSONA, Mercè; ENCISO I RODRÍGUEZ, Joan Pere, i FARRÉ I PERDIGUER, Mariona, *Fiscalitat autonómica i medi ambient*. Barcelona: Atelier; Institut d'Estudis Autonòmics, 2002.

[30] Això és el que ha succeït amb l'impost sobre deveses qualificades en deficient aprofitament i amb l'impost sobre terres qualificades com a regadius infrautilitzats, suprimits mitjançant la Llei 8/2002, de 14 de novembre, de reforma fiscal de la comunitat autònoma d'Extremadura, ja que (segons expressa la seva exposició de motius) s'ha produït la pèrdua de vigència dels motius que varen conduir a implantar-lo, així com l'evolució del sistema productiu agrari.

Doncs bé, fixats així els termes de la qüestió, és evident que l'impost sobre les estades en establiments turístics no és un impost extrafiscal. Es tracta d'un impost fiscal, amb algunes finalitats extrafiscals.

Malgrat el que s'acaba d'exposar, no vull deixar de dir que, en el cas que el legislador balear hagués optat per establir un impost extrafiscal, directament mediambiental o ecològic, aquesta circumstància no comportaria *per se* cap problema de constitucionalitat, perquè la doctrina del Tribunal Constitucional és clara respecte d'això. En efecte, la STC 37/1987, de 26 de març, dictada en el recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei del Parlament d'Andalusia 8/1984, de 3 de juliol, de reforma agrària, la qual establí l'impost sobre les terres infrautilitzades, determinà que les comunitats autònomes poden establir imposts de caràcter primordialment extrafiscal, en el marc de les competències assumides i respectant les exigències i els principis derivats directament de la Constitució, de la LOFCA i dels respectius estatuts d'autonomia (FJ 13). En definitiva, és perfectament possible que una comunitat autònoma estableixi un impost extrafiscal si li correspon l'àmbit competencial en el qual encaixa el fi extrafiscal que es persegueix. En la hipòtesi que l'impost turístic hagués estat clarament extrafiscal, com que la comunitat autònoma de les Illes Balears exerceix la competència material sobre el medi ambient (art. 148.1.9 CE i art. 11.5 EAIB), hauria estat perfectament legitimada per fer-ho. A més, encara es podria afegir a aquesta argumentació que, quan les comunitats autònomes decideixen intervenir en la protecció del medi ambient mitjançant l'ús de l'instrument fiscal, estan senzillament aplicant l'article 45.2 de la Constitució espanyola, que conté un mandat a tots els poders públics perquè vetllin per la utilització racional dels recursos naturals.

3. L'impost sobre estades és un impost afectat a determinades despeses. Concretament, l'article 1 de la Llei estableix que la recaptació es destinarà a la dotació dels Fons de Rehabilitació d'Espais Turístics, creat per la Llei 12/1999, de 23 de desembre. En general, l'afectació suposa la vinculació entre el producte de la recaptació obtinguda i unes despeses determinades, o sigui, que el producte recaptat només es pot destinar a cobrir despeses concretes. Un exemple d'impost afectat és l'impost andalús sobre les terres infrautilitzades, el rendiment del qual està destinat únicament i exclusivament a finançar l'Institut Andalús de Reforma Agrària[31].

   L'afectació constitueix, certament, un mecanisme extraordinari o excepcional, però sembla que els casos esmentats no plantegen cap problema de legalitat. El princi-

[31] També constitueixen exemples d'imposts afectats l'impost sobre deveses qualificades en deficient aprofitament i l'impost sobre terres qualificades com a regadius infrautilitzats, suprimits per la Llei de reforma tributària d'Extremadura, esmentada en la nota 24.

pi de no–afectació és un principi general del dret financer, però sempre que una llei no disposi el contrari, tal com s'estableix en l'article 27 de la Llei general tributària o en l'article 23 de la Llei general pressupostària. En el mateix sentit es manifesta també la Llei de finances públiques de la comunitat autònoma quan determina (art. 16) que «els ingressos de la comunitat autònoma i els de les entitats autònomes i empreses publiques que depenguin de la mateixa estan destinats a satisfer el conjunt de les seves obligacions respectives, excepte que per llei s'estableixi l'afectació d'alguns recursos a finalitats determinades».

4. L'impost turístic s'ha configurat com un impost sobre les pernoctacions que els viatgers efectuïn als establiments d'allotjament turístic situats a les Illes Balears. L'existència d'aquest tipus de tribut a l'estat espanyol és totalment nova, però no ho és a altres països —com ara França (Taxe de sejour), Itàlia (Imposta di soggiorno) i els Països Baixos, on es configuren com a imposts locals (més concretament, municipals)[32].
5. Per tal de quantificar l'impost turístic, la Llei determina la base imposable (dies de durada de l'estada en l'establiment corresponent) i la quota fixa que s'aplicarà per cada dia. Aquesta quota varia depenent de la classe d'establiment i de la categoria, cosa que dóna lloc a una tarifa que va des de 0,25 €/dia per als establiments d'agroturisme fins a 2 €/dia per als hotels i els hotels apartaments de cinc estrelles. La mitjana, òbviament, era aproximadament d'un euro diari, una quantitat realment baixa.
6. Una altra característica que m'interessa destacar de la figura que comentam és la solidaritat en la distribució de les càrregues tributàries. Així, per primera vegada, un impost propi pretén que una bona part dels visitants de les Illes Balears contribueixin també —igual que els residents al seu territori— al sosteniment de les despeses públiques. I això, perquè aquests visitants requereixen serveis i inversions públiques que s'han de finançar per raons de sobredimensionament de les infraestructures.

2. El debat davant el Tribunal Constitucional.

Altrament, és necessari recordar que la Llei 7/2001 també ha estat objecte d'un recurs d'inconstitucionalitat per part del president del Govern de l'Estat[33]. Els termes d'aquest

[32] Sobre aquestes qüestions es pot consultar l'article de Susana BOKOBO MOICHE, «La fiscalidad de las prestaciones turísticas. La posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan la tasa turística». *REDF*, núm. 102 (1998).

[33] Recurs d'inconstitucionalitat núm. 4407/2001 (BOE núm. 236, de 2 d'octubre de 2001). Durant la vigència de la Llei 7/2001, també s'han produït nombroses actuacions d'empreses hoteleres impugnant per les vies administrativa i judicial els actes d'aplicació de l'impost turístic. A hores d'ara, l'úni-

recurs, l'argumentació de la comunitat autònoma i les interlocutòries del Tribunal Constitucional constitueixen un material d'anàlisi imprescindible per tractar d'esbrinar, una vegada més, els límits de la potestat tributària autonòmica, reconeguda constitucionalment i estatutàriament[34]. Per això, a continuació s'exposaran els arguments principals utilitzats en el procés constitucional en torn a l'impost sobre estades en empreses turístiques d'allotjament.

Malgrat això, resulta especialment destacable l'absència en tot el procés d'un dels arguments més utilitzats contra l'impost turístic i que més controvèrsia havia suscitat a la societat balear. Ens estam referint a la vulneració del principi d'igualtat i a la conseqüent discriminació que suposava aquesta figura tributària. Els sectors empresarials relacionats amb l'hoteleria afirmaren reiteradament que l'impost era discriminatori —per tant, injust— perquè no gravava tot el sector turístic de les Illes, sinó només les pernoctacions als establiments d'allotjament. No sembla que aquest fos un argument gaire decisiu si es té en compte, com s'ha exposat anteriorment, que ni tan sols s'esmenta en l'escrit de demanda constitucional.

A. La pretesa vulneració de l'article 6.2 de la LOFCA.

L'advocat de l'Estat defensa que l'impost autonòmic sobre estades turístiques és inconstitucional perquè el seu fet imposable coincideix amb el de l'impost sobre el valor afegit (IVA). D'aquesta manera, s'estaria vulnerant la prohibició de l'article 6.2 de la LOFCA que els tributs que estableixin les comunitats autònomes gravin fets imposables ja gravats per tributs estatals. En aquest punt, és imprescindible recordar que l'impost autonòmic és un tribut directe, mentre que l'IVA és indirecte. Per una altra banda, la construcció teòrica del recurs fa palesa una certa artificiositat intentant apropar l'impost balear a l'IVA a partir de la seva pretesa naturalesa d'impost indirecte[35] i, a més, s'han de tenir presents el concepte doctrinal clàssic i l'estructura del fet imposable com a element identificador d'un tribut.

---

ca sentència que ja han dictat els tribunals és la núm. 874/2003, de 4 de novembre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, que desestima el recurs interposat contra la Resolució de la Junta Superior d'Hisenda de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

[34] El recurs a què ens referim ha estat retirat. El Tribunal Constitucional ha acceptat el desistiment de l'advocat de l'Estat i ha declarat finalitzat el procés mitjançant interlocutòria de 10 de febrer de 2004.

[35] Respecte de les notes que, doctrinalment i jurisprudencialment, defineixen un impost indirecte, és suficient fer referència a la doctrina del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees segons la qual un impost és indirecte si s'aplica, amb caràcter general a totes les transaccions que tenguin per objecte béns i serveis, la determinació de la quota s'ha de realitzar en proporció al preu percebut pel subjecte passiu com a contraprestació dels béns entregats o serveis prestats, l'impost s'ha d'aplicar en cada una de les fases dels procés de producció o distribució i ha de ser possible la deducció de l'impost suportat en les etapes anteriors.

En efecte, el fet imposable és un tot en què hi són presents l'element objectiu —amb els tres aspectes material, temporal i espacial— i l'element subjectiu. En puritat tècnica, per poder afirmar que dos fets imposables són idèntics, ho han de ser tant els seus elements objectius com els subjectius, circumstància que no succeeix en el cas que ens ocupa.

Analitzem la qüestió detingudament. El fet imposable de l'impost sobre estades en establiments turístics consisteix, com ja s'ha explicat anteriorment, en «les estades, comptades per dies, que hagi fet el contribuent als establiments de les empreses turístiques d'allotjament situats al territori de les Illes Balears». L'element objectiu d'aquest fet imposable consisteix, precisament, en l'estada o pernoctació. El subjecte passiu contribuent és sempre una persona física, l'única capaç de realitzar estades en allotjaments turístics, evidentment. En canvi, a l'IVA el fet imposable seria la prestació de serveis d'hoteleria, l'element objectiu la mateixa prestació i el subjecte passiu contribuent l'empresari turístic, persona física o persona jurídica, segons el casos. Per tant, la coincidència en els seus fets imposables no pot ser defensada seriosament per les raons següents: la persona física que realitzi una estada a un allotjament turístic de les Illes Balears serà el contribuent de l'impost turístic; però, com a consumidor de la prestació del servei d'hoteleria, pel que fa a l'IVA ni és subjecte passiu ni contribuent (jurídicament és irrellevant).

A més, s'ha de tenir present que l'impost turístic no grava cap valor afegit a una prestació o a un servei turístic, sinó únicament la capacitat econòmica de la persona que mostra una certa manifestació de riquesa en realitzar una estada a un establiment turístic d'allotjament. En conseqüència, l'afirmació que es conté a la demanda —segons la qual, «la capacidad económica gravada en los dos impuestos es la misma, la del consumidor»— no es pot sostenir raonablement.

La duplicitat de fets imposables només seria inconstitucional quan suposàs una duplicitat en sentit tècnic jurídic estricte, tal com ha declarat reiteradament el Tribunal Constitucional. En efecte, la doctrina continguda en les seves sentències 37/1987, 186/1993 i 289/2000 ha destacat que la prohibició de doble imposició continguda en l'article 6.2 de la LOFCA només fa referència al pressupost adoptat com a fet imposable i no a la realitat o matèria imposable que li serveix de base. Per tant, les conseqüències d'aquesta doctrina jurisprudencial són clares: la primera significa que sobre un mateix objecte imposable el sistema tributari pot articular diferents tributs, sempre que no hi coincideixin els seus fets imposables. La segona, que poden existir pressuposts de fet desvinculats de l'objecte del tribut. Aquesta circumstància és evident en el cas de l'IVA, ja que el seu objecte i el fet imposable són totalment diferents i, precisament per això, el subjecte passiu contribuent de l'IVA és un empresari o professional, persona física o jurídica, que realitza el fet imposable, i no el consumidor, que només suporta la càrrega tributària, és a dir, ha d'abonar l'IVA corresponent en l'adquisició de béns o serveis, i no té relació amb el fet imposable.

La conclusió, des de la perspectiva dels fets imposables, tant en el seu element objectiu com subjectiu, és que no hi ha coincidència entre l'IVA i l'impost turístic i, per tant, no es pot sostenir la doble imposició vetada per la LOFCA.

B. La pretesa vulneració de l'article 6.3 de la LOFCA.

D'entrada, s'ha d'afirmar que aquest argument d'inconstitucionalitat és incompatible amb l'anterior, perquè no seria possible que l'impost turístic suposàs alhora una infracció dels articles 6.2 i 6.3 de la LOFCA, quan —com ja s'ha explicat— aquests dos preceptes fan referència a qüestions diferents.

Centrant el debat en la presumpta infracció de l'article 6.3 de la LOFCA, convé recordar una vegada més que aquest precepte pretén que les comunitats autònomes puguin establir imposts sobre matèries que la legislació de règim local reserva a les corporacions locals, només en determinades condicions, però que no suposa una prohibició total i absoluta, com la que es deriva de l'article 6.2. A més, cal tenir present que aquí la qüestió central és determinar quina ha de ser la interpretació de l'expressió «matèries», per la qual cosa ja hi ha abundant jurisprudència constitucional[36].

Doncs bé, segons la defensa lletrada de l'Estat, es produeix una identificació entre la utilització del servei turístic pel contribuent i l'activitat econòmica pròpia del sector turístic, i això duu a considerar que l'impost turístic grava la mateixa matèria que l'impost sobre activitats econòmiques (IAE); en conseqüència, és inconstitucional perquè vulnera l'article 6.3 de la LOFCA. Fins i tot s'afirma que «en realidad, lo que se grava es el flujo económico que se pone de manifiesto», expressió difícilment comprensible ja que ni tan sols a l'IAE es grava aquest flux i, a més, l'impost autonòmic no grava cap activitat econòmica o empresarial, sinó la capacitat econòmica del contribuent que pernocta en un establiment turístic. És obvi, a més a més, que l'impost turístic no afecta l'exercici de les competències locals ni l'autonomia financera d'aquestes corporacions, que no veuran minvats en absolut els seus ingressos com a conseqüència de l'establiment de la figura impositiva que és l'objecte del recurs.

El límit de l'article 6.3 de la LOFCA recondueix la prohibició de duplicitat impositiva a la matèria imposable efectivament gravada pel tribut en qüestió, amb independència de la manera en què el legislador articuli el fet imposable. En aquest sentit, la STC 289/2000 ha afirmat que «resulta vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico».

La representació processal de la comunitat autònoma argumenta que, fins i tot des d'aquesta perspectiva, tampoc no es produeix una vulneració de l'article 6.3 de la LOFCA ja que no hi ha coincidència entre les matèries i els objectes dels tributs confrontats, és a dir, l'IAE i l'impost sobre estades en establiments turístics. Interessa destacar especialment que

[36] Vegeu per a totes la STC 37/1987, esmentada reiteradament, segons la qual l'expressió «matèries» és més àmplia que la de «fets imposables».

aquella pretesa coincidència s'ha d'examinar amb el major rigor i la major precisió ja que, en cas contrari, seria materialment impossible crear cap impost autonòmic sense relació amb l'IAE, perquè aquesta figura pretén abastar qualsevol activitat econòmica.

A més, subsidiàriament, una interpretació teleològica de la LOFCA condueix a afirmar que no és suficient qualsevol coincidència en la matèria gravada per les corporacions locals i un impost autonòmic, sinó que s'exigeix quelcom més, una certa similitud en les finalitats perseguides així com la reducció o la pèrdua d'ingressos tributaris d'aquelles corporacions. Aquesta és la tesi mantinguda en el vot particular a la STC 289/2000, ja esmentada, segons el qual «la materia imponible o fuente de riqueza del impuesto municipal sigue, tras el tributo autonómico, subsistiendo en su plena virtualidad y sin que sea apreciable, [...], una merma o disminución recaudatoria en el ámbito del impuesto municipal. [...] No se produce, por ello, una «coincidencia» entre las materias imponibles de uno y otro tributo, [...] sin que baste al efecto, como dice la Sentencia, una mera «incidencia» que puede, como ocurre en este caso, tener una simple afectación colateral, o de efectos muy secundarios. Un entendimiento tan amplio y flexible del límite establecido en el artículo 6.3 LOFCA impediría o, al menos, difcultaría el ejercicio, constitucionalmente lícito, de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas mediante la creación de tributos propios, al amparo de lo dispuesto por el artículo 157.1 b) de la Constitución, y del artículo 57 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, con menoscabo del principio de autonomía financiera reconocido por el artículo 156. 1 del texto constitucional».

C. Les bases i la coordinació de la planificació general de l'economia.

Finalment, el darrer argument utilitzat en pro de la inconstitucionalitat de la Llei 7/2001 per l'advocat de l'Estat té a veure amb la vulneració autonòmica de la competència estatal per tal de determinar les bases i la coordinació general de l'economia.

Respecte d'això, s'ha de dir que, per valorar la incidència de la Llei 7/2001 en l'economia estatal, és necessari destacar 1) que la comunitat autònoma exerceix la competència exclusiva en matèria de turisme; 2) el caràcter necessari, prudent i no arbitrari de la mesura, la qual no afecta materialment la política estatal sobre el turisme, ni vulnera les competències estatals en la matèria, i 3) l'escassíssima incidència que l'impost pot provocar sobre els fluxos turístics amb destinació a Espanya.

Altrament, amb relació a l'article 149.1.13, resulta destacable el següent:

a) La naturalesa i sentit del títol competencial a què fa referència, el qual mai no s'ha utilitzat en matèria tributària per la jurisprudència del Tribunal Constitucional. En matèria turística, la intervenció estatal només troba cobertura constitucional suficient de manera indirecta, és a dir, per raó de l'eventual virtualitat d'altres títols competencials (comerç exterior, planificació econòmica, etc.) i, a més, estrictament circumscrit a la idea de «bases» de la política turística, enteses com a regles mínimes i generals, d'aplicació comuna a totes les comunitats autònomes.

b) La dificultat tècnica per apreciar una eventual invasió del cercle de facultats estatals derivades de l'article esmentat, ja que la implantació d'un impost en matèria turística difícilment pot afectar la titularitat o l'exercici de competències estatals relacionades amb la direcció de l'economia o amb l'establiment de les bases de la política turística.

c) La pretesa invasió de competències estatals, l'hauria d'haver posat de manifest l'advocat de l'Estat amb relació a alguna disposició que contengués «bases», mesures de «planificació» o instruments de «coordinació» de l'economia estatal pel que fa al sector turístic. Com que no es va fer, s'ha de presumir que la Llei impugnada no podrà ser valorada a la llum d'altres paràmetres de constitucionalitat que no siguin la CE, l'EAIB o la LOFCA, en què és obvi que l'eventual incidència sobre el desenvolupament de la política econòmica de l'Estat no s'ha establert com un límit exprés i previ a la potestat legislativa autonòmica en matèria tributària.

En definitiva, s'ha de tenir present el caràcter genèric del títol competencial sobre les bases i la coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica, el qual ha conduït a què el mateix Tribunal Constitucional exigeixi que la seva formulació es contengui en una llei formal, si bé excepcionalment s'accepta l'ús de la potestat reglamentària quan sigui completament necessari i imprescindible. També cal recordar que les bases no són un límit previ a la potestat legislativa autonòmica, ni es poden induir de l'ordenament jurídic.

La creació de l'impost sobre estades turístiques no suposa cap regulació material del sector turístic, i permet, naturalment, a l'Estat adoptar les mesures que consideri pertinents de caràcter bàsic i coordinador de la planificació del sector turístic. No afecta, en conseqüència, a la competència del 149.1.13 CE.

D. La suspensió de la Llei i l'aixecament.

Resulta especialment significativa la fonamentació jurídica efectuada pel Tribunal, ja que desestima tots els arguments de l'advocat de l'Estat a favor de mantenir la suspensió de la vigència de la Llei en els termes següents[37]:

En primer lloc, no accepta que l'aixecament de la suspensió de la Llei recorreguda —i per tant, la seva aplicació— produeixi una disminució de l'activitat turística a les Illes Balears, amb la conseqüent reducció de la recaptació de l'IVA i l'existència d'un dany irreparable a l'IAE. En aquest sentit, el Tribunal afirma que «la verosimilitud de los perjuicios invocados, meramente potenciales e hipotéticos, aparece condicionada a que en la Sentencia por la que se resuelva en su momento el recurso de inconstitucionalidad se declare que la Comunidad Autónoma en el ejercicio de su potestad tributaria no ha respetado, bien el límite previsto en el art. 6.2 LOFCA, bien el recogido en el art. 6.3 LOFCA». Altrament, afegeix que també s'ha de tenir en compte l'afectació del rendiment de l'im-

[37] BOE núm. 22, de 25 de gener de 2002.

post impugnat a determinades polítiques sectorials —mediambientals i culturals— que resulten ser de competència autonòmica.

En segon terme, els perjudicis que l'aplicació de la Llei impugnada produiria als titulars de les empreses turístiques no tan sols no queden acreditats segons el Tribunal Constitucional, sinó que manquen de rellevància respecte de l'interès general. A més, ens recorda que l'impost autonòmic «no grava la actividad turística en la persona de los operadores (empresas turísticas) sino de los turistas individualmente considerados, con lo cual, difícilmente puede suponer un aumento de gasto de aquéllas o de su tributación».

Per una altra banda, l'argument segons el qual retornar les quantitats cobrades —amb els corresponents interessos de demora—, en el cas que la Llei fos declarada inconstitucional, produiria efectes negatius sobre els pressuposts de la comunitat autònoma, que es veuria obligada a endeutar-se, també és rebutjat afirmant que «ello haría recaer el peso de nuestras decisiones en estos incidentes, no en las consecuencias directas e inmediatas que acarrearía la efectiva aplicación de la Ley autonómica impugnada, sino en hipotéticos resultados futuros conectados con una eventual decisión estimatoria del recurso de inconstitucionalidad, lo que no es criterio válido para una adecuada ponderación de los intereses en presencia».

Finalment, la dificultat o la impossibilitat de retornar les quantitats abonades en concepte de tribut per un nombre indeterminat d'afectats conduiria a què els perjudicis econòmics d'aplicar-lo fossin irreparables, segons argumenta la part actora. En canvi, per a l'intèrpret de la nostra norma fonamental, si bé reconeix que en algunes ocasions ha utilitzat el criteri del nombre reduït d'afectats per aixecar la suspensió ja que la identificació d'aquests i la devolució de l'impost recaptat resultava fàcil, «el número indeterminado de los afectados no puede convertirse, per se, [...], en un criterio automático desestimatorio de la pretensión del levantamiento de la suspensión, en la medida en que dicha indeterminación no imposibilita una futura devolución del impuesto indebidamente recaudado, de llegarse a una solución de inconstitucionalidad del texto legal que lo ampara, sino que, a todo lo más, la dificulta». Abundant en la seva argumentació, conclou afirmant que «en la ponderación de intereses en conflicto, es evidente que debe prevalecer el interés autonómico a la recaudación de un tributo cuya norma legal de cobertura no sólo goza de la presunción de legitimidad, que sólo la Sentencia que ponga fin al procreso constitucional puede destruir, sino que tiene una finalidad que se configura hoy en un objetivo prevalente –la protección del medio ambiental y cultural-, sobre otro interés, el particular de los ciudadanos, a no soportar un tributo cuya cuantía individualizada, recordemos, oscila entre los 25 céntimos de euro por día del agroturismo, a los dos euros diarios de los establecimientos hoteleros de cinco estrellas».

VI. Consideracions finals.

Dos aspectes em semblen especialment destacables de tot el que s'acaba d'exposar. D'una banda, la reiteració del Tribunal Constitucional de què els límits que han de respectar les comunitats autònomes en l'exercici de la seva potestat tributària són específicament els continguts en els apartats 2 i 3 de l'article 6 de la LOFCA; i de l'altra, l'afirmació segons la qual les Illes Balears han estat capdavanteres en la creació i en l'establiment de noves figures impositives.

El primer d'aquests aspectes apareix, doncs, com a una constant al llarg del procés que hem analitzat en aquest treball. La conclusió a què hem d'arribar és que precisament no hi ha cap més límit que els imposats pel tantes vegades esmentat article 6 de la LOFCA i que la tasca que queda per fer consisteix a interpretar-lo d'acord amb els esquemes de descentralització política i financera i tributària continguda en la Constitució. Només en la mesura que es pugui assolir com a objectiu una interpretació constitucional de la LOFCA que permeti realment l'exercici de la potestat tributària reconeguda a les comunitats autònomes, aquestes podran complir les funcions que els pertoquen.

Tot això, perquè, en resum, al llarg d'aquests vint-i-cinc anys de vigència de la Constitució de 1978, els problemes derivats dels tributs propis —més específicament encara, dels imposts propis— no semblen haver provocat el debat i la preocupació que han produït la resta de mecanismes que conformen el sistema de finançament autonòmic —és a dir, els tributs cedits i el percentatge de participació. En efecte, totes les reformes, els diferents models o els nous sistemes que s'han anat perfilant al voltant d'aquell finançament només han tengut com a objectiu aprofundir en la tributació cedida a les comunitats autònomes o a ampliar-la i incrementar el seu percentatge de participació en els imposts estatals no cedits. Tant és així que es pot afirmar que la nova regulació dels tributs cedits, especialment des de la reforma de la LOFCA els anys 1996 i 2000, recorda en alguns aspectes la tributació pròpia, ja que permet a les comunitats autònomes regular (mitjançant llei autonòmica) aspectes essencials d'aquells tributs utilitzant la competència normativa que se'ls ha atribuït. Realment seria desitjable que l'aprofundiment en l'autonomia financera es produís també en l'àmbit de la imposició pròpia, de manera que aquesta no quedàs reduïda a una mera categoria anecdòtica o residual en el marc del finançament autonòmic.

ESTUDIS

AUTONOMIA I CONTROL DE LES ENTITATS LOCALS: UNA APROXIMACIÓ

Pere Antoni Mas Cladera
Magistrat
Síndic major de la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears

I. Introducció. II. La posició tradicional de les entitats locals en el dret espanyol. III. La noció d'autonomia local en la Constitució de 1978 i la doctrina constitucional. IV. El vessant negatiu de l'autonomia: el control. Referència a les Illes Balears. V. La rendició de comptes com a forma de control. La Sindicatura de Comptes de les Illes Balears.

I. Introducció.

L'autonomia local és un principi constitucional de significat molt ampli, que fa referència a una variada gamma de possibilitats d'actuació —connectades sempre a l'interès general— que han d'atendre les entitats locals.

L'objecte d'aquest treball és examinar el vessant d'aquest concepte que fa referència als controls a què es pot veure sotmesa l'actuació dels ens locals, més que analitzar l'aspecte competencial o normatiu que engloba aquell principi. Per tant, no ens referirem més que l'estrictament necessari a aquests últims temes, per centrar-nos en les relacions entre les diverses administracions públiques i en els tipus de límits i controls a què es veu subjecta l'actuació de les entitats locals, des de diferents perspectives.

L'anterior, a més, s'afrontarà en relació amb l'Administració local de les Illes Balears i inclourà també referència a la rendició de comptes com a forma de control de l'actuació dels poders públics.

II. La posició tradicional de les entitats locals en el dret espanyol.

Al llarg de les diferents èpoques, l'administració dels estats ha exigit sempre l'existència de diversos nivells d'organització del poder, conseqüència de la manera com s'ha anat estructurant la societat. El municipi, com entitat natural sorgida de l'agrupació veïnal per a la governació de zones concretes del territori, és el paradigma de fórmula organitzativa tradicional, amb origen en causes molt diverses, com poden ser la repoblació de zones conquerides, el repartiment de terres entre la noblesa, la necessitat d'explotar en comú determinats indrets o d'organitzar-se defensivament davant riscos d'agressió, per esmentar-ne només algunes. La història del règim local espanyol —en particular— i europeu — en general— posa de manifest que (amb les lògiques diferències degudes a situacions sociopolítiques distintes) pot trobar-se un fil conductor comú que aglutina una sèrie d'entitats bàsiques en el govern i l'administració dels pobles.

La referència al municipi foral espanyol, nascut amb la reconquesta, és aquí obligada, atès l'important grau d'excentralització que suposava un sistema en què cada entitat municipal estava dotada d'amplíssims poders i facultats per organitzar-se i regular la seva manera d'actuar. L'escàs grau d'articulació política, el limitat paper que ocupaven en la societat els poders públics (que no fossin la pròpia monarquia o els seus col·laboradors) i la inexistència d'unes funcions administratives en el sentit tècnic jurídic que avui dia té aquesta expressió, tot això impedia que pogués parlar-se d'autonomia, de descentralització o de qualsevol altre concepte similar habitualment utilitzat en l'actualitat, sinó més aviat de diferències entre els mateixos municipis, degudes a circumstàncies molt diverses. La dogmàtica jurídica pública actual difícilment pot conceptuar la situació que es produïa aleshores en termes vigents avui dia, perquè es tracta d'una referència històrica important però amb escàs contingut material traslladable als nostres dies.

Tot i que amb la implantació de la monarquia borbònica a principis del segle XVIII es varen introduir canvis notables en l'organització de l'administració local (*intendentes, corregidores, diputados del común, procurador síndico personero*, etc. són mostres de les diverses figures que varen ser creades o dotades de distint contingut), la veritat és que encara no podia parlar-se pròpiament d'un sistema basat en l'autonomia local, ja que la intervenció i la influència del poder del rei —ara millor organitzada i estructurada la monarquia— era molt important, i deixava escasses escletxes a un veritable autogovern de les poblacions. Els pobles i les ciutats gaudien així d'una armadura més sòlida, però continuava mancant-los una veritable capacitat d'actuació autònoma en el sentit que avui es dóna a aquesta expressió. Hem de fer esment aquí del que varen significar, en concret per a les Illes Balears, els Decrets de Nova Planta promulgats per Felip V després de la Guerra de Successió, amb vista a la desaparició o la limitació de les formes organitzatives tradicionals pròpies dels territoris de l'antiga Corona d'Aragó; això va venir a suposar una variació quant a l'organització, fortament influïda per la monarquia francesa i pel dret de la Corona de Castella, que es va imposar així a tots els territoris.

La primera fita que cal destacar en la història del municipi modern —com en tantes altres coses— cal buscar-la en la Constitució de Cadis de 1812 i en els intents successius per traslladar al territori espanyol les conseqüències del període revolucionari francès i l'administració napoleònica. A partir d'aquest moment pot parlar-se ja de veritable administració local, estructurada en municipis i províncies (amb els seus òrgans de govern corresponents: alcalde–Ajuntament, per una banda, i cap superior–Diputació Provincial, per una altra). És aleshores quan apareix la tensió entre els plantejaments centralitzadors i les idees descentralitzadores, en uns termes més semblants als que coneixem en l'actualitat. Així, no és estrany que el municipi modern, que és fruit dels postulats nascuts de la preeminència de la voluntat general i la sobirania nacional —indivisibles i úniques—, tengués un origen fortament llastrat quant a les capacitats de decisió autònoma reconegudes als seus representants; és a dir, els municipis vuitcentistes (i els seus ajuntaments) varen estar des del seu mateix origen molt condicionats per les funcions i el paper que el nou estat de coses atribuïa a la puixant Administració de l'Estat, entesa com a element del poder executiu dedicat a garantir els principis constitucionals de llibertat, igualtat i fraternitat de tots els ciutadans sense escalons intermedis. Davant aquest paper preponderant, poc podia fer l'agrupació veïnal, a la qual s'encomanaven diverses tasques de caràcter instrumental i prestacional que permetien escàs lluïment des de la perspectiva de la població a la qual anaven dirigides. Es tractava d'un exercici del poder molt difús i menys perceptible per als ciutadans.

I a això ha d'afegir-se que, amb vaivens però fermament, l'Administració central de l'Estat va anar ampliant el seu camp d'acció i actuant cada vegada més com l'autèntica titular de poders governatius, als quals havien de sotmetre's els representants munici-

pals, sota diverses fórmules. Així, l'Administració local va ser la parenta pobra dins la família de les administracions públiques, ja que estava sotmesa en gran mesura a les decisions del poder central, tant en el seu vessant normatiu com en l'executiu (sigui quant a la configuració del mapa municipal, quant a la designació dels alcaldes i regidors o quant a la determinació dels seus recursos econòmics). Les postures que varen mantenir els diferents grups polítics al llarg del segle XIX no passen de ser més que distintes presentacions d'una mateixa idea de fons: els ens locals eren de substància inferior a la veritable i autèntica Administració, la de l'Estat, a la qual quedaven sotmesos amb més rigor o menys.

Amb el començament del segle XX la cosa no va variar substancialment —agreujada per la problemàtica derivada del caciquisme i l'escàs nivell d'instrucció de la majoria de la població, que es feien més palesos als pobles i a les zones rurals—, encara que cal destacar els Estatuts provincial i municipal deguts a Calvo Sotelo (dels anys 1924 i 1925), de qualitat i de rigor tècnic, lloats de manera unànime per la doctrina, encara avui dia. De totes maneres, fins i tot en les regulacions que acabam d'esmentar i en la Llei municipal de 1935 —que no va arribar a tenir virtualitat pràctica a causa de la guerra civil— no podia parlar-se pròpiament que les entitats locals haguessin estat instaurades al mateix nivell que l'Administració estatal, sinó que pervivien antics recels i desconfiances del legislador cap a la vida local.

I aquesta mateixa posició —reforçada, si més no— és la que va perdurar durant el període de govern del general Franco, en què la manca d'origen democràtic del règim es va traslladar als municipis i a les províncies, fortament sotmesos i condicionats per l'Administració de l'Estat (recordem, per exemple, que els alcaldes eren representants d'aquella en el municipi respectiu, que la seva designació estava reservada a les autoritats governatives i que les ordenances, els pressupostos, els plans urbanístics i la resta de decisions d'importància estaven sotmesos al *nihil obstat* dels representants del Govern central). En aquest aspecte, ha de destacar-se el paper que va jugar el Servei Nacional d'Inspecció i Assessorament a les Corporacions Locals, com a garant dels interessos de l'Administració de l'Estat, que suposava —en el seu aspecte fiscalitzador— un control constant sobre l'activitat dels ens locals. Això era així durant la vigència de les lleis de règim local de 1945 (de bases) i de 1955 (text articulat i refós), si bé en els anys setanta la qüestió es va flexibilitzar una mica i es varen anar introduint mètodes un poc més representatius, que permetien una certa llibertat d'acció als poders locals (sempre dins un ordre, com es deia a l'època). Pot afirmar-se, per tant, que els anys immediatament anteriors al canvi de règim —entre 1971 i 1977— prefiguraven en part el que estava per venir, que no era més que una altra conseqüència dels canvis sociològics, econòmics i polítics que s'havien anat produint a Espanya des dels anys quaranta. S'ha de fer notar que el 19 de novembre de 1975, un dia abans de la defunció de l'anterior cap de l'Estat, les Corts havien aprovat la Llei 41/1975, de bases de l'estatut del règim

local[1], en el text de la qual es plasmaven algunes d'aquestes reformes. Aquest procés va quedar aturat pels esdeveniments que varen venir després, que varen culminar en l'aprovació de la Constitució de 1978 i el règim que en va sorgir. En concret, la Llei 47/1978, de 7 d'octubre, va derogar la Llei 41/1975 en la part que no havia estat desenvolupada, i cal destacar que l'article 2 d'aquella Llei disposava que «el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Interior, y respecto de los supuestos de competencia exclusiva de éste, podrá dejar sin efecto, con carácter general, los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela que dicho departamento ejerza sobre las Corporaciones Locales, cualquiera que sea el rango de la disposición que las hubiere establecido, con excepción de los relativos a la enajenación o cesión de bienes a particulares, desafección de bienes demaniales y comunales y reconocimiento o declaración de derechos a favor de personas determinadas». Destaquem que, com a conseqüència d'aquesta habilitació, el Reial decret 2856/1978, d'1 de desembre, va suprimir el Servei Nacional d'Inspecció i Assessorament, tot i que aquesta decisió després va ser deixada sense efecte pel Tribunal Suprem[2]. Finalment, va ser la disposició final 4a de la Llei 7/1985 la que es va encarregar de deixar sense entitat pròpia aquest Servei i deixà resolta la qüestió.

Mitjançant aquest breu repàs a la història recent del municipi i l'administració local espanyola hem pretès posar de manifest que la posició tradicional de les entitats locals en el dret espanyol ha estat la d'administracions de segona categoria, des del punt de vista de les potencialitats que podien desenvolupar i de la manera com es configuraven les seves relacions amb l'Administració de l'Estat, ja que aquelles entitats no només han estat sotmeses als controls inherents al joc de la separació de poders, quan aquesta regia (submissió als tribunals de justícia, per una banda, i als òrgans dependents del legislatiu, per una altra), sinó que també s'han vist subjectes a la inspecció i la verificació dels òrgans de l'Administració central de l'Estat, que gaudia fins i tot de poders per suspendre'ns els acords (recordem les facultats atribuïdes als governadors civils per la Llei de règim local de 1955 per a la suspensió d'acords de les corporacions locals en diversos casos definits amb caràcter molt genèric en l'article 362 del text legal). Aquesta posició d'administració de segon ordre s'ha mantingut, amb alts i baixos, al llarg dels diversos períodes històrics, sense que s'hagi produït una equiparació total des del punt de vista de potestats i àmbits d'actuació. En tot cas, hi ha hagut èpoques en les quals el poder central s'ha mostrat menys intervencionista.

[1] Aquesta llei de bases va ser articulada parcialment mitjançant el Reial decret 3250/1976, de 30 de desembre, el Reial decret 3046/1977, de 6 d'octubre, i el Reial decret 2725/1977, de 15 d'octubre, i la resta va quedar sense aplicació pràctica.

[2] Mitjançant les sentències de 20 i 27 d'octubre i 16 de novembre de 1982, la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem va anul·lar la part del Reial decret 2856/1978 que feia referència a la supressió del Servei Nacional d'Inspecció i Assessorament a les Corporacions Locals, per falta d'empara legal suficient de la norma reglamentària.

III. La noció d'autonomia local en la Constitució de 1978 i la doctrina constitucional.

En aquesta matèria i partint del postulat que l'acostament del poder als ciutadans és un component essencial de tot estat democràtic, la Constitució de 1978 va pretendre trencar amb la situació heretada, encara que això no significàs que els ens locals passassin a ser considerats de la mateixa forma que les administracions territorials (estatal i autonòmiques) en tot i per a tot. Així, establerta la sobirania nacional en el poble espanyol (article 1.2 CE) i consagrat el dret a l'autonomia de nacionalitats i regions (article 2 CE), l'article 137 del mateix text es refereix a l'organització territorial de l'Estat en termes que doten de contingut instrumental l'autonomia, quan es diu que «L'Estat s'organitza territorialment en municipis, en províncies i en les Comunitats Autònomes que es constitueixin. Totes aquestes entitats gaudeixen d'autonomia per a la gestió dels respectius interessos». És a dir, la possibilitat d'actuar de manera autònoma està connectada a aquests interessos, la delimitació i la identificació dels quals es converteix així en l'element essencial del sistema constitucional, per a la interpretació del qual serveixen els principis continguts en els articles 138 i 139 CE, que delimiten el concepte de forma genèrica, i el patrimoni que s'ha anat formant mitjançant els diferents pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre el tema.

El capítol segon del títol vuitè de la Constitució es dedica a l'Administració local i conté, en els seus tres articles, els elements essencials en relació amb els municipis, les províncies i les hisendes locals. Aquests principis —la parquedat dels quals és notòria respecte de l'extensió que dedica la Constitució a la regulació de les comunitats autònomes— varen ser els que varen servir al Tribunal Constitucional per enllumenar, ja molt primerencament, la seva doctrina sobre el règim local espanyol i l'autonomia d'aquests ens.

La STC 4/1981, de 2 de febrer, dictada en relació amb diverses normes legals preconstitucionals el contingut de les quals suposava restriccions a l'autonomia local, va tenir especial transcendència perquè va suposar el primer posicionament del Tribunal Constitucional, que va venir a marcar el camí que seguiria en el futur. En aquesta important sentència, el TC va deixar establert que l'autonomia local confereix un poder limitat, que està en connexió directa amb els interessos públics la gestió dels quals s'encomana a les entitats locals, la qual cosa és el mateix que dir que aquests interessos (i, per tant, la capacitat de govern i d'administració autònoma) estan condicionats o limitats per l'existència o la confluència d'un altre tipus d'interessos de caràcter supralocal, ja siguin regionals, autonòmics o estatals. Pel que fa a l'objecte concret d'aquest treball, en aquest pronunciament es va deixar establert clarament que el principi d'autonomia era incompatible amb l'existència de controls genèrics i indeterminats per part d'altres administracions públiques, si bé el TC va admetre la possibilitat de controls de legalitat en temes concrets i en els casos que afectassin interessos d'àmbit més ampli.

Així doncs, és oportuna l'extensa cita que segueix, extreta del fonament jurídic tercer de la STC:

«Este poder (para la gestión de sus respectivos intereses) se ejerce —por lo demás— en el marco del Ordenamiento. Es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad —como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación— de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (arts. 150.3 y 155, entre otros), como a los entes locales (art. 148.1.2).

»Posición de superioridad que permite afirmar —como admiten expresamente los recurrentes y se admite también en el Derecho comparado— que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales. En todo caso, los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los propios de la entidad, sean del Municipio, la Provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado.

»El control de legalidad, con la precisión anterior, puede ejercerse en el caso de los municipios y provincias —dado su carácter de administraciones públicas— por la Administración del Estado, aun cuando es posible también su transferencia a las Comunidades Autónomas en los términos que expresa el art. 148.1.2 CE, y, naturalmente, en uno y otro caso, siempre con la posibilidad de control jurisdiccional posterior. [...]

»En cambio, la autonomía garantizada por la Constitución quedaría afectada en los supuestos en que la decisión correspondiente a "la gestión de los intereses respectivos" fuera objeto de un control de oportunidad de forma tal que la toma de la decisión viniera a compartirse por otra Administración. Ello, naturalmente, salvo excepción que pueda fundamentarse en la propia Constitución, como se comprobará más adelante.»

De manera gairebé coetània a aquest pronunciament constitucional i mitjançant el Reial decret llei 3/1981, de 16 de gener, i la Llei 40/1981, de 28 d'octubre, es varen anar eliminant alguns controls i algunes autoritzacions que corresponien a l'Administració de l'Estat sobre els actes de les corporacions locals en matèria de personal, de pressuposts i de règim financer i tributari, la qual cosa denotava clarament que el camí que s'havia emprès no

podia esperar a la seva culminació mitjançant una llei de règim local adaptada als principis constitucionals, sobretot si es té en compte que des del mes d'abril de 1979 les corporacions locals les havien integrat representants elegits pels ciutadans de manera democràtica, l'actuació i la legitimitat dels quals quedaven en dubte si resultava que s'havien de sotmetre a criteris de decisió política residents en un altre àmbit administratiu. D'aquí, doncs, la urgència d'eliminar els controls que procedien del règim anterior i que mancaven de sentit després del canvi produït.

Per la seva banda, la doctrina constitucional a què hem al·ludit es va anar reiterant i va anar guanyant consistència en altres sentències posteriors, com la 32/1981, la 57/1983 i la 76/1983, esmentant-ne només algunes de les anteriors a la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL), que va ser la norma en què es varen plasmar els principis constitucionals en aquesta matèria i que va aparèixer quan ja havia finalitzat el disseny del mapa autonòmic, que havia estat prioritari en l'establiment de l'estructura del nou estat. Per al TC, la relació entre interessos respectius i àmbit propi de competències és consubstancial, de manera que correspon al legislador estatal o autonòmic determinar les competències sobre la base dels interessos, sense que es puguin oblidar en aquest punt els mandats constitucionals a favor de la descentralització de l'Administració i de l'autonomia com a principis rectors de la nova organització de l'Estat, que obliguen a aproximar al més possible els centres de decisió als ciutadans (en paraules de la STC 32/1981: «La autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias...»).

La LBRL, el preàmbul de la qual conté una síntesi detallada de la història i de l'evolució del règim local espanyol, es va fer ressò de la necessitat de tenir en compte que l'estat sorgit de la Constitució estava compost per diversos centres de poder, que havien d'actuar amb capacitat plena i sota la responsabilitat pròpia, sense que pogués haver-hi facultats de control en general d'uns sobre els altres, tal com havia declarat el Tribunal Constitucional. Així, el preàmbul assenyala el següent: «De este modo, las técnicas de relación entre Administraciones han de tener por objeto más bien la definición del marco y de los procedimientos que faciliten el encuentro y la comunicación, incluso de carácter informal, para la colaboración y la coordinación interadministrativas, fundamentalmente voluntarios y de base negocial. Naturalmente que el cuadro de técnicas ha de cerrarse por un sistema resolutorio del supuesto límite del conflicto, por fracaso de las mismas. La configuración de ese sistema de conflictos tiene que ser, a la vez, respetuosa con la esencial igualdad posicional de las Administraciones territoriales y aseguradora de que el planteamiento y la sustanciación del conflicto no alteran la específica estructura constitucional de los intereses públicos a los que sirven dichas Administraciones» (preàmbul, part II, al final).

Aquest posicionament es va traslladar, com és lògic, a l'articulat de la Llei: l'article 2 conté un mandat imperatiu als legisladors sectorials perquè facin efectiva l'autonomia local i defineix un nou model de relació interadministrativa basat en la igualtat, el respecte mutu i la responsabilitat pròpia. Així, els capítols II i III del títol V de la LBRL es dediquen a detallar aquest marc de relació, i es manté l'obligació que les entitats locals trametin a les administracions estatal i autonòmica una còpia o un extracte dels seus actes i acords a l'efecte de controlar-ne la legalitat, cosa que possibilita que aquestes administracions puguin acudir als tribunals de justícia per impugnar-los. La LBRL va dissenyar una gradació en la manera d'articular la defensa de la legalitat per part de les administracions superiors territorialment partint del supòsit de simple infracció legal (article 65) i arribant fins al d'actes o acords que atemptassin greument contra l'interès general d'Espanya (en aquest cas, el delegat del Govern pot suspendre'ls, amb un requeriment d'anul·lació previ, i seguidament l'ha d'impugnar en la via contenciosa administrativa, segons l'article 67 de la LBRL, i és l'únic cas en què es poden exercitar facultats suspensives, tot i que de caràcter cautelar, prèvies a la via judicial).

Com a conseqüència lògica d'aquest sistema, que deriva de la Constitució mateixa, la LBRL per descomptat va atribuir el control de legalitat de l'actuació de les entitats locals als tribunals de justícia (article 6) i la fiscalització externa dels seus comptes i de la gestió econòmica al Tribunal de Comptes, amb l'abast i les condicions que estableix la seva Llei orgànica[3] .

La intervenció directa i executiva per part d'una altra administració en afers que estan atribuïts a la competència de les entitats locals va quedar, així, eliminada amb caràcter general, la qual cosa va significar reconèixer l'autonomia local en un sentit més profund que el que històricament havia tengut aquest principi. Només els tribunals de justícia poden anul·lar decisions dels òrgans locals, però no una altra autoritat o entitat administrativa; i això és una garantia per a l'actuació autònoma d'aquells.

IV. El vessant negatiu de l'autonomia: el control. Referència a les Illes Balears.

Ja hem indicat més amunt que autonomia no implica absència de controls ni suposa reconèixer una manera d'actuar exempta de limitacions o d'interferències procedents d'altres àmbits, ja que d'aquestes n'hi ha moltes i molt variades en un estat de dret que es qualifica com social, democràtic i descentralitzat. En aquest sentit, com ha reconegut la doctrina de manera reiterada (TORNOS, LLISSET i GARRIDO, entre d'altres), les tècniques de control han de tenir la finalitat de comprovar que l'actuació dels ens locals s'ajusta a la legalitat i que s'insereix adequadament en el sistema de repartiment de competències

[3] És la Llei orgànica 2/1982, de 12 de maig. El funcionament del Tribunal es regula en la Llei 7/1988, de 5 d'abril.

establert per defensar i aconseguir millor els interessos generals. I per aconseguir-ho hi ha una variada gamma de maneres d'intervenció i de control, compatibles amb el principi d'autonomia.

En aquest sentit, hem de recordar que l'Administració de l'Estat i l'Autonòmica tenen capacitat per actuar en defensa dels interessos la gestió dels quals els hagi encomanat l'ordenament jurídic. Això vol dir que, per fer valer aquesta competència, pot caldre l'afectació d'algun àmbit d'actuació atribuït a les entitats locals que, cas a cas, s'haurà de posar en relació amb aquell per determinar —en el supòsit d'un conflicte o una col·lisió— quin dels interessos és prevalent i s'ha d'imposar als altres. Aquí no val fer una translació de l'estil que l'interès d'àmbit territorial més estès és sempre el més important i ha de prevaler necessàriament, sinó que cal ponderar en cada supòsit quin és el títol competencial més substantiu a aquests efectes.

Com ja hem vist, en el nostre sistema no hi caben controls administratius de caràcter general basats en motius d'oportunitat, tot i que al llarg de les diverses matèries sí trobam supòsits d'atribució de facultats de control, derivats de l'exercici de competències pròpies (que es materialitzen mitjançant autoritzacions concurrents, aprovacions definitives o supervisions similars). En aquests casos, l'ordenament parteix de la base que existeix interès supralocal en l'afer i correspon a l'administració titular d'intervenir-hi, sota aquest prisma —sense oblidar, però, que hi ha altres interessos en joc i que aquesta participació administrativa no es pot dur a terme contra la legalitat, que és el límit de totes aquelles. Les tècniques de control (entès en el sentit més ampli) resulten molt variades i es manifesten de diverses maneres. A tall d'exemple i sense ànim de ser exhaustius, en el camp de l'acció municipal podem esmentar la qualificació d'activitats molestes, insalubres, nocives o perilloses per una altra administració aliena a la municipal, titular de la competència per a atorgar la llicència; l'aprovació definitiva d'instruments de planejament urbanístic; el nomenament de funcionaris d'habilitació de caràcter nacional; el requeriment d'anul·lació d'acords presumptament il·legals; l'autorització als ens locals per a l'endeutament o per a l'alienació de béns en determinats casos i l'aprovació de les alteracions de termes municipals. En tots els casos hi són presents la defensa de la legalitat abstracta o l'exercici de competències autonòmiques o estatals fundades en l'existència d'interès supralocal en l'afer en qüestió.

Al costat d'aquestes tècniques, cal situar també supòsits de coordinació o cooperació, en què la posició de l'administració territorialment més àmplia denota certa superioritat en la gestió, més comprovable en la pràctica diària que no en la teoria juridicoadministrativa. En sentit estricte, aquests casos no entrarien en l'apartat de control, encara que implicarien certes limitacions per a les entitats locals a l'hora d'actuar en l'àmbit de les seves competències.

S'ha de fer notar que, a causa del procés d'assentament de les comunitats autònomes —i, en el cas de les Illes Balears, dels consells insulars—, la major part d'aquestes facultats de control han estat assumides pels ens autonòmics, amb totes les conseqüències que com-

porta l'acostament del centre de decisió al municipi o a l'ens local afectat. Així, encara que les possibilitats d'una altra administració de controlar l'actuació municipal s'hagin anat reduint segons l'ordenament jurídic en nom de l'efectivitat del principi d'autonomia local, la veritat és que la necessitat que les noves administracions naixents trobin justificació a la seva raó de ser, unida a la proximitat al lloc dels fets, ha donat com a resultat que l'actuació local es pot veure sotmesa a un assetjament més reiterat i intens del que, en la pràctica, es produïa en l'antic règim (en el qual aquesta autonomia no es reconeixia com a tal).

La multiplicitat de centres de decisió operant sobre un mateix territori i sobre matèries molt connectades —amb títols competencials propis en cada cas— i la diversitat d'opcions polítiques —plasmada en una manera diferent d'interpretar les normes— poden conduir a aquests resultats, en certa manera contradictoris amb el sistema en si mateix, però que, si s'apliquen en la seva mesura justa, suposen una manera saludable d'entendre l'autonomia en totes les seves facetes. L'organització de l'estat de manera descentralitzada i autònoma dóna lloc a múltiples situacions en què cada administració veu limitat el seu camp d'acció per altres títols competencials, sense necessitat que, en bona tècnica, estiguem parlant de relacions de control, sinó de convivència pacífica entre institucions.

Resumint, doncs, si bé les relacions de control interadministratiu han deixat d'estar basades en raons d'oportunitat (limitant-se ara a la legalitat i a la confluència competencial), en la pràctica han augmentat els supòsits en què l'actuació municipal es pot veure interferida o condicionada per part d'una altra administració pública, singularment l'autonòmica. Aquest és el sentit que cal donar a l'autonomia local en un estat de dret compost.

En el cas concret de les Illes Balears, va ser el RD 2245/1979, de 7 de setembre, el que va obrir el camí de les transferències —en aquesta matèria— des de l'Administració de l'Estat a la preautonòmica (Consell General Interinsular), al qual va seguir el RD 2612/1982, de 24 de juliol, específic d'Administració local. Més endavant, amb l'aprovació de l'Estatut d'autonomia i l'engegada de les seves institucions, va ser el Govern de les Illes Balears l'encarregat de portar a terme aquestes competències, encara que ha de tenir-se en compte que mitjançant els Decrets de 28 de juny de 1982, l'ens preautonòmic havia delegat l'exercici de diverses competències als consells insulars i el seu contingut l'havien de respectar les institucions de la comunitat autònoma per mandat de la disposició transitòria 9a de l'Estatut d'autonomia. D'aquesta manera, a partir de l'any 1983 —suprimit en aquesta època el Servei Nacional d'Inspecció i Assessorament a les Corporacions Locals, com ja hem dit més amunt— les funcions que venia exercint (i que fossin compatibles amb el nou estat de coses) varen passar a ser exercides per l'Administració de la comunitat autònoma[4], com-

[4] Com a complement de la posició atribuïda a les comunitats autònomes, la Llei 34/1981, de 5 d'octubre, va establir que les administracions autonòmiques tenien legitimació als efectes de la Llei reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa de 1956.

partint-les amb els consells insulars en determinats aspectes. Posteriorment, amb l'entrada en vigor (abril de 1985) de la LBRL, va quedar dissenyat el sistema de relacions de control a què hem al·ludit abans, en el qual tant els òrgans de la comunitat autònoma com els de l'Administració de l'Estat estan habilitats per exercir determinades funcions que podríem qualificar com a control o «vigilància» de l'actuació dels ens locals (en concret, l'Administració autonòmica va disposar del seu propi Servei d'Assessorament a les Corporacions Locals, hereu de l'estatal, que tenia entre les seves funcions examinar els actes i els acords de les entitats locals a l'efecte d'exercir les accions que fossin oportunes en defensa de la legalitat i de les competències autonòmiques).

Quant a la perspectiva estatutària, la redacció original de la LO 2/1983, de 25 de febrer, que va aprovar l'Estatut d'autonomia per a les Illes Balears, només parlava (article 10.2, sobre les competències exclusives) de les «alteracions dels termes municipals compresos dins el seu territori i, en general, sobre les funcions que corresponien a l'Administració de l'Estat sobre les corporacions locals la transferència de les quals sigui autoritzada per la legislació sobre règim local», la qual cosa ens remetia a la disposició addicional primera de la LBRL, que va ser l'encarregada de delimitar el terreny on havien d'operar aquestes competències autonòmiques[5].

Això significava que les comunitats d'autonomia diferida tenien limitat el camp normatiu amb relació a la administració local respectiva i que aquest camp només es podia cenyir a les matèries que s'hi esmentaven. Però no succeïa el mateix en el cas de les funcions de control o fiscalització de l'acció dels ens locals, que es reconeixien amb plenitud a totes les comunitats autònomes, sense que en la regulació continguda en l'article 65 i els següents de la LBRL hi hagués diferències segons el tipus de comunitat de què es tractàs.

En aquest aspecte, les successives reformes de l'Estatut d'autonomia (lleis orgàniques 9/1994 i 3/1999) no varen suposar gaires canvis quant a les facultats de control atribuïdes a la comunitat autònoma, encara que la modificació produïda per la LO 3/1999, de 8 de gener, va significar l'ampliació de l'abast competencial autonòmic, inclosos el desplega-

[5] La disposició addicional 1a de la LBRL diu el següent:

> «1. Las competencias legislativas o de desarrollo de la legislación sobre régimen local asumidas, según lo dispuesto en sus respectivos Estatutos, por las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Islas Baleares, Extremadura y Madrid, se ejercerán, según los casos, en el marco de lo establecido en el artículo 13 y en el título IV de esta Ley, así como, si procediere, en los términos y con el alcance previstos en los artículos 20.2, 32.2, 29 y 30 de la misma.
>
> »2. Las funciones administrativas que la presente Ley atribuye a las Comunidades Autónomas se entienden transferidas a las mencionadas en el número anterior, que ostentarán, asimismo, todas aquellas otras funciones de la misma índole que les transfiera la legislación estatal que ha de dictarse conforme a lo establecido en la disposición final primera de la misma.»

ment legislatiu i l'execució de la legislació bàsica estatal en matèria de règim local, segons la redacció actual de l'apartat 2 de l'article 11 de l'Estatut d'autonomia. Això significà major capacitat de la comunitat autònoma per regular el règim local de les Illes Balears.

Però el que hem de destacar és que, com que les institucions de la comunitat autònoma varen anar assolint més competències durant els anys noranta com a resultat del traspàs efectiu des de l'Administració de l'Estat, això va provocar que el Govern autonòmic exercís de manera gradual cada vegada més títols competencials, que en algun cas concret el varen habilitar per exercir les funcions de control derivades de l'article 65 i els següents de la LBRL. És a dir, es varen incrementar les possibilitats de l'Administració autonòmica de les Illes Balears per intervenir en el món local, sota l'emparament de títols competencials de noves matèries, amb la correlativa disminució de les funcions estatals per fer-ho.

Per una altra banda, en l'article 5 de l'Estatut d'autonomia —la redacció del qual no ha sofert modificacions en la seva dicció de l'any 1983— s'articula l'organització territorial de la nostra comunitat autònoma en illes i municipis i en difereix la regulació a una llei del Parlament que s'ha de dictar en el marc de la legislació bàsica de l'Estat i d'acord amb el mateix Estatut i amb els principis d'organització i actuació administrativa que ja es recollien en l'article 103 de la Constitució (eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració, delegació i coordinació), als quals s'hi afegeix el d'autonomia. Aquesta norma legal, de caire estructural, en la qual s'haurien contingut els esquemes de relació entre les administracions autonòmica i local, no s'ha promulgat en aquests vint anys, de manera que el tema s'ha regit per la normativa bàsica estatal únicament i exclusivament, sense cap especialitat derivada del fet insular ni de la posició nuclear que ocupa l'article 5 de l'Estatut en el si del nostre ordenament jurídic (sense que les successives lleis de consells insulars s'hagin ocupat del tema, com veurem més avall).

Des del punt de vista pràctic —el de la realitat de cada dia—, ja hem dit abans que les funcions relatives a les relacions entre el Govern autonòmic i les entitats locals —incloent-hi el control sobre la legalitat dels actes i els acords d'aquestes— varen quedar a càrrec del servei d'assessorament a les corporacions locals integrat inicialment en la Conselleria d'Interior (primer Govern, de l'any 1983), i que s'ha anat adscrivint a diverses conselleries a mesura que s'anaven produint successives reestructuracions i reorganitzacions dels departaments de l'executiu. En aquest sentit, podríem qualificar-les de funcions itinerants des del punt de vista de la seva ubicació física i orgànica, però molt més fixes i estables des de la perspectiva funcional.

En aquests vint anys, els casos en què el Govern de les Illes Balears ha acudit als tribunals de justícia per impugnar actuacions d'entitats locals han estat molt comptats, i s'ha optat més sovint per l'assessorament, l'advertiment o la informació admonitòria; de la mateixa manera, han estat molt pocs els requeriments per anul·lar actes o acords que s'han formulat en aquest lapse de temps. Tant en un cas com en l'altre, la majoria d'oca-

sions responien a situacions de distint posicionament polític davant alguna qüestió concreta, sense que puguem parlar de situacions generalitzades de conflicte interadministratiu, ja que el vertader control sobre les actuacions municipals l'han anat realitzant els interessats en cada assumpte, mitjançant la interposició de recursos contenciosos administratius o l'exercici d'accions administratives de tota mena[6].

Com en tants altres temes, el paper que en aquest assumpte han jugat els consells insulars no ha quedat en principi gaire clar; si bé aquests tenen atribuïdes funcions d'assistència i cooperació a les entitats municipals derivades dels articles 31, 36 i 41 de la LBRL (com a organismes equivalents, en l'àmbit insular, a les diputacions provincials), la qual cosa, d'alguna manera, se solapa amb l'exercici de l'assessorament prestat per l'Administració autonòmica, que l'havia rebut de l'Administració de l'Estat en la manera exposada. La posició dels consells insulars —ens locals i alhora autonòmics— els col·loca en una situació un poc complicada per exercir funcions de control sobre la resta de les corporacions locals del seu àmbit territorial, la qual cosa és un altre exemple de les disfuncionalitats pràctiques a què condueix el sistema dissenyat en el nostre Estatut quant a la distribució territorial del poder entre les distintes illes.

Sigui com sigui, ni la Llei 5/1989, de 13 d'abril, de consells insulars, ni la primera llei aprovada pel Parlament de les Illes Balears mitjançant la qual se'ls transferien competències (en matèria d'urbanisme i habitabilitat, Llei 9/1990, de 27 de juny), varen fer al·lusió a la qüestió, ja que el legislador estava més preocupat pel tema de les relacions entre el Govern de la comunitat autònoma i els consells insulars que no pel control que aquests poguessin exercir sobre els ajuntaments i la resta d'ens locals com a conseqüència de les successives atribucions competencials efectuades als consells.

En canvi, en l'article 1.5.2 de la Llei 8/1993, d'1 de desembre, d'atribució de competències als consells insulars en matèria de règim local, es va fer referència al control de legalitat i a la impugnació d'actes i acords de les entitats locals, que es reconeixia al consell insular respectiu quan aquelles incorreguessin en infracció de l'ordenament jurídic en l'àmbit de les competències pròpies del consell, sense perjudici que l'Administració autonòmica i la de l'Estat poguessin fer efectives les facultats de control que pertocassin amb vista a les seves competències respectives. Amb això resultava que els ajuntaments i les entitats locals de cada illa varen tenir l'obligació de trametre una còpia o un extracte

[6]Segons les memòries d'actuació del Servei d'Assessorament a les Corporacions Locals, el nombre total de requeriments formulats durant els vint anys supera la cinquantena, amb una mitjana de quasi tres anuals, i oscil·la entre nou requeriments (l'any que se'n practicaren més) i alguns anys en què no se'n formulà cap. Aquestes situacions varen donar lloc a la interposició de nou recursos contenciosos administratius en el mateix període, essent acceptats pels ajuntaments la majoria dels requeriments que es varen realitzar. Podem qualificar la situació, doncs, com bastant pacífica, tret de moments puntuals de conflictes localitzats.

dels seus actes i acords també al consell insular, a més de fer-ho a l'Administració autonòmica i a la de l'Estat, com s'havia fet des de l'any 1979.

És a dir, els consells, en la seva vessant autonòmica, tenen reconeguda la facultat de controlar les entitats locals de la seva illa, mentre que el mateix consell insular està subjecte al control del Govern de la comunitat autònoma quan exerceix competències com a ens local; a més, té l'obligació d'assistència i auxili als ajuntaments i a altres corporacions locals de l'illa (ex articles 31, 36 i 41.3 de la LBRL). I aquesta situació —que no és dubtós qualificar d'estrambòtica, com a mínim— encara perdura, tot i que els consells insulars hagin vist reforçada la seva posició com a institucions autonòmiques en la Llei 8/2000, de 27 d'octubre, de consells insulars. Aquest text legal, pendent a hores d'ara del pronunciament definitiu del Tribunal Constitucional[7], es preocupa molt més de les relacions entre el Govern de la comunitat i els consells insulars que de les relacions dels consells amb les corporacions locals de cada illa, ja que la perspectiva i el plantejament de la norma van per uns altres camins, molt allunyats d'aquesta qüestió. Això vol dir que, sobre aquest punt, la Llei de l'any 2000 no ha implicat cap alteració del règim que hem descrit (derivat de l'anterior Llei de consells insulars de 1989), tot i que veritablement es pot qualificar de molt innovadora en altres aspectes, com és conegut de sobres.

En aquest punt és interessant destacar la Sentència dictada per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 30 de juny de 1997, en la qual va considerar que els consells insulars únicament podien exercir funcions de control de legalitat en relació amb els actes i els acords municipals que es referissin a matèries sobre les quals el consell respectiu tengués atribuïdes competències, però no respecte de qualsevol àmbit material d'actuació, cosa que implicava donar contingut restringit a la frase «en l'àmbit de les seves respectives competències» que apareix en l'article 65.1 LBRL, quan es refereix a ens —com els consells insulars— que hagin rebut les competències mitjançant un procés específic d'atribució. La Sala va considerar, doncs, que no hi ha legitimació genèrica (o, dit amb altres paraules, facultat de control interadministratiu fora del marc de les competències atribuïdes) en el cas dels consells insulars, la qual cosa sembla lògica si tenim en compte que l'autonomia és un concepte expansiu, mentre que el control ha de ser restringit als termes justs i limitats.

Per tant, en l'àmbit balear el control sobre els actes i els acords de les entitats locals derivat dels articles 65 i 66 de la LBRL està compartit entre l'Administració general de l'Estat, l'autonòmica i la dels consells insulars, encara que aquests només respecte de les matèries sobre les quals exerceixin una competència atribuïda expressament.

[7]Com és prou conegut, el president del Govern de l'Estat va interposar un recurs d'inconstitucionalitat contra determinats articles d'aquesta Llei, el qual va ser admès a tràmit pel Tribunal Constitucional, que cinc mesos després va aixecar la suspensió acordada inicialment tot aplicant l'article161.2 de la Constitució.

V. La rendició de comptes com a forma de control. La Sindicatura de Comptes de les Illes Balears.

Hem fet referència fins aquí als conceptes d'autonomia i control des de la perspectiva del que una administració exerceix sobre una altra, sense oblidar òbviament que el mètode principal i més efectiu per controlar l'actuació administrativa i el sotmetiment d'aquesta a les finalitats que la justifiquen és que se sotmeti plenament a la llei i al dret mitjançant els tribunals de justícia, als quals la Constitució atribueix la funció de jutjar i fer executar allò jutjat, amb submissió exclusiva a l'imperi de la llei[8]. En definitiva, són els jutges i els tribunals qui en un estat de dret determinen en darrer terme si un acte o una resolució administrativa infringeixen l'ordenament jurídic o no, amb independència de les relacions de major o menor cordialitat entre administracions. És a dir, és el poder judicial el que delimita, aplicant la llei i la resta de l'ordenament jurídic, l'abast de l'autonomia local en cada cas, en el moment de jutjar i resoldre l'assumpte sotmès al seu coneixement, en pronunciar-se sobre la seva adequació a l'ordenament (i el Tribunal Constitucional amb caràcter general, segons la Llei orgànica que el regula, a través del conflicte en defensa de l'autonomia local introduït pel la Llei 7/1999, de 21 d'abril, en el si de les mesures per al desenvolupament del govern local).

No insistirem, doncs, sobre aquest punt, cabdal i evident i que forma part de les relacions entre els poders de l'Estat; però sí hem d'assenyalar que, al costat del control judicial, hi ha el que prové de l'anomenada «rendició de comptes», fonamentada en l'article 136 CE pel que es refereix al Tribunal de Comptes i en els articles 115 LBRL i 204 de la Llei d'hisendes locals quant a les entitats que integren l'Administració local.

El primer d'aquests preceptes disposa que el Tribunal és el suprem òrgan fiscalitzador dels comptes i de la gestió econòmica de l'Estat i del sector públic, i reconeix jurisdicció pròpia al Tribunal de Comptes dotant-lo d'un caire quasijurisdiccional per garantir-ne la independència i l'objectivitat davant la resta d'institucions i òrgans de tot tipus. Això s'ha de completar mitjançant la reserva que efectua l'article 3.1 de la Llei orgànica del Poder Judicial, quan diu que «la jurisdicció és única i s'exerceix pels Jutjats i Tribunals prevists en aquesta Llei, sense perjudici de les potestats jurisdiccionals reconegudes per la Constitució a altres òrgans». Per tant, corresponen al Tribunal de Comptes la fiscalització externa de l'activitat economicofinancera de la totalitat del sector públic —que inclou les entitats locals— i l'enjudiciament de les responsabilitats comptables que es derivin d'aquella activitat, tenint en compte els principis de legalitat, eficàcia, eficiència i economia. Això implica que la funció de fiscalització externa té més vessants que les d'estricta legalitat, única que ha de tenir en compte el poder judicial. I també significa que, avui dia, en un sistema

[8]Les expressions estan preses dels articles 103, 106 i 117 CE, en els quals es plasma aquest postulat bàsic de l'Estat de dret.

de multiplicitat administrativa i de gran intensitat de la intervenció pública sobre moltes facetes de la vida dels ciutadans, aquest conjunt de principis tenen una importància cabdal amb vista a l'estudi i l'anàlisi de les prestacions que ofereixen els poders públics a canvi dels ingressos dineraris que obtenen de la ciutadania[9].

El control extern de l'activitat economicofinancera del sector públic té en comú amb el control que exerceix el poder judicial el seu caràcter independent, objectiu i tècnic; però es diferencien en què aquest, a més d'estendre's a la totalitat de l'activitat administrativa, ha de tenir en consideració únicament l'observança de la legalitat i l'ordenament jurídic i que els seus efectes són vinculants i obligatoris per a l'administració demandada, com a conseqüència elemental de la submissió de tots els poders al principi de legalitat i l'obligació d'executar les sentències (mentre que els informes de fiscalització no tenen la mateixa força d'obligar).

Un altre element important per destacar és que la rendició de comptes és una forma de control permanent, periòdic, *a posteriori* i d'ofici, a diferència del que exerceix la jurisdicció contenciosa administrativa, que només actua a instància de part en relació amb els actes o les disposicions que s'estiguin enjudiciant en cada cas per haver estat objecte d'un recurs. Així doncs, la visió de conjunt de l'actuació d'una entitat pública és fa palesa a través dels informes de fiscalització emesos periòdicament, més que per conducte de les sentències que la puguin afectar, limitades als casos concrets, desprovistes de qualsevol altra consideració aliena.

Al costat de les funcions atribuïdes constitucionalment al Tribunal de Comptes, a mesura que s'ha anat estabilitzant el mapa autonòmic han anat sorgint les funcions que es reconeixen als òrgans de control extern de cada comunitat autònoma, ja sigui en els estatuts d'autonomia o en lleis pròpies per a la fiscalització del sector públic propi —no per a l'enjudiciament comptable. El Tribunal Constitucional va tenir ocasió de manifestar-se sobre l'abast competencial d'aquests òrgans arran dels recursos d'inconstitucionalitat interposats contra la Llei catalana 6/1984, de 5 de març, de la Sindicatura de Comptes de la Generalitat de Catalunya, i contra la Llei gallega 6/1985, de 24 de juny, del Consell de Comptes de Galícia, que varen donar lloc a les STC número 187/1988 i 18/1991, en què el Tribunal Constitucional va manifestar —entre d'altres punts— que el control exercit pel Tribunal de Comptes sobre l'activitat economicofinancera de les corporacions locals no exclou el que puguin realitzar les institucions similars que creïn les comunitats autònomes tot executant les seves pròpies competències en matèria de règim local, sense que això

[9]Un exemple —pràctic i pròxim— de la importància d'aquests altres principis el podem trobar en la Llei 5/2002, de 21 de juny, de subvencions, de la nostra comunitat autònoma, on es parla de l'avaluació dels programes de subvencions «amb la finalitat d'analitzar-ne els resultats obtenguts, la utilitat pública o social i la procedència del manteniment o supressió d'aquests programes» (article 39).

privi el Tribunal de Comptes del seu caràcter suprem (superior als altres en aquest camp) ni afecti negativament l'autonomia local[10].

De la mateixa manera, en el moment d'enjudiciar la constitucionalitat dels articles 115 i 116 de la LBRL (relatius als comptes de les entitats locals i a la seva fiscalització), posada

[10]Diu la STC 187/1988, de 7 de novembre, en el seu FJ 8è:

«[...]La interpretación de dicho art. 136.1 CE, pfo 1º, puesto en relación con el resto del precepto, permite llegar a las siguientes conclusiones:

»a) Que si bien la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas puede extenderse a todo el sector público, incluidas las Corporaciones locales, el ámbito principal y preferente de su ejercicio es el de la actividad financiera del Estado y del sector público estatal.

»b) Que si bien el Tribunal de Cuentas es el organismo fiscalizador de la actividad financiera pública, no tiene por qué ser el único. Lo que exige el art. 136.1 CE es que, de existir diversos órganos fiscalizadores, el Tribunal en cuestión mantenga frente a los mismos una relación de supremacía.

»c) Que, por lo tanto, en cuanto al control financiero de las Corporaciones locales que ahora nos ocupa, es conforme al art. 136.1 CE la existencia de otros órganos fiscalizadores de la actividad financiera de las Corporaciones locales, distintos del Tribunal de Cuentas, aunque con la condición ya señalada de que este último mantenga su posición de supremacía frente a los primeros.

»d) Que, según se deduce de lo anterior, la competencia que a esos otros órganos fiscalizadores pueda atribuirse sobre las Corporaciones locales no excluye ni es incompatible con la que al Tribunal de Cuentas pueda corresponder sobre esas mismas Administraciones públicas».

I en la STC 18/1991, de 31 de gener, FJ 3er:

«[...]Y, exponía este Tribunal Constitucional, las Corporaciones Locales se integran indudablemente en tal sector público, por lo que no quedan fuera de la competencia del Tribunal de Cuentas. En consecuencia, habría que llegar a las siguientes conclusiones:

»a) que la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas puede extenderse a las Corporaciones Locales;

»b) que la Constitución no exige que el Tribunal de Cuentas sea el único órgano fiscalizador de la actividad financiera pública, pero si que se mantenga una relación de supremacía frente a otros órganos fiscalizadores;

»c) que, siempre que se mantenga esa relación, es conforme al art. 136.1 CE la existencia de otros órganos fiscalizadores de la actividad financiera de las Corporaciones Locales; y

»d) que la competencia de esos otros órganos fiscalizadores sobre las Corporaciones Locales no excluye ni es incompatible con la que pueda corresponder sobre las mismas al Tribunal de Cuentas.

»Como resultado de todo ello, manifestaba el Tribunal, la fiscalización externa de las Corporaciones Locales por el Tribunal de Cuentas derivada del art. 4.1.c) de su Ley Orgánica no supone la exclusión de otros órganos fiscalizadores de la actividad económica financiera de esas Corporaciones. A diferencia de lo dispuesto para la jurisdicción contable, calificada de exclusiva por el art. 17.1 de la Ley, no cabe entender que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas contengan precepto alguno que reserve en exclusiva para dicho

en dubte per la Generalitat de Catalunya, el TC va mantenir en la STC 214/1989 (FJ 8è) els mateixos arguments assenyalant que aquests preceptes no implicaven l'exclusió dels organismes de control (OCEX) autonòmics ni suposaven el monopoli del Tribunal de Comptes en aquest àmbit, ja que les competències estatutàries sobre tutela financera de les corporacions locals incloïen la possibilitat de fiscalitzar la seva gestió econòmica mitjançant una institució d'origen parlamentari, com ara les sindicatures de comptes.

En aquest sentit, la Llei 1/1987, de 18 de febrer, de la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears, va atribuir a aquesta la fiscalització externa de l'activitat econòmica, financera i comptable del sector públic de les Illes Balears, sense perjudici de les competències que corresponen al Tribunal de Comptes. Aquests termes es varen recollir en la modificació de l'Estatut d'autonomia de 1999, en la qual es va incloure la Sindicatura de Comptes entre les institucions de control dels poders de la comunitat autònoma, atorgant-li rellevància estatutària[11].

Resulta, doncs, que l'actuació de les entitats locals, en tant que formen part del sector públic balear, es troba sotmesa també a la fiscalització de la Sindicatura de Comptes en les matèries a què es refereix l'article 5.b de la Llei 1/1987[12], que s'afegeix al control procedent d'altres administracions públiques al qual ens hem referit al principi i a l'exercit pel poder judicial i pel Tribunal de Comptes, cadascun des de la seva perspectiva i des de les seves atribucions constitucionals. Això no implica, com és evident, cap minva de l'autonomia de què gaudeixen aquestes entitats, ja que aquest concepte no significa absència de limitacions o controls externs, sinó que precisament —en basar-se l'autonomia en l'exer-

Tribunal la fiscalización se dicha actividad. Todo ello -como ya dijimos en nuestra STC 187/1988, f. j. 12°- sin perjuicio de la relación de supremacía establecida constitucionalmente entre el Tribunal de Cuentas y los demás órganos fiscalizadores, y del empleo, en su caso, de las técnicas tendentes a reducir a unidad la actuación de uno y otros y a evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades que serían contrarias a los criterios de eficiencia y economía enunciados en el art. 31.2 CE».

[11] L'article 46 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, després de la seva reforma per la Llei orgànica 3/1999, de 8 de gener, té la redacció següent:

«1. Sense perjudici de les competències que corresponguin al Tribunal de Comptes, la Sindicatura de Comptes és l'òrgan al que correspon la fiscalització externa de l'activitat econòmica, financera i comptable del sector públic de les Illes Balears.

»2. La Sindicatura de Comptes estarà integrada per tres síndics elegits pel Parlament per majoria de tres cinquenes parts dels diputats.

»3. Una Llei del Parlament regularà el seu funcionament i organització.»

[12] El precepte esmentat assenyala que l'exercici de la funció fiscalitzadora inclou l'examen i la comprovació dels comptes de les corporacions locals, en les matèries transferides o delegades d'acord amb el que preveu l'Estatut d'autonomia o sobre les quals tenguin competència pròpia les institucions d'autogovern, així com en els supòsits de subvencions pels òrgans del govern de la comunitat autònoma.

cici sota la pròpia responsabilitat de les competències que l'ordenament atribueix a cada ens— ha de ser possible exigir aquesta responsabilitat i determinar si l'actuació ha infringit o no l'ordenament jurídic al qual estan sotmesos tots els poders públics per mandat constitucional.

Deixam per una altra ocasió l'anàlisi i l'examen detallat del paper i de la significació que ha de representar per al conjunt de l'activitat del sector públic de les Illes Balears la recent constituïda Sindicatura de Comptes de les Illes Balears[13], des d'una perspectiva més àmplia, en relació amb els òrgans i institucions de la comunitat autònoma, ja que aquí únicament hem fet esment —i molt de passada— a la seva posició amb relació al control sobre l'activitat dels ens locals. Sí volem assenyalar, però, que està en marxa una iniciativa per modificar la Llei de l'any 1987 per tal d'adaptar-la a les alteracions que va sofrir l'Estatut d'autonomia l'any 1999 i als principis que es varen manifestar en les sentències del Tribunal Constitucional a què hem al·ludit, de manera que quedi clar que en l'àmbit de competències de la Sindicatura de Comptes s'hi inclouen les corporacions locals sense cap limitació objectiva. D'aquesta manera i amb la coordinació adequada amb el Tribunal de Comptes serà possible que l'activitat fiscalitzadora guanyi en proximitat i en qualitat per aconseguir una bona administració dels afers públics.[14]

Hem d'assenyalar que, amb l'engegada d'aquesta institució, la nostra comunitat autònoma se suma a les nou que ja disposaven d'un òrgan de control extern (Navarra, Catalunya, València, Galícia, País Basc, Andalusia, Canàries, Castella–la Manxa i Madrid, als quals s'ha afegit recentment Castella–Lleó), de manera que es va completant el mapa autonòmic també en aquest àmbit, la qual cosa ha de contribuir a millorar la gestió de les administracions autonòmiques i locals, incloses en l'àmbit d'actuació dels OCEX.

Per concloure, diguem que l'autonomia —en el seu vessant de poder de decisió sobre matèries que afecten l'interès d'una entitat local— es troba fortament condicionada per les competències atribuïdes a altres àmbits administratius i ha d'exercitar-se adequant-se a l'ordenament jurídic i amb criteris d'eficàcia, eficiència i economia, ja que es tracta d'un poder sotmès a l'estat de dret, que no reconeix cap marge d'actuació exempt de control.

[13] El 5 de febrer de 2003 es va constituir la Sindicatura de Comptes, que tot seguit va aprovar el seu programa d'actuació per a l'any 2003 i en l'actualitat comença a fer les primeres passes per acomplir les funcions que li atribueix l'Estatut, les quals s'exerciten amb independència funcional i orgànica del Parlament i la resta d'institucions autonòmiques per tal de garantir la fiabilitat dels seus judicis de valor.

[14] El mes de desembre de 2003 la Sindicatura de Comptes va aprovar el seu primer informe, relatiu al resultat de la fiscalització de les despeses electorals de les eleccions autonòmiques celebrades el 25 de maig de 2003. Ha començat, així, a exercir les seves funcions.

ESTUDIS

TERRITORI I URBANISME: EVOLUCIÓ NORMATIVA, CONFIGURACIÓ INSTITUCIONAL I RELACIONS ENTRE EL GOVERN DE LES ILLES BALEARS I ELS CONSELLS INSULARS

Jaume Munar Fullana
Secretari de la Comissió Insular d'Ordenació del Territori, Urbanisme i Patrimoni Històric de Mallorca

I. Legislació d'ordenació territorial i urbanística autonòmica i la seva evolució. II. La configuració institucional. *1. Urbanisme. 2. Ordenació del territori.* **III. Relacions entre els consells insulars i l'Administració autonòmica.** *1. Potestats genèriques de control. 2. Mecanismes de coordinació. 3. Tècniques de cooperació. 4. Coordinació en l'exercici de la potestat reglamentària i de planificació de la Llei 2/2001, de 7 de març.*

I. La legislació d'ordenació territorial i urbanística autonòmica i la seva evolució.

Des de la redacció inicial de l'Estatut d'autonomia (Llei orgànica 2/1983, de 25 de febrer) la nostra comunitat autònoma assumeix les competències en les matèries d'ordenació del territori i d'urbanisme amb caràcter exclusiu, i en l'article 10.3 s'inclou el litoral dins la competència sobre ordenació del territori. En l'exercici d'aquestes competències exclusives, li corresponen les potestats legislativa i reglamentària i la funció executiva.

Tot i que des d'aleshores s'ha fet una gran tasca en l'aprovació de normativa diversa de distint rang i malgrat que recentment s'han elaborat diferents avantprojectes, encara no hi ha una llei reguladora, des d'un punt de vista global o integral, del que es ve denominant «activitat urbanística». Com és ben sabut, la dinàmica normativa que hem apuntat fa que la situació actual en la regulació de la matèria corresponent a l'urbanisme es caracteritzi a les nostres illes per la complexitat i la dispersió, i en la majoria dels casos encara s'ha de realitzar una tasca de caràcter integrador amb les disposicions estatals de caràcter supletori que no han estat substituïdes.[1]

En canvi, la situació és actualment prou diferent quant a la configuració del sistema normatiu d'ordenació territorial, ja que es troben assentades les seves bases legislatives i s'han desplegat en bona part mitjançant el planejament sectorial supramunicipal, ja que s'ha aprovat el pla territorial insular a Menorca i estan en procés d'elaboració els corresponents a Mallorca i a les Pitiüses.

Però podríem apuntar que el bloc normatiu que s'ha configurat en aquests vints anys d'autonomia en matèria d'urbanisme i d'ordenació territorial es caracteritza per la presència de dos trets inqüestionables. Per una banda, un intent de contenció urbanística continuat en dos fronts: 1) la intervenció sobre els usos residencials i turístics a implantar en els àmbits de sòl de desenvolupament urbanístic i 2) el manteniment del caràcter residual per al sòl no urbanitzable amb la fixació de limitacions estrictes per a possibles expansions de desenvolupament en aquesta darrera categoria de sòl, de la qual se n'ha recuperat la tradicional denominació de rústic.

Per una altra banda, ens trobam amb una configuració institucional autonòmica exclusiva, en què els consells insulars es determinen com a ens de govern i d'administració de les illes, habilitats per l'article 39 de l'Estatut perquè assumeixin en el seu àmbit territorial les funcions executives i de gestió d'una llista prou extensa de matèries, entre les que figuren les d'ordenació del territori, les d'urbanisme i habitatge i les de medi ambient i ecologia, en el que ara ens interessa.

---

[1] La publicació (1996) de l'obra *Legislació d'ordenació del territori i urbanisme de les Illes Balears*, a càrrec de BLASCO ESTEVE, Avel·lí, per part de la Universitat de les Illes Balears és un exponent del nivell de normativa pròpia aprovada fins aleshores, sistematitzant el conjunt de disposicions de distint rang dictades en els diversos sectors de l'ordenament amb incidència en aquestes matèries.

La singladura normativa es va iniciar transcorregut només un any des de l'aprovació de l'Estatut, amb la Llei 1/1984, de 14 de març, d'ordenació i protecció d'àrees naturals d'interès especial, a la qual varen seguir la Llei 12/1988, de 17 de novembre, de camps de golf, i el Decret 75/1989, sobre criteris per a l'autorització d'edificis, instal·lacions i usos d'utilitat pública o d'interès social, que configuraren un primer bloc d'intervenció normativa en el sòl no urbanitzable. Podríem definir un primer moment en l'evolució normativa que arribaria fins a l'any 1989, quan es produeix també un desplaçament puntual de la legislació estatal en determinats aspectes, així com l'elaboració de diverses normes reglamentàries.

D'aquesta segona manifestació en són exponents la Llei 8/1988, d'1 de juny, d'edificis i instal·lacions fora d'ordenació, desplegada pel Decret 159/1989, de 28 de desembre, pel Decret 6/1987, de 5 de febrer, sobre denúncies de mora davant la Comissió Provincial d'Urbanisme —encara vigent—, i per l'interessant Decret 38/1987, de 4 de juliol, sobre recepció d'urbanitzacions per part dels ajuntaments.[2]

Com a balanç positiu d'aquesta primera etapa, que arriba fins a l'any 1989, podríem dir que vàrem assistir en un període de temps relativament breu a la fixació del marc de referència per a les polítiques d'ordenació territorial de les distintes administracions integrants de la comunitat autònoma mitjançant la Llei 8/1987, d'ordenació territorial (LOT), a la qual farem referència més endavant. Però, per una altra banda, hi ha una manca de qualsevol iniciativa legislativa dirigida a la introducció d'una regulació integral de l'ordenació urbanística de caràcter propi que desplaci a nivell general la legislació estatal supletòria.

Per tant, es podria haver considerat previsible que assistíssim tot seguit a la finalització d'un procés de degoteig normatiu i a l'inici d'una aproximació a un codi general urbanístic, ja fos des d'opcions innovadores o produint-se només l'adequació i l'adaptació de la normativa estatal. Contràriament, en l'etapa següent —que podríem enquadrar entre 1990 i 1999— la situació no va conduir a cap de les possibilitats apuntades, sinó que se segueix en una línia continuista en el que és aquest procés d'inflació normativa —ja característic avui.

És un exponent d'aquesta segona etapa la Llei 10/1990, de 23 d'octubre, de disciplina urbanística (LDU), dictada amb pocs dies de diferència entre l'efectivitat de l'atribució competencial a favor dels consells insulars —efectuada per la Llei 9/1990, que apuntarem més endavant— i que fou el primer cas d'iniciativa legislativa pel desplaçament de la normativa estatal en un àmbit més ampli i no puntual. Igualment s'aprova l'emblemàtica Llei 1/1991, de 30 de gener, d'espais naturals i de règim urbanístic de les àrees d'especial protecció[3],

[2] Aquesta darrera disposició reglamentària és analitzada per Gabriel CORTÉS CORTÉS a *La ejecución y recepción de las obras en las urbanizaciones de iniciativa particular*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

[3] Respecte de l'aplicació d'aquesta Llei i del conjunt sorgit en el marc de la seva predecessora, la Llei 1/1984, s'originà una jurisprudència constitucional aclaridora respecte de l'abast de la protecció terri-

modificada en múltiples ocasions dins la constant dinàmica de reformes sofertes a tota la normativa urbanística de distint rang a la nostra comunitat, i també la Llei 6/1997, de 8 de juliol, del sòl rústic, que va suposar l'aparició d'una norma de referència per al tractament d'aquest sòl pel que fa a la planificació i la fixació d'usos i activitats possibles. Vàrem assistir també a l'aprovació d'alguna llei peculiar, com fou el cas de la 1/1994, de 23 de març, sobre condicions de reconstrucció en sòl no urbanitzable d'edificis afectats per obres públiques, o a la normativa sobre serveis turístics en el medi rural que, també després de diverses disposicions reguladores, es troba contemplada bàsicament en el vigent Decret 62/1995.

També són exponents d'aquesta segona etapa normativa la regulació reglamentària sobre capacitats de població, que configura el Decret 2/1996, de 16 de gener, precedit de l'aprovació d'un importantíssim pla director sectorial, com va ser el de l'oferta turística de l'illa de Mallorca (Decret 54/1995, de 6 d'abril), que constitueix un exponent de referència —fins i tot en l'àmbit estatal— de les polítiques d'ordenació territorial amb vista a regular un sector estratègic fonamental a la nostra comunitat autònoma.[4] No seria fins a 1999 que es produí un nou punt d'inflexió de gran importància amb l'aprovació de dues normes legals: la Llei general turística i la Llei de directrius d'ordenació territorial.

La Llei 2/1999, de 24 de març, general turística, proclamà com el seu objecte l'ordenació i la promoció del turisme a les Illes Balears, així com la modernització de les infraestructures territorials i urbanístiques com a instruments essencials. Malgrat que no pretenia ser una norma de contingut urbanístic o territorial, provocà una gran repercussió en ambdós àmbits fixant unes determinacions coadjuvants a l'assoliment dels objectius de caire turístic. En la Llei general turística s'establí que els plans d'ordenació de l'oferta turística i els plans territorials poden determinar la densitat global màxima de població, delimitar zones turístiques i de protecció, fixar-ne la dimensió i les característiques, establir-hi paràmetres mínims de superfície, de volumetria, d'edificabilitat i d'equipaments, i assenyalar excepcions quan la ubicació o les característiques especials ho aconsellin. Introdueix igualment dues prescripcions vinculants per als planificadors: el principi d'ús exclusiu pels establiments d'allotjament i la previsió de la necessitat de baixa definitiva d'allotjament turís-

---

torial des de la competència autonòmica exclusiva en aquest àmbit i no només respecte de la legislació mediambiental. Com a articles doctrinals que analitzen la norma legal podem esmentar «El concepto de ley en el Derecho español actual (A propósito de la Ley 1/91 del Parlamento Balear, sobre espacios naturales y régimen urbanístico de las áreas de especial protección. ¿Un caso de ley singular?)» elaborat per César CIRIANO VELA a *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*. Saragossa: Kronos, 1995.

[4] *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, de SOCÍAS CAMACHO, Joana Maria, editat per la Universitat Carlos III de Madrid i el Boletín Oficial del Estado (2001), constitueix una obra de referència per situar el pla director sectorial dins el context global de l'ordenació del territori.

tic com a requisit per rebre una nova autorització turística, amb repercussions territorials evidents quant a la contenció d'aquest producte.[5]

Paral·lelament, el 3 d'abril de 1999 s'aprovà la Llei 6/1999, de directrius d'ordenació territorial, per complir la previsió de l'anterior Llei d'ordenació territorial (8/1987), evidentment amb un retard considerable respecte de la previsió temporal que aquesta havia programat. Amb l'aprovació prèvia de la Llei 6/1998, de 23 d'octubre, de mesures cautelars, i fins a l'aprovació de les directrius, l'any 1999 el legislador va apostar per atribuir al Govern de la comunitat autònoma tot el protagonisme de l'execució de la política territorial mitjançant els instruments de desenvolupament de les directrius legals, i deixà al marge la possibilitat de l'àmplia participació dels consells insulars en l'exercici d'aquestes competències de planificació. Aquest sistema canviaria radicalment a partir de l'any 2000.

Les directrius d'ordenació territorial varen suposar l'entrada en el panorama normatiu de l'instrument legal clau per a l'ordenació conjunta de la totalitat de l'àmbit territorial de les Illes Balears, partint —en primer lloc— de la definició del que es denominen «elements bàsics del territori», que fonamenten el model territorial que es pretén implantar. Es tracta de les àrees homogènies de caràcter supramunicipal, que coincideixen amb les illes de Mallorca, Menorca i les Pitiüses, cadascuna de les quals ha d'estar regulada per un pla territorial. En segon lloc, s'estableixen les àrees sostretes al desenvolupament urbà determinades pels terrenys preservats dels processos de desenvolupament urbanístic. Seguidament es varen definir les àrees de desenvolupament urbà i, en darrer terme, s'introduí el sistema d'infraestructures i equipaments però sense fer especial incidència en el sector turístic, precisament a causa de la coincidència temporal amb la redacció i l'entrada en vigor de la Llei general turística, la importància de la qual hem intentat apuntar més amunt.

En qualsevol cas, les directrius d'ordenació territorial produïren evidents efectes directes a causa que —a part de diferir el seu desenvolupament a la planificació corresponent— introduïen una quantitat enorme de disposicions d'aplicació immediata que incidiren en el sistema de contenció del creixement des que entraren en vigor. Va ser la regulació del sòl rústic com a element bàsic del territori i com a àrea sostreta al desenvolupament urbà allò que va permetre emmarcar el creixement urbanístic possible sobre aquest sòl en uns límits màxims que fixaren inicialment les mateixes directrius amb relació a uns percentatges de la superfície de sòl urbà i urbanitzable.

En definitiva, com a factor més significatiu de les directrius s'ha de destacar, sens dubte, la regulació del creixement, diferint al pla territorial corresponent —en el seu paper d'ins-

[5] En aquest sentit, vegeu «Planificación turística y planificación territorial: la necesidad de una convergencia» de RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María, dins *Ordenación y gestión del territorio turístico*. València: Tirant lo Blanch, 2002, on es posa justament a les Illes Balears com l'exponent d'un model d'inserció plena dels dos sectors de l'ordenament jurídic.

trument de desenvolupament de la norma legal— l'assignació del percentatge corresponent a cada municipi d'acord amb el model territorial que s'hi establia. En aquest sentit, el legislador va conformar un règim transitori d'aplicació del text articulat fins que els diferents instruments d'ordenació territorial fossin aprovats, per possibilitar que els ajuntaments puguin decidir —dins un marges molt concrets— els sòls per desenvolupar, però sense posar en perill els límits màxims de creixement que pretenia el model territorial.[6]

II. La configuració institucional.

Del règim de configuració institucional, amb la característica dualitat entre Govern autonòmic i consells insulars, cal destacar que la formalització de la transferència competencial a favor dels últims mitjançant normes de rang legal ha comportat que es defineixi un marc teòricament estable quant a l'exercici de les competències i ha assignat un protagonisme permanent dels ens de govern insular a l'hora de fixar les distintes polítiques executives sobre les matèries corresponents. Així doncs, ens trobam amb el fet que s'han descartat fórmules més peremptòries i de caràcter administratiu, com ara l'exercici de la gestió ordinària pels consells insulars de les competències de la comunitat o l'encàrrec de gestió que preveuen l'Estatut i la Llei de consells insulars (LCI).

També és significatiu que les competències es configuren com a transferides en ambdós casos i no com a delegades, cosa que comporta que aquestes atribucions suposin la cessió de la titularitat i de l'exercici de les competències, així com la consideració com a pròpies —per tant, exercides en règim d'autonomia i sota la responsabilitat insular pròpia. Les normes legals reguladores estableixen també un marge més que acceptable d'autonomia organitzativa per exercir les competències, principi que es recull expressament a la Llei 2/2001 i que es trasllada amb la nova Llei de consells insulars a la Llei 9/1990, amb diverses derogacions puntuals per tal de potenciar la seva autonomia plena en la gestió de la competència.

Això no obstant, s'ha de dir igualment que la conformació del conjunt de competències que sobre la matèria exerceixen actualment els consells insulars ve donada també pels

[6] És recomanable la lectura de les tesis de MENÉNDEZ REXACH, Ángel. «Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: Estado de la cuestión y algunas propuestas», dins *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* [Madrid:Montecorvo], núm. 200 (març 2003). En aquest treball, entre d'altres aspectes, en allò que ara interessa referit a la nostra comunitat autònoma es fa una anàlisi del principi de creixement sostenible i del model de les directrius d'ordenació territorial de les Illes Balears. S'al·ludeix igualment a un treball de qui subscriu relatiu al fet insular com a condicionant d'aquest creixement i la seva inserció en el marc de la Llei de directrius i la Llei del sòl rústic «El suelo rústico y los criterios de clasificación en la legislación de las Islas Baleares. El mantenimiento del caràcter residual en el marco de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones», dins *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 284 (setembre–desembre 2000).

efectes que han tengut una sèrie de lleis sectorials que regulen en un sentit ampli les matèries d'urbanisme i d'ordenació territorial i que han introduït títols d'intervenció d'índole diversa a favor d'aquest ens. Han estat els casos, per exemple, de la Llei de disciplina urbanística o de la Llei del sòl rústic.

Com a darrer tret característic, s'ha de destacar que en les normes d'atribució corresponents, el legislador no ha considerat oportú habilitar els consells insulars per exercir la potestat reglamentària normativa en les matèries, tal com possibiliten l'article 49.4 de l'Estatut i l'article 19 —apartats 1 i 2— de la Llei de consells insulars.[7] Només la LDU —en la disposició addicional— utilitza una estranya fórmula de difícil interpretació tot autoritzant «el Govern i els Consells Insulars a l'adopció, en el marc de les seves competències, de les disposicions reglamentàries necessàries per al desenvolupament i l'eficàcia d'aquesta Llei.».

1. Urbanisme.

Com ja hem anticipat, l'atribució de competències en matèria d'urbanisme i d'habitabilitat es va produir mitjançant la Llei 9/1990, de 24 de juny, òbviament en el marc regulador de l'anterior Llei 5/1989, de consells insulars. Com a dada prou significativa, va ser la primera de les competències pertanyents a la comunitat autònoma que es va atribuir als ens insulars per la via legislativa. El gruix fonamental de la competència atribuïda per l'anterior norma es complementa —com ja hem dit— per les assignades per altres normes de regulació material.

En l'article 3, la Llei 9/1990 va efectuar —malgrat l'atribució competencial genèrica— una reserva de competències i de funcions al Govern de la comunitat autònoma sobre la base que l'anterior LCI (com ara també la nova) disposa que les lleis d'atribució han de contenir necessàriament la determinació de les competències l'execució i la gestió de les quals s'atribueixin, l'especificació de les normes que les regulen i la determinació de les funcions concurrents i compartides —si n'hi ha— entre el Govern de la comunitat autònoma i els consells insulars, tot establint fórmules de cooperació entre ells.

Malgrat tot, les previsions que efectua la Llei 9/1990 es poden interpretar no tant des de l'òptica de reservar per al Govern un aspecte concret de la competència transferida com des del punt de vista d'establir mecanismes de control previ de les decisions que adoptin els consells i de coordinació administrativa, o mecanismes de control de les funcions que deriven del principi de territorialitat en l'exercici de la competència.

---

[7] Una aproximació a l'exercici d'aquesta potestat la realitza José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR en el treball «La potestat reglamentaria de los consejos insulares», publicat en el número 1 d'aquesta revista.

Així doncs, es preveuen fins a cinc funcions o competències reservades a la comunitat. (Cal tenir en compte que de la redacció inicial de la nova LCI es va eliminar el nomenament de representants en els òrgans resolutius i dictaminants dels consells, que era un mecanisme que en certa manera es configurava com una mena de control indirecte de l'activitat dels consells en les matèries transferides.) Es manté, en primer lloc, en l'àmbit del Govern la potestat reglamentària normativa amb relació a la matèria; en segon lloc, més com una tècnica de coordinació o d'informació que no pas de control, es manté l'emissió per part del Govern de la comunitat d'un informe preceptiu i no vinculant sobre l'aprovació definitiva d'instruments de planejament general i del plans especials que no siguin de desenvolupament.

Per raons de territorialitat, en tercer lloc s'atribueix al Govern la competència en les declaracions d'utilitat pública (ara «d'interès general») d'obres o instal·lacions en sòl no urbanitzable quan afectin l'àmbit de més d'un consell insular (que és un supòsit gairebé teòric). Com a quarta reserva, es confirma la competència autonòmica per emetre un informe preceptiu i no vinculant respecte dels estudis d'avaluació de l'impacte ambiental que hagin d'acompanyar les figures de planejament urbanístic, d'acord amb la normativa vigent a la nostra comunitat autònoma. En cinquè i darrer terme, es preveu com a competència autonòmica l'organisme de l'Arxiu Central d'Urbanisme, al qual els consells insulars hauran de trametre un exemplar de tot el planejament aprovat definitivament.

D'acord amb la doctrina que ha establert el Consell Consultiu de les Illes Balears, podem destacar també que, malgrat que la Llei 9/1990 no va efectuar una reserva expressa per al Govern autonòmic, s'ha d'entendre que hi resideix la competència prevista en l'article 180 del TRLS/76 i en l'article 244 (apartats 2 i 3) del TRLS/92, que permeten l'autorització de l'execució de projectes disconformes amb el planejament urbanístic en vigor per raons d'urgència o d'interès públic excepcional, des de l'òptica de considerar que aquesta competència no deriva tant de l'urbanisme com a títol d'habilitació sinó d'una mena de llegat del que en altres temps era una reserva de dispensació per raó d'un interès general que s'atribuïa a l'Estat i que el legislador va voler estendre a les comunitats autònomes.

2. Ordenació del territori.

L'atribució de competències en ordenació del territori s'ha de cercar també ja l'any 1990, ja que es pot entendre que la Llei 9/1990 va comportar l'atribució d'algunes figures o mesures d'intervenció supramunicipal previstes a la legislació sobre règim del sòl (bàsicament en el TRLS/76) que responien a les característiques del que avui s'entén per «ordenació territorial». Però en qualsevol cas, cal remuntar-nos a l'any 1987, amb la LOT com a antecedent immediat pel que fa a l'exercici de competències en la matèria per part dels consells. L'exposició de motius disposava que, estant prevista en l'article 39 de l'Estatut la possibilitat que assumissin en el seu àmbit territorial funcions executives i de gestió en

matèria d'ordenació territorial, aleshores es preveien obligadament aquestes funcions de conformitat amb la titularitat de competències vigent en aquell moment, però sense perjudici que disposicions legals posteriors l'acomodassin a una situació nova.

Aquesta previsió podria donar a entendre que en l'articulat de la Llei les competències en matèria d'ordenació territorial dels consells serien més aviat minses —per no dir nul·les— fins que es posassin en funcionament els mecanismes per exercir-les que es preveien en l'Estatut. Res més lluny de la realitat: malgrat que la LOT/87 establia un principi general d'assignació competencial al Govern de la comunitat, finalment es derivava a les previsions d'una altra llei determinar a quina entitat correspondria el protagonisme en l'elaboració dels instruments d'ordenació de naturalesa administrativa —que es podia assignar tant al Govern com als consells insulars depenent del que determinàs la futura llei de directrius d'ordenació territorial. La darrera paraula sobre qui es configuraria com l'administració competent per elaborar aquests plans era, doncs, del Parlament. Així, els articles 16, 20 i 26 de la LOT/87 disposaven que aquells instruments podrien ser elaborats per una o per una altra segons les especificacions de les directrius d'ordenació, i que es regulava igualment a la mateixa LOT la tramitació administrativa dels plans elaborats pels consells insulars, cosa que possibilita un sistema de competència compartida, que a la pràctica és idèntica a l'originada amb el planejament municipal, en què les aprovacions inicial i provisional corresponen als consells però el tràmit d'aprovació definitiva pertoca el Govern.

En el mateix sentit, la disposició transitòria de la LOT/87 permetia que, abans d'aprovar les directrius, els consells insulars poguessin redactar un pla d'ordenació territorial d'acord amb l'habilitació que a l'efecte el Parlament hauria d'atorgar de manera individualitzada. Sigui com sigui, aquest ampli marge de possibilitats per implicar els consells en la matèria no va tenir cap aplicació. A banda del retard en l'aprovació de les directrius legals fins a l'any 1999, aquestes varen optar finalment per enfortir el paper del Govern de les Illes Balears, al qual varen atorgar en exclusiva les competències d'elaboració i d'aprovació de tots els plans d'ordenació territorial.

En el context de vigència de l'anterior LOT es va generalitzar la creença que la Llei 9/1990 se cenyia estrictament als títols exclusius d'intervenció en matèria urbanística, ignorant que l'exercici de competències en una matèria determinada no és una qüestió nominal que necessiti la canalització exclusiva per una llei de transferències, sinó que les mateixes lleis reguladores del sector corresponent de l'ordenament jurídic de què es tracti poden crear títols d'intervenció.

És més: entenem que en certa mesura es va produir una situació inversa si atenem que en la legislació sobre règim del sòl —o, si es vol, el bloc de l'urbanisme reflectit en el TRLS/76, norma reguladora del sector material la competència del qual es va transferir per la Llei 9/1990— s'habilitava els consells insulars per exercir facultats identificables com d'ordenació territorial. En aquest ordre de coses, si bé la disposició final primera de la

LOT/87 va suprimir en el territori de la comunitat autònoma la figura dels plans directors territorials de coordinació prevists en l'article 6 i els concordants del TRLS/76 (és a dir, en una suposada llei estrictament «urbanística»), curiosament no va eliminar la figura de naturalesa territorial prevista en l'article 32 de la mateixa norma anomenada «plans de conjunt», la utilització de la qual va ser atribuïda als consells insulars mitjançant la Llei 9/1990, que amb les adaptacions de nivell orgànic corresponent permet elaborar un pla a instància d'un municipi o d'ofici per part del consell insular quan les necessitats urbanístiques d'un municipi aconsellessin l'extensió de la seva zona d'influència a una altra, aplicable també quan convengui ordenar urbanísticament una comarca.

Els objectius assignats a aquesta figura de planejament, sens dubte transferida als consells insulars, s'assimilen als que puguin tenir determinats instruments de planificació d'ordenació territorial, des del moment que es permetia efectuar una planificació urbanística comarcal per aquesta via.

De la mateixa manera, la utilització per part dels consells de les potestats de suspendre el planejament municipal i d'elaborar normes subsidiàries provisionals (previstes en l'article 51 del TRLS/76) no es podria entendre sense un component de valoració supramunicipal. Recordem que aquesta competència igualment la va transferir la Llei 9/1990 i que indirectament la va revalidar la mateixa Llei de directrius d'ordenació territorial. Aquest fet —que la segona llei insígnia dictada per a l'ordenació del territori vulgui regular la institució de la suspensió de planejament urbanístic mantenint-la en seu insular— implica un reconeixement explícit que la seva utilització ha de tenir un vessant que incideix en l'ordenació del territori.

En el context històric que va des de 1987 a 2000, caracteritzat d'alguna manera per l'escàs —per no dir nul— ús de la potencialitat d'intervenció que en la matèria podien desenvolupar els consells insulars, va resultar paradoxal la previsió que va efectuar la disposició addicional primera del Decret 54/1995, de 6 d'abril, que aprovà definitivament el Pla d'ordenació de l'oferta turística de l'illa de Mallorca. Aquest pla director sectorial contempla el deure d'adaptació del planejament urbanístic municipal a les seves determinacions, en tot cas en un termini màxim d'un any, establint per al supòsit que aquesta adaptació no es produís una competència expressa per al Consell Insular de Mallorca perquè se subrogués en les competències municipals per a la seva redacció i tramitació, podent a aquest efecte sol·licitar del Govern de la comunitat autònoma l'arbitri de les mesures de suport tècnic i econòmic que resultessin necessàries per a la formulació i tramitació efectives.

Curiosament, l'Administració de la comunitat autònoma —que, teòricament segons alguns, és titular en exclusiva de la competència sobre ordenació territorial— va atribuir a l'Administració insular una potestat de subrogació que la mateixa LOT/87 només preveia per al Govern autonòmic, ja que en aquest sentit s'expressava l'article 23.3 de la norma

legal derogada. Difícilment es podria justificar la tècnica emprada en aquest pla director sectorial per atribuir potestats als ens insulars per via de decret en contra de les disposicions de la Llei d'ordenació territorial si no es consideràs implícit un component d'ordenació territorial transferit ja per la Llei 9/1990.

Però el marc legislatiu actual —a partir de la nova Llei 14/2000, de 21 de desembre, d'ordenació territorial— suposa un replantejament de la situació. Com ja s'ha anat anticipant, el marc institucional vigent quant a l'exercici de la competència en la matèria és radicalment distint, i la seva definició culmina amb la Llei 2/2001, de 7 de març, d'atribució de competències als consells insulars en matèria d'ordenació del territori. Diem que l'anterior norma legal suposa la culminació del procés d'atribució competencial perquè el procés d'atribució competencial assumeix aquest canvi radical (almenys parcialment) a partir de la nova Llei 14/2000, de 21 de desembre, d'ordenació territorial, que deroga expressament la seva predecessora.

En l'exposició de motius de la nova LOT, en allò que ens interessa ara hi destaquen les consideracions que fa el legislador, que per una banda avancen el canvi de plantejament del paper de les distintes figures d'ordenació territorial i, per una altra, anticipen igualment el nou marc competencial. L'incís següent resumeix aquest segon aspecte: «La configuració de l'arxipèlag facilita que cada una de les illes dugui a terme l'ordenació del seu territori de manera autònoma a través de les institucions pròpies, i que el Govern de les Illes Balears esdevingui garant dels aspectes de l'ordenació que transcendeixin l'àmbit insular. En aquest sentit, la nova legislació d'ordenació territorial ha de fixar el marc adequat per a la transferència de competències als consells insulars en aquesta matèria i ha de dissenyar, en els aspectes bàsics, els fonaments d'una política territorial coordinada i integradora.»

Es manté en el nou text la figura de les directrius d'ordenació territorial —l'aprovació de les quals correspon al Parlament— com a culminació d'un procediment d'elaboració realitzat pel Govern de la comunitat fins a la fase de presentació del Projecte de llei. No obstant això, fins i tot en aquest instrument l'elaboració del qual es reserva a la comunitat autònoma, es preveu legalment una àmplia participació dels consells insulars des del tràmit inicial.

La nova LOT avança la transferència dels instruments de desenvolupament de les directrius. En el cas dels plans territorials, estableix que correspon al consell insular respectiu elaborar, aprovar, revisar i modificar aquests instruments, configurant-se doncs com l'única i exclusiva Administració competent. Pel que fa als plans directors sectorials, preveu que els han d'elaborar i aprovar els consells insulars quan ho prevegin les lleis d'atribució de competències. En els altres casos l'elaboració i l'aprovació, en desenvolupament de les directrius d'ordenació territorial, corresponen al Govern de les Illes Balears. Per extensió, s'atribueixen també les competències en l'elaboració i l'aprovació de les normes territorials cautelars corresponents.

El procés culmina, de moment, mitjançant la Llei 2/2001, de 7 de març, d'atribució de les competències en matèria d'ordenació del territori. Com ens diu el legislador en l'exposició de motius d'aquesta darrera norma, correspon a la LOT determinar el paper del conjunt d'institucions i d'ens públics que exerceixen competències en aquesta matèria. D'una manera clara, aquesta remarca suposa un reconeixement de l'anticipació en la definició d'àmbits d'intervenció o, més pròpiament, una assignació de funcions realitzada per una norma reguladora dels instruments i de les polítiques territorials, per una llei sectorial en definitiva.

Igualment, sense esmentar expressament la nova Llei de consells insulars, manifesta que en l'estat actual de l'evolució del nostre sistema administratiu és necessari adequar les polítiques territorials a la posició cada vegada més rellevant dels consells insulars[8]. La potenciació d'un model descentralitzat que permeti la gestió autònoma dels interessos propis de cada illa —realitzada, a més, des d'una administració més pròxima als ciutadans— ha de quedar reflectida en l'atribució de competències d'elaboració i d'aprovació de determinats instruments d'ordenació territorial, sense perjudici de les funcions coordinadores de les instàncies autonòmiques.

En el mateix ordre de coses, el legislador considera que tot això ha de fer possible que les institucions pròpies de cada illa puguin desenvolupar un model territorial propi en l'àmbit respectiu, sense perjudici de la posició que, d'acord amb el text estatutari, correspon al Govern i a l'Administració de la comunitat autònoma. Així doncs, en el nou context que deriva de les disposicions anteriors, la Llei 2/2001 —article 1— atribueix als tres consells insulars (d'acord amb l'article 39 de l'Estatut d'autonomia i ja amb el caràcter de pròpies) una sèrie de competències en el marc del que disposa la legislació d'ordenació territorial.

Pel que fa a l'atribució respecte dels plans territorials insulars, només cal remarcar la importància que suposa l'assignació competencial a través d'una llei d'atribució, ja que —a diferència de les funcions o potestats conferides per una llei de regulació material com és la LOT— el seu rescat per part de la comunitat autònoma en aquest moment només podria dur-se a efecte a través del procediment legislatiu específic previst per a les lleis de transferència i delegació, amb intervenció prèvia de la Comissió Tècnica Interinsular prevista en l'Estatut d'autonomia.

Amb relació als plans directors sectorials i seguint les pautes predeterminades per la LOT, s'atribueixen igualment competències relatives a l'elaboració i l'aprovació de fins a cinc

[8] Una anàlisi de les línies de l'evolució en l'organització dels consells insulars, fins a la fase de l'Avantprojecte de llei de la vigent llei reguladora, la trobam a *Veinticinco años de autonomía balear*, de COLOM PASTOR, Bartomeu. Madrid: Marcial Pons; Institut d'Estudis Autonòmics; Universitat de les Illes Balears, 2001. Igualment la recentment publicada obra *Cuatro estudios sobre la Ley de Consejos Insulares*, editada per l'Institut d'Estudis Autonòmics (2003), aborda l'estudi del nou text legal, amb les aportacions de PAREJO ALFONSO, Luciano; BLASCO ESTEVE, Avel·lí; TORRES BONET, M.L., i BAÑO LEÓN, J.M.

plans directors sectorials d'àmbit insular, als quals en aquests moments cal afegir el pla director de carreteres que assigna la recent llei de transferència en la matèria. Es confirma igualment per a tots dos tipus de plans la competència per elaborar i aprovar normes territorials cautelars.

Com a punt nou, l'apartat 5 de l'article 1 atribueix com a competències pròpies determinades facultats de caràcter executiu que la vigent Llei 6/1999, de 3 d'abril, de directrius d'ordenació territorial (LDOT), havia assignat al Govern de les Illes Balears. Segons el que el legislador ens diu en l'exposició de motius, convé atribuir-les ara als ens insulars d'acord amb els plantejaments descentralitzadors de la nova legislació d'ordenació territorial. Aquesta previsió concreta suposa l'assignació de quatre facultats executives de certa transcendència:

a) l'aplicació de la disposició transitòria quarta, relativa als límits legals al creixement en sòl urbà o urbanitzable i la seva modificació per causes justificades;
b) les derivades de la disposició transitòria sisena, que atribueix als consells insulars la competència per permetre mantenir la condició de sòl urbanitzable a determinats terrenys on concorrin una sèrie de condicions;
c) les facultats establertes en la disposició transitòria setena quant a la priorització de terrenys als efectes mantenir la classificació de sòl urbanitzable dins els límits de creixement de la disposició transitòria quarta;
d) l'última competència de caràcter executiu de les previstes en la LDOT que resulta transferida és la prevista en la disposició transitòria dotzena, que faculta per delimitar les zones definides per les projeccions ortogonals en absència de pla territorial insular.

Finalment, el punt 6 de l'article 1 de la Llei 2/2001, comporta la transferència com a competència pròpia dels consells insulars l'atorgament d'autoritzacions referides a obres, instal·lacions i activitats permeses dins la zona de servitud de protecció prevista en la legislació de costes, i també l'exercici de la funció inspectora i de la potestat sancionadora inherents a aquesta actuació. Però la transferència no deixa de ser parcial, ja que la facultat d'autorització se circumscriu a les que s'hagin de produir en terrenys la classificació urbanística dels quals sigui la de sòl urbà, urbanitzable o amb una categoria equivalent.

Com a potestats o funcions que es reserven al Govern i a l'Administració de la comunitat autònoma es fixen:

a) En primer lloc, com ja hem avançat, l'exercici de la potestat reglamentària externa en desenvolupament de la legislació d'ordenació territorial.
b) Correspondrà igualment a la comunitat autònoma emetre informes preceptius en els procediments d'elaboració i aprovació dels plans territorials insulars i en els dels plans directors sectorials per a l'elaboració i l'aprovació dels quals resultin competents els consells respectius, entenent-se que per extensió les possibles normes

territorials cautelars prèvies a aquests instruments es troben igualment subjectes al tràmit d'informe.

c) Sens dubte és reiterativa la previsió del punt 3 de l'article 5, que estableix la competència de la comunitat autònoma per a l'elaboració i aprovació dels plans directors sectorials, prevists en les directrius d'ordenació territorial, quan això no correspongui als consells.

d) Entenem que, sense poder-se conceptuar com una competència reservada sinó més aviat com un títol d'intervenció derivat de la transferència competencial en si mateixa, s'atribueix a la comunitat autònoma la facultat d'emetre informes previs a les autoritzacions d'obres o instal·lacions dins la zona de servitud de protecció de la legislació de costes, quan afectin béns integrants del patrimoni de la comunitat autònoma i ports esportius de refugi o no, qualificats d'interès general.

e) Per una altra banda, aquesta tècnica de coordinació o cooperació té la seva contrapartida en la previsió de l'article 2 de la Llei d'acord, amb la qual en els procediments de delimitació del domini públic prevists en la legislació de costes es configura un deure per a la comunitat autònoma que els informes que la seva Administració emeti han d'anar precedits d'una consulta al consell insular respectiu, per un termini de quinze dies, quan la delimitació afecti terrenys classificats com sòl urbà o com sòl urbanitzable o amb una categoria equivalent. D'aquesta manera es fa partícip el consell insular corresponent d'una potestat d'informe que la Llei de costes reserva a la comunitat autònoma en el procediment de delimitació per part de l'Administració de l'Estat del domini públic marítimoterrestre.

f) Finalment, s'assigna a la comunitat autònoma la competència per elaborar i aprovar els instruments per a l'ordenació del litoral prevista en la legislació de costes, pel que es refereix a la zona de domini públic marítimoterrestre.

III. Relacions entre els consells insulars i l'Administració autonòmica.

Tal com estableix l'article 30.c de la Llei 8/2000, de consells insulars, les lleis de transferència corresponents han d'especificar les competències o les funcions que es reserven al Govern de les Illes Balears. S'ha d'aclarir que aquesta previsió és nova respecte de l'article 22 de la derogada Llei 5/1989, que no establia tal previsió, encara que sí resulta coincident la necessitat de determinar en la norma de transferència, si escau, les funcions concurrents i compartides entre el Govern de la comunitat autònoma i els consells insulars, establint les formes de cooperació entre ells.

En qualsevol cas, la regulació utilitzada en les lleis 9/1990 i 2/2001 és imperfecta, ja que es posa de manifest una patent asistemàtica en l'establiment de les anteriors previsions perquè, per una banda, es reiteren mecanismes que s'estableixen en altres preceptes o disposicions i, per una altra, s'entremesclen la regulació de les funcions reservades al Govern

i a l'Administració autonòmica i figures de cooperació o, fins i tot, de control administratiu de diversa índole.

Això últim era el cas de la Llei 9/1990, en la qual s'introduïen (art. 3) dues tècniques de control sota una fórmula de reserva de competències al Govern autonòmic, una d'elles derogada per la Llei 8/2000, relativa al nomenament de representants amb veu i vot en els corresponents òrgans dictaminants i resolutius dels consells insulars, i la segona —que continua vigent— sobre l'emissió d'un informe previ a l'aprovació definitiva d'instruments de planejament general o especial (si bé aquesta última es tracta d'una fórmula de control relatiu més propera a una tècnica de coordinació).

1. Potestats genèriques de control.

Derogades les tècniques intervencionistes encobertes sota una reserva de funcions, respecte a les dues matèries tractades (urbanisme i ordenació del territori) hem de dir que les lleis de transferència corresponents, en el marc de la nova LCI, no han considerat procedent establir o mantenir tècniques o fórmules de control específiques.

Per parlar de potestats de control hem d'acudir als mecanismes prevists en l'article 36 de la Llei 8/2000, ideats amb vista a assegurar únicament la legalitat i l'eficàcia en l'exercici de les competències transferides, d'acord amb l'article 40.2 de l'Estatut d'autonomia. Ens referim concretament a la supervisió per part del Govern autonòmic de l'actuació dels consells en la gestió de les competències transferides, amb la potestat intrínseca de proposar al Parlament l'adopció de mesures. Aquesta potestat es podrà utilitzar així mateix una vegada efectuada l'anàlisi de les memòries de gestió anual de les competències, relatives als nivells i a la qualitat de funcions i serveis prestats.

2. Mecanismes de coordinació.

Referent al segon nivell de tècnica de relació interadministrativa que preveu la Llei 8/2000 —és a dir, les possibles formes de coordinació de l'actuació dels consells insulars—, cal dir que no han estat previstes expressament en les lleis de transferència analitzades. Recordem que la llei marc de referència regula en el seu article 31 les condicions d'acord amb les quals el Govern autonòmic podrà coordinar l'exercici de competències transferides, i per a això exigeix que hi concorrin dos requisits previs:

a) que l'activitat o el servei transcendeixi l'àmbit dels interessos propis dels consells insulars
b) que incideixi en els interessos de la comunitat autònoma o els condicioni de manera rellevant.

No ha estat el cas de les lleis 9/1990 i 2/2001, perquè s'hi omet qualsevol previsió amb vista a fixar directrius, aprovar plans o programes sectorials de coordinació de competències o crear òrgans mixts. Perquè aquestes accions siguin viables, la LCI condiciona que s'espe-

cifiquin en la llei de transferència corresponent. En aquest ordre de coses remarcam que la Llei 2/2001 no crea estrictament un òrgan mixt de coordinació quan esmenta la Comissió de Coordinació de Política Territorial, ja que es tracta d'un òrgan creat prèviament en la LOT la regulació del qual també ha estat objecte de desenvolupament reglamentari.

Efectivament, l'article 34 de la LCI disposa que, per coordinar les competències a què es refereix la secció primera del capítol II del títol IV, en les lleis de transferència corresponents es podran crear òrgans de col·laboració entre les diferents administracions afectades, tot determinant-ne sempre la composició, el funcionament, les funcions i els àmbits materials i territorials d'actuació.

Al contrari del que pot semblar a primera vista, la Llei 2/2001 s'aparta de la previsió general de la LCI, ja que l'òrgan de coordinació de competències no es crea en la mateixa llei de transferència, sinó per remissió a una altra norma, ja que en l'article 6.1 estableix que la coordinació de l'actuació de les administracions autonòmica i insular s'ha de dur a terme preferentment mitjançant la Comissió de Coordinació de Política Territorial, regulada en la LOT. En qualsevol cas, el legislador podria haver precisat que aquesta coordinació d'actuació administrativa es refereix a les matèries que són l'objecte de la transferència.

Aquest òrgan de coordinació es regula en l'article 4 de la LOT, que transcrivim íntegrament:

«1. Correspon a la Comissió de Coordinació de Política Territorial vetllar per la coordinació necessària de les actuacions territorials de les distintes administracions públiques.

»2. Són funcions de la Comissió:

a) Participar en els procediments d'elaboració dels instruments d'ordenació territorial mitjançant l'emissió d'informes.

b) Emetre informe, amb caràcter preceptiu, en relació als avantprojectes de disposicions reglamentàries que hagin de dictar-se en execució d'aquesta llei.

c) Formular recomanacions i propostes als òrgans competents en la matèria objecte d'aquesta llei.

d) Facilitar la col·laboració entre les administracions competents i, especialment, l'intercanvi d'informació tècnica.

e) Promoure l'elaboració d'estudis.

f) Qualsevol altra de determinada per la llei.

»3. Formen la Comissió:

a) Sis membres en representació del Govern de les Illes Balears.

b) Dos membres en representació del Consell Insular de Mallorca.

c) Dos membres en representació del Consell Insular de Menorca.

d) Dos membres en representació del Consell Insular d'Eivissa i Formentera.

»4. El Govern de les Illes Balears en regularà per decret l'organització i el funcionament.»

Per tant, deduïm que la Llei 2/2001 s'aparta del mandat de l'article 34 de la LCI en el punt concret de la regulació del funcionament de l'òrgan de coordinació, que s'hauria d'haver previst expressament en la mateixa llei de transferència. En qualsevol cas, en les línies bàsiques pot ser acceptable la tècnica de remissió a la LOT, per la qual va optar finalment el legislador, tal vegada en un afany d'evitar una proliferació excessiva d'òrgans interadministratius —per una altra banda, cada vegada més abundants en el nostre complex sistema autonòmic.

És destacable que la nova Llei 14/2000, seguint l'esperit de la recent LCI, es refereixi en la seva exposició de motius al reforç dels mecanismes de coordinació i cooperació entre les distintes administracions competents modificant a aquest efecte la composició i les funcions de la Comissió de Coordinació de Política Territorial, on estan representats el Govern i cada consell insular amb una composició paritària. A diferència de la regulació en la composició d'aquest òrgan que feia la norma predecessora —la derogada Llei 1/1987, d'1 d'abril, en què els consells insulars es trobaven en situació d'inferioritat respecte dels representants de totes les conselleries del Govern autonòmic—, actualment el legislador ha disposat una composició paritària efectiva. El desenvolupament reglamentari de la seva organització i del seu funcionament s'ha efectuat mitjançant el Decret 13/2001, de 2 de febrer, modificat pel Decret 74/2001, de 25 de maig.

3. Tècniques de cooperació.

En un tercer nivell de les tècniques jurídiques de relació entre les administracions insular i autonòmica en les matèries que ens ocupen, se situarien les de cooperació. Hem anticipat la sistemàtica deficient utilitzada a l'hora d'encasellar les diferents fórmules previstes i el seu caràcter de funcions reservades en alguns casos.

La Llei 9/1990 estableix com a fórmules de cooperació diversos mecanismes que, al nostre entendre, no es poden considerar així. En aquest sentit, abans d'enumerar-los en l'article 4, la Llei recorda la vigència del principi de coordinació general a què es refereix el capítol VI de la Llei 5/1989, de 13 d'abril[9], i després hi estableix unes mal denominades «fórmules de cooperació», que passam a examinar.

En l'article 4.1 de Llei 9/1990 s'estableix que la comunitat autònoma i els consells insulars han d'acordar els mecanismes de col·laboració i d'informació mútua adequats en les matèries que són l'objecte de la transferència en urbanisme i habitabilitat. Segons el nostre criteri, aquest apartat de la norma no es correspon amb l'enunciat general de l'article, ja que no s'hi estableix cap tècnica de cooperació, sinó que es deixa a les administracions implicades llibertat total per establir mecanismes de col·laboració i informació. Per tant, la

[9] A hores d'ara hem d'entendre aquesta referència a la secció 1a del capítol II del títol IV de la vigent Llei 8/2000.

concreció de fórmules que hi acordin els consells i l'Administració autonòmica no serà res més que una manifestació dels principis rectors de les relacions entre les administracions públiques que preveuen l'article 3.2 de la LRJPAC i també l'article 4.1.c de facilitar informació precisa sobre l'activitat desenvolupada en l'exercici de la competència.

Hem de fer la mateixa crítica dels apartats 2 i 3 del precepte, ja que continuen considerant com a fórmules de cooperació:

> «2. A efectes purament informatius, els Consells Insulars comunicaran a la Comunitat Autònoma les inscripcions en el Registre d'Entitats Urbanístiques Col·laboradores i en el Registre de Catàlegs previst en la Llei sobre el Règim del Sòl i Ordenació Urbana.
>
> »3. Les respectives Comissions Insulars d'Urbanisme traslladaran a la Comunitat Autònoma en el termini màxim de quinze dies, les resolucions sobre Plans Generals, Normes Subsidiàries de planejament i Plans Especials que no siguin en desenvolupament de planejament general, adjuntant un exemplar del Pla objecte de resolució, als oportuns efectes jurídics.»

Com veiem clarament, no es tracta de fórmules de cooperació sinó només d'establir deures de comunicació en la mateixa norma legal. En el primer supòsit, es disposa que la comunicació és a efectes purament informatius; en el segon, en canvi, es preveu «als oportuns efectes jurídics». Malgrat aquests termes, entenem que el deure de comunicació en cap cas és un requisit per a la validesa o l'eficàcia del planejament aprovat, però en certa manera amaga una forma de control camuflada i no una relació de cooperació.

Aturant-nos a analitzar detalladament l'article 4.3, resulta que el deure de trasllat de les resolucions de la Comissió Insular d'Urbanisme (o de l'òrgan que en l'actualitat prevegi el corresponent reglament orgànic) es preveu en relació amb qualsevol resolució que s'adopti (i no només de les aprovacions) sobre plans generals d'ordenació, sobre normes subsidiàries de planejament o sobre plans especials que no siguin de desenvolupament. En definitiva, també s'hauran de notificar a la comunitat autònoma els acords o les resolucions de suspensió de l'aprovació, de denegació i d'aprovació definitiva amb prescripcions o sense, i s'hi haurà d'adjuntar sempre un exemplar del pla que és l'objecte de la resolució.

Es tracta d'un deure distint al que hem observat que preveu l'article 3.6, ja que la comunitat autònoma es reserva la competència sobre l'arxiu central d'urbanisme, en el qual s'imposa l'obligació de trametre un exemplar de tot el planejament aprovat definitivament pels consells insulars o les seves comissions d'urbanisme, cosa que comporta incloure-hi els plans parcials d'ordenació i no només el planejament general o especial.

Per això pensam que tal vegada el legislador, en establir el deure que preveu l'article 4.3, es volia referir pròpiament al trasllat de l'acte administratiu final del procés previst en l'article 132 del Reglament de planejament urbanístic, és a dir, concretament la corresponent resolució aprovatòria o denegatòria del planejament general o especial, adjuntant-hi un

exemplar diligenciat degudament de l'instrument d'ordenació «als efectes oportuns». Per una banda, aquests efectes podrien ser la realització d'un control de legalitat utilitzant la hipotètica impugnació dels acords en la via contenciosa administrativa quan poguessin vulnerar l'ordenament jurídic i produir una invasió de competències de l'àmbit de la comunitat autònoma, ja que tractant-se de competències transferides i no delegades, no és admissible una potestat de revisió en la via administrativa per part de la comunitat autònoma. Per una altra banda, es pot trobar una explicació a aquest mandat a l'efecte que l'Administració de la comunitat autònoma pugui contrastar el resultat final del procés amb l'informe emès prèviament en el tràmit de l'article 2.3 de la Llei sobre els mateixos tipus de plans objecte del deure de comunicació.

Així doncs, a pesar de la seva literalitat, no té gaire sentit entendre que l'article 4.3 comporta necessàriament la notificació dels actes administratius de tràmit a la comunitat autònoma, sinó més aviat i en qualsevol cas dels actes o dels acords finalitzadors del procediment. Però, reiterant la crítica que venim fent quant a la tècnica legislativa, s'ha omès la previsió de la contingència del possible plantejament d'un recurs en la via administrativa contra els actes dels consells insulars sobre l'aprovació o la denegació de l'aprovació del planejament. Pensem que amb motiu d'aquesta eventualitat és possible variar el contingut de la resolució o de l'acord i, derivadament, de les determinacions de l'instrument de planejament corresponent. No es va preveure aquest factor, encara que hauríem d'interpretar que si la llei preveu un deure inicial igualment s'hauria d'entendre —per aplicar el principi de lleialtat institucional— l'existència del deure de notificar a la comunitat autònoma la resolució que recaigués sobre el recurs plantejat en la via administrativa davant l'Administració insular.

La regulació de les relacions de cooperació s'ha fet de manera més correcta tècnicament en la Llei 2/2001, precisament per la seva simplicitat. Sobre aquest punt, en l'article 6.3 s'estableix que, sense perjudici de la coordinació que es dugui a terme en el si de la Comissió de Coordinació de Política Territorial, el Govern de les Illes Balears i els consells insulars han d'acordar els mecanismes de cooperació tècnica, jurídica, econòmica i d'informació mútua que considerin adequats, en relació amb les matèries transferides en ordenació territorial.

Amb aquesta fórmula clara i senzilla es produeix una remissió cap a la idea general de cooperació interadministrativa i d'intercanvi d'informació previst tant en els articles 24 i 35 de la LCI com en l'article 4 de la LRJPAC. Per tant, es podran concretar dins un ampli ventall de possibilitats mitjançant òrgans de composició mixta, consells assessors, convenis o consorcis amb la resta d'administracions territorials o institucionals amb competències concurrents, etc. Els mecanismes de cooperació podran ser, per consegüent, tots els admissibles en dret i no només els prevists amb caràcter general en el capítol III del títol IV de la LCI.

4. Coordinació en l'exercici de la potestat reglamentària i de planificació a la Llei 2/2001, de 7 de març.

Malgrat que tant en l'urbanisme com en l'ordenació del territori s'ha optat per no transferir als consells insulars l'exercici de potestats reglamentàries normatives, l'article 6.2 de la Llei 2/2001 introdueix un requisit per exercir-les, que vincula no solament el Govern autonòmic, sinó també la resta d'administracions públiques. En concret, es preveu com a mandat del legislador cap a les administracions competents el deure d'adoptar les mesures necessàries per fer efectiva la participació de la resta d'administracions territorials de les Illes Balears en els procediments d'elaboració de disposicions de caràcter general, inclosos els instruments d'ordenació legalment prevists.

Es dedueixen clarament dues conseqüències del precepte anterior:

a) Comporta per a l'Administració de la comunitat autònoma que en el procediment d'elaboració de disposicions de caràcter general s'haurà de fer efectiva la participació dels consells insulars i dels ajuntaments —com a administracions afectades directament— i també de l'Administració general de l'Estat a les Illes Balears. Pel que fa als consells insulars, aquesta norma de la Llei 2/2001 suposa remarcar per a la comunitat autònoma el deure que envers aquests ens es disposa en l'article 19.3 de la LCI en tant que l'exercici de la potestat reglamentària externa sobre les matèries transferides o delegades, s'haurà de produir evacuant les consultes corresponents amb els consells durant el procés d'elaboració del reglament, a fi d'harmonitzar els diferents interessos públics implicats. El deure de consulta previ es determina igualment a l'article 45.1 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, contemplant en el procés d'elaboració de disposicions administratives que l'òrgan responsable de la tramitació adoptarà les mesures que facin possible la participació dels ajuntaments i dels consells insulars en el procediment quan el projecte de disposició afecti a les competències d'aquests ens.

b) L'article 6.2 de la Llei 2/2001 suposa l'extensió del deure en els procediments d'elaboració dels «instruments d'ordenació legalment prevists», amb què el legislador vol referir-se evidentment als instruments d'ordenació d'índole territorial. Per tant, aquesta segona conseqüència del precepte és la reafirmació d'un dret de les administracions territorials ja recollit en la LOT: l'administració competent per elaborar un instrument d'ordenació (el Govern de les Illes Balears o el consell insular corresponent) ha d'oferir una participació a l'administració autonòmica no redactora del pla i també als ajuntaments afectats i a l'Administració de l'Estat. Aquesta participació genèrica que recorda la llei de transferència es plasma en els articles 7, 10 i 13 de la LOT i s'articula a través del mecanisme de sotmetre a un informe preceptiu la proposta dels instruments d'ordenació a les administracions territorials referides.

En la mateixa línia, cal recordar la vigència de determinada legislació bàsica, en concret l'article 113 del TRLS/92, que comporta que en els processos d'elaboració de planificació territorial en qualsevol cas s'haurà d'assegurar el tràmit d'informació pública i d'audiència a l'Administració de l'Estat en els aspectes que siguin de la seva competència, i a les entitats locals afectades. Reforcen encara més aquesta prescripció distintes disposicions addicionals —una mica amagades— de la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques, més concretament la seva disposició addicional segona, que preveu que l'Administració general de l'Estat, en l'exercici de les seves competències, ha d'emetre un informe en la instrucció dels procediments d'aprovació, de modificació o de revisió dels instruments de planificació territorial i urbanística que puguin afectar l'exercici de les competències estatals

COMENTARIS I NOTES

COMENTARIS I NOTES

VEINTE AÑOS (1983-2003) DE CONFLICTIVIDAD CONSTITUCIONAL ENTRE EL ESTADO Y LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS

Pedro A. Aguiló Monjo
Jefe del Departamento del Área Contenciosa y Constitucional de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears

I. Resumen estadístico. *1. Recursos de inconstitucionalidad; 2. Conflictos constitucionales de competencia; 3. Cuestiones de inconstitucionalidad; 4. Recursos de amparo; 5. Conflictos en Defensa de la Autonomía Local.* **II. Conclusiones generales.** *1. Importancia relativa de la conflictividad asumida por las Illes Balears; 2. Disminución progresiva de la litigiosidad; 3. La debatida diferencia entre los conflictos constitucionales de competencia y la vía de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.*

I. Resumen estadístico.

De la enumeración del artículo 2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, se desprende que el Tribunal Constitucional conocerá, entre otros supuestos, de recursos de inconstitucionalidad, conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de amparo constitucional y conflictos en defensa de la autonomía local. Veamos resumidamente la conflictividad constitucional que se ha producido entre el Estado y la Comunidad Autónoma de les Illes Balears en los veinte años (1983-2003) de existencia de esta última.

1. Recursos de Inconstitucionalidad.

De los 27 recursos de inconstitucionalidad entablados, 15 lo han sido por el Estado contra leyes del Parlamento Balear y 12 por la Comunidad Autónoma contra leyes del Estado.

Para poder examinar la evolución histórica de la conflictividad conviene comprobar su distribución por años.

- 1985: El Estado interpuso el recurso de inconstitucionalidad nº 184/1985 contra la Ley 6/1984, de 15 de noviembre, del **Consejo Asesor de RTVE**, que terminó por desistimiento del Estado a la vista de que la Ley 6/1985 modificó los apartados a) y g) del artículo 3, que eran los impugnados.
  La Comunidad Autónoma formuló el recurso de inconstitucionalidad nº 977/1985 contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de **Aguas**, que dio lugar a la Sentencia de estimación parcial nº 227/1988, de 29 de noviembre.
- 1986: El recurso de inconstitucionalidad nº 955/1986 interpuesto por el Estado contra la Ley 3/1986, de 19 de abril, de **Normalización Lingüística** en las Illes Balears, dio lugar a la Sentencia nº 123/1988, de 23 de junio, que declaró inconstitucionales el artículo 5.2, el segundo inciso del artículo 7.1, el artículo 13 y el artículo 20.2.
- 1987: El Estado interpuso el recurso de inconstitucionalidad nº 356/1987 contra el artículo 12.2 de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, de **Régimen Electoral** de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que fue desestimado por la Sentencia nº 45/1992, de 2 de abril, y el recurso de inconstitucionalidad nº 744/1987 contra determinados artículos de la Ley 1/1987, de 18 de febrero, de la **Sindicatura de Cuentas** de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que terminó por Auto de 21 de marzo de 1991, que tuvo por desistido al Gobierno de la Nación.
- 1988: La Comunidad Autónoma de las Illes Balears, junto con otras, impugnó, mediante el recurso de inconstitucionalidad nº 556/1988, los artículos 119 y 123, así como determinadas partidas presupuestarias de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de **Presupuestos Generales del Estado** para 1988, que fue parcial-

mente estimado por la Sentencia nº 68/1996, de 18 de abril, que declaró la inconstitucionalidad del inciso "oídas las Comunidades Autónomas", de la regla segunda del artículo 153 de la **Ley General Presupuestaria** y de determinadas partidas presupuestarias. Interpuso, también junto con otras Comunidades Autónomas, el recurso de inconstitucionalidad nº 1708/1988 contra la Ley 22/1988, de 28 de julio, de **Costas**, que fue estimado parcialmente mediante Sentencia 149/1991, de 4 de julio.

- 1989: El Estado interpuso el recurso de inconstitucionalidad nº 257/1989 contra determinados artículos de la Ley 10/1988, de 26 de octubre, de **Coordinación de Policías Locales**, que fue estimado mediante Sentencia nº 49/1993, de 11 de febrero.
- 1990: El Estado interpuso, durante el año, dos recursos de inconstitucionalidad: el nº 2401/1990, contra los artículos 2.1 y 52 de la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la **Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears**, posteriormente integrada en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, que dio lugar a la Sentencia de 6 de mayo de 1993, que estimó parcialmente el recurso y declaró inconstitucional y nulo el inciso "y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil" del artículo 2.1; y el nº 2902/1990, que impugnó la totalidad de la Ley 12/1990, de 28 de noviembre, del **Impuesto de Loterías**, que fue integramente estimado por la Sentencia de 16 de febrero de 1995, por invadir y menoscabar la competencia estatal derivada del artículo 149.1.14 CE.
- 1991: El recurso de inconstitucionalidad nº 358/1991 interpuesto por el Estado contra determinados artículos de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de **Disciplina Urbanística**, terminó mediante desistimiento aceptado por el Auto de 10 de noviembre de 1999.
- 1992: La Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que no había formulado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, de **Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo**, como sí lo habían hecho otras seis Comunidades Autónomas, interpuso, junto con Aragón y Cataluña, recurso de inconstitucionalidad nº 2337/1992 contra el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley anterior, dando lugar a la conocida e importante Sentencia nº 61/1997, de 20 de marzo, que declaró inconstitucional gran parte de la legislación estatal postconstitucional en materia de urbanismo.

  Por su parte, el Estado formuló recurso de inconstitucionalidad nº 838/1992, contra la Ley 12/1991, de 20 de diciembre, reguladora del **Impuesto sobre Instalaciones que Incidan en el Medio Ambiente**, que fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia nº 289/2000, de 30 de noviembre.

- 1993: La Comunidad Autónoma de las Illes Balears, junto con otras, interpuso el recurso de inconstitucionalidad nº 522/1993, contra determinados artículos y la Disposición Adicional Octava de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de **Puertos del Estado y Marina Mercante**, que dio lugar a la Sentencia nº 40/1998, de 19 de febrero, que estimó parcialmente los recursos acumulados y declaró inconstitucionales y nulos los artículos 4, 87.3, párrafo 3º, y la Disposición Adicional Octava, en su referencia al artículo 4 y que también lo son los artículos 21.4 y 62.2 en cuanto no prevén intervención alguna de las Comunidades Autónomas en defensa de su competencia de protección del medio ambiente y el artículo 62.3, en cuanto no dispone el envío de la información a que se refiere a la Comunidad Autónoma en que radique el puerto.
- 1995: El Estado formuló recurso de inconstitucionalidad nº 2375/1995, contra los artículos 4.1, último inciso, 5, 6 y 7 de la Ley 6/1995, de 21 de marzo, de Actuación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en **Aplicación de las Medidas Judiciales sobre Menores Infractores**, en el que, a pesar del tiempo transcurrido, aún no ha recaído sentencia, si bien, mediante Auto de 24 de octubre de 1995, se mantuvo la suspensión del artículo 4.1, inciso final, en conexión con el artículo 5 y se levantó la de los artículos 6 y 7.

  La Comunidad Autónoma de las Illes Balears interpuso recurso de inconstitucionalidad nº 3492/1995, contra la Ley estatal 26/1995, de 31 de julio, que declara **reserva natural las Salinas («Ses Salines») de Ibiza, las islas des Freus y las Salinas de Formentera**, que fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia TC de 25 de abril de 2002.
- 1999: El Estado interpuso recurso de inconstitucionalidad nº 3165/1999, contra los artículos 64.1 y 79.2 y contra la Disposición Adicional 22 de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las **Directrices de Ordenación Territorial** de las Illes Balears, acerca del que no ha recaído aún sentencia, si bien el Auto de 14 de diciembre de 1999 levantó la suspensión de todos los preceptos impugnados.
- 2000: Las medidas liberalizadoras y urgentes adoptadas por el Estado mediante los Reales Decretos Leyes 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de **Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes**, y 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de **Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios**, fueron impugnados por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, respectivamente, mediante los recursos de inconstitucionalidad nº 5099/2000, que tuvo por objeto el apartado 3 del artículo 1 y el inciso primero de la Disposición Final Segunda del R.D.L. 4/2000, y nº 5019/2000, que afectó a los artículos 3, 43, Disposición Transitoria Primera y Disposición Final Segunda del R.D.L. 6/2000. Ambos están aún pendientes de sentencia.

El Estado interpuso el recurso de inconstitucionalidad nº 6433/2000, contra determinados artículos de la Ley 8/2000, de 27 de octubre, de **Consejos Insulares**. Todavía no ha recaído sentencia, pero el Auto de 22 de mayo de 2001 levantó la suspensión de todos los artículos impugnados (Arts. 17.1.3 y 5; 18.1.h) y v), 2 y 3; 9.2.u) y 3; 10.2; 12; 13; 14; 15.1.a) y 2, párrafo segundo; 16.1 y 3; 17.2; 18.1; 20.4, 5 y 6 y 22.2 y 3).

- 2001: La Comunidad Autónoma de las Illes Balears interpuso recurso de inconstitucionalidad nº 1670/2001 contra los apartados 5, 6, 9 y 16 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que da nueva redacción a determinados artículos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre **Derechos y Libertades de los Extranjeros en España**.

  Durante el mismo año el Estado interpuso dos recursos de inconstitucionalidad: el nº 1104/2001 contra la totalidad de la Ley 7/2001, de 23 de abril, **del Impuesto sobre las Estancias en Empresas Turísticas de Alojamiento**, destinado a la dotación del fondo para la mejora de la actividad turística y la preservación del medio ambiente (impropiamente denominado **"ECOTASA"**), en el que mediante el Auto de 15 de enero de 2002 se acordó el levantamiento de la suspensión derivada de la alegación del artículo 161.2 CE; y el nº 5061/2001 contra determinados artículos de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de **Ordenación de la Actividad Comercial** de las Illes Balears, en el que recayó Auto de 12 de febrero de 2002 que acordó levantar la suspensión de los artículos 4.2; 14.1; 18; 20; 21.1.b); 22.1, inciso final y 54.1, y mantener la de los artículos 27.a); 28 y 35.2. Además, el Abogado del Estado solicitó que el recurso de inconstitucionalidad nº 5061/2001 se extendiera a la Disposición Adicional 5ª de la Ley 20/2001, de 21 de diciembre, de **Medidas Tributarias, Administrativas y de Función Pública**, que incorpora una nueva Disposición Transitoria 6ª a la citada Ley 11/2001, con suspensión de su vigencia. El Auto de 12 de marzo de 2002 desestimó la extensión de enjuiciamiento solicitada por no haberse promovido formalmente el inexcusable recurso de inconstitucionalidad contra el referido precepto de la Ley 20/2001 y, obviamente, denegó la suspensión de su vigencia, todo ello sin perjuicio de que, al amparo del artículo 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, la sentencia que recaiga en el recurso de inconstitucionalidad nº 5061/2001 pueda, por conexión, efectuar aquella extensión.
- 2002: Durante el año, la Comunidad Autónoma interpuso dos recursos de inconstitucionalidad: el nº 1762/2002, contra veinte preceptos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de **Universidades**, y el nº 4917/2992, contra el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la **Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad**.

El Estado, por su parte, interpuso recurso de inconstitucionalidad nº 5836/2002 contra la nueva redacción dada al artículo 16.4 de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, **Electoral** de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, por el artículo 1 de la Ley 6/2000, de 21 de junio (la denominada Ley de **Paridad Electoral**, mediante sistema "cremallera"). El Auto de 14 de enero de 2003 acordó mantener la suspensión derivada de la alegación del artículo 161.2 CE.

- 2003: La Comunidad Autónoma impugnó, mediante el recurso de inconstitucionalidad nº 1663/2003, setenta y nueve artículos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de **Calidad de la Educación**.

La enumeración de los respectivos recursos de inconstitucionalidad cruzados entre el Estado y las Illes Balears pone de manifiesto la importancia de las materias objeto de los mismos. La Comunidad Autónoma ha pretendido la depuración de constitucionalidad, ya efectuada, de leyes estatales como las de Aguas, Costas, Puertos y Urbanismo y, más recientemente, pendientes aún de sentencia, las de Extranjería, Protección del Desempleo, Universidades y Calidad de la Educación. Por su parte, el Estado ha cuestionado la constitucionalidad de leyes autonómicas de Normalización Lingüística, Derecho Civil, Creación de Impuestos Propios, Consejos Insulares, Comercio y Paridad Electoral, entre otras.

No resulta posible, en los márgenes encomendados, dar cuenta del contenido jurídico de la conflictividad expuesta. No obstante, resulta oportuno recordar que el Título VIII de la Constitución de 1978 contiene su novedad más relevante al regular un modelo de Estado de las Autonomías abierto, tanto en su propia configuración como en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En esta última labor resulta determinante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de modo que puede afirmarse que en la construcción del modelo autonómico, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países, la solución a la conflictividad ha tenido una importancia capital en la determinación final del régimen de distribución de competencias. Tan es así que, incluso, cabría plantear si la legitimación que el artículo 162 CE y la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, otorgan a los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas se limita a la defensa de su propio ámbito competencial o, por decirlo en términos del artículo 32.2 de la Ley Orgánica 2/1979, sólo permite actuar frente a leyes del Estado "... que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía ...". Para determinar el alcance de la limitación impuesta por el artículo 32.2 citado, en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, habrá que atender, necesariamente, a los amplios términos del artículo 162.1.a) CE a fin de obtener una interpretación conforme a la Constitución. Para ello es imprescindible analizar la doctrina del propio Tribunal Constitucional. Se inicia ésta, de manera indecisa, en la Sentencia 25/1981, de 11 de julio, que incluyó el voto particular de cuatro Magistrados, y 84/1982, de 23 de diciembre, y se concreta, con mayor precisión, en las Sentencias

63/1986, de 21 de mayo, y 99/1986, de 11 de julio, en las que se analizan directamente las expresiones "puedan afectar" y "ámbito propio de su autonomía", y se afirma que no implican que la Ley impugnada se refiera a alguna de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma, siendo suficiente que regule las materias en las que el ente autonómico posea competencias propias distintas de las del Estado. Por ello, la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, señaló que las Comunidades Autónomas, al interponer recurso de inconstitucionalidad, pueden perseguir tanto la finalidad de "... defensa de su propia competencia en la materia cuanto la depuración objetiva del orden jurídico que la regula ..." (FJ 1º) y añadió que la interpretación del artículo 32.2 LOTC "... no puede producir –por vía jurisdiccional- una nueva reducción de la legitimación de las Comunidades Autónomas ...". En el mismo sentido, entre otras, las Sentencias TC 56/1990, de 29 de marzo; 62/1990, de 30 de marzo y 28/1991, de 14 de febrero, efectúan una nueva ampliación del ámbito de la legitimación que examinamos –en la búsqueda de la interpretación conforme al artículo 162.1.a) CE- y afirman que el artículo 32.2 LOTC "... remite más ampliamente al conjunto de sus competencias y facultades y también a las garantías constitucionales estatutarias que dan forma y preservan dicha autonomía ..." (Sentencia 59/1990, FJ 3º). Según ello, es susceptible de ser impugnada por las Comunidades Autónomas cualquier norma estatal "... que verse sobre cuestiones acerca de las cuales los Estatutos atribuyen determinadas facultades o imponen ciertos mandatos a las Comunidades Autónomas ...", siendo suficiente algún "... punto de conexión entre la regla impugnada y el interés para recurrir del que la legitimación emana ..." (Sentencia 62/1990, FJ"). Y aún podríamos añadir, como sostuvimos al interponer la demanda de recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 5, 6 9 y 16 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que dan nueva redacción a los artículos 7.1, 8, 11 y 20.2 (nuevo 22.2) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que "el ámbito de su autonomía" a que se refiere el artículo 32.2 LOTC no se identifica estrictamente con el elenco de competencias, facultades y también garantías que preservan su autonomía.

La cuestión expuesta no resulta baladí y, en su día, suscitó dudas que se resolvieron en sentido afirmativo, en cuanto a extender la impugnación, por ejemplo, a la defensa del contenido del derecho de propiedad que se estimaba inconstitucionalmente afectado por la disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, o por la Disposición Transitoria Primera de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Las Sentencias 227/1988, de 29 de noviembre, recaída en el recurso de inconstitucionalidad nº 977/1985 (Ley de Aguas), y 149/1991, de 4 de julio, que puso fin al recurso de inconstitucionalidad nº 1708/1988 (Ley de Costas), en ningún caso cuestionaron el ámbito de legitimación de la Comunidad Autónoma. Cuestión distinta es que, en ambos casos, desestimaron la alegación de inconstitucionalidad, en cuanto a la cuestión de fondo expuesta.

2. Conflictos Constitucionales de Competencia.

Con carácter previo procede advertir que no se ha producido ningún conflicto de competencia con otra Comunidad Autónoma (Vide art. 59.1.b) de la LOTC, nº 2/1979, de 3 de octubre) ni tampoco conflicto negativo alguno con el Estado (Vide arts. 68 a 72 de la LOTC). Sólo ha habido lugar a conflictos constitucionales de competencia con el Estado de carácter positivo, con la consiguiente finalidad, por lo tanto, de sostener que la competencia correspondía a quien lo instaba.

Durante el período analizado se han planteado diecinueve conflictos positivos de competencia, de los que el Estado ha interpuesto catorce y la Comunidad Autónoma cinco. Veamos resumidamente su contenido y resultados.

a. Los formulados por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears han sido los siguientes:

- 1988: Conflicto positivo nº 610/1988, contra el artículo 16 del Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre, y la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, de 12 de febrero de 1988, sobre **Medidas de Financiación de Actuaciones Protegibles en Materia de Vivienda**, que terminó mediante Auto de 30 de junio de 1992, que aceptó el allanamiento del Estado.

  Conflicto positivo nº 1254/1988, en relación a los dos últimos párrafos de la cláusula cuarta.3 del Convenio entre el Ministerio de Educación y Ciencia y el de Defensa, sobre Régimen, Promoción y Funcionamiento de **Centros de Enseñanza**, aprobado por Real Decreto 295/1988, de 28 de marzo, que dio lugar a la Sentencia de 17 de julio de 1997 que declaró que la competencia controvertida (**enseñanza de catalán** en el Centro Educativo de Son Rullán) corresponde a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.
- 1990: Conflicto positivo nº 209/1990, contra el Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas sobre su protección, que se acumuló, junto con otros, al recurso de inconstitucionalidad –no formulado por las Illes Balears- contra la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de **Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres**, que terminó mediante la Sentencia 102/1995, de 28 de junio, que anuló la Disposición Adicional Segunda y declaró que la competencia controvertida correspondía a las Illes Balears.

  Conflicto positivo nº 902/1990, contra determinados artículos del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de **Costas**, que dio lugar, junto con otros planteados por otras Comunidades Autónomas, a la Sentencia 198/1991, de 17 de octubre, con resultado de estimación parcial del conflicto planteado.

- 1995: Conflicto positivo nº 1572/1995, interpuesto contra los artículos 1 a 6, la Disposición Adicional Segunda, en conexión con la primera, y la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre, por el que se establece el Régimen y Destino del Patrimonio y Personal de las **Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana** y su Consejo Superior, que está pendiente de sentencia. No obstante, habrá que tener en cuenta, sin duda, la Sentencia TC 11/2002, de 17 de enero, que tuvo por objeto el Real Decreto Ley 8/1994, de 5 de agosto, de supresión como Corporaciones de Derecho Público de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana.

b. Los planteados por el Estado han sido los siguientes:

- 1984: El conflicto positivo nº 406/1984 contra el Decreto 94/1983, de 21 de diciembre, de **Regulación de Avales**, terminó por Sentencia de 12 de noviembre de 1987, que declaró que la competencia controvertida corresponde a las Illes Balears; el nº 553/1984, contra la Resolución del Consejero de Agricultura y Pesca, de 17 de febrero de 1984, por la que se establecen las bases de ejecución para la **financiación al porcicultor de la inmovilización de carnes de porcino** derivada de la campaña de 1984, con idéntico resultado que el anterior, según Sentencia de 26 de enero de 1989; y el conflicto positivo nº 658/1984, contra el Decreto 25/1984, de 5 de abril, sobre Régimen de Computabilidad de Títulos de Renta Fija en el Coeficiente de Fondos Públicos de las **Cajas de Ahorros**, que terminó por Auto de 12 de diciembre de 1988, que aceptó el desistimiento solicitado por el Estado.
- 1985: El conflicto positivo nº 11/1985, contra el Decreto 64/1984, de 9 de agosto, sobre Procedimiento de **Contratación de Personal** al Servicio de la Comunidad Autónoma, que terminó por desistimiento del Estado a la vista de la modificación derivada del Decreto 144/1984, de 22 de diciembre, para la adaptación del anterior a la Ley 30/1984, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública. Lo mismo ocurrió con el conflicto nº 35/1985, interpuesto contra el Decreto 55/1984, de 26 de julio, por la que se crea la Gerencia de la Campaña para la **Normalización Lingüística**, del que también desistió el Estado, al ser modificado mediante el Decreto 153/1984. En cambio, el conflicto nº 825/1985, planteado frente al Decreto 29/1985, de 18 de abril, sobre Constitución y Funcionamiento de **Asociaciones Juveniles**, dio lugar a la Sentencia 157/1992, de 22 de octubre, que anuló el Decreto y declaró que la competencia correspondía al Estado.
- 1986: El conflicto nº 223/1986, planteado contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 5 de septiembre de 1985, sobre Operaciones Avaladas por las

Sociedades de Garantía Recíproca, terminó, por desistimiento, mediante Auto de 13 de diciembre de 1988.

- 1987: El conflicto nº 180/1987, contra el Decreto 106/1986, de 11 de diciembre, por el que se adscriben a la Conselleria de Interior las Competencias y Funciones en Materia de **Casinos, Juegos y Apuestas**, terminó también por desistimiento, mediante Auto de 25 de mayo de 1993.
- 1988: Los conflictos positivos de competencias nº 1504 y 1505/1988, interpuestos contra los Decretos 48 y 43/1988, por los que se regulaba, respectivamente, la **Pesca de Arrastre** de Fondo en Aguas de las Illes Balears y la **Pesca Deportiva o Recreativa** en las mismas, dieron lugar a la Sentencia de 14 de noviembre de 1996, que anuló el primero y al Auto de 13 de diciembre de 1988, que estimó terminado el proceso por satisfacción extraprocesal, al haberse producido la modificación reglamentaria oportuna.
- 1990: El conflicto positivo nº 1056/1990, contra el Decreto 146/1989, de 30 de noviembre, de **Sociedades Cooperativas**, terminó, por desistimiento, mediante Auto de 27 de abril de 1993.
- 1991: Contra el Decreto 103/1990, de 13 de diciembre, que aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 12/1990, de 28 de noviembre, del **Impuesto de Loterías**, el Estado interpuso el conflicto nº 357/1991, que se acumuló al recurso de inconstitucionalidad nº 2902/1990, y dio lugar a la Sentencia de 16 de febrero de 1995, que anuló dicha Ley y su Reglamento.
- 2000 y 2001: Los conflictos positivos nº 367/2999 y 2055/2001, planteados por el Estado contra los Acuerdos del Consejo de Gobierno de 12 de noviembre de 1999 y 29 de diciembre de 2000, por los que se aprobó la Concesión de Ayudas Económicas para Determinados Beneficiarios de **Pensiones Asistenciales y no Contributivas**, están aún pendientes de sentencia. No obstante, la Sentencia TC 239/2002, de 11 de diciembre (con varios votos particulares) ha resuelto favorablemente a las competencias autonómicas un supuesto análogo relativo a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

No debo terminar este apartado sin referirme a los numerosos requerimientos de incompetencia cruzados entre el Estado y la Comunidad Autónoma, al amparo del artículo 63 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, que, previos los informes y decisiones oportunas, han evitado que el número de conflictos se haya visto considerablemente incrementado, sin que, por su volumen, resulte posible, ni siquiera conveniente, relacionarlos.

3. Cuestiones de Inconstitucionalidad.

Sin ánimo de enumeración exhaustiva, nos referiremos a cuatro cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los Tribunales frente a Leyes de las Illes Balears:

- Cuestión de inconstitucionalidad nº 278/1991, planteada por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, respecto de las Leyes del Parlamento Balear 1/1984, de 14 de marzo, de Ordenación y Protección de **Áreas Naturales de Interés Especial**, y 3/1984, de 31 de mayo, de declaración de **"Es Trenc-Salobrar de Campos"** como área natural de especial interés, que fue desestimada por la Sentencia de 13 de febrero de 1997, al considerar que "... La carencia de competencias normativas especificas sobre medio ambiente –al aprobarse ambas Leyes-, sin embargo, no impide que, en el marco de la competencia sobre ordenación del territorio se regulen aspectos del mismo con una finalidad preponderante de protección del espacio natural, particularmente cuando, como aquí es el caso, ello se trata de conseguir primordialmente mediante técnicas urbanísticas, materia en la que la Comunidad Autónoma posee competencia exclusiva. La Ley en cuestión, en efecto, no pretende abordar una protección integral de determinados espacios naturales, previniendo toda suerte de agresiones externas, sino muy singularmente su protección desde la perspectiva de la expansión urbanística, en una actuación característica de la ordenación del territorio ... materias ambas en las que como se ha dicho, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears ostentó desde su inicio competencia exclusiva con arreglo a lo previsto en el artículo 148.1.3ª CE."
- Los tres restantes, aún pendientes de sentencia, tienen por objeto análoga cuestión: La constitucionalidad o no del plazo legalmente establecido para la completa **homologación del personal transferido en diversos traspasos de competencia**.

  A este respecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears ha planteado dos cuestiones de inconstitucionalidad nº 4764 y 5810/2001, en relación con el artículo 6.5 de la Ley balear 5/1996, de 18 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, acerca del personal transferido del INSERSO en virtud del Real Decreto 2153/1996, de 27 de septiembre y en relación con el artículo 11.1, 3 y 4 de la Ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 9/1997, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas que regulaba la integración y homologación del personal transferido, derivada del Real Decreto 1876/1997, de 12 de diciembre, de Traspaso de Funciones y Servicios del Estado en Materia de Enseñanzas no Universitarias, por posible vulneración del artículo 14 CE; y la Sala de lo Social del mismo Tribunal

Superior de Justicia ha formulado la cuestión de inconstitucionalidad nº 2177/1998 en relación al artículo 6.6 de la Ley balear 5/1996, de 18 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, en cuanto regulaba idéntica homologación para otro proceso de integración de personal transferido, por posible vulneración de los artículos 9.3, 14, 33.3 y 37.1 CE.

4. Recursos de Amparo.

Con alguna frecuencia se han producido recursos de amparo derivados de actuaciones judiciales en que ha sido parte la Comunidad Autónoma, alegando el derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, que, en la mayor parte de los casos, no han sido admitidos a trámite.

Mayor interés tiene dar cuenta del único supuesto en que la Comunidad Autónoma se ha visto obligada a interponer recurso de amparo. Se trataba de providencias de alguna Sección del Tribunal Supremo (no, en cambio, de otras) que requerían a la Comunidad Autónoma para que compareciera en el **recurso de casación mediante procurador**. Se planteó recurso de amparo, al que correspondió el nº 2956/1995, en el que se sostuvo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) y del derecho de igualdad en relación al trato dispensado al Estado (Art. 14 CE). La Sentencia 211/1996, de 17 de diciembre, denegó el amparo afirmando: a) Que cualquiera de las dos soluciones encuentra fundamento en el artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que ninguna de ellas pueda ser considerada arbitraria y que el derecho de acceso al recurso (contrariamente a lo que ocurre con el acceso a la justicia) debe ser satisfecho cumpliendo los requisitos procesales establecidos por la norma, e interpretados de manera no arbitraria por el Tribunal competente para conocer del recurso, como así había acontecido sin indefensión, al haber ofrecido además la oportunidad de subsanar el requisito de personación omitido; y b) que "... los entes públicos no pueden ser considerados como titulares del derecho fundamental a la no discriminación amparados por el artículo 14 CE, que se refiere a los españoles y no es de aplicación a las personas jurídico-públicas en cuanto tales" (STC 13/1996, FJ 3º y AATT 135/1985, 139/1985 y 106/1988). Añadió, además, que el recurso de amparo "no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares" (STC 257/1988, FJ 4º, en el mismo sentido que ATC 139/1985 y la STC 126/1996).

La solución final se produjo, no obstante, a través de la unificación de criterio de las distintas secciones del Tribunal Supremo favorable a admitir la comparecencia en los recursos de casación de los letrados que sirven en los Servicios Jurídicos de las Comunidades

Autónomas y de los Entes Locales y ostentan su representación y defensa, en virtud del artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin necesidad de procurador (por todos, Autos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1996, 5 y 17 de julio de 1996 y 10 de marzo de 1997).

Con posterioridad, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido precisando, en sentido restrictivo, el ámbito de la legitimación activa de las Comunidades Autónomas en relación con el recurso de amparo. En este sentido, la Sentencia 175/2001, de 26 de julio, con cita de otras muchas anteriores (por ejemplo, las Sentencias 64/1988, FJ 1°; 197/1988, FJ 4°; 91/1995, FJ 2°; 123/1996, FJ 3° y 4°; y el Auto 187/2000), resalta que, tampoco, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE "... se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho Público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos ...", y que, en los supuestos en que, excepcionalmente, se ha aceptado la legitimación en recurso de amparo de personas jurídico públicas se hallaban en posición procesal equivalente a la de las personas privadas. Contiene, sin embargo, cuatro votos particulares que ponen de manifiesto que la cuestión continúa abierta en el seno del Tribunal Constitucional. Desde quién sostiene, radicalmente, que, a pesar del artículo 162.1.b) CE, el recurso de amparo constitucional está reservado a los ciudadanos (Art. 53.1 CE y 41.2 LOTC); a quién distingue entre derechos humanos inherentes a todos los seres humanos y derechos fundamentales cuya titularidad puede corresponder, también, a las personas jurídico-públicas; o a quién afirma que el derecho de acceso a la jurisdicción reconocido por las leyes procesales a las personas jurídico-públicas tiene un contenido meramente legal cuya tutela no puede instarse por la vía del recurso de amparo; hasta quién resalta que lo importante es explicitar cuando una persona jurídico-pública se halla, ante la tutela judicial efectiva, en situación equivalente o análoga a la de un particular.

Finalmente, el reciente Auto 105/2003, de 7 de abril, recuerda el "carácter rigurosamente extraordinario que reviste el recurso de amparo cuando quien lo recaba es un sujeto público, e inadmite el amparo porque el supuesto examinado no puede encuadrarse en ninguno de los tres supuestos excepcionales contenidos en la Sentencia 175/2001: a) Cuando ostentan una posición procesal análoga a la de los particulares, es decir, cuando "se trataba de litigios donde las personas jurídico-públicas no gozaban de privilegios o prerrogativas procesales y pedían justicia como cualquier particular"; b) Cuando se trata del derecho de acceso al proceso; y c) Cuando está en juego el derecho a no padecer indefensión en el proceso.

A la vista de lo expuesto, es claro que resulta sumamente restringida la legitimación activa de las Comunidades Autónomas para interponer recurso de amparo.

5. Conflictos en Defensa de la Autonomía Local.

La Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, en el marco de las medidas adoptadas para el desarrollo del gobierno local (Pacto Local), adicionó un Capítulo IV al Título IV (De los conflictos constitucionales) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para introducir y regular los denominados "conflictos en defensa de la autonomía local". No es éste momento para analizar su contenido, sino para dar cuenta de que dieciséis municipios de las Illes Balears interpusieron el primer conflicto en defensa de la autonomía local, admitido a trámite bajo el nº 3179/2000, sobre el artículo 17 de la Ley 12/1999, de 23 de diciembre, del Parlamento de las Illes Balears, de **Medidas Tributarias, Administrativas y de Función Pública y Económicas**, en tanto añadía una Disposición Adicional Sexta a la Ley 8/1985, de 30 de marzo, de Atribución de competencias a los Consells Insulars en materia de **Actividades Clasificadas y Parques Acuáticos**, reguladora del procedimiento y de las infracciones y sanciones, en virtud de la cual se excluía de cuantas licencias, autorizaciones e informes contemplaba la Ley "... La ejecución de actividades programadas en un Plan Territorial Parcial (denominados Planes Territoriales Insulares a partir de la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial) o en un Plan Director Sectorial que incluya su calificación, instalación, apertura y funcionamiento ...". El referido conflicto contó con informe favorable del Consell Consultiu de les Illes Balears (Dictamen nº 22/2000).

Acaso por ello, el Parlamento Balear aprobó la Ley 9/2000, de 27 de octubre, que en su artículo único modificaba el artículo 17 de la Ley 12/1999 y, por ende, la Disposición Adicional Sexta de la Ley 8/1985, en el sentido de introducir dos limitaciones: Sólo era aplicable en materia de **"residuos"** y únicamente a "... proyectos previstos expresamente en los instrumentos de ordenación citados, siempre que estén recogidos con el grado de detalle suficiente para evaluar sus características fundamentales". En tales términos, el Consell Consultiu de les Illes Balears emitió el Dictamen nº 44/2001 en sentido desfavorable al planteamiento del conflicto. A pesar de ello, dieciséis municipios de la isla de Mallorca interpusieron un nuevo conflicto en defensa de la autonomía local, que se tramita bajo el nº 3640/2001, contra el artículo único de la Ley 9/2000, de 27 de octubre, del Parlamento Balear.

II. Conclusiones generales.

Con la necesaria brevedad impuesta se ha pretendido dar cuenta del resumen de actuaciones llevadas a cabo por la Comunidad Autónoma ante el Tribunal Constitucional, por cualquiera de las distintas vías de acceso al mismo, durante sus primeros veinte años de existencia. De su contenido cabe extraer las siguientes consideraciones generales.

1. Importancia relativa de la conflictividad constitucional asumida por las Illes Balears.

El nivel de conflictividad expuesto sitúa a las Illes Balears en un eslabón intermedio entre las distintas Comunidades Autónomas. Lejos de la litigiosidad de Cataluña y el País Vasco, e incluso de Andalucía y Galicia, pero próximo a otras Comunidades Autónomas a las que cabría atribuir un mayor peso específico territorial y/o poblacional como Valencia, Canarias, Aragón, Castilla-La Mancha y Castilla-León, y por encima del resto de las Comunidades Autónomas con las que sería más fácilmente parangonable. Entre las razones que podrían aducirse adquiere, a mi juicio, particular relevancia el hecho de que durante los veinte años analizados, a excepción del período transcurrido entre 1996 y 1999, siempre ha existido en las Illes Balears un Gobierno de color político disonante con el del Estado.

Basta comprobar que durante los años 1996 a 1999 no se produjo ningún recurso de inconstitucionalidad (el nº 3165/1999, contra la Ley balear 6/1999, de 3 de abril, de Directrices de Ordenación Territorial, se interpuso el 17 de julio de 1999, en fechas prácticamente coincidentes con la constitución del Gobierno del denominado "Pacto de Progreso") ni tampoco ningún conflicto positivo de competencias.

2. Disminución progresiva de la litigiosidad.

Si se deja a salvo el período de la legislatura pasada (1999-2003) en la que se incrementó notablemente la conflictividad, cabría apuntar el progresivo declive del índice de litigiosidad.

A tal finalidad coadyuvó, sin duda, que un buen número de controversias encontraran solución por vía de cooperación entre los Gobiernos central y autonómico, bien sea mediante atender requerimientos previos de incompetencia ex artículo 63 de la LOTC, con la consiguiente evitación del conflicto, bien sea mediante acuerdos entre ambos Gobiernos, en muchas ocasiones facilitados por la incidencia de la doctrina constitucional dictada en supuestos similares, que dieron lugar a la posterior terminación del proceso constitucional, por desistimiento, allanamiento o satisfacción extraprocesal que ocasionaba la desaparición del objeto del litigio.

En esta línea se enmarca, también, la incorporación a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, de los apartados 2 y 3 de su artículo 33, introducidos por la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero. Incorporan la posibilidad de ampliar el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad de tres a nueve meses para que, a través de la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, se alcance acuerdo de modificación negociada del texto normativo. Así ha ocurrido en relación con los apartados 2 y 6 del artículo 120 de la Ley estatal 53/2002, de

30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por los que se modifican los artículos 74 y 114 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Los Boletines Oficiales del Estado y de las Illes Balears, de 29 de marzo de 2003, dan noticia de haberse iniciado negociaciones para resolver las discrepancias surgidas acerca de la constitucionalidad de los apartados 2 y 6 del artículo 120 citado. No tengo constancia del resultado alcanzado mediante la negociación.

3. La debatida diferencia entre los conflictos constitucionales de competencia y la vía de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La disminución progresiva ha sido más acentuada en relación a los conflictos constitucionales de competencia y, en este caso, a las razones expuestas se suma otra que merece algún comentario: el planteamiento de la cuestión, por razones de legalidad, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Cuando la invasión de la titularidad competencial tiene su origen en el ejercicio de potestad reglamentaria o en simples actuaciones de la Administración, a la posibilidad de conflicto constitucional, para determinar a quién corresponde la competencia controvertida, se superpone la de acudir, para controlar su legalidad, a la jurisdicción contencioso-administrativa, alegando, entre otras posibles razones, la concurrencia de vicio de incompetencia. El deslinde entre una y otra vía ha originado intenso debate en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En un primer momento, la Sentencia TC 88/1989, de 11 de mayo, sostuvo un camino de cierta alternatividad, del que se deduce una dualidad jurisdiccional, al declarar de oficio su falta de jurisdicción por estimar que, en el caso enjuiciado, no se estaba ante un auténtico conflicto "constitucional" de competencia sino ante una discrepancia que las partes pueden ventilar ante los Tribunales ordinarios cumpliendo los requisitos legalmente establecidos. El Tribunal Constitucional afirma que "el conflicto positivo de competencia es un proceso constitucional singular y específico del que debe conocer este Tribunal en exclusiva, para dirimir la titularidad de las competencias que dos entes pretendan poseer uno frente a otro, por lo que su especial naturaleza lo hace ajeno a la equiparación con el proceso contencioso-administrativo ...", y añade que "... cuando sobre la titularidad y límites de esa competencia no existe controversia, sino que ésta se limita a discutir el ejercicio concreto de esa competencia en relación a supuestos específicos, dentro de unos límites competenciales sobre los que existe acuerdo, ha de afirmarse que falta el presupuesto para la jurisdicción reservada al Tribunal Constitucional ...". Conviene anotar, no obstante, que la STC citada, se acompaña de un voto particular radicalmente discrepante. Posteriormente, las Sentencias TC 67 y 74/1992, de las que fueron ponentes los dos Magistrados firmantes del referido voto particular, supusieron un cambio jurisprudencial a favor de la exclusividad de la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de todos los conflictos positi-

vos, tanto si la controversia se refiere directamente a la titularidad competencial como a esta última a través de su ejercicio. Finalmente, la Sentencia 195/2001, de 4 de octubre, vuelve a la posición inicial de la Sentencia TC 88/1989, aceptando que existen conflictos de competencia territorial y naturaleza administrativa que pueden –y deben- sustanciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A mi juicio, la confusión deriva, al menos en gran parte, de la dificultad de identificar y delimitar objetivamente los conflictos "constitucionales" de competencia y los que podríamos denominar conflictos "administrativos", o sin relevancia constitucional, acerca de la misma. Ni la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ni la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa han ayudado a resolver la cuestión.

El Tribunal Supremo tampoco ha sido ajeno a la polémica y ha seguido, en líneas generales, el criterio de la Sentencia TC 88/1989. No obstante, en algunas ocasiones, ha intentado avanzar en la línea de diferenciar los respectivos ámbitos objetivos. Me parecen particularmente sugerentes las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1999 (Aranz. 6620/99) y de 2 de noviembre de 1999 (Aranz. 8776/99). La primera, tras señalar que la finalidad específica del conflicto constitucional era la de interpretar y fijar la titularidad de la competencia y no la mera solución del conflicto suscitado en torno a su ejercicio concreto, añade que "... la diferencia sustancial entre el conflicto de competencia y el recurso contencioso-administrativo en el que se suscitan temas competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas estriba, sobre todo, en que el fundamento del primero ha de reducirse a un plano estrictamente constitucional, mientras que el segundo, además de admitir, sin duda, la referencia al parámetro constitucional, permite argumentos de legalidad ordinaria ...". La segunda afirma que "... el elemento específico y definitorio del proceso constitucional consiste en la interpretación y fijación del orden competencial y en la determinación de qué competencias pertenecen a qué sujetos; por ello, cuando el análisis de la controversia procesal descubra que su resolución no exige propiamente esa labor de fijación y determinación, bien porque ya ha sido llevada a cabo por quien es el máximo intérprete de la Constitución, bien porque la atribución competencial de la materia a uno u otro de los entes contendientes no depende en sí misma de la interpretación de las normas del bloque de la constitucionalidad dictadas para delimitar sus ámbitos propios, sino más bien de la recta valoración y calificación jurídica de la actuación controvertida, le cabría al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo entender que el conflicto carece de la necesaria relevancia constitucional y, por ende, que su conocimiento no está atribuido en exclusiva a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, siendo admisible que las partes decidieran residenciarlo en la jurisdicción ordinaria."

La dualidad de vías expuesta ha propiciado el progresivo desvío de numerosas controversias a la jurisdicción contencioso-administrativa, en todos aquellos supuestos en que el

objeto directo no consiste en determinar a quién corresponde la titularidad competencial. No obstante, debe advertirse, por último, que si es necesario resolver previamente esta última cuestión, el artículo 61.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, establece la preferencia del orden constitucional y regula la prejudicialidad constitucional y los efectos suspensivos, desde la admisión del conflicto, de la tramitación del proceso ante la jurisdicción ordinaria, normalmente contencioso-administrativa.

COMENTARIS I NOTES

NOTES SOBRE ORGANITZACIÓ A LA NOVA LLEI DE RÈGIM JURÍDIC DE L'ADMINISTRACIÓ BALEAR

Lluís J. Segura Ginard
Advocat de la comunitat autònoma de les Illes Balears

I. Idees introductòries. II. L'àmbit d'aplicació subjectiu. III. Els trets essencials i estructurals de l'Administració autonòmica. IV. Alguns aspectes destacats de l'organització. *1. El Govern i l'Administració. 2. El president. 3. La Vicepresidència del Govern. 4. Les conselleries. 5. Els òrgans administratius.*

I. Idees introductòries

En la cinquena legislatura, el Parlament de les Illes Balears va escometre una reforma de la legislació institucional i administrativa de gran abast[1], que va culminar amb la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma (d'ara endavant, LRJACA)[2]. La conveniència i l'oportunitat del text, en complir-se el vintè aniversari de l'autonomia balear, s'havien fet evidents: d'una banda, la Llei de règim jurídic de 1984 havia quedat obsoleta i clarament superada per diversos canvis en la legislació estatal i autonòmica i també per l'evolució mateixa de l'aparell administratiu autonòmic; d'altra banda, una vegada promulgada la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears[3], es feia necessari —principalment per motius tècnics— completar el marc normatiu fonamental del poder executiu autonòmic. Cal recordar que el legislador havia reservat per a aquest cos normatiu la regulació dels aspectes de caràcter estatutari i havia volgut diferir a una altra llei l'ordenació de l'Administració autonòmica, com s'afirma explícitament en l'exposició de motius[4].

Fetes les consideracions anteriors, convé advertir el lector de les pretensions d'aquest breu treball, que no són res més que posar en relleu alguns dels trets característics de la nova llei en matèria d'organització administrativa, a fi de suscitar alguna reflexió teòrica d'abast general. Per dur a terme aquest plantejament, sembla correcte referir-se, en pri-

---

[1] En són exponents principals les disposicions legals següents: Llei 6/2000, de 31 de maig, de reforma de la Llei 5/1993, de 15 de juny, del Consell Consultiu; Llei 8/2000, de 27 d'octubre, de consells insulars; Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern; Llei 6/2001, d'11 d'abril, de patrimoni; Llei 5/2002, de 21 de juny, de subvencions. En el tram final de la cinquena legislatura algunes propostes en matèria de règim local i d'administració instrumental varen quedar a les portes del Consell de Govern. La Proposta d'avantprojecte de la llei municipal i de règim local de les Illes Balears es pot consultar a l'obra col·lectiva *Les perspectives del règim local*. Palma: Conselleria de Presidència - Institut d'Estudis Autonòmics, 2001, pàg. 133 i ss. Un comentari interessant d'aquest text és la ponència de MAS CLADERA, P.A. i DE OLEZA I SERRA DE GAYETA, G., que es recull en l'obra esmentada (pàg. 47 i ss). *Vid.* així mateix, MAS CLADERA, P.A. «Els municipis a les Illes Balears». *Autonomies*, núm. 28 (2002), pàg. 14 a 16.

[2] Publicada en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* (BOIB) núm. 44, de 3 d'abril de 2003. En els inicis de la sisena legislatura, s'ha produït la primera modificació d'aquest text legal per obra de la Llei 10/2003, de 22 de desembre, de mesures tributàries i administratives (BOIB núm. 179 ext., de 29 de desembre). La reforma es limita a alguns aspectes de l'organització i del funcionament de l'Advocacia de la comunitat autònoma (*Vid.* art. 73 a 76).

[3] Publicada en el BOIB núm. 35, de 22 de març de 2001.

[4] En l'exposició de motius de la Llei 4/2001 es llegeix: «A diferència de la Llei del 1984, la Llei del Govern té per objecte fonamental la regulació del Govern i del president de les Illes Balears... i diferix a una llei específica l'ordenació i l'estructuració de l'Administració de la comunitat autònoma, el règim jurídic de la qual ha de ser abordat pròximament pel Govern, tal com s'anuncia en una disposició final».

mer lloc, a la decisió del legislador d'estendre o de limitar la virtualitat de la llei a les persones juridicopúbliques afectades. Posteriorment, s'imposa l'observació del model administratiu adoptat, particularment pel que fa a la possibilitat d'estructures perifèriques. Per acabar, convé repassar algunes de les mesures més significatives que aporta el nou text en matèria d'organització.

II. L'àmbit d'aplicació subjectiu.

Una de les disfuncions que pot apreciar-se amb facilitat en la legislació balear és la disparitat de criteris terminològics amb relació al concepte de comunitat autònoma i a les peces que la integren. Des d'aquesta perspectiva, tant la Llei del Govern com el text legal que és l'objecte d'aquest treball suposen un pas endavant amb efectes aclaridors. El títol de la Llei deixa clar el nom del subjecte estatutari a què ens referim, «l'Administració de la comunitat autònoma», ens dotat de personalitat jurídica única que actua «sota la direcció superior del president i del Govern» (art. 5.2 LRJACA).

Aquest és el destinatari principal de la nova regulació, però cal recordar immediatament que la LRJACA és aplicable també —parcialment, segons l'apartat 2 de l'article 1— a les «entitats de dret públic dependents de l'Administració de la comunitat autònoma, integrants de l'administració instrumental», les quals «han de subjectar-ne l'activitat a aquesta llei quan actuïn en l'exercici de potestats administratives». El precepte permet una lectura harmònica amb la normativa que actualment disciplina aquests tipus d'entitats, que encara té com a referent fonamental la Llei 3/1989, de 29 de març, d'entitats autònomes i empreses públiques i vinculades[5]; una llei que requereix modificacions d'una certa intensitat a la vista de l'evolució experimentada per les legislacions estatal i autonòmica en matèria d'entitats instrumentals.

La determinació de l'àmbit subjectiu d'aplicació s'ha plantejat en termes d'una certa contenció. En efecte, el legislador ha renunciat a aprovar el que es podria denominar el règim jurídic comú de les administracions territorials de les Illes Balears, o bé a estendre part de la regulació a altres subjectes públics respecte dels quals el Parlament no ha determinat encara regles suficients en matèria de règim jurídic i de procediment administratiu. Per a aquestes operacions el legislador hi està facultat, sens dubte, en virtut de l'article 11 (apartats 2 i 3) de l'Estatut d'autonomia.

En canvi, s'ha aprofitat la regulació del règim jurídic de l'Administració autonòmica per estendre excepcionalment, a través de la disposició addicional cinquena de la LRJACA, el

[5] Publicada en el BOIB núm. 56, de 6 de maig de 1989. Per a una anàlisi general del contingut de la Llei 3/1989, *vid.* BLASCO ESTEVE, A. «La Administración institucional de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares», dins l'obra col·lectiva *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Madrid: Instituto García Oviedo; Civitas, 1994, pàg. 1521 i seg.

règim lingüístic d'aquesta Administració a la resta d'ens públics, territorials i institucionals, incloses les corporacions de dret públic i els concessionaris[6].

La tendència a limitar l'àmbit subjectiu d'aplicació de la norma, procliu a la sectorialització pràcticament absoluta, suscita dubtes des de posicions favorables a una construcció més racional del sistema administratiu[7], i a més contrasta amb l'experiència d'altres comunitats autònomes. Sovint les lleis del Parlament balear que, des d'un punt de vista material, hom podria qualificar d'administratives solen limitar el seu radi d'acció a un sol tipus d'entitats públiques, tot marginant la possibilitat d'estendre determinades regulacions al conjunt d'entitats que integren el sistema administratiu balear. Això és particularment objectable quan l'ampliació de l'àmbit subjectiu d'aplicació pot venir exigida per raons evidents de tècnica jurídica i, en concret, per la necessitat d'evitar una diversitat de règims provocadora de disfuncions o, fins i tot, contrària al principi de seguretat jurídica. En aquest context argumental i només a tall d'exemple, es pot afirmar que amb l'aprovació de la LRJACA s'ha perdut una bona ocasió per millorar el règim jurídic i procedimental dels consells insulars i per completar, doncs, la regulació del seu marc normatiu actual [8].

III. Els trets essencials i estructurals de l'Administració autonòmica.

La configuració essencial de l'Administració autonòmica es realitza en termes homologables als que es deriven de la legislació estatal i als que s'observen en el dret comparat autonòmic. Els principis de direcció política, jerarquia, departamentalització i gestió burocràtica, entre d'altres, es plasmen adequadament en l'articulat de la Llei i, en línies generals, no ofereixen aspectes dignes de ser remarcats en aquesta exposició.

Com més endavant es comprovarà, l'aparell administratiu continua descansant sobre la conselleria, peça clau de l'edifici administratiu, que es configura com a òrgan complex, integrat per un conjunt nombrós d'òrgans i unitats que comparteixen un àmbit material

---

[6] Concretament, la disposició addicional cinquena estableix el següent: «Llevat que una llei disposi una altra cosa, les determinacions lingüístiques establertes en els articles 43 i 44 són també exigibles:

a) Als consells insulars.
b) A les entitats que integren l'administració local de les Illes Balears.
c) A les entitats instrumentals que depenen de les Administracions esmentades a les lletres anteriors.
d) A les corporacions de dret públic.
e) Als concessionaris de serveis públics de competència de les administracions de les Illes Balears».

[7] Un crítica a la sectorialització esmentada en el text es troba a SEGURA GINARD, Ll. «La Llei balear de subvencions», dins *Butlletí d'informació del Col·legi Oficial de Secretaris, Interventors i Tresorers de les Illes Balears*, núm. 29 (nov. 2001 – agost 2002), pàg. 15 i 16.

[8] Curiosament en la disposició addicional segona de la LRJACA es completa la regulació del recurs en interès de la delegació, establerta en l'article 38 de la Llei de consells insulars.

comú. Poques novetats també es descobreixen en l'organigrama típic de les conselleries, ja que en aquest punt el legislador ha optat per una línia continuista.

Una altra cosa podem assenyalar, en canvi, pel que fa a l'estructura territorial, epígraf que acompanya l'article 4 de la LRJACA i sota el qual es disposa que l'Administració autonòmica «s'estructura fonamentalment en òrgans amb competència central» i immediatament s'hi afegeix el següent: «En conseqüència, quan les característiques de la matèria ho exigeixin, i d'acord amb els mecanismes legalment prevists, els consells insulars i els municipis han d'assumir, en l'àmbit territorial establert, les facultats executives corresponents a competències de l'Administració autonòmica».

El precepte expressa, en forma de principi, una opció de política legislativa en matèria organitzativa que no deixa de ser coherent amb els postulats de l'article 44 de l'Estatut i, per tant, amb la pretensió d'una administració indirecta o descentralitzada.[9] La decisió del legislador de 2003 es basa probablement en l'experiència dels darrers vint anys d'autonomia, durant els quals no hi ha hagut pràcticament antecedents d'òrgans perifèrics de caràcter autonòmic, fet determinat en part per la configuració geogràfica de l'arxipièlag. Com se sap, aquells apareixen amb una certa presència amb motiu dels traspassos estatals de funcions i serveis en matèria d'ensenyament no universitari, però difícilment aquesta estructura perifèrica revesteix les característiques típiques que s'adverteixen en general en altres comunitats autònomes. Cal recordar que els òrgans perifèrics de l'Administració educativa únicament s'han previst per als àmbits territorials de Menorca i de les Pitiüses[10].

[9] *Vid.* la reflexió de COLOM PASTOR, B. a *Les Institucions públiques a les Balears (1977-1988)*. Palma: Documenta Balear, 1998, pàg. 40 i 41: «El model de l'Administració comunitària que dissenya l'Estatut en els articles 5.1, 28.6, 39, 42 i 46.5 és el de l'Administració indirecta o descentralitzada. Segons aquest model, l'Administració exercirà altres funcions, entre les quals destaquen la potestat reglamentària, planificació, coordinació i control dels consells insulars, tendrà un aparell petit i poques competències de gestió. L'Administració perifèrica de la Comunitat i l'Administració institucional tendran un caràcter limitat, per no dir excepcional, ja que la majoria de competències administratives, sobretot les de gestió, seran exercides pels consells insulars... En poques paraules, l'organització de l'Administració de la Comunitat s'ha de fonamentar en el principi de descentralització territorial del nivell superior o comunitari als inferiors locals (municipis i, sobretot, consells insulars)». S'ha de tenir en compte que els articles esmentats corresponen al text anterior a la reforma estatutària operada per la Llei orgànica 3/1999, de 8 de gener. La versió castellana de l'obra és en el llibre del mateix autor *Veinticinco años de autonomia balear. Estudios jurídicos sobre el autogobierno (1977-2000)*. Madrid: Govern de les Illes Balears - Institut d'Estudis Autonòmics; Universitat de les Illes Balears; Marcial Pons, 2001, pàg. 95 i seg.

[10] Un esment especial pot fer-se a l'Administració sanitària: en el si del Servei de Salut de les Illes Balears, entitat autònoma adscrita en l'actualitat a la Conselleria de Salut i Consum, s'ha produït una desconcentració territorial de gran abast. L'entitat fou creada per la Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut

En qualsevol cas, la directriu plasmada en l'article 4 no posa en tensió els principis constitucionals i estatutaris en matèria d'organització. L'article esmentat està en consonància amb els principis de descentralització i de coordinació, resulta innocu per al de jerarquia i pot contribuir objectivament a reforçar el principi d'eficàcia. Pel que fa al principi de desconcentració, el precepte en qüestió no s'hi oposa, entre d'altres raons perquè no impedeix els moviments de translació de competències cap als òrgans inferiors en el si de l'Administració autonòmica, encara que aquests no tenguin caràcter perifèric. Per una altra banda, l'existència d'òrgans perifèrics de l'Administració autonòmica no ve imposada pel legislador estatutari, el qual, al contrari, prefereix —com ja s'ha dit— la reducció o l'eliminació d'estructures territorials en consonància amb la posició dels consells insulars en l'arquitectura de la comunitat autònoma.

IV. Alguns aspectes destacats de l'organització.

Del títol II, dedicat a l'organització administrativa, és possible extreure'n algunes decisions del legislador que presenten interès per la seva novetat o per la seva rellevància.

1. El Govern i l'Administració.

La persona jurídica denominada Administració de la comunitat autònoma apareix en la Llei com un complex d'òrgans i unitats administratives, ordenats jeràrquicament, que actuen coordinadament sota la direcció —com ja s'ha indicat— del president i del Govern. En l'esquema de la LRJACA no hi confusió: l'Administració autonòmica forma part del poder executiu, però, com a organització per a la gestió dels serveis públics, és quelcom diferent del president i del Govern. Aquests són, essencialment, institucions d'autogovern, si bé, simultàniament i de manera complementària, també actuen com a òrgans motors de l'aparell administratiu en la mesura que duen a terme funcions de direcció dels serveis públics. Però aquest aparell és, en qualsevol cas, una organització personificada, un ens singular, que no participa de la dimensió estrictament institucional que l'article 18.1 de l'Estatut d'autonomia confereix al president i al Govern.

El recurs a les categories doctrinals clàssiques és, en aquest camp, especialment problemàtic, si hom pretén encabir tota la realitat en conceptes predeterminats. De fet, el Govern no és només, des de l'òptica purament administrativa, l'òrgan que dirigeix i impulsa el funcionament de l'Administració autonòmica, sinó que fins i tot actua —amb el robatge de Consell de Govern[11]— com a òrgan resolutori de caràcter ordinari en aspectes

de les Illes Balears (BOIB núm. 55, de 22 d'abril), en substitució del servei Balear de la Salut. *Vid.* especialment l'art. 64 i els seg.

[11] L'article 15.3 de la Llei del Govern disposa que «el Govern reunit per a l'exercici de les seves funcions constitueix el Consell de Govern».

de cert relleu (autorització de subvencions, alienació de béns, imposició de sancions per infraccions molt greus, etc.).

La proclamació doctrinal de la naturalesa doble del Govern no queda desmentida per la LRJACA, de manera que és lícit defensar el caràcter d'aquesta figura com a òrgan del més alt nivell en l'Administració autonòmica en consonància amb les determinacions de la mateixa Llei 4/2001, del Govern. Sembla oportú recordar que l'exposició de motius d'aquesta afirma el següent: «La llei acull la doble naturalesa del Govern com a òrgan col·legiat que encarna essencialment el poder executiu de la comunitat autònoma, el configura com a institució d'autogovern i com a òrgan superior de l'Administració que en depèn, i el dota de les atribucions polítiques, executives i normatives que exigeix el text estatutari». Per la seva banda, l'article 15.1 de la Llei 4/2001 disposa que «el Govern, d'acord amb les directrius del president, estableix la política general i dirigeix l'Administració de la comunitat autònoma. Així mateix, exerceix la funció executiva i la potestat reglamentària en el marc de la Constitució, de l'Estatut d'autonomia i d'aquesta llei».

Tot i que el Govern no apareix en l'article 5 de la LRJACA formalment com a òrgan del més alt nivell o com a un dels «òrgans superiors», no es pot menystenir la redacció de l'apartat 2 d'aquell, que estableix que «sota la direcció superior del president i del Govern, l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears s'estructura en òrgans superiors i òrgans directius». Probablement, la influència de la legislació estatal ha estat decisiva a l'hora d'establir normativament que el Govern dirigeix l'Administració, però que els òrgans superiors d'aquesta són els consellers[12].

El caràcter d'òrgan de direcció superior del Govern apareix confirmat, en tot cas, per diverses dades normatives i per la realitat de les coses. D'entrada, no és dubtosa la condició administrativa del Govern. L'examen de la mateixa Llei que és l'objecte d'aquestes notes revela un tractament del Govern com a òrgan administratiu típic i, per tant, com a element incorporat plenament—sens dubte, el principal— en l'estructura orgànica de l'Administració de la comunitat autònoma. Els articles 22.2, 42, 54.1 i 58.3, entre d'altres, de la LRJACA contenen elements de suport a les observacions anteriors.

En segon lloc, per poc que s'examini el funcionament habitual del poder executiu, no es difícil comprovar la posició predominant del gabinet com a font inexhaurible de disposicions, directrius i mandats que es fonamenten en les relacions administratives de jerarquia i coordinació i que, en conseqüència, s'han d'entendre dictades per un òrgan de naturalesa administrativa de rang més alt que els destinataris de les seves decisions, fins i tot dels òrgans superiors i dels òrgans directius.

[12] *Vid.* l'art. 6.2 de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, reguladora de l'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat.

A partir de les consideracions exposades, sembla correcte atribuir al Govern la condició d'òrgan de l'Administració autonòmica, més concretament la d'òrgan suprem de direcció que presideix l'estructura orgànica. Aquesta conclusió no queda desmentida, en bona lògica, pel fet que les relacions de jerarquia de caràcter interorgànic, en el seu sentit més pur (mandats, facultats d'advocació, resolució de recursos d'alçada, etc.), s'hagin d'aplicar necessàriament amb matisos a les relacions del Govern amb altres òrgans.

Tot això, evidentment, pot mantenir-se sense afectar la seva naturalesa d'institució d'autogovern i sense oblidar el paper rellevant que el cap de l'executiu deté en l'actuació del Govern.

2. El president.

Pel que fa a la figura presidencial, hi ha arguments per afirmar que, considerat en si mateix, no apareix com un òrgan d'alt nivell de l'Administració i que les funcions de direcció de l'aparell administratiu les duu a terme indirectament, en general, com a orientador i impulsor de l'actuació del Govern. Aquesta conclusió no sembla contradita pels textos legals, principalment pels articles 2.1, 11 i 15.1 de la Llei 4/2001, als quals s'ha d'afegir l'article 5.2 de la LRJACA.

Ara bé, resulta difícil no traslladar a aquesta qüestió el fonament de les consideracions exposades amb relació a la naturalesa doble, o híbrida, del Govern. El fet és que la mateixa LRJACA reconeix explícitament al president la facultat de dictar actes administratius, i la pràctica demostra que això es dóna amb certa freqüència (actes de nomenament i cessament, actes de delegació, etc.). En aquest punt sembla oportú recordar que l'article 42 de la LRJACA, relatiu a la forma dels actes administratius, determina, en l'apartat a), que «els actes dictats pel president adopten la forma de decret».

Per una altra banda, si el president participa de la naturalesa d'òrgan administratiu i, com a tal, manté una posició predominant —cosa que es manifesta, com a mínim, en el poder de direcció i coordinació del Govern i dels membres que l'integren— és lícit afirmar que es tracta d'un òrgan del més alt nivell en l'estructura de l'Administració autonòmica. Tot això condueix a observar en la figura del president una dualitat de vessants com les que es poden reconèixer al Govern.

3. La Vicepresidència del Govern.

En aquest punt de l'exposició, s'imposen algunes observacions sobre la figura de la Vicepresidència del Govern, òrgan que es regula bàsicament en l'article 25 de la Llei del Govern[13], però que en la LRJACA només apareix tangencialment.

[13] Aquest precepte disposa el següent: «1. Correspon al vicepresident l'exercici de les funcions que li encomani o li delegui el president del Govern. Així mateix, li pertoca substituir-lo en els casos prevists

La manca de referències probablement s'explica per un argument basat en els plantejaments de la Llei del Govern, que es podria formular de la manera següent: la Vicepresidència del Govern —que, com se sap, és una figura potestativa— no constitueix una àrea d'estructuració de l'Administració balear i tampoc no forma part dels titulars de la potestat reglamentària. La seva virtualitat essencial rau en la funció institucional que desplega com a apèndix del cap de l'executiu autonòmic. Dit d'una altra manera: es considera que la Vicepresidència no és una cartera, sinó una categoria especial entre els membres del Govern, que pot compaginar-se o no amb la titularitat d'una conselleria.

No obstant això, es constata en la LRJACA que, si bé la Vicepresidència no apareix en la tipologia d'òrgans, no hi ha cap dificultat per reconèixer que pot actuar com un òrgan administratiu típic. Novament resulta il·lustratiu citar l'article 42, que en l'apartat c) estableix clarament que «els actes dictats pel vicepresident i pels consellers adopten la forma de resolució».

En l'esquema teòric del legislador, es plantegen aquestes dues alternatives: en la primera, el vicepresident no és simultàniament conseller; per tant, manté estrictament les funcions estatutàries de suport al president sense constituir una àrea o un departament de gestió administrativa, encara que evidentment pot estar dotat de recursos que li permetin assumir alguna competència de gestió, i fins i tot amb facultats de tipus resolutori. En la segona possibilitat, el vicepresident també és conseller. Això podria conduir lògicament a limitar la seva actuació administrativa a l'àmbit propi de la titularitat de la conselleria, de manera que les funcions a què fa referència l'article 25 de la Llei del Govern quedarien clarament diferenciades de les que enuncien els articles 10 i 11 de la LRJACA per als consellers.

Ara bé, les dades normatives probablement no deixen arribar a conclusions tan estrictes. De fet, un repàs als decrets presidencials que conformen l'estructura bàsica de l'Administració autonòmica permet constatar que el vicepresident que és simultàniament conseller pot assumir competències executives de dos tipus: les que les ha d'exercir el titular de la conselleria i les que s'atribueixen específicament al vicepresident com a tal. Evidentment, aquesta darrera possibilitat no s'ajusta completament a l'esquema conceptual dissenyat pel legislador, que sembla partidari de limitar les tasques merament administratives d'aquesta figura, ja que res no s'oposa a que les assumeixi exclusivament des del seu vessant de titular d'una conselleria.

4. Les conselleries.

Com succeïa també amb la Llei de règim jurídic de 1984, les conselleries constitueixen la peça bàsica d'estructuració de l'Administració autonòmica. Aquesta «s'organitza en

en aquesta Llei. 2. El vicepresident, quan així ho disposi el president, pot assumir també la titularitat d'una conselleria. 3. L'estatut personal, el nomenament i el cessament del vicepresident s'han de regir pel que disposa aquesta Llei per als consellers.»

conselleries, a les quals correspon el desenvolupament d'un o de diversos sectors d'activitat administrativa funcionalment homogenis» (art. 7 LRJACA)[14]. El nombre, la denominació i l'àmbit material d'actuació són decisions del president del Govern; després de la reforma estatutària de 1999 i de la Llei 2/2000, de 14 de març, el nombre ha quedat alliberat del límit de deu conselleries[15].

Per a l'organització de les conselleries, el legislador ha pres algunes decisions que convé subratllar. En primer lloc, ha establert un criteri d'uniformitat pel que fa a la tipologia d'òrgans que les integren. Així, els òrgans principals són el conseller, els directors generals i el secretari general, els quals conformen una estructura que s'ha de regular en els seus aspectes bàsics o fonamentals mitjançant un decret del president, i en els seus aspectes complementaris o de desplegament amb una ordre del conseller. A més, el desenvolupament d'aquest organigrama bàsic s'ha de dur a terme d'acord amb la relació de llocs de treball vigent, amb la finalitat de determinar les funcions atribuïdes a les unitats administratives de cada conselleria (art. 8 LRJACA).

La Llei comentada dedica al conseller els articles 9 a l'11. Sense alterar els plantejaments dels articles 26.1 i 33 de la Llei del Govern, es consolida la posició híbrida d'aquesta figura. Així doncs, es disposa que «els consellers, a més de les atribucions que els corresponen com a membres del Govern, dirigeixen i gestionen l'activitat administrativa de la conselleria». Quant a la seva dimensió d'òrgan que encapçala l'organització de la conselleria, la LRJACA distingeix entre les atribucions de direcció (art. 10) i les de gestió (art. 11), si bé es tracta d'una classificació que en alguns casos aporta poc des del punt de vista de la interpretació sistemàtica dels preceptes.

Comparant-la amb la Llei de règim jurídic de 1984, la LRJACA dedica una atenció major als òrgans directius: els secretaris generals[16], els directors generals i «els altres òrgans als quals s'hi assimilin en rang». Aquesta darrera expressió segurament pretén donar cobertura a una pluralitat de figures existents, algunes amb peculiaritats dignes d'estudi.

De la regulació establerta en els articles 12–16, sembla oportú subratllar-ne els aspectes següents:

- El legislador ha descartat expressament l'existència d'òrgans intermedis entre els consellers i els que la LRJACA denomina ara òrgans directius. La possibilitat d'ins-

[14] El caràcter prescriptiu de l'homogeneïtat contrasta amb la denominació i les competències que algunes conselleries han rebut històricament.

[15] La reforma de l'Estatut d'autonomia fou operada per la Llei orgànica 3/1999, de 8 de gener (BOE núm. 8, de 9 de gener). La Llei 2/2000, de 14 de març, de modificació de la Llei de règim jurídic de 1984, fou publicada al BOIB núm. 33, de 16 de març.

[16] Es produeix, doncs, un canvi terminològic digne d'esment, que fa desaparèixer les denominacions «Secretaria General Tècnica» i «secretari general tècnic» (i la seva forma en femení), com recorda la disposició addicional tercera de la LRJACA.

taurar la figura de viceconsellers (amb aquesta denominació o amb una altra) no sembla aliena a un estadi desenvolupat de l'Administració de la comunitat autònoma, atesa l'existència d'algunes conselleries de gran pes polític i pressupostari.

- Els secretaris generals i els directors generals són òrgans necessaris de les conselleries, d'acord amb l'article 8, ja esmentat. En l'article 13.2 s'insisteix en que «cada conselleria ha de comptar amb un secretari general»[17].
- Entre secretaries generals i direccions generals no s'estableixen relacions de jerarquia, sinó únicament de competència. Ambdues instàncies se situen en un pla d'igualtat davant el titular de la conselleria, que actua com a superior comú (art. 10.1, apartats d i f).
- Es reforça l'estatut personal dels titulars d'aquest òrgans: el nomenament dels titulars ha de respondre a «criteris de competència professional i d'experiència»; són directament responsables de la seva gestió; queden sotmesos al control i a l'avaluació de l'òrgan superior competent; i se'ls aplica plenament la legislació d'incompatibilitats dels alts càrrecs (art. 12).

5. Els òrgans administratius.

Deixant de banda ara les especificitats que poden plantejar els òrgans de caràcter perifèric —admesos, com a excepció, per l'article 4 LRJACA—, cal referir-se en primer lloc a la tipologia d'òrgans.

Amb una sistemàtica millorable, la Llei acull una divisió incompleta dels òrgans administratius en assenyalar que l'Administració autonòmica «s'estructura en òrgans superiors i òrgans directius», afirmació que evidentment no aglutina altres possibilitats, com immediatament es comprovarà. Pel que fa al marc jurídic dels òrgans de caràcter ordinari, s'ha d'acudir preferentment a les previsions de l'article 6, en el qual s'hi troben regles de gran transcendència que permeten apuntar algunes consideracions d'interès:

[17] La interpretació sistemàtica de diversos preceptes de la LRJACA condueix a la conclusió que els únics òrgans directius admesos són els enunciats a l'article 5 («els secretaris generals, els directors generals i els altres òrgans als quals s'hi assimilin en rang»), als quals els és aplicable el règim de nomenament i d'incompatibilitats establert en l'article 12. En aquest context, crida poderosament l'atenció que la Llei 10/2003, de 22 de desembre, de mesures tributàries i administratives, ha establert una regla de caràcter excepcional en modificar l'article 70.2 de la LRJACA. Aquest precepte ha passat a tenir la redacció següent: «La direcció de l'Advocacia de la comunitat autònoma de les Illes Balears gaudirà de la condició d'òrgan directiu dels que es preveuen en l'article 5.4 d'aquesta llei, assimilat en rang a una direcció general, el titular del qual ha de ser un funcionari públic del cos d'advocats de l'Estat o del cos superior d'advocats de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears». I s'hi afegeix: «La regulació, les característiques, el nomenament i el règim de suplència de la direcció de l'Advocacia de la comunitat autònoma s'ha de regir per la normativa reglamentària de desplegament d'aquesta llei, i no hi serà d'aplicació el que disposa l'article 12.1 pel que fa al nomenament pel Govern de les Illes Balears».

- Les conselleries estan integrades per òrgans i unitats. Són òrgans, a més del superior (conseller) i dels directius, «aquelles unitats administratives a les quals s'atribueixen funcions que tenen efectes jurídics davant tercers o l'actuació dels quals té caràcter preceptiu» (art. 6.3). S'hi aprecia fàcilment la influència de la LOFAGE[18].
- Les unitats administratives es defineixen com a «elements organitzatius bàsics de l'estructura orgànica i comprenen els llocs de feina vinculats funcionalment per raó de les seves comeses a un comandament superior comú». Es classifiquen en departaments, serveis, seccions i negociats. L'existència de divisions dins cada nivell dóna lloc a una teòrica estructura de caire piramidal, que no sempre s'ha manifestat racionalment. Per això té sentit la regla establerta en l'apartat 2 de l'article 6: «(...) Els departaments, serveis i seccions s'estructuren, com a regla general, en dues o més unitats de nivell inferior».
- Les diferències entre departaments i serveis solen anar més lligades a criteris de rellevància o de caràcter retributiu que a raons vinculades amb les responsabilitats de gestió. Hom pot observar, en aquest punt, que el legislador ha descartat l'existència generalitzada de figures intermèdies (sotsdirector general, per exemple) entre els òrgans directius i els òrgans i unitats de caràcter ordinari.

Els òrgans administratius es creen, per regla general, mitjançant la norma corresponent, d'acord amb la legislació bàsica estatal, la Llei balear del Govern i la mateixa LRJACA[19]. En canvi, segons disposa l'article 6.5, «les unitats administratives es creen, modifiquen o se suprimeixen a través de les relacions de llocs de treball». Per això, l'establiment de l'estructura orgànica de cada conselleria s'ha de coordinar amb les relacions de lloc de treball, tal com preveu l'article 8.3 LRJACA, ja esmentat.

Finalment, és oportú destacar l'imperatiu establert a l'article 6.6: «L'inici del funcionament de noves unitats previstes en la relació de llocs de feina només serà efectiu quan s'hagin establert reglamentàriament les funcions que han de desenvolupar».

En la regulació examinada apareix —per primera vegada en la legislació balear— la preocupació per coordinar les funcions d'estructuració administrativa i les de dotació de personal. L'assignació precisa de les tasques que corresponen a les normes organitzatives i a les relacions de llocs de treball constitueix un pas endavant cap a la racionalització de les estructures administratives.

---

[18] L'article 5.2 de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, reguladora de l'organització i funcionament i funcionament de l'Administració general de l'Estat, disposa el següent: «Tendrán la consideración de órganos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo».

[19] La idea apuntada en el text ha de ser considerada així mateix a la vista de la nova regulació dels òrgans col·legiats (art. 17 a 19 de la LRJACA).

JURISPRUDÈNCIA

(desembre 2002 - juliol 2003)

Miquel Masot Miquel
Magistrat del TSJB
(Dret Civil balear)

Mariano Zaforteza Fortuny
Magistrat del TSJB
(Civil)

Fernando Socías Fuster
Magistrat del TSJB
(Contenciosa administrativa)

Ferran Gomila Mercadal
Advocat
(Laboral)

Maria Torres Bonet
Doctora en Dret
(Constitucional)

I. Dret civil balear

A. Sala Civil i Penal, actuant com a Sala Civil, del Tribunal Superior de Justícia.

1. SENTÈNCIA 1/2003, DE 12 DE MARÇ. Ponent: Sr. Capó Delgado. SUBSTITUCIÓ FIDEICOMISSÀRIA CONDICIONAL. RECLAMACIÓ DE QUARTA TREBEL·LIÀNICA. EL TERMINI DE PRESCRIPCIÓ DE L'ACCIÓ COMENÇA A COMPTAR DES DEL COMPLIMENT DE LA CONDICIÓ. ACCIÓ DE SUPLEMENT DE LLEGÍTIMA EXERCITADA PELS HEREUS DEL LLEGITIMARI.

Resum dels fets: Tracta sobre la successió del senyor J.O.F., qui va morir el 27 de novembre de 1951, amb darrer testament atorgat el 17 de novembre de 1949, en el qual —entre altres punts— es disposava: «Si alguno de los instituidos fallece en estado de soltero, su parte del caudal hereditario paterno, o sea procedente del testador, pasará por vía de sustitución a sus hermanos y hermanas y a los descendientes de cualquiera de ellos premuerto, por representación en estirpes, a los hermanos y hermanas por cabezas y a los sobrinos y sus descendientes por estirpes. No obstante, el heredero sujeto a esta sustitución por su estado de soltería podrá vender, gravar con hipotéca y de cualquier otro modo enajenar y transmitir bienes del caudal para atender a sus necesidades, justificadas ante dos de los albaceas que nombrará. Es deseo del testador que los bienes de su caudal no salgan de la familia y recomienda a sus sucesores el cumplimiento de este deseo».

Assenyalava també que «el testador establece terminantemente que si cualquiera de los herederos promoviere contienda o reclamación judicial quede excluido de la herencia, percibiendo solamente, el que tal cosa hiciere, lo que por legítima le correspondiere, acrediendo el exceso a todos los demás herederos, por cabezas los hermanos y por estirpes los demás».

Dos dels fills —R.O.L. i J.O.L.— varen morir sense haver contret matrimoni, el segon dels quals sota un testament en el qual institueix hereus per parts iguals els seus germans, els senyors J., E. i G. O. L.

Aquests varen presentar una demanda contra l'altra germana —la senyora M.O.L.— amb la qual pretenien substancialment que, en la seva condició d'hereus testamentaris del seu germà premort, J.O.L., tenien dret a la quarta trebel·liànica que corresponia a aquest per la seva condició de fiduciari, i també a la llegítima que pertanyia a aquest germà premort en l'herència del seu pare, ja que aquella no podia estar gravada amb la substitució fideïcomissària disposada per aquest.

La germana demandada es va oposar a la demanda i, així mateix, va reconvenir en súplica que es complís la disposició testamentària que exclou els hereus que promoguin algun plet sobre la successió, raó per la qual els actors just havien d'heretar el que els corresponia per llegítima, i la resta dels béns eren per a la germana demandada reconvenent.

La sentència del Jutjat de Primera Instància va desestimar les dues demandes i igualment es varen desestimar els dos recursos interposats pels actors i per la demandada davant la Secció Quarta de l'Audiència Provincial.

Els germans actors varen interposar un recurs de cassació argumentant que la substitució fideïcomissària instituïda era condicional, ja que els germans premorts R. i J. no varen adquirir la condició de fiduciaris fins que es va complir la condició d'haver mort en estat de fadrins; per això no concorria la prescripció que havia estat determinant per desestimar la demanda.

Fonamentació jurídica: La sentència no posa en dubte el caràcter condicional de la substitució. A aquest efecte diu: «Sin duda la sustitución fideicomisaria ordenada en el caso por el fideicomitente es condicional, en la modalidad *incertus an et incertus quando*, y tiene la misma estructura que la sustitución *si sine liberis decesserit* que, según los autores estudiosos del tema, es la más utilizada en nuestro derecho desde el siglo XIX y tiene además, su misma finalidad, que es, precisamente, la que sabemos expresó el fideicomitente: el deseo de que los bienes de su caudal no salgan de la familia».

Atesa la data de la mort del testador —27 de novembre de 1951—, el dret que havia de regir la seva successió consistia especialment en la Reial cèdula de Felip V del 31 d'agost de 1736, que integra en aquest punt la tradició jurídica balear. En aquest sentit, l'exposició del Projecte d'apèndix de 1903 assenyala que «las disposiciones contenidas en la Real Cédula han sido llevadas al articulado del proyecto por lo mismo que la Comisión reconoce y recomienda la ineludible necesidad de conservarlas en nuestro derecho».

A la Reial cèdula es deia, en síntesi, que en la liquidació dels fideïscomissos les detraccions legals —quarta trebel·liànica i llegítima— es devien als hereus dels fiduciari, sense que es poguessin restituir al fideïcomissari.

En aquest cas, el condicionament imposat pel testador que els fills venien gravats amb substitució si morien en estat de fadrins determina que fins que no es va produir la mort dels germans R. i J. no va néixer el dret a detreure la trebel·liànica. Per aquesta raó no es pot considerar prescrita l'acció per reclamar-la —com havien assenyalat les sentències del Jutjat i de l'Audiència— ja que el termini no ha de començar a comptar des de la mort del testador, sinó de la del fiduciari, d'acord amb el que disposa l'article 1969 del Codi civil.

Pel que fa al requisit de l'inventari per poder detreure la quarta trebel·liànica, es considera que a aquest efecte es vàlida l'escriptura pública de manifestació i adjudicació de l'herència del senyor J.O.F. atorgada el 22 de febrer de 1952, ja que conté «un completo inventario de bienes del caudal relicto», si bé no es va atorgar amb vista a la possibilitat de poder detreure'n la quarta trebel·liànica. La Sentència assenyala que, atesa la data de la mort del causant, el dret aplicable és el vigent amb anterioritat a la Compilació de 1961 integrat pel Còdex llibre VI til. 30 llei 22 fragments 2 i 4 i per les sentències que es relacionen al fonament de dret sisè.

Finalment, pel que fa a la reclamació dels germans actors respecte de la llegítima que corresponia al germà premort a l'herència del seu pare, es confirma la declaració de les sentències d'instància que considerava prescrita l'acció, ja que havien transcorregut més de trenta anys des de la mort del causant (27 de novembre de 1951) i des de l'escriptura de manifestació i adjudicació d'herència atorgada pels marmessors testamentaris (22 de febrer de 1952). En aquest sentit, en el fonament de dret quart de la Sentència recorreguda es diu que «tanto Don R. como Don J. O. L. recibieron por testamento más de lo que les correspondía por legítima, aunque con la carga de la sustitución fideicomisaria potestativa y condicional de transitar los bienes recibidos por herencia si fallecía en estado de soltería hacia sus hermanos o hermanas y, sin embargo, la aceptaron sin utilizar jamás la opción de reclamar su legítima estricta con liberación del fideicomiso, lo que podrían haber hecho bien desde la muerte del causante o, al menos, desde la fecha de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia, ocurridas en 1951 y 1952 respectivamente».

No es fan consideracions en la Sentència que es comenta sobre la pretensió suscitada per la demandada reconvenent, ja que aquesta no ha interposat un recurs de cassació contra la sentència de l'Audiència que confirmava la desestimació de la seva demanda.

Comentari: Sentència interessant que tracta sobre dues de les institucions essencials del dret civil balear com són les substitucions fideïcomissàries i les llegítimes.

En les substitucions fideïcomissàries no sotmeses a condició, el dret a la quarta trebel·liànica es pot fer efectiu al fiduciari, bé rebent en vida i de manera definitiva una quarta part de l'herència o bé optant per estar en possessió de la totalitat de l'herència que és l'objecte del fideïcomís, fent-se a la seva mort per part dels seus hereus la detracció de la quarta, sempre que es donin els requisits establerts legalment. En qualsevol cas, és clar que el dret a la quarta és transmissible als hereus, com diu expressament l'article 29 de la Compilació, i que també es pot donar una cessió d'aquest dret *inter vivos*, com és el cas tractat per la sentència d'aquesta Sala de 28 de febrer de 1991 i, en especial, a la de l'Audiència Provincial de 27 de juliol de 1990 que dóna lloc a aquella.

En el cas tractat per la Sentència, però, el dret a la quarta no podia sorgir sinó des del compliment de la condició de morir els fills en estat de fadrins. Per això la Sentència estableix que aquest dret a la quarta no estava prescrit quan es va interposar la demanda, ja que el termini de prescripció ha de començar a comptar des de la mort del fiduciari i no des de la del testador.

El dret a la quarta trebel·liànica i a les detraccions legals establertes per la Compilació va unit a la facultat de retenció dels béns integrants del fideïcomís, com ha estat sempre tradicional a l'illa. Així ho declara la Sentència i ho estableix l'article 36 de la Compilació, seguint el precedent de la Reial cèdula de Felip V esmentada.

Quant a les reclamacions fonamentades en el fet que les llegítimes no podien estar gravades amb la substitució, és absolutament lògica la confirmació de la sentència recorreguda, ja que els germans premorts no havien fet cap reclamació sobre aquest fet particular i havien transcorregut més de trenta anys des de la mort del causant i des de la manifestació i l'adjudicació de la seva herència.

En la sentència comentada es fa una interessant exposició sobre el caràcter personal, real o mixt de l'acció de suplement de llegítima —cosa que suposaria diferents terminis de prescripció— i sobre la transmissió de l'acció als hereus del llegitimari sense necessitat que aquest hagi exercitat l'acció. En qualsevol cas, havien passat més de trenta anys des de la mort del causant i des de la manifestació i l'adjudicació de la seva herència; per tant, l'acció estava fatalment prescrita.

2. INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE FEBRER DE 2003. Ponent: Sr. Muñoz Jiménez. COMPETÈNCIA PER CONÈIXER DEL RECURS DE CASSACIÓ QUAN ES DENUNCIEN INFRACCIONS DE PRECEPTES CONSTITUCIONALS I DE NORMES DEL DRET CIVIL BALEAR. INCIDÈNCIA DE L'ARTICLE 5.4 DE LA LOPJ.

Resum dels fets: Es tracta d'uns recursos de cassació amb què es denuncien infraccions de preceptes de la Compilació i també de les normes de la Constitució. Els primers determinarien la competència d'aquesta Sala per aplicació dels articles 478.1 LEC i 49.1.a de l'Estatut d'autonomia. Però l'article 5.4 de la Llei orgànica del Poder Judicial diu que «en todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional».

Fonamentació jurídica: En la resolució comentada es comença assenyalant que «esta Sala comparte de lleno la idea de que la mera mención tangencial de preceptos constitucionales en la formalización de los motivos del recurso de casación no basta para atribuir competencia funcional al Tribunal Supremo. Así lo ha estimado el propio Alto Tribunal en sentencia de 22 de marzo de 1995 y en Autos de 3 de octubre de 1995 y 23 de enero y 9 de octubre de 2001. La invocación retórica de preceptos de la Constitución con la patente y sola finalidad de robustecer la denuncia de supuesta vulneración de normas de legalidad ordinaria —inspiradas como todas en los principios y valores constitucionales, claro es— no justifica en absoluto una desviación de competencia en menoscabo de la que la ley confiere a un determinado órgano jurisidiccional como regla».

Així i tot es considera que hi podria haver hagut una infracció constitucional determinant —de l'article 117.3— ja que s'al·lega aquest precepte per demandar la nul·litat d'una

escriptura atorgada unilateralment pel destinatari d'un llegat de residu prenent possessió dels béns del llegat. Es donava la particularitat que el fiduciari d'aquest llegat —integrat per béns de la seva germana— havia atorgat un testament disposant en favor de la seva viuda l'usdefruit vitalici sobre els béns constitutius del llegat. Aquella escriptura atorgada pel legatari fou inscrita en el Registre de la Propietat.

En la resolució comentada es considera que la intervenció del notari i del registrador tal vegada podrien suposar una infracció de l'article 117.3 de la Constitució, atès que estableix el principi d'exclusivitat en l'exercici de la potestat jurisdiccional. En aquest sentit es diu que «el artículo 117.3 de la Constitución, en definitiva, es la precisa norma sobre la que descansa la demanda reconvencional, de suerte que en absoluto cabe tildar de gratuita ni retórica la denuncia de su infracción que incluye el recurso. Consiguientemente, compete al Tribunal Supremo y no a esta Sala pronunciarse en punto a la admisibilidad procesal del motivo, primero, y, caso afirmativo, acerca de si resulta o no compatible con dicho precepto constitucional que el oficio notarial y la función pública registral propicien que, en lo que en sus respectivos ámbitos de actuación concierne, surta eficacia jurídica la manifestación verificada en escritura pública por el legatario de residuo de que niega validez al usufruto sobre los bienes objeto del legado dispuesto en testamento por el fiduciario a favor de otra persona, logrando con ello que el pleno dominio de tales bienes se inscriban a su nombre en el Registro de la Propiedad sin intervención ni menos consentimiento de la persona llamada por el disponente a disfrutar de estos bienes a título de usufructuaria».

Comentari: L'article 5.4 de la LOPJ no té raó de ser, atesa l'existència del Tribunal Constitucional, que és l'òrgan jurisdiccional adient per interpretar els preceptes de la Constitució. No té sentit que estigui vedada a les sales civils i penals dels tribunals superiors la resolució de recursos en què s'al·leguen infraccions constitucionals, quan els jutjats de primera instància i les audiències provincials poden pronunciar-se sobre l'existència o la inexistència d'infraccions dels preceptes de la Constitució. En aquest cas, precisament, la Sentència que és objecte del recurs —dictada per la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial el 17 d'octubre de 2002— proclamava que «la autorización de la escritura por el Notario y la subsiguiente inscripción en el Registro no prejuzgan la interpretación que los Juzgados o Tribunales puedan darle a la cláusula de fideicomiso de residuo, sin que suponga ninguna vinculación ni infracción del artículo 117 de la Constitución».

A la interlocutòria que es comenta hi ha un vot particular del magistrat Sr. Masot Miquel que —després d'expressar la seva consideració i el seu respecte més alt als raonaments de la majoria— es fonamenta en què, en el motiu setè del recurs, no és l'article 117.3 l'únic precepte que es declara infringit, ja que s'hi al·lega també una infracció de l'article 658 del Codi civil —entre d'altres—, de la qual cosa el recurrent deriva l'afirmació que el testament

és la llei de la successió. Per això i també pel tenor literal del «suplico» de la demanda reconvencional es considera que la qüestió suscitada no és sinó la de la possible validesa dels testaments atorgats pel fiduciari d'un llegat de residu en els quals, respecte dels béns integrants d'aquest llegat, es disposa l'usdefruit vitalici a favor del cònjuge. Aquesta qüestió, per tant, no es pot resoldre sinó mitjançant els preceptes del dret civil balear aplicables al cas.

En definitiva, es considera en el vot particular que la invocació de l'article 117.3 de la Constitució no deixa de tenir caràcter tangencial respecte de la qüestió de fons debatuda.

Hi ha també un vot particular concorrent del magistrat Sr. Monserrat Quintana expressant el seu desacord amb els termes emprats en un paràgraf de la interlocutòria, perquè considera que «tales expresiones podrían —tal vez— inducir a pensar que se están dando por supuestas algunas conclusiones que afectan al fondo de la cuestión, materia en la que —en congruencia con la remisión a la Sala Primera del Tribunal Supremo— solo ésta puede pronunciarse en virtud del precepto del artículo 5.4 de la L.O.P.J., sea cual sea la opinión que éste merece".

3. INTERLOCUTÒRIA DE 25 DE JULIOL DE 2003. Ponent Sr. Masot Miquel. COMPETÈNCIA DE LA SALA CIVIL I PENAL PER CONÈIXER DELS RECURSOS DE CASSACIÓ. VE DONADA PER L'AL·LEGACIÓ D'INFRACCIÓ D'UN PRECEPTE DE DRET CIVIL BALEAR.

Resum dels fets: Es tracta d'un recurs de cassació presentat a la Sala Civil i Penal que es fonamenta en quatre motius, que són els següents, resumidament: 1) infracció dels articles 741 i 742 de la LEC de 1981 sobre l'adequació del procediment incidental per a la inclusió o l'exclusió de béns a un judici de testamentària o per a la commutació del dret d'usdefruit vidual; 2) infracció dels mateixos preceptes tot i haver-hi jurisprudència contradictòria de diverses audiències provincials; 3) infracció de l'article 218 de la LEC de 2000 i dels articles 153 i 154.3 de la LEC de 1881 sobre l'acumulació de les accions d'exclusió de béns i la commutació de l'usdefruit vidual; 4) infraccions dels articles 896 de la LEC de 1881 i 398 de la LEC de 2000, perquè en el cas hi concorren circumstàncies excepcionals o perquè es plantegen dubtes que no fan escaient la condemna a costes.

La interlocutòria declara la falta de competència de la Sala Civil i Penal per conèixer del recurs de cassació.

Fonamentació jurídica: La resolució que es comenta diu que «del artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se deduce claramente que la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal para conocer de los recursos de casación pasa por la confluencia de los tres requisitos que a continuación se indican: que el recurso de interponga contra resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la

Comunidad Autónoma, que se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma y que en el Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución».

A continuació es detallen els quatre motius de cassació que abans s'han indicat i se'n conclou la manca d'al·legació d'infracció de norma foral, la qual cosa és determinant per declarar la manca de competència per conèixer del recurs.

En la interlocutòria comentada es fa referència als treballs doctrinals —del magistrat Sr. Muñoz Jiménez—, que expressen que «la concurrencia del requisito de la infracción de norma foral la produce el planteamiento del propio recurso. La competencia del Tribunal Superior, en efecto, no deriva de la fundamentación jurídica aducida por las partes en sus escritos delimitadores del objeto del proceso y ni tan siquiera del carácter autonómico de las normas aplicadas efectivamente por las decisiones de instancia. Deriva sólo de la naturaleza de la concreta norma en cuya infracción el recurso se funda, y que ha de tener la condición de norma de Derecho Civil Foral o Especial propia de la Comunidad en palabras del artículo 478.1º».

Es remarca que aquest criteri és distint de l'existent respecte del recurs de revisió, en el qual la competència del Tribunal Superior vendria donada —d'acord amb els articles 73.1.b LOPJ i 505 LEC— depenent del caràcter autonòmic del dret material aplicat en el procés.

La interlocutòria conclou que «la interpretación gramatical de los artículos 478 LEC y 73 LOPJ no permite llegar a otra conclusión que la expresiva de que la competencia de esta Sala para el conocimiento de los recursos de casación pasa por la denuncia en el escrito de interposición del recurso de la infracción de una o más normas del Derecho civil propio de esta Comunidad Autónoma. Se convierte, de esta manera, al escrito de interposición del recurso en el elemento determinante de la atribución de la competencia; y lo que en él se dice —en cuanto expresivo de que se ha producido infracción de norma de Derecho civil propio— debe ser respetado, siempre que no oculte motivaciones de fraude procesal».

Comentari: Interlocutòria important, que necessàriament han de tenir en compte els lletrats que presentin recursos de cassació a la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia. La competència d'aquest Tribunal ve donada per l'al·legació d'infracció de norma del dret civil propi. No necessàriament s'ha de tractar d'un precepte de la Compilació, ja que també seria adequada en aquest punt l'al·legació d'infracció d'un precepte de contingut civil de qualsevol llei del Parlament de les Illes Balears, sempre amb l'excepció del frau processal, ja que no seria admissible la cita d'un precepte foral si no està en consonància amb el que s'ha debatut en el procés.

Amb anterioritat, la Sentència 3/2000, de 3 de novembre, i la Interlocutòria de 25 de novembre de 2002 estableixen la mateixa doctrina.

B. Audiència Provincial (Secció Tercera).

1. SENTÈNCIA 187/2003, DE 21 DE MARÇ. Ponent Sr. Gómez Martínez. REVOCACIÓ DE DONACIONS ENTRE CÒNJUGES. IMPROCEDÈNCIA PER HAVER ESTAT LA SEPARACIÓ DE COMÚ ACORD I EL DIVORCI BASAT EN EL CESSAMENT DE LA CONVIVÈNCIA DURANT EL TERMINI DE L'ARTICLE 86.2 DEL CODI CIVIL.

Resum dels fets: En el litigi es demanava la revocació de la donació realitzada per l'actor en favor de la demandada quan ambdós eren casats, que tenia per objecte la nua propietat de la meitat indivisa d'una casa de Portocolom (Felanitx).

L'acció s'exercita basant-se en l'article 4.3 de la Compilació de dret civil de les Illes Balears. Com a fonament de la revocació s'invoca el divorci que es va decretar mitjançant la Sentència del Jutjat de Primera Instància número 4 de Manacor de 15 de novembre de 1999, per causa imputable a la donatària, segons s'afirma.

Fonamentació jurídica: Lla sentència diu que del tenor literal de l'article 4.3 de la Compilació de dret civil de les Illes Balears es dedueix que no basta la ruptura matrimonial perquè es pugui demanar la revocació de la donació. És necessari, a més, que hi concorri un pressupost subjectiu com és que la causa de separació o el divorci sigui imputable al cònjuge donatari.

Així mateix expressa la important consideració que el judici sobre si aquesta causa ha concorregut i sobre si s'ha d'atribuir a un cònjuge o a un altre s'ha de fer dins la sentència matrimonial, no en el procés posterior amb què es demana la revocació de la donació.

I és així perquè les sentències de separació o divorci tenen naturalesa constitutiva ja que produeixen una modificació d'una situació jurídica, i aquest canvi que no es pot produir sense la resolució judicial. La separació o el divorci només existeixen a partir de la sentència; de la mateixa manera, les causes de la ruptura matrimonial tan sols existeixen en la mesura en què són reconegudes en la resolució que posa fi al litigi matrimonial.

En definitiva, la sentència diu que l'efecte positiu de la cosa jutjada obliga a tenir en compte el contingut de la sentència esmentada en aquest plet posterior, en el sentit que no es pot variar la declaració sobre les qüestions que constitueixen necessàriament el seu objecte, entre les quals es troba la fixació de la causa de la separació o del divorci. Per una altra banda, l'efecte negatiu de la cosa jutjada impedeix que ara pugui haver-hi un nou pronunciament sobre la causa de la ruptura matrimonial.

La conclusió de la Sentència és que l'article 4.3 de la Compilació —que considera la concurrència de causa de separació o divorci imputable al donatari com a supòsit d'ingratitud a efectes de la revocació de la donació— exigeix que tant la causa com la seva imputació al cònjuge s'hagin establert en la sentència de separació o divorci.

Comentari. La sòlida argumentació de la Sentència dóna lloc a la desestimació del recurs interposat per l'espòs demandant, que havia sol·licitat la revocació de la donació. Aquesta pretensió tampoc no es va estimar en la instància, en considerar el Jutjat número 3 de Manacor que la causa de la revocació era l'abandó de l'esposa i que, quan es va presentar la demanda revocatòria, havia transcorregut amb excés el termini per exercir l'acció (un any, segons l'article 652 CC).

Segons la resolució comentada, la sentència matrimonial assenyalava que les parts estaven d'acord a separar-se, sense que hi intervengués cap causa imputable a l'esposa donatària.

Crec que aquesta important sentència hauria de fer reflexionar sobre si en certes ocasions alguns lletrats tutelen de la manera deguda l'interès del justiciable quan es va a una separació per acord mutu malgrat que hi concorri una causa de separació que suposi l'incompliment greu dels deures matrimonials per part d'un dels cònjuges.

És evident que, en aquests supòsits, el cònjuge *in bonis* resulta perjudicat si no es planteja judicialment en el procés matrimonial l'existència de la causa de separació, ja que perdrà la possibilitat de demandar en el futur la revocació de les donacions efectuades en favor de l'altre cònjuge, així com també les expectatives llegitimàries, atès el pronunciament de l'article 45 de la Compilació.

II. Civil

A. Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 146/2003, DE 17 DE MARÇ. Ponent: Sr. Oliver Barceló. NUL·LITAT D'UNA CONDICIÓ GENERAL D'ARRODONIMENT A L'ALÇA EN UN CONTRACTE BANCARI. LEGITIMACIÓ ACTIVA D'UNA ASSOCIACIÓ D'USUARIS. CLÀUSULA NO NEGOCIADA I ABUSIVA.

Resum dels fets: Una associació d'usuaris de banca va interposar una demanda en què exercia la pretensió que es declaràs la nul·litat —per ser una clàusula abusiva— de la condició general que havia incorporat una entitat bancària als contractes de préstec hipotecari a tipus d'interès variable formalitzats amb consumidors, amb la qual s'establia l'arrodoniment sempre a l'alça i en un quart de punt. A més, la demandant, exercitant una acció col·lectiva de cessació d'aquesta condició general, va impetrar la condemna de l'entitat bancària a eliminar-la d'aquests contractes de préstec hipotecari i a abstenir-se d'utilitzar-la a partir d'aquell moment. També és va sol·licitar la condemna de la demandada a tornar als prestataris les quantitats que s'haguessin cobrat en virtut de l'arrodoniment a l'alça impugnat.

El Jutjat de Primera Instància va estimar íntegrament aquestes pretensions i va ordenar que es publicàs la Sentència en el *Butlletí Oficial del Registre Mercantil* i en un diari de difusió estatal, i que s'inscrigués la Sentència en el Registre de Condicions Generals de la Contractació.

Fonamentació jurídica: Motivant la confirmació d'aquesta decisió l'Audiència Provincial va reconèixer, d'entrada, la legitimació activa de l'associació d'usuaris demandant i va considerar determinant que aquesta entitat tengués la condició d'associació de consumidors i usuaris d'acord amb els seus estatuts, i que les accions exercitades en aquest procés tenguessin relació amb els drets que tracta de protegir la Llei general de consumidors i usuaris. La demandant, doncs, estava legitimada activament encara que no constàs inscrita en el registre corresponent del Ministeri de Sanitat i Consum, pel fet que aquesta inscripció només determina els efectes que fan referència a la facultat d'aquestes associacions per gaudir dels beneficis previstos en la mateixa Llei i en les disposicions reglamentàries que la despleguen, però no se'n pot col·legir que la inscripció tengui caràcter constitutiu i habilitant per a les accions exercitades en el procés que s'analitza.

La Sentència també va explicitar que la clàusula d'arrodoniment a l'alça s'havia de qualificar com a condició general de la contractació que havia estat imposada als prestataris,

perquè la demandada no havia provat —tot i que podia haver-ho fet fàcilment— que s'hagués negociat individualment amb cada consumidor, de manera que els prestataris es veien limitats a adherir-s'hi. La incorporació d'aquella clàusula als contractes era una decisió exclusiva de l'entitat bancària i els consumidors / prestataris no podien influir en el contingut, ja que havia estat redactada i predisposada de manera unilateral per la prestadora en tots els préstecs hipotecaris a interès variable, de manera que els prestataris no havien pogut eludir-ne l'aplicació ni l'havien acceptada específicament. Com a conseqüència de l'aplicació d'aquesta clàusula (que comportava un arrodoniment del tipus d'interès sempre a l'alça i en un quart de punt, mai a la baixa o al més proper), els prestataris desconeixien el desenvolupament de l'abast del cost del préstec i es produïa un abús contra aquells en trencar-se l'equilibri contractual per la falta de referència a paràmetres de caràcter objectiu, la qual cosa perjudicava els usuaris abusivament i desproporcionadament.

Per una altra banda, la Sala va exposar que determinades normes administratives sobre aquesta matèria regeixen en relació amb certes obligacions classificades com a tals (deures d'identificació, de documentació, d'informació, de transparència, òrgans de control intern, deure de prevenció, de compliment de les normes administratives, etc.), però que la resolució de les qüestions de fons (entre aquestes, les clàusules abusives) queda reservada als tribunals de justícia. En la Resolució de l'Audiència, finalment, es va al·ludir a que el legislador havia regulat aquesta qüestió en la disposició addicional dotzena de la Llei 44/2002, 22 de novembre, de mesures de reforma del sistema financer, que estableix que «el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar el octavo de punto». Això significa que, tot aplicant aquesta norma, s'ha de pactar prèviament l'interval per a l'arrodoniment, ha d'estar al més pròxim (a l'alça o a la baixa) i no es pot sobrepassar el vuitè de punt.

Comentari: La Sentència, després d'analitzar detalladament la normativa aplicable en el supòsit de fet dilucidat i per acceptar la legitimació activa de la demandant, va rebutjar un criteri formalista i va restar rellevància a la inscripció en el registre administratiu corresponent. Quant al fons del litigi, va desgranar les raons per les quals es considerava abusiva la clàusula d'arrodoniment a l'alça i fins al quart de punt impugnada en el procés, emfasitzant que havia estat imposada per l'entitat bancària prestadora i que, a més, generava un desequilibri desfavorable per als prestataris. La línia marcada per aquest supòsit pot incidir en molts altres que hi són anàlegs, ja que en els préstecs hipotecaris atorgats per algunes entitats bancàries s'hi introduïen clàusules semblants.

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ QUARTA NÚM. 176/2003, DE 14 D'ABRIL. Ponent: Sra. Fernández Alonso. INTERPRETACIÓ DE L'ARTICLE 414.2 DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CIVIL. PODER ESPECIAL.

Resum dels fets: En un judici ordinari sobre la resolució d'un contracte de compravenda en el qual havia recaigut una sentència de primera instància íntegrament estimatòria de la demanda, la part demandada va interposar un recurs d'apel·lació amb què sol·licitava, en primer lloc, que es decretàs la nul·litat de les actuacions perquè l'audiència prèvia s'havia duit a terme sense que el procurador de l'actor exercís les facultats especials que la llei exigeix, i, en segon lloc, que es rebutjàs la pretensió del demandant amb relació al fons de l'assumpte. El tribunal va desestimar l'apel·lació després d'interpretar l'article 414.2 de la Llei d'enjudiciament civil i d'analitzar el que s'havia adduït amb relació al fons del plet.

Fonamentació jurídica: La qüestió processal suscitada per l'apel·lant girava en torn a la interpretació de l'article 414.2 de la Llei d'enjudiciament civil de 2000, que estableix que en l'audiència prèvia les parts es consideraran no comparegudes si no hi concorren personalment ni atorguen el poder al procurador per renunciar-hi, assentir a les condicions o transigir. Aquest precepte s'ha de posar en relació amb l'article 25 del mateix cos normatiu, que distingeix entre «poder general» i «poder especial» i assenyala que aquest és necessari —a més de ser-ho en els supòsits prevists expressament en aquest precepte (actes de disposició sobre l'objecte del procés o actes exclosos del poder general)— «en todos los demás casos en que así lo exijan las leyes».

Des d'aquesta perspectiva, la Sala va entendre que el poder acompanyat amb la demanda podia interpretar-se com a comprensiu de les facultats que exigeix l'article 414.2 de la Llei d'enjudiciament civil, però no es podia concebre com a poder especial perquè no s'hi feia referència al procediment concret en què s'havia d'utilitzar. Aquesta interpretació és la més concordant amb el text legal tenint en compte que en el nou procés civil el principi general és la presència de la part en l'audiència prèvia, mentre que la representació a través de procurador en aquest acte n'és l'excepció, ja que una de les finalitats d'aquest és que es produeixi un intent d'acord entre les parts (article 415 de la Llei d'enjudiciament civil), la qual cosa exigeix que els mateixos litigants coneguin directament els termes en què s'ha plantejat el litigi.

Per això, per tal que l'intent d'arribar a un acord no es converteixi en un mer formalisme —com ha ocorregut en èpoques passades amb la compareixença en judici de menor quantia—, la Llei exigeix la presència de les parts i, si aquestes no hi compareixen, sembla que no és suficient amb un poder que s'hauria pogut atorgar per a una generalitat de plets indiferenciats, sinó que es requereix que aquest poder s'atorgui per al plet específic, ja que

només així queda garantit que aquest s'ha concedit, efectivament, preveient la possibilitat d'arribar a un acord en el plet concret de què es tracta. És rellevant que el precepte interpretat vincula directament l'exigència del poder especial «al efecto del intento de arreglo o transacción». No obstant això, com que la norma analitzada admet diverses interpretacions i cap d'aquestes no està consolidada, el tribunal no va declarar la nul·litat de les actuacions, sense perjudici de les conseqüències que puguin extreure's d'aquest criteri una vegada que se n'hagi consolidat la jurisprudència.

Comentari: Davant el problema hermenèutic que suscita l'article 414.2 de la Llei d'enjudiciament civil, aquesta Resolució propugna que per «poder especial» s'ha d'entendre el que s'ha atorgat expressament per a un procés determinat. Aquesta interpretació està més d'acord amb l'esperit de la nova llei processal, que pretén que en l'audiència prèvia s'exhaureixin efectivament les possibilitats d'arribar a un acord o a una transacció. La transcendència d'aquesta Resolució rau en les greus conseqüències que pot generar per a un litigant la falta d'atorgament del poder especial en els termes que s'hi indiquen.

3. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 285/2003, DE 16 DE MAIG. Ponent: Sr. Gómez Martínez. TRANSPORT AERI. CLÀUSULA CONTRACTUAL NUL·LA. INDEMNITZACIÓ PER RETARD.

Resum dels fets: Els demandants varen propugnar la nul·litat d'una condició general inserida en un contracte de transport aeri que exonerava la companyia aèria de la responsabilitat pel retard, i varen sol·licitar, a més, una indemnització en concepte del dany moral derivat del retard en un vol i de la conseqüent pèrdua de l'enllaç amb un altre. El Jutjat de Primera Instància va declarar l'oportunitat d'ambdues pretensions, si bé va disminuir la indemnització sol·licitada pels demandants.

Fonamentació jurídica: L'òrgan *ad quem* va ratificar totalment els pronunciaments de la Sentència apel·lada. Pel que fa a la nul·litat de la clàusula inclosa en els bitllets d'avió com a condició general del contracte de transport —que exonerava de responsabilitat al transportista per incomplir l'horari indicat en el bitllet— se'n va corroborar la nul·litat tot aplicant el que estableixen l'article 1258 del Codi civil, l'article 10 de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, i l'article 8.2 de la Llei de condicions generals de la contractació. Aquests articles indiquen que el compliment dels horaris previstos és una obligació essencial contractada expressament que el transportista no pot eludir —llevat de casos de força major— a la seva lliure voluntat, a causa que el viatger contracta amb la companyia confiant que això es compleixi, entre d'altres raons. La Sentència va afegir que la clàusula qüestionada faltava a l'equilibri just de les prestacions pel fet que el passatger

es veia obligat a pagar per avançat l'import del transport, mentre que el transportista declinava tota responsabilitat de complir amb exactitud, i per això aquesta condició general s'havia de considerar nul·la. A més, en relació amb el que preveuen els articles 19 i 20 del Conveni de Varsòvia, de 12 d'octubre de 1929, es va raonar que el transportista era responsable del dany causat pel retard en el transport de viatgers, d'equipatges o de mercaderies si no provava que ell i els seus representants havien pres totes les mesures per evitar el dany o que els havia estat impossible prendre-les, cosa que no havien acreditat.

En el trànsit de fixar la indemnització, la Sala va entendre que cap dels preceptes del Conveni de Varsòvia limita la indemnització als danys materials, per la qual cosa el rescabalament ha de cobrir també el dany moral per l'aflicció o la pertorbació ocasionada als actors, qui, després de més de quatre hores de tensa espera, no havien pogut enllaçar amb l'altre avió que havia de conduir-los a la seva destinació, i s'havien vist obligats a suportar un retard important en el primer vol i la conseqüent frustració de l'enllaç, amb les molèsties importants i la pèrdua de temps que tot això comporta necessàriament.

Comentari: Tant la decisió adoptada en aquest supòsit com la seva fonamentació tenen interès com a precedent per als casos de retard en els vols, amb els perjudicis conseqüents —no només materials sinó també morals—, ja que l'Audiència ha entès, d'una banda, que una clàusula exoneradora de responsabilitat per al transportista és nul·la i, per un altra, que l'usuari té dret a ser indemnitzat fins i tot pel dany moral que ha sofert.

4. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 311/2003, DE 26 DE JUNY. Ponent: Sr. Ramón Homar. ACCIÓ FUNDADA EN L'ARTICLE 68 DE LA LLEI REGULADORA DE LES BASES DE RÈGIM LOCAL. COMPETÈNCIA DE L'ORDRE CIVIL. LEGITIMACIÓ ACTIVA I PASSIVA. INACTIVITAT DE L'AJUNTAMENT.

Resum dels fets: L'actor —propietari d'una finca situada al mateix terme municipal en què es trobava ubicat un habitatge que és propietat d'un dels demandats i que està construïda en un solar venut per l'entitat urbanitzadora codemandada— va exercitar una acció fundada en l'article 68 de la Llei reguladora de les bases de règim local (LRBRL) en substitució de l'Ajuntament i va sol·licitar que es declaràs que s'havia construït un jardí i una piscina ocupant una zona destinada a protecció viària en un polígon de la urbanització, i va demanar també la condemna a la demolició, a costa dels demandats, de tot allò construït a la superfície esmentada.

Fonamentació jurídica: La Sala va exposar, en primer lloc, que ens trobam davant una acció que és competència de la jurisdicció civil perquè el coneixement de les accions protectores del domini correspon en exclusiva als òrgans de la jurisdicció civil, i no als de l'or-

dre contenciós administratiu, encara que es discuteixi la naturalesa pública o privada dels béns litigiosos. En aquest cas es tractava d'una acció reivindicativa del domini públic sobre un camí, i el fet que l'Ajuntament no hagués emprès, de manera tàcita, cap acció per defensar el domini públic no significava que s'impugnàs un acte administratiu d'aquest ens local, sinó que aquesta circumstància constituïa un requisit o un supòsit necessari perquè pogués interposar-se en l'ordre civil l'acció veïnal al·ludida.

Per fonamentar la legitimació activa del demandant —que no era veí del municipi on es trobaven els immobles, tenia una nacionalitat estrangera, només acudia a la seva finca durant algun període de vacances, tenia el seu domicili habitual a Alemanya i, per tant, ni s'havia empadronat al municipi al·ludit ni estava inscrit en el cens electoral a l'efecte de poder votar en les eleccions locals— es va tenir en compte que, a l'efecte de l'article 68 de la LRBRL, s'ha de donar al terme «veí» que utilitza la norma no una accepció exclusivament personal, sinó també la real que en determinats supòsits proporciona la vinculació al municipi. No s'aprecia cap diferència entre qui resideix i està empadronat i qui, sense estar-ho, té un interès idèntic en l'exercici de l'acció de què es tracta. Per això en el supòsit enjudiciat es va apreciar un interès legítim en el demandant: com a titular d'una parcel·la edificada a la zona —que ocupava en algun període de vacances— podia hipotèticament veure's privat (igual que qualsevol altre veí de la zona) del pas per un camí que es deia que era de domini públic.

La legitimació passiva de l'empresa urbanitzadora es va basar en què en una urbanització amb obres de vials encara no concloses —però on ja s'han venut solars i s'han fet edificacions— i que no ha estat rebuda per l'Ajuntament la urbanitzadora també havia de respondre dels costos de la demolició en virtut del conjunt d'obligacions que la vinculaven a l'Ajuntament en relació amb la urbanització, i encara més a causa de la seva actitud passiva davant les construccions que hi havia fet el codemandat abans de la recepció de la urbanització. Aquella empresa havia d'haver vetllat perquè les persones a qui venia solars no construïssin sobre zones destinades a vials, sense perjudici de les possibles accions entre codemandats per l'import de les despeses de la demolició.

Finalment, en haver-se constatat que la piscina i el jardí del solar de l'acte s'havien construït parcialment sobre la zona de protecció viària relativa a una via d'accés, i en haver-se comprovat també la inactivitat de l'Ajuntament (després de certs requeriments, no hi constava que hagués fet cap activitat en defensa del bé concret del domini públic objecte del litigi), es va confirmar la Sentència recorreguda, íntegrament estimatòria de la demanda.

Comentari: Atès que l'acció prevista en l'article 68 de la Llei reguladora de les bases de règim local s'ha entaulat escassament en la pràctica forense, aquesta Sentència va abordar diverses qüestions noves —o, com a mínim, rarament tractades— relacionades amb aquella. Es va justificar, doncs, la competència dels òrgans de l'ordre jurisdiccional civil per

conèixer aquest tipus de processos; es va aplicar una interpretació no restrictiva en relació amb la legitimació del demandant, a causa del seu interès legítim; es varen calibrar determinades dades fàctiques per concloure que l'empresa urbanitzadora estava legitimada passivament encara que no hagués efectuat la construcció la demolició de la qual pretenia l'actor; i, finalment, es va comprovar que s'havia envaït un bé de domini públic i que l'Ajuntament havia romàs inactiu davant aquest fet.

5. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 423/2003, DE 24 DE JULIOL. Ponent: Sr. Rosselló Llaneras. PRIVACIÓ DE LA PÀTRIA POTESTAT. PROTECCIÓ DEL MENOR. INCOMPLIMENT GREU DELS DEURES PATERNS.

Resum dels fets: En un judici de separació, l'esposa va sol·licitar la privació de la pàtria potestat del pare perquè incomplia els deures que hi són inherents, ja que, després de la separació, el progenitor havia abandonat la ciutat on estava ubicada la llar familiar i havia desatès totalment els seus deures amb el fill menor (nascut el 1999), a qui mai no havia tengut en la seva companyia, i tampoc no havia satisfet cap quantitat en concepte d'aliments, ni tan sols després que el Jutjat l'hagués fixada provisionalment. L'Audiència Provincial, tot revocant el que s'havia decidit en primera instància, va acordar privar de la pàtria potestat el pare i va disposar que l'havia d'exercir exclusivament la mare, sense perjudici que el pare pogués instar la recuperació de la pàtria potestat quan cessassin les causes motivadores de la privació.

Fonamentació jurídica: L'òrgan jurisdiccional sentenciador va recordar, en relació amb l'article 170 del Codi civil, que aquesta norma sancionadora ha de ser objecte d'una interpretació restrictiva i s'ha d'aplicar només en el cas concret en què aparegui provat plenament que el progenitor a qui es pretén privar de la pàtria potestat hagi deixat de complir els deures que hi són inherents. No obstant això, va precisar també que aquell precepte implica, més que la sanció al progenitor que ha incomplert, una mesura de protecció del menor que, per tant, s'ha d'adoptar en benefici seu.

Basant-se en tot això i esdevenint indiscutible que el pare havia abandonat totalment les seves obligacions amb el fill menor des de la ruptura de la relació matrimonial (s'havia traslladat a viure a una ciutat llunyana i no havia mostrat cap preocupació material i moral per l'al·lot, qui estava sota la guarda i custòdia de la mare des de l'any 2000), el Tribunal va entendre que no hi havia cap dubte, ni legal ni de consciència, sobre la procedència de privar de la pàtria potestat el pare, tal com ho havia entès el mateix demandat en contestar la demanda i perquè era més beneficiós per al fill menor, que venia desenvolupant la seu vida en l'entorn familiar de la mare, qui l'exercitaria exclusivament sobre l'al·lot en el futur, ex article 156 del Codi civil.

En definitiva, l'incompliment dels deures per part del pare demandat tenia caràcter greu,

ja que la separació dels cònjuges no eximeix els pares de les obligacions que tenen amb els seus fills (article 92 del Codi civil), de manera que l'incompliment d'aquests deures justifica la privació de la pàtria potestat, atès que ha de prevaler l'interès del menor sobre el dret / deure que suposa l'exercici de la pàtria potestat.

Comentari: En confrontar la persecució del benefici del menor amb la necessària interpretació restrictiva de la norma que autoritza la privació de la pàtria potestat per incomplir els deures que hi són inherents, la sala es decanta per privar de la pàtria potestat el pare, que havia desatès greument el seu fill menor, ja que no li havia proporcionat aliments i ni tan sols l'havia visitat d'ençà de la separació d'ambdós progenitors.

III. Contenciosa administrativa

A. Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA DE 2 DE DESEMBRE DE 2002. RECURS 101/2002. Ponent: Sr. Trujillo Mamely. APLICACIÓ DE L'ARTICLE 135.1 DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CIVIL A LA JURISDICCIÓ CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.

Resum dels fets: El Tribunal Suprem es planteja si és aplicable al procés contenciós administratiu —per al termini d'interposició de recursos— l'art. 135.1 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, que precisa que la presentació d'un escrit subjecte a termini pot efectuar-se fins a les quinze hores del dia hàbil següent al del venciment del termini en la Secretaria del Tribunal o, si n'hi ha, en l'oficina o en el servei de registre central que s'hi hagi establert.

Fonamentació jurídica: «QUINTO. Esta Sala en sendos Autos de la Sección Sexta, de fechas 16 de abril y 16 de mayo de 2002, ha declarado que «el carácter supletorio de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la sustanciación del proceso contencioso-administrativo viene establecido tanto por la disposición final primera de la Ley de esta Jurisdicción 29/1998 como por el artículo 4 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. De acuerdo con tal carácter supletorio, se debe aplicar en el proceso contencioso-administrativo lo dispuesto, en cuanto al cómputo de los plazos, por el artículo 135.1 de esta Ley procesal común por no existir en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa precepto alguno que establezca el cómputo de los plazos de presentación de escritos, ya que el significado del artículo 128.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es diferente por contemplar la rehabilitación del plazo una vez declarado caducado cuando el escrito que proceda se presenta dentro del día en que se notifica el auto», entendiendo, en definitiva, que «la prórroga legal del plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento es una regla para el cómputo de plazos diferente a la rehabilitación de aquellos contemplada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, por consiguiente, debe aplicarse, en defecto de norma específica, lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como lo ha aplicado también con carácter supletorio o complementario, en el proceso laboral la Sala Cuarta de este mismo Tribunal en sus Autos de 18 y 24 de julio, 27 de septiembre de 2001, 4 y 19 de febrero de 2002 al entender que el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene vigencia simultánea con el artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral).

»SEXTO: (...) a la vista de la estructura del propio artículo 128.1 de la Ley Jurisdiccional, nos permite sostener que parece más proporcionada a esa estructura la tesis adoptada en

aquellos dos autos citados. En efecto, en dicho precepto cabe establecer dos supuestos; uno, el de rehabilitación de plazos, que sin duda se desprende con claridad del inciso primero del párrafo segundo del indicado precepto y, otro, el del régimen que se establece para preparar o interponer recursos.

»En el primer caso, no nos cabe la menor duda de que efectivamente, el régimen establecido en nuestra Ley reguladora es completo y no hay por qué acudir ni con carácter supletorio ni complementario a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

»No ocurre, por el contrario, igual en el segundo de los supuestos; en éste es posible una integración del régimen establecido con el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que no se produzca en ningún caso un acortamiento del plazo, lo que sucedería de no aceptar esa integración, pues devendría imposible la aplicación del plazo establecido en el inciso primero, por su propia especifidad, respecto de la presentación de escritos en todos aquellos supuestos en que no hay declaración de caducidad, como ocurre en los plazos para la interposición de recursos, y se produciría ese acortamiento antes aludido (...).»

Comentari: La sentència resol el difícil conflicte entre l'existència d'unes normes processals específiques per al còmput de terminis en el procés contenciós administratiu (art. 128.1, sota l'epígraf «Terminis»), amb la fixació d'uns nous criteris en l'art. 135.1 de la LEC, aplicable supletòriament. En concret i per a la preparació o la interposició de recursos, l'art. 128 de la LRJCA/98 aplica el criteri que «els terminis són improrrogables i una vegada transcorreguts es tindrà per caducat el dret i per perdut el tràmit que hagués deixat d'utilitzar-se», sense que per interposar recursos es pugui aplicar la norma excepcional de l'admissió si es presenta l'escrit dins el dia en què es notifiqui la interlocutòria d'inadmissió.

La norma anterior podria entendre's com específica i excloent de l'aplicació supletòria de l'art. 135.1 de la LEC, però el TS considera que l'una i l'altra són compatibles de manera que no es produeixi en cap cas un retall del termini, cosa que succeiria si no s'acceptàs aquesta integració, ja que si el termini ha de ser complet i ha de comprendre l'últim dia sencer fins a les vint-i-quatre hores, el tancament de les oficines judicials a les quinze hores —unit a la impossibilitat de presentar escrits mitjançant els jutjats de guàrdia— provocaria un escurçament del termini incompatible amb la tutela judicial efectiva.

Ara bé, la Sentència limita l'aplicació supletòria de l'art. 135.1 de la LEC als terminis per interposar o preparar recursos, però no per a la resta de tràmits processals, i entén que l'art. 128.1 de la LRJCA/98 sí estableix una norma específica per a aquests: l'admissió de l'escrit que sigui procedent si es presenta dins el dia en què es notifiqui la interlocutòria d'inadmissió. No obstant això, no pareix molt encertada aquesta conclusió si consideram que en aquests altres tràmits processals (com el termini de 20 dies per presentar una demanda), també es produeix un retall del termini en no ser complet el dia *ad quem* pel tancament de les oficines judicials a les 15 hores.

A més, si d'acord amb l'art. 128.1 de la LJCA/1998 l'escrit s'ha de presentar «dins del dia en què es notifiqui la interlocutòria», en realitat s'hauria de presentar dins les poques hores o minuts que transcorren entre la notificació i les 15 hores del mateix dia.

Així doncs, el mateix argument utilitzat per aplicar l'art. 135.1 LEC a la interposició de recursos —evitar un retall del termini incompatible amb la tutela judicial efectiva— hauria de servir per a la resta de tràmits processals.

2. SENTÈNCIA DE 13 DE DESEMBRE DE 2002. RECURS 3557/1999. Ponent: Sr. Enríquez Sancho. IMPUGNACIÓ INDIRECTA DE DISPOSICIONS DE CARÀCTER GENERAL FORMULADA EN LA DEMANDA, NO EN L'ESCRIT D'INTERPOSICIÓ DEL RECURS CONTENCIÓS ADMINISTRATIU.

Resum dels fets: Interposat un recurs contenciós administratiu contra l'acord que aprova definitivament un estudi de detall, la demanda es fonamenta en la il·legalitat del pla parcial, posteriorment desenvolupat per l'estudi de detall impugnat. En la demanda, a més de demanar-se que s'anul·li l'estudi, se sol·licita l'anul·lació de determinats preceptes del pla parcial, encara que en l'escrit d'interposició del recurs no es deia que aquest també s'interposava indirectament contra el pla parcial.

La sentència d'instància rebutjà la pretensió d'anul·lació referida al pla parcial perquè considerava que el recurrent havia incorregut en desviació processal en pretendre un estudi judicial de peticions que no es varen discutir en la via administrativa.

Fonamentació jurídica: «La tesis de la sentencia recurrida no puede ser aceptada por esta Sala. Independientemente de que la alegación de que la norma de cobertura del acto impugnado no es una petición nueva sino un nuevo motivo de ataque a aquél, no puede hablarse de desviación procesal respecto a las pretensiones ejercitadas en vía administrativa cuando en esta vía no se ha ejercitado ninguna, pues el recurso contencioso-administrativo no ha sido precedido de recurso administrativo. Tampoco es preciso identificar en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo la disposición general que se considere ilegal cuando la demanda vaya a fundarse en ese motivo de anulación del acto dictado en ejecución de aquélla. Incluso la LJCA/1998, que impone la declaración de nulidad de la disposición general aplicada en el acto administrativo impugnado, cuando se estime el recurso (artículo 27.2 y 3), no exige en el escrito de interposición del mismo otro requisito que el de citar el acto impugnado (artículo 45.1), pues la nulidad de la disposición general de cobertura no es el objeto inmediato de la impugnación sino el fundamento de la misma, que ha de reservarse al escrito de demanda.»

Comentari: De manera força contundent el TS indica que la redacció de l'art. 27 de la nova LJCA/1998 exigeix que, si el tribunal adverteix que la disposició general aplicable és disconforme a dret, l'ha de anul·lar —si l'òrgan judicial té competència per fer-ho— o ha de plantejar una qüestió d'il·legalitat davant el tribunal competent, per la qual cosa importa poc si la denúncia d'il·legalitat de la disposició es va realitzar en l'escrit d'interposició, en la demanda o si s'aprecia d'ofici.

B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM 205, DE 10 DE MARÇ DE 2003. Ponent: Sr. Masot Miquel. PROCEDIMENT ADMINISTRATIU. CÒMPUT DE TERMINIS. ART. 48.2 DE LA LLEI 30/1992 EN LA REDACCIÓ INTRODUÏDA PER LA LLEI 4/1999.

Resum dels fets: Notificada una resolució administrativa el 22.10.1999, s'hi va interposar en contra un recurs administratiu d'alçada el 23.11.1999. L'Administració va declarar inadmissible el recurs d'alçada —que s'havia de presentar en el termini d'un mes— perquè es va interposar extemporàniament, en considerar que l'últim dia del termini hàbil era el 22.11.1999. La Sentència es manifesta sobre la molt discutible interpretació que s'ha de donar a l'art. 48.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, després de la modificació efectuada per la Llei 4/1999, segons el qual «si el termini es fixa en mesos o anys, aquests es computaran a partir del dia següent a aquell en què tingui lloc la notificació o publicació de l'acte que es tracti».

Aquesta Sentència resol que el termini és «de data a data», és a dir, el mateix dia de la notificació dins el mes següent, que en aquest recurs era el 22.11.1999.

Fonamentació jurídica: «La ley 30/92 de 26 de Noviembre, en su redacción originaria, contenía sobre el particular, en su art. 48, dos normas que resolvían con claridad la cuestión:

- el art. 48.2, según el cual si el plazo se fija en meses o años éstos se computarán de fecha a fecha;
- y el art. 48.4, que señalaba el día a partir del cual empezar a contar los plazos, contraponiendo los plazos expresados en días -que se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate- a "los restantes plazos", que se contarán a partir del día de la notificación o publicación del correspondiente acto, salvo si en él se dispone otra cosa. Indudablemente, con la expresión "los restantes plazos" se hacía referencia a los contados por meses o años.

»(...) Tras dicha ley —4/1999, de 13 de enero—, el art. 48 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha dejado en

la mayor ambigüedad la cuestión relativa a la forma de computar los plazos fijados por meses o años. Y ello es así porque:

- ha desaparecido —inexplicablemente— la norma tradicional de que los meses y años se computarán de fecha a fecha, y
- ha establecido en el art. 48.2 la manera de computar estos plazos diciendo que, si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo.

»A la vista de esta normativa -criticada acertadamente por la doctrina- no es extraño que se den interpretaciones cual la realizada por el recurrente que, poniendo énfasis en el hecho de computarse el plazo a partir del día siguiente al de la notificación, entiende que el plazo de un mes finalizaría al cumplirse dicho día en el mes inmediatamente posterior.

»Se impone, por tanto, decidir si deben prevalecer estas interpretaciones, aferradas al tenor literal del precepto hoy en vigor, frente a la doctrina tradicional que hasta ahora ha venido imperando sobre la forma de computar los plazos señalados por meses o años. Y a ello se va a dedicar el siguiente apartado.

»(...) Una primera conclusión a la que llegar -en el examen comparativo de las dos posiciones interpretativas antes reseñadas- es la de que el cómputo de los plazos señalados por meses o años debe realizarse de fecha a fecha.

»En este sentido, no pueden caber dudas de ninguna clase sobre la vigencia, en todos los ámbitos jurídicos, de los principios sentados por los arts. 5.1 del Código civil y 185.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; a los cuales debe añadirse, en la actualidad, en el ámbito procesal, el art. 133.3 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, proclamador de que los plazos señalados por meses o por años, se computarán de fecha a fecha.

»Por lo tanto, debe entenderse que el plazo de un mes —en el ámbito administrativo— debe seguir computándose de fecha a fecha.

»En cuanto a la cuestión que enfrenta a las partes del recurso sobre la finalización de dicho plazo —si en el mismo día de la notificación dentro del mes siguiente o en el día que sigue al de la notificación— esta Sala considera de especial relevancia para decidir la misma el examen de la normativa relativa al plazo para interposición del recurso contencioso-administrativo y de la interpretación judicial que la misma ha suscitado.

»La Ley Jurisdiccional de 1.956 señalaba —en su art. 58— que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo era de dos meses, contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo. Y el art. 46 de la actual Ley Jurisdiccional establece que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o

publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el acto presunto (art. 46.1).

»Para el caso de que se haya empleado el recurso potestativo de reposición, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución expresa de dicho recurso o en que éste deba entenderse presuntamente desestimado (art. 46.4).

»Según es de ver, por tanto, en todos los mencionados preceptos se expresa que el plazo de dos meses se contará siempre "desde el día siguiente" a la publicación de la disposición o notificación o publicación del acto o de la resolución del recurso de reposición.

»Y, a pesar de este cómputo "desde el día siguiente", y de la evidencia de que el plazo ha de contarse de fecha a fecha, los Tribunales han venido proclamando inalterablemente que este plazo de dos meses finaliza el mismo día de la notificación o publicación dentro del mes correspondiente.

»Así se ha venido reiterando en múltiples sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, pudiéndose citar —entre ellas— las de 4 de Abril y 20 de Octubre de 1.998.»

Comentari: Reafirmant que qualsevol d'ambdues interpretacions és discutible, ja que el precepte diu amb claredat que el còmput ho és «a partir del dia següent» al de la notificació i que finalitzen el dia «equivalent a aquell en què comença el còmput» —que abans s'ha indicat que és l'endemà al de la notificació—, sens dubte la decisió de la sentència comentada de fixar la data de l'últim dia hàbil a l'equivalent al dia de la notificació ve determinada per allò que el TS té reiteradament resolt quant al termini d'interposició del recurs contenciós administratiu i per al qual considera que el còmput ha de ser «de data a data», encara que la LRJCA digui que el termini de dos mesos és «comptats des de l'endemà a la notificació de l'acte». És a dir, amb redacció idèntica que el nou art. 48.3 de la Llei 30/92.

2. SENTÈNCIA NÚM 42, DE 24 DE GENER DE 2003. Ponent: Sr. Delfont Maza. ORDENACIÓ DEL TERRITORI. NORMA TERRITORIAL CAUTELAR PRÈVIA AL PLA TERRITORIAL I AUTONOMIA MUNICIPAL.

Resum dels fets: Davant la Norma territorial cautelar prèvia al Pla Territorial Insular, la persona recurrent argumenta que aquella viola l'autonomia municipal ja que preveu la possible suspensió de drets d'edificació que serien conformes al planejament municipal vigent.

Fonamentació jurídica: «SEXTO. En la demanda se sostiene que no cabe aceptar cualquier incidencia de los instrumentos de ordenación del territorio en los urbanísticos.

»La ordenación del territorio tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación

de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial —sentencias del Tribunal Constitucional números 77/84, 149/91 y 149/98.

»El núcleo fundamental de la ordenación del territorio está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo —sentencias del Tribunal Constitucional números 36/94 y 149/98.

»La ordenación del territorio, que comprende la delimitación de los distintos usos del suelo, no difiere de las materias y funciones que opera el urbanismo, bien que no atiende al ámbito local sino supralocal y sus decisiones atañen a la estructura, disposición y composición de las actividades más determinantes sobre el territorio, vinculando a los planes urbanísticos —artículos 13, 17, 18 23 y 28 de la Ley 8/87, ahora artículos 9 y 15 de la Ley de la Comunidad Autónoma 14/2000, y artículo 4 de la Ley de la Comunidad Autónoma 6/99.

»En ese sentido, la Ley 6/99 admite que los Planes Territoriales Parciales puedan incidir sobre las características básicas de las áreas de desarrollo urbano —artículo 11— o que los instrumentos de ordenación territorial puedan establecer limitaciones en las áreas de prevención de riesgos —artículos 21 y 25— o que los Planes Territoriales Parciales entren en el suelo urbano para crear áreas de reconversión territorial con el objeto de emprender operaciones de esponjamiento y recalificación de zonas degradadas de los núcleos urbanos, así como para mejorar o restituir el paisaje rural o urbano —artículos 28 y 37— o que se difiera a los Planes Territoriales Parciales la misión de controlar el crecimiento del suelo urbano —artículo 33 y Disposición Transitoria Cuarta— o, en fin, que el Plan Territorial Parcial atienda en la ordenación de la isla a los criterios de reconversión territorial y estructuración de procesos de desarrollo urbano —artículo 42.

»La Norma Territorial Cautelar, con el fin de garantizar la efectividad de las determinaciones del Plan Territorial Parcial, ordena de forma cautelar el conjunto de los usos del suelo en el territorio insular.

»Pues bien, con el punto de apoyo de todo lo anterior, debe rechazarse igualmente la tesis de que el Consell Insular hubiese vulnerado competencias municipales, asentada la demanda en la sola consideración de que aquel ha actuado materialmente competencia urbanística al aprobar la Norma Territorial Cautelar.

»En efecto, la Ley 7/85 atribuye al municipio competencia en materia de ordenación urbanística, pero en los términos fijados en la legislación del Estado o la Leyes de la Comunidad Autónoma, con lo que no resulta lesión de la autonomía municipal cuando, como aquí sucede, de la atribución legal en materia de ordenación del territorio resulta incidencia en la ordenación urbanística».

Comentari: Si segons l'art. 42 de la Llei 6/1998, de 13 d'abril, la modificació o la revisió del planejament pot suposar l'extinció d'una llicència concedida —amb indemnitza-

ció—, no hi ha arguments perquè un instrument d'ordenació territorial que preval sobre el planejament urbanístic (STC 170/1989, de 19 d'octubre, «en la relació entre l'interès local i l'interès supralocal, és clarament predominant aquest últim») pugui adoptar la mateixa decisió.

Igualment una norma cautelar com la recorreguda pot acordar la suspensió de l'efectivitat de la llicència mentrestant el pla territorial es pronuncia sobre el manteniment o l'extinció de la llicència.

3. SENTÈNCIA NÚM 293, DE 4 D'ABRIL DE 2003. Ponent: Sr. Socías Fuster. URBANISME. REVISIÓ DEL PGOU I AUTONOMIA MUNICIPAL.

Resum dels fets: Les persones recurrents, propietàries d'uns terrenys classificats com no urbanitzables en el planejament anterior, impugnen l'acord del Consell Insular que aprova definitivament la revisió del PGOU, en el qual es decideix conservar el caràcter de sòl rústic d'aquells terrenys a pesar que l'Ajuntament havia proposat classificar-los com a sòl urbanitzable, tant en l'Avanç com en l'Aprovació inicial i Aprovació provisional de la revisió.

Les persones demandants consideren que la decisió del Consell de suprimir la classificació d'urbanitzable d'uns sectors i de mantenir-la a d'altres basant-se en criteris plantejats *ex novo* en la Comissió Insular d'Urbanisme i sense marge de decisió per a l'Ajuntament suposa atemptar contra competències municipals pel que fa a l'ordenació urbanística del seu territori.

Fonamentació jurídica: «(...) en términos generales se puede interpretar que el criterio de limitar el excesivo crecimiento urbanístico previsto en el Plan, es un criterio de oportunidad ligado a la visión general del conjunto del territorio insular ya que si bien es una medida que se proyecta sobre un solo municipio, no se puede ignorar que es el más poblado de la isla y que los porcentajes de incremento referidos al mismo tienen una indudable dimensión supralocal. En la medida en que este criterio restrictivo entronca con una línea que tiene un reflejo en diversas Leyes, como la misma Disposición Adicional 4ª de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril; o la autonómica 6/1998, de 23 de octubre, no hace falta insistir que el criterio invocado por el órgano urbanístico insular, aparece justificado.

»(...) No obstante, la invasión de competencias municipales se ha de entender producida cuando la Comisión Insular, en lugar de remitir de nuevo la documentación al Ayuntamiento para que determinase qué concretos sectores urbanos o urbanizables debían suprimirse, optó por indicar nominalmente aquellos que, a juicio de la Comisión Insular, debían desclasificarse con respecto a la aprobación inicial. Todo ello sin informe técnico previo que detallase la situación de cada uno —de los suprimidos y de los que se mantenían- incluso en relación a los "criterios" que se invocaban en la misma sesión.

»Debe repetirse que si la Comisión Insular entendía que las previsiones de la Revisión

colisionaban con el modelo territorial de la isla, podía no aprobarlo, pero una vez determinado lo anterior y siendo preciso una elección sobre los sectores a suprimir y a mantener, dicha elección corresponde al municipio que es a quien corresponde fijar el modelo de ciudad en base a intereses locales. Así por ejemplo —y para nuestro caso— corresponde al Ayuntamiento de Palma precisar si es preferible completar la trama urbana en el interior de la vía de cintura y por tanto efectuar recortes de crecimiento en la periferia, o si es preferible suprimir urbanos o urbanizables en zonas más densas, o permitir la construcción en zonas cuyos equipamientos puedan aprovechar al entorno con déficits (...). Desde luego, estas decisiones, como ocurre con alguno de los "criterios" utilizados por la Comisión Insular en el caso que nos ocupa, supone clara invasión de competencias municipales.»

Comentari: El més rellevant és que, a pesar del que s'ha indicat, finalment la Sentència va considerar no produïda la violació de l'autonomia local a causa d'una dada determinant: la posició de l'Ajuntament, que no només no va impugnar l'aprovació definitiva de la Revisió del PGOU sinó que, a més, es va presentar a les actuacions com a codemandada en el recurs interposat per les persones propietàries sol·licitant que es confirmàs l'acte impugnat; és a dir, va assumir i va adoptar com a propis els criteris i les decisions de la Comissió Insular d'Urbanisme, que *a priori* suposaven un atac a l'àmbit de decisió exclusivament municipal.

IV. Laboral

A. Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA DE 6 DE FEBRER DE 2003, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE LA DOCTRINA NÚM. 1027/2002. Ponent: Sr. Ríos Salmerón. PRESTACIÓ D'ATUR. INEXISTÈNCIA DE FRAU DE LLEI: TREBALLADORA FIXA QUE DESPRÉS DE CAUSAR BAIXA VOLUNTÀRIA ÉS CONTRACTADA TEMPORALMENT PER UNA ALTRA EMPRESA O PER LA MATEIXA.

Resum dels fets: Una treballadora havia prestat servei professional per a una empresa de distribució i percebia 139.342 ptes. mensuals, des del 15 d'abril de 1992 fins al 20 de juny de 1999, data en què va causar baixa voluntària. Després va subscriure un contracte de treball temporal amb una segona empresa —la dedicació econòmica de la qual no hi consta— de tres mesos de durada, del 28 de juny de 1999 fins al 27 de setembre de 1999, pel qual percebia 145.833 ptes. mensuals. Finalitzat aquest darrer contracte temporal, demanà les prestacions d'atur, que l'INEM va rebutjar. Formulades la reclamació prèvia i la demanda jurisdiccional, el jutjat d'instància també li denegà la prestació, i aquesta sentència resultà confirmada per la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia. Contra la sentència de suplicació, la treballadora interposà un recurs de cassació per a la unificació de la doctrina. El Tribunal Suprem estimà la pretensió.

Fonamentació jurídica: «TERCERO. 1. El recurso presenta como fundamento motivador la infracción legal cometida por la sentencia recurrida al aplicar el artículo 6.4 del Código Civil.

»2. El artículo 6.4 del Código Civil habla, como es sabido, del *fraude de* Ley (...).

»SEXTO. 2. Conviene comenzar la reflexión con el recuerdo de un dato histórico-legal relevante, consistente en subrayar la manera y los límites con que el legislador ha admitido excepcionalmente la figura del fraude en prestaciones de desempleo.

»La LGSS/1994, en su art. 208, enumera lo que tiene por "situación legal de desempleo". Según el precepto, se considerarán en esa situación los trabajadores cuya vinculación se extinga : "por resolución de la relación laboral, durante el *período de* prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiere debido a alguno de los supuestos contemplados en esta apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción o desde la sentencia que declaró el despido procedente".

»(...) Es por ello evidente que el legislador, con el pensamiento puesto en actitudes fraudulentas, creyó conveniente limitarse a retener como relevantes las extinciones de un segundo contrato en período de prueba y a iniciativa del empresario, las cuales actuaban

como impedimento para el acceso a la protección contributiva por desempleo: prevención de la que el trabajador sólo podía escapar, o bien porque se demostraba que la extinción del primero y anterior contrato es de aquéllas que, según la enumeración normativa, constituye una auténtica situación de desempleo, o bien porque han transcurrido *tres meses* desde tal extinción. O lo que es lo mismo: el legislador pensaba que ahuyentaba el peligro del fraude, y hasta la existencia del mismo, con exigirse al operario que, cuando la extinción durante el período de prueba del segundo contrato, hubieren transcurrido ya *tres meses* desde la extinción del primer contrato; de ser así, ya no cabía hablar de fraude. Aspecto de interés en nuestro caso, si reparamos en que el actor se beneficia de ese plazo purgativo.

»(...) Por consiguiente, si el legislador hubiera pensado entonces o lo pensara en la actualidad, que la *mera sucesión de dos contratos* de trabajo, el primero de carácter indefinido y con cierta antigüedad en el interesado, y el segundo de carácter temporal y con duración relativamente breve, constituía un claro supuesto de fraude de Ley, lo habría incluído en alguna de las reformas llevadas a cabo en la legislación sobre desempleo. Pero no lo ha hecho.

»(...) La abstención del legislador en este punto permite pensar que una sucesión de contratos, como la aquí contemplada, no es, por sí sola, fraudulenta.

»(...) 4. En efecto: la conclusión a la que se llega es la de que la formulación de una doctrina unificada es posible, en el sentido de declarar doblemente: 1º) que no existe precepto alguno que somete al trabajador, en los pleitos por desempleo, a justificar las razones por las que abandonó voluntariamente la anterior empresa: desde luego, ello no sería una consecuencia del viejo art. 1214 del Código Civil.- 2º) que no cabe presumir, por la mera sucesión de contratos como lo descritos, y sin ninguna circunstancia adicional relevante, la existencia de fraude. Ello sin perjuicio de que en casos en que concurran circunstancias especiales o significativas, sí quepa llevar a cabo una tal presunción.»

Comentari: La llarga cita de la sentència era necessària per permetre que la solució adoptada pel Tribunal Suprem s'expliqui per ella mateixa amb l'exemplar diafanitat que exhibeix el raonament del Tribunal de Cassació. Ha estat una pràctica totalment abusiva de l'Administració de l'INEM, encarregat de resoldre les prestacions contributives d'atur, «imaginar» que tota persona que canvia d'ocupació laboral i subscriu un contracte per temps limitat (de fet, avui en dia el contracte «canònic» d'entrada o recepció a qualsevol empresa) ho feia pel deler d'obtenir les prestacions d'atur en finalitzar el contracte, menyspreant del tot que la gent normal canvia d'ocupació per millorar en l'escala tècnica, o en la retribució, o en la perspectiva personal de progressió humana, o per fugir d'un ambient opressiu, o senzillament com a expressió de la mobilitat sociolaboral. Aquesta visió francament conspirativa de la rotació social era freqüentment avalada pels tribunals d'instàn-

cia i de suplicació, presos de la mateixa idea del deler defraudatori sospitat i presumit com l'eix bàsic de tots els canvis d'ocupació laboral. El Tribunal Suprem ha vengut a posar les coses al seu lloc i fixa com a doctrina unificada que la conducta defraudatòria no es presumeix i que el treballador no ha de donar comptes del motiu pel qual decideix canviar d'empresa.

2. SENTÈNCIA DE 25 DE FEBRER DE 2003, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE LA DOCTRINA NÚM. 2155/2002. Ponent: Sr. García Sánchez. JORNADA LABORAL. COMPENSACIÓ ECONÒMICA DE LES VACACIONS NO FRUÏDES PER CAUSA NO IMPUTABLE AL TREBALLADOR.

Resum dels fets: El treballador litigant prestava serveis per a una empresa i va caure en situació d'incapacitat temporal des del 2 d'abril fins al 9 de juny de 2001, i novament des de l'11 del mateix mes de juny fins al 29 de setembre del mateix any. L'endemà, 30 de setembre, va causar baixa a l'empresa per «prejubilació», sense haver pogut fruir de les vacacions corresponents a l'any 2001. Va formular una demanda reclamant la quantitat que correspondria a la retribució del descans no fruït, que no va ser acollida pel Jutjat Social. En la fase de suplicació, el Tribunal Superior de Castella i Lleó revocà la sentència del Jutjat i va declarar la pertinència de la compensació reclamada. Formulat oportunament un recurs de cassació per a la unificació de la doctrina, el Tribunal Suprem confirmà el criteri de la Sala territorial i desestimà el recurs.

Fonamentació jurídica: «TERCERO. El derecho al disfrute de las vacaciones anuales tiene su asiento en el art. 40.2 CE y está también reconocido en el Convenio núm. 132 OIT, que forma también parte ya de nuestro Derecho interno (art. 96.1 CE) como consecuencia de su ratificación por España y consiguiente publicación en el BOE. Este derecho viene concebido en atención a la finalidad de procurar a todo trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste físico y psicológico producido por su actividad laboral, proporcionando también al empleado un tiempo, más prolongado que los descansos diario y semanal, con el fin de posibilitarle un período lo suficientemente continuado para dedicarlo al esparcimiento y desalienación. Por ello, el art. 38.1 ET establece la obligatoriedad de su concesión, así como la retribución de este período en la misma forma y cuantía que si hubiera sido de trabajo efectivo y, para que no se frustre la aludida finalidad, previene también este precepto que el disfrute real del descanso no será susceptible de sustitución por una retribución en metálico, de tal suerte que si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural no sólo pierde el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute. Sin embargo, existen supuestos en los que la relación laboral finaliza antes de que el trabajador haya tenido ocasión de hacer uso del

derecho al descanso anual, y ante la imposibilidad de hacer efectiva *in natura* la facultad de vacar por causa no atribuible a la voluntad del operario, debe concederse a éste el derecho a la correspondiente compensación económica, generándose en tal caso dicha compensación, que ha de ser "proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia", tal como razonó nuestra reseñada S. 30 Abril 1996.

»Éste es precisamente el supuesto contemplado por parte de la resolución que ahora se combate, la cual, por lo antes razonado se atuvo a la doctrina correcta».

Comentari: Es tracta d'un tema aparentment menor, però d'amplíssima transcendència en la vida real i que afecta pràcticament tota la població laboral. A causa de l'escassa valoració econòmica d'aquest tipus de conflictes, ha esdevingut rara la possibilitat que els tribunals superiors de justícia, en fase de suplicació, hagin tengut coneixement de les freqüents polèmiques resoltes pels jutjats d'instància arran de la insatisfactòria normativa legal sobre aquesta temàtica. Encara més inusual és que s'hi pugui pronunciar el Tribunal Suprem. Per això, aquesta sentència té un valor crucial en la mesura que dóna les pautes dogmàtiques per resoldre conflictes similars que, amb variada presentació de fet, són molt freqüents en la vida de l'empresa. Realment, una vella orientació prou estesa venia a resoldre que si resultava impossible fruir les vacacions per l'acumulació d'impossibilitats laborals connectada a l'extinció del contracte, de fet el treballador no només veia dissipar-se el gaudi de les vacacions sinó també —i al mateix temps— es frustrava tota possibilitat d'indemnització econòmica per motivacions de «força major» sobrevinguda que possibilitava a l'empresari no satisfer satisfacció de compensacions econòmiques correlatives.

La sentència del Tribunal Suprem, encara que poc argumentada (de fet els dos paràgrafs transcrits són el text complet de l'argumentació) no dóna peu al dubte: qualsevol que sigui el curs dels esdeveniments impeditius del gaudi de les vacacions, l'empresari està obligat al rescabalament pecuniari de l'oci per imperatius de l'article 38.1 de l'Estatut laboral, interpretat conformement al Conveni 132 OIT. La solució és encara més destacable si advertim que el motiu de l'extinció contractual realment arrencava de la decisió lliure del treballador: no era un cas de «jubilació» obligatòria, sinó de «prejubilació» voluntària.

B. Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Balears

SENTÈNCIA NÚM. 194, DE 31 DE MARÇ DE 2003, DICTADA EN EL RECURS DE SUPLICACIÓ NÚM. 113/2003. Ponent: Sr. Suau Rosselló. RELACIÓ LABORAL AMB EMPRESA PÚBLICA O VINCULADA DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE LES ILLES BALEARS. NATURALESA DE LA RELACIÓ: INTERINA OBJECTIVA DE CARÀCTER INDEFINIT VERSUS UNA RELACIÓ LABORAL FIXA I PERMANENT.

Resum dels fets: Els litigants començaren a prestar els seus serveis professionals en el que es deia Serveis Forestals de Balears, SA (SEFOBASA), empresa pública de la qual era titular la comunitat autònoma de les Illes Balears. A tal efecte la relació laboral es revestia formalment de «contracte per a obra o servei determinat» firmat successivament any rere any, i això durava des de l'any 1993 o 1994, segons els casos. En substitució del SEFOBASA, l'any 1997 va ser creat l'Institut Balear de la Natura (IBANAT), entitat de dret públic que ajusta la seva activitat a l'ordenament jurídic privat. L'IBANAT continua contractant els actors mitjançant instruments anuals concertats formalment «per a obra o servei determinat», manifestament abusius perquè ens trobam davant una necessitat permanent i contínua. Per aquest motiu, arriba un moment, l'any 2002, que la Gerència de l'IBANAT *motu proprio* reconeix als treballadors afectats la condició de personal «interí objectiu de caràcter indefinit». Abans d'aquest reconeixement, tres de les persones afectades havien interposat una demanda davant el Jutjat Social de Ciutadella de Menorca reclamant la condició de personal fix i permanent, que en tal condició no hauria de superar cap tipus de prova futura per mantenir la plaça en propietat, al contrari que passaria si hi fos aplicable la figura de l'«interí objectiu de caràcter indefinit». El Jutjat acollí la pretensió de les persones interessades; però després que l'IBANAT hagués recorregut en suplicació, la Sala Social del TSJ estimà aquest recurs i desestimà la demanda formulada.

Fonamentació jurídica: «PRIMERO: (...) Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, constituida a partir de la sentencia de 20.1.98, dictada en Sala General con diversos votos particulares, y que en cierta forma rompió con la doctrina anterior a que aluden dichos votos, que las irregularidades en la contratación temporal por las administraciones públicas no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza y no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en la plantilla.

»Dicho criterio se mantiene en otras similares del Alto Tribunal, tales como las de 8.2.00, 27.3.00, 29.5.00 y 20.6.00. (...) En el caso enjuiciado el Convenio Colectivo de SEFOBASA, incorporado a los autos, dispone que la oferta de trabajo fijo en la empresa que resulte de la plantilla aprobada por el Consejo de Administración se regirá por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y se realizará mediante concurso oposición, y ello se reproduce con escasas diferencias en el vigente de Ibanat.

»No cabe duda que Ibanat, creada en 1997 en sustitución de SEFOBASA, es una Entidad de Derecho Público como da por probado la juez de instancia (hecho probado segundo y fundamento de derecho tercero), es decir se halla totalmente tutelada por la CAIB, y en el propio Convenio Colectivo se sigue escrupulosamente lo establecido en el art. 55 de la Ley 6/97 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que exige selección mediante la convocatoria pública basada en los principios de

igualdad, mérito y capacidad, por todo lo cual debe estimarse el recurso y revocarse la sentencia de instancia, pues como antes se ha expuesto y estimó esta Sala en reciente sentencia de 18.12.02 en caso similar de trabajador del Instituto Balear del Agua y la Energía (IBAEN), el carácter indefinido del contrato, reconocido en el caso de autos en los actos de conciliación celebrados ante el SMAC, sin superar los procedimientos de selección, no supone que el trabajador consolide una condición de fijeza de plantilla y la Administración está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular de la plaza».

Comentari: Aquesta temàtica està encastada en l'extensa tirallonga de problemes secundaris, prevists o imprevists, que arrossega la creació jurisprudencial del «contracte interí objectiu indefinit», dogmàticament consolidada arran de la famosa sentència del Tribunal Suprem de 20.01.98 que esmenta el nostre Tribunal Superior. Amb el temps s'ha demostrat que la creació jurisprudencial és tan polèmica com problemàtica. Entre altres aspectes que les resolucions posteriors a la sentència de 20.01.98 han hagut d'afrontar, es troba la transcendental qüestió relativa a la possibilitat d'indemnitzar aquest personal «interí objectiu indefinit» que a la llarga no pugui superar les proves incloses en la convocatòria pública garant dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat, i sigui desplaçat en la seva ocupació per l'opositor que sí ha superat les proves. A aquest dilema tan complicat va donar resposta negativa la Sentència del Tribunal Suprem de 27 de maig de 2002, comentada en la Selecció de Jurisprudència Laboral del núm. 1 de la Revista, sense convèncer en absolut la majoria de la doctrina. Altres sentències dictades per tribunals superiors d'altres territoris (Castella i Lleó / Valladolid, sentència de 16.11.99; Cantàbria, sentència de 18.04.00) han donat una resposta distinta a la produïda pel nostre TSJ, i han vengut a declarar la naturalesa fixa d'aquesta classe de personal, objectivament defraudat per una contractació indiscutiblement irregular, acudint a la tesi —també convincent— que si les institucions dependents i vinculades a les comunitats autònomes «fugen del dret administratiu» els escau, amb pura i lògica conseqüència, que siguin aplicables al personal contractat per aquelles les normes clàssiques del dret laboral, sense fer prevaler la seva titularitat pública, en la mesura que se subjecten a les regulacions del dret privat. Encara que la qüestió examinada era de mera competència d'un ordre jurisdiccional o d'un altre, el Tribunal Suprem ja es va decantar per aquesta primacia del dret laboral a tall de la «fugida voluntària del dret administratiu» en la Sentència de 8.03.96. Tot i això, cal recordar que aquesta Sentència del Tribunal Suprem és anterior a la Llei 6/97, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat, que ve a reforçar la tesi adoptada per la nostra Sala Social del TSJ. Tanmateix, la polèmica continua oberta, a l'espera que el Tribunal Suprem de Justícia es pronunciï sobre la matèria, en el cas que el recurs de cassació per a la unificació de la doctrina sigui admissible contra la Sentència comentada.

C. Jutjats Socials

SENTÈNCIA NÚM. 263, 27 DE JUNY DE 2003, DICTADA EN LES ACTUACIONS 285/03 PEL TITULAR DEL JUTJAT SOCIAL NÚM. 1 DE PALMA, Sr. Oliver i Reus. ACOMIADAMENT. FORMULACIÓ DE LA PAPERETA DE CONCILIACIÓ PRÈVIA. ALTERNATIVA EXISTENT ENTRE LA SEVA INTERPOSICIÓ DAVANT EL SERVEI ADMINISTRATIU DE MEDIACIÓ, ARBITRATGE I CONCILIACIÓ O DAVANT EL TRIBUNAL (FUNDACIÓ) D'ARBITRATGE I MEDIACIÓ DE LES ILLES BALEARS. LA INTERPOSICIÓ DAVANT L'ÒRGAN INADEQUAT IMPLICA LA CADUCITAT DE L'ACCIÓ D'ACOMIADAMENT.

Resum dels fets: El problema és processal. Resulta que el treballador litigant, que tenia un contracte aparent «per a obra o servei determinat», va rebre una comunicació de finalització d'obra el 9 d'abril de 2003, cosa que la seva defensa interpreta que és constitutiva d'acomiadament improcedent per incompliment de la normativa vigent en matèria d'obra o servei determinat. Aquesta discrepància de fons no interessa per examinar la situació processal que s'ha produït. El problema radica en què el treballador interposa la papereta de conciliació davant el Servei de Mediació, Arbitratge i Conciliació (SMAC) el 23 d'abril de 2003. Es du a terme un intent de conciliació, sense que consti la citació al demandat per comparèixer davant l'SMAC el 8 de maig. El 16 de maig —dins un termini que seria hàbil i temporani si la presentació de la papereta conciliatòria hagués produït tots els seus efectes— es formula la demanda jurisdiccional. El Jutjat declara caducada l'acció per interposició de la papereta prèvia davant l'SMAC i no davant la Fundació del Tribunal d'Arbitratge i Mediació de les Illes Balears (TAMIB).

Fonamentació jurídica: «SEGUNDO. La parte demandada opone en primer lugar que la parte actora no interpuso la preceptiva papeleta de conciliación ante el TAMIB, sino que la interpuso ante el SMAC, lo que considera inadecuado, debiendo entenderse por no intentado el trámite previo, ni debe otorgarse efecto suspensivo al intentado, por lo que la acción habría caducado (...).

TERCERO.- Ciertamente, en el art. 33 del convenio colectivo provincial para el sector de la construcción se pacta la asunción íntegra del Acuerdo Interprofesional de creación del TAMIB publicado en el BOCAIB de 6.feb.96 y su reglamento de aplicación.

»En el mencionado Acuerdo y en el de 1999 que lo sustituye se pacta que el sistema de solución de conflictos que se instaura con el acuerdo sustituye a la instancia administrativa de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 63, 64 y 154 LPL.

»Es claro, pues, que la parte actora utilizó una vía inadecuada para dar cumplimiento al requisito previo del art. 63 LPL, ya que se presentó la papeleta de conciliación ante el SMAC, sin que conste que la empresa demandada fuera efectivamente citada para el acto de conciliación.

»En tales circunstancias no procede tener por intentado el acto de conciliación en forma, por lo que no se produjo el efecto suspensivo del plazo de caducidad de la acción de despido. Por esto, al presentarse la demanda ya no podía acudirse a la vía del art. 81 LPL para subsanación de defectos, pues la acción ya había caducado.

»En consecuencia, procede apreciar la excepción de caducidad de la acción y absolver en la instancia a la empresa demandada».

Comentari: La Sentència del Jutjat suscita la pregunta immediata de si el formalisme processal pot conduir a l'extrema conseqüència de declarar caducada una acció d'acomiadament, de viabilitat irrepetible, tot frustrant definitivament l'examen d'una qüestió de fons tan transcendental com la pèrdua d'un lloc de treball. S'hi afegeix l'agreujant que el formalisme frustrador no afecta una qüestió pròpiament processal, sinó preprocessal. La pregunta que cal fer-se és si, en definitiva, no ens trobam davant la degradació de la forma, exaltada al màxim nivell d'incidència negativa respecte del dret substantiu invocat per l'actor. És a dir, si amb la doctrina constitucional a la vista no era reclamable que el Jutjat sobrevolàs l'incompliment extern d'una formalitat preprocessal per salvaguardar el dret a la tutela judicial efectiva.

És palès que el treballador va intentar la conciliació prèvia en el temps hàbil i temporani. Ara bé, no ho va plantejar davant el TAMIB sinó davant l'SMAC. Una reforma quasi inadvertida va introduir una matisació subtil en l'article 63 de la Llei de procediment laboral, que passava a establir que l'intent de conciliació es produirà «ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos...». El primer gran interrogant és com resulta possible, atesa la perspectiva de l'article 24.1 de la Constitució, que una missió tan transcendental, susceptible de produir la catàstrofe que aquí es comenta, sigui substreta a l'organització de l'Estat per encomanar-la a instàncies exemptes de la condició d'organisme públic (en aquest, una fundació). ¿És això compatible amb el caràcter de generalitat, seguretat i publicitat exigible a les normes processals? Una segona lectura podria ser que el text literal de l'article 63 «o ante el órgano que asuma estas funciones» formula una disjuntiva o una possibilitat alternativa d'acudir en demanda de conciliació davant l'SMAC i també davant el TAMIB; aquest sentit interpretatiu seria, sense cap dubte, més conciliable amb l'imperatiu de tutela judicial efectiva, que exigeix examinar les qüestions substantives fent, a tal efecte, la interpretació de les normes formals més adequada a la prioritat constitucional garantista. La garantia processal no pot ser en aquest sentit una carrera d'obstacles mancada de sentit rigorós (el fet és que l'actor va intentar la conciliació, com la llei li exigeix). I en tercer terme, ¿es pot explicar com el compliment d'un requisit processal s'ha d'anar a conjecturar i recercar, com Diògenes buscava l'home, amb una pobre llàntia d'escodrinyar, els centenars d'acords

interprofessionals i convenis col·lectius, estatals, autonòmics, provincials, locals i d'empresa, esparsos, a l'atzar de si està o no signada l'afectació al TAMIB o qualsevol altra denominació, davant la denominació segura i certa d'un òrgan autèntic de l'administració pública? ¿És això compatible amb el caràcter general de la norma? Estan en joc la serietat, la publicitat, la generalitat i l'eficàcia de la norma processal entesa com un viàtic que condueix a la resolució de fons, i no com una exasperació de la forma.

Post-scriptum: En data 9 de gener de 2004 la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia dicta la sentència de Suplicació, arran del recurs interposat per la representació del treballador. La sentència, atenent a les que denomina «circunstancias particulares» del cas examinat, arriba a una conclusió contrària a la del magistrat d'instància: «La voluntad del trabajador de reaccionar en tiempo oportuno ante los tribunales contra la decisión empresarial de extinguir el contrato es patente, y dio a tal fin los pasos hasta hace no mucho normales y correctos. Añadiendo a ello que el tenor literal del art. 63 de la LPL no es tajante y que, al cabo, se presta a interpretaciones, y que la intervención del SMAC no ha ocasionado perjuicio alguno a la parte demandada, denegar al actor en estas condiciones el examen de fondo de su pretensión por el mero dato de haber intentado la preceptiva conciliación judicial ante el servicio administrativo y no ante el TAMIB se trata de una conclusión desmesurada, poco conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 de la CE, el cual obliga siempre a aplicar de la manera más restrictiva posible cuanto se oponga a obtener una resolución judicial sobre el fondo de la controversia».

V. Constitucional

1. SENTÈNCIA DEL PLE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 239/2002, D'11 DE DESEMBRE. Ponent: Sr. Gay Montalvo. ENQUADRAMENT DE LA COMPETÈNCIA DE L'ACTIVITAT DE FOMENT CONSISTENT EN AJUTS ECONÒMICS COMPLEMENTARIS DE CARÀCTER EXTRAORDINÀRI A FAVOR DELS PENSIONISTES, EN LES SEVES MODALITATS NO CONTRIBUTIVES.

Resum dels fets: El conflicte de competències l'interposa el Govern de l'Estat contra dos decrets de la Junta d'Andalusia, el Decret 284/1998, de 29 de desembre, que regula la concessió i pagament d'ajuts econòmics complementaris, de caràcter extraordinari, a favor dels pensionistes residents a Andalusia, per jubilació o minusvalidesa en les seves modalitats no contributives, i el Decret 62/1999, de 9 de març, de modificació de l'anterior, en el sentit que suprimeix que els ajuts s'hagin d'abonar obligatòriament el més d'abril.

Fonamentació jurídica: La discussió litigiosa se circumscriu a determinar si amb l'entrada en vigor d'ambdós decrets la Junta d'Andalusia va vulnerar les competències de l'Estat sobre «legislació bàsica i règim econòmic de la Seguretat Social» (art. 149.1.17 CE) i les relatives a la «regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels seus drets i en el compliment dels deures constitucionals» (art. 149.1.1 CE), segons raona l'advocat de l'Estat. Per arribar a la resolució final, el Tribunal Constitucional fa una doble argumentació: d'una banda, a través de la delimitació material dels ajuts que són l'objecte de la discussió a partir de l'anàlisi de l'art. 41 CE i, de l'altra, a través d'un nou recordatori respecte de l'extensió del que és bàsic, d'acord amb l'art. 149.1.1 CE. L'alt tribunal va resoldre l'enquadrament competencial de les normes andaluses impugnades ubicant-les dins el marc de l'assistència social que es deriva de les atribucions als poders públics de l'art. 41 CE i resten, per tant, com una competència exclusiva de la comunitat autònoma.

Comentari: El Tribunal Constitucional se separa de la seva doctrina sobre l'abast de l'art. 41 CE continguda en la Sentència 76/1986 i ho justifica en l'evolució que des d'aquella data ha anat experimentant l'estat social i també la Seguretat Social. Aquesta nova línia jurisprudencial provocà l'emissió de dos vots particulars dels magistrats Sr. Conde Martín de Hijas y Sr. García-Calvo y Montiel, als quals s'adherí el president del Tribunal, Sr. Jiménez de Parga y Cabrera. S'hi argumenta bàsicament que la nova jurisprudència atorga un contingut massa restrictiu al concepte constitucional de Seguretat Social.

2. SENTÈNCIA DEL PLE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 3/2003, DE 16 DE GENER DE 2003. Ponent: Sr. Gay Montalvo. NATURALESA JURÍDICA I CONTINGUT DE LA LLEI DE PRESSUPOSTS.

Resum dels fets: El recurs d'inconstitucionalitat l'interposa el president del Govern contra la Llei del Parlament Basc 1/2002, de 23 de gener, que no és la Llei de pressuposts de la comunitat autònoma, però ha estat tramitada seguint el procediment reservat a aquesta Llei. La discussió litigiosa se circumscriu, d'una banda, a esbrinar la naturalesa jurídica de la llei de pressuposts i, de l'altra, a analitzar la Llei impugnada.

Fonamentació jurídica: En primer lloc, el Tribunal afirma que, malgrat que el Parlament Basc ja ha aprovat la Llei 8/2002, de 27 de desembre, de pressupostos per a l'any 2003, això no significa una pèrdua sobrevinguda de l'objecte de la sentència que s'emet, atès que això suposaria negar la possibilitat que l'alt tribunal controlàs la constitucionalitat de determinades normes de vigència limitada en el temps.

El Tribunal Constitucional examina, en primer lloc, la configuració de la Llei de pressuposts en el bloc de la constitucionalitat i recorda la seva jurisprudència emesa respecte d'això, en el sentit que es tracta d'una llei singular, de contingut determinat, exponent màxim de la democràcia parlamentària, atès que hi concorren les tres funcions de les Corts Generals: legislativa, pressupostària i de control del Govern. En segon lloc, analitza la normativa pressupostària del País Basc i conclou que hi ha una identitat substancial entre les normes aplicables als pressupostos generals d'aquesta comunitat autònoma i allò que l'art. 134 CE determina respecte dels de l'Estat.

En segon lloc, l'intèrpret suprem de la Constitució analitza la naturalesa de la Llei 1/2002 i afirma que no és la Llei de pressupostos generals de la comunitat autònoma —encara que en va seguir els tràmits del procediment pressupostari— perquè hi manca el contingut propi, mínim, indisponible i necessari que, d'acord amb els art. 134.2 CE, 21.1 LOFCA i 44 EAPV i la legislació del País Basc aplicable, ha de contenir aquesta Llei. Aquella es limita a autoritzar uns crèdits pressupostaris dels previstos en el Projecte de llei de pressuposts generals del País Basc per a l'exercici de 2002; de manera que, contràriament al que és propi d'una llei de pressupostos, no recull en un sol document la totalitat dels ingressos previstos i de les despeses autoritzades. La Llei 1/2002 és una norma complementària dels pressuposts prorrogats, continguts en la Llei 4/1999. D'altra banda, la llei impugnada també conviu amb la Llei 2/2002, de 21 de març, que incorpora determinades autoritzacions de despesa que complementen les dotacions en règim de pròrroga i les aprovades per la Llei 1/2002. Aquesta situació provoca al País Basc un trencament dels principis d'unitat i d'universalitat pressupostaris. A aquests trets d'inconstitucionalitat s'hi ha d'afegir que la Llei 1/2002 no ha estat mai publicada íntegrament, atès que introdueix noves par-

tides pressupostàries però no se'n publica la quantia, la qual cosa vulnera el principi d'unitat pressupostària i, en conseqüència, el principi constitucional de seguretat jurídica. A causa de les consideracions efectuades, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalitat de la norma.

Comentari: Malgrat la declaració d'inconstitucionalitat, el Tribunal considera no susceptibles de ser revisades les aplicacions de la Llei que puguin afectar els drets de tercers de bona fe que mantenen relacions econòmiques amb l'Administració. D'altra banda, els magistrats Sr. Vives Antón, Sr. García Manzano, Sra. Casas Bahamonde i Sra. Pérez Vera formulen un vot particular en el qual consideren que la inconstitucionalitat de la norma no és deguda a la vulneració de principis pressupostaris, atès que —com ha afirmat el mateix Tribunal— no es tracta d'una llei de pressuposts, sinó perquè alguns preceptes de la Llei modulen el règim de pròrroga de la Llei de pressupostos mitjançant l'aprovació d'un important nombre de seccions pressupostàries i dels pressupostos de dos ens públics, la qual cosa provoca un doble règim pressupostari, cosa que vulnera l'art. 134.4 CE.

3. SENTÈNCIA DEL PLE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 109/2003, DE 5 DE JUNY. Ponent: Sr. Vives-Antón. COMPETÈNCIES SOBRE SANITAT, IGUALTAT BÀSICA I LEGISLACIÓ CIVIL I LABORAL, DRETS DE PROPIETAT, AL TREBALL, A LA LLIBERTAT PROFESSIONAL I D'EMPRESA: INTRANSMISSIBILITAT, CADUCITAT I COTITULARITAT DE LES AUTORITZACIONS D'APERTURA DE FARMÀCIES. CADUCITAT DE LES AUTORITZACIONS.

Resum dels fets: La Sentència resol tres recursos d'inconstitucionalitat acumulats, els núm. 3540/96, 1492/97 i 3316/97, interposats respectivament pel president del Govern contra la Llei de la comunitat autònoma d'Extremadura 3/1996, de 25 de juny, d'atenció farmacèutica; pel president del Govern contra la Llei de Castella – la Manxa 4/1996, de 26 de desembre, d'ordenació del servei farmacèutic, i pel Consell de Govern de la Junta de Comunitats de Castella – la Manxa contra la Llei estatal 16/1997, de 25 d'abril, de regulació dels serveis de les oficines de farmàcia.

Fonamentació jurídica: Quant a les lleis autonòmiques impugnades, es discuteix si s'ajusta a la Constitució el règim jurídic que aquestes estableixen respecte de les autoritzacions administratives exigides per obrir oficines de farmàcia, atès que l'advocat de l'Estat considera que s'ha vulnerat el títol competencial estatal per dictar la legislació bàsica en matèria de sanitat (art. 149.1.16 CE). Per la seva banda, Castella – la Manxa considera que la Llei estatal impugnada vulnera la Constitució perquè la regulació de les autoritzacions d'obertura d'oficines de farmàcia no és normativa bàsica en matèria de sanitat. El Tribunal Constitucional emmarca, en primer lloc, l'objecte material del litigi —el règim jurídic de les oficines de farmàcia— dins la competència bàsica de l'Estat sobre sanitat en els termes

següents: «La autorización administrativa exigible para la apertura de las oficinas de farmacia constituye, sin duda un requisito de organización y funcionamiento de un establecimiento sanitario, cuyo alcance y contenido debe ser examinado de acuerdo con la distribución de competencias en materia de sanidad».

A continuació, l'alt tribunal analitza i constata que la Llei estatal 16/1997 recull els requisits materials i formals que la jurisprudència constitucional exigeix a les normes bàsiques. Finalment, examina l'adequació de diversos preceptes de les lleis autonòmiques impugnades a la legislació bàsica sanitària de l'Estat i en conclou la declaració d'inconstitucionalitat de diversos preceptes d'aquestes, concretament els que prohibeixen la transmissibilitat dels establiments farmacèutics i la cotitularitat.

Comentari: Es produeix un vot particular del magistrat Sr. García Manzano, qui discrepa de la decisió majoritària perquè considera que, quan varen néixer les lleis autonòmiques impugnades, no vulneraven cap normativa bàsica estatal atès que cap norma declarava bàsic el requisit o la condició de la transmissibilitat de les autoritzacions d'obertura de les oficines de farmàcia. El problema sorgeix amb la promulgació de la Llei estatal 16/1997, de 25 d'abril, que declara bàsic el precepte que estableix el següent: «La transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos». El magistrat discrepant considera que aquest precepte no ha de ser considerat materialment bàsic per a l'ordenació de les bases de la sanitat.

4. SENTÈNCIA DEL PLE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 124/2003, DE 29 DE JUNY. Ponent: Sra. Pérez Vera. COMPETÈNCIES SOBRE COMERÇ INTERIOR, ORDENACIÓ GENERAL DE L'ECONOMIA I DEFENSA DE LA COMPETÈNCIA. RESERVA DE LLEI ORGÀNICA: GRANS ESTABLIMENTS COMERCIALS. VENDES ESPECIALS. HORARIS COMERCIALS.

Resum dels fets: Es resolen els recursos d'inconstitucionalitat acumulats núm. 1254/96 i 1255/96, promoguts per la Comunitat Foral de Navarra, el primer contra determinats articles de la Llei estatal 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista, i el segon contra els art. 2 i 3 de la Llei orgànica 2/1996, de 17 de gener, complementària de l'anterior.

La primera de les dues lleis es recorre perquè es considera que els preceptes impugnats excedeixen els títols competencials reservats a l'Estat; els articles impugnats de la segona es consideren inconstitucionals perquè atribueixen caràcter orgànic a matèries reservades a la llei ordinària i vulneren la reserva prevista en els articles 81.1 i 150.2 CE.

Fonamentació jurídica: El TC es planteja, en primer lloc, l'enquadrament constitucional de la competència sobre grans establiments, i considera que els preceptes de la llei impugnada s'enquadren dins de la competència estatal sobre les bases i l'ordenació de

l'activitat econòmica general (art. 149.1.13 CE). A continuació l'alt tribunal recorda la seva doctrina sobre la competència estatal en matèria d'ordenació general de l'economia i afirma que aquesta pot abastar «tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector», sempre amb la condició que «el referido título competencial no alcance a incluir cualquier acción de naturaleza económica si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general».

A partir d'aquestes premisses, el Tribunal Constitucional considera justificada la definició de gran establiment, al qual l'art. 2.3 de la Llei atorga un contingut mínim i uniforme, basada en les seves dimensions. La finalitat dels preceptes següents de la Llei no és regular la instal·lació d'aquest tipus d'establiment, sinó adoptar una norma bàsica d'ordenació econòmica respecte del sistema de distribució fixant uns criteris globals de ordenació d'aquest sector, el compliment dels quals l'ha de controlar l'Administració autonòmica a través d'una llicència específica.

La segona qüestió que resol el Tribunal és la previsió, a l'art. 6.2 de la Llei, d'un informe preceptiu i no vinculant del Tribunal de Defensa de la Competència, com a tràmit perquè l'Administració autonòmica atorgui o denegui la llicència d'obertura dels grans establiments, la qual cosa suposa una intervenció de l'Estat. Si es té en compte que l'informe ha de valorar la millora que per a la lliure competència suposi l'obertura d'un nou establiment i els efectes negatius que pogués suposar per al petit comerç existent, això justifica que s'emeti aquest informe. Per salvar la constitucionalitat d'aquest apartat del precepte i atès que es tracta d'una activitat realitzada en l'àmbit d'una comunitat autònoma, el Tribunal Constitucional en fa una interpretació a la Constitució: només correspondrà al Tribunal de Defensa de la Competència emetre l'informe amb relació a la llicència comercial específica per a establiments que es vulguin ubicar a zones que puguin alterar la competència en un àmbit supracomunitari.

A continuació, el TC declara la constitucionalitat dels diferents tipus de vendes establerts a la Llei, excepte aquell que regula la venda ambulant o no sedentària. Considera que aquesta competència és autonòmica, atès que disciplina aquesta modalitat de venda en els seus aspectes estrictament públics i no es pot considerar reservada a l'Estat pels apartats 6 i 8 de l'art. 149.1 CE.

Seguidament, el Tribunal Constitucional declara la constitucionalitat dels preceptes de la Llei impugnada relatius a les infraccions i a les sancions.

Finalment, amb relació als preceptes impugnats de la Llei orgànica 2/1996, l'un és relatiu a la llibertat d'horaris (art. 2) i l'altre defereix l'entrada en vigor del primer fins que el Govern de l'Estat i el govern de cada comunitat autònoma ho disposin (art. 3). El Tribunal Constitucional descarta la constitucionalitat del primer precepte per la seva vinculació amb

l'art. 38 CE que declara la llibertat d'empresa, atès que aquest precepte constitucional no està afectat per la reserva de llei orgànica. Però si es té en compte la vinculació d'ambdós preceptes, a continuació s'ha d'examinar si seria orgànica atesa que estan afectats per l'art. 150.2 CE. Això no es produeix perquè, segons considera el Tribunal Constitucional, en els preceptes referits no es dóna cap transferència a les comunitats autònomes en matèria de comerç interior; per tant, els preceptes referits no tenen caràcter orgànic.

Comentari: Hi ha dos vots particulars: el primer del magistrat Sr. Delgado Barrio —al qual s'hi adhereixen el Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, el Sr. Conde Martín de Hijas, el Sr. García-Calvo y Montiel y el Sr. Rodríguez-Zapata Pérez— i el segon del magistrat Sr. Rodríguez-Zapata Pérez —al qual s'hi adhereix el Sr. García-Calvo y Montiel.

ACTIVITAT NORMATIVA

(gener - juny 2003)

Lluís Isern Estela
Lletrat del Parlament de
les Illes Balears

I. Illes Balears.

1. Lleis.

A l'hora de fer un repàs a l'activitat normativa de les Illes Balears de 2003, hem de recordar que aquest any hi va haver eleccions al Parlament de les Illes Balears, per la qual cosa, d'una banda, el període de sessions de la Cambra legislativa ha estat més breu del que és habitual i, de l'altra, el Govern de les Illes Balears ha actuat com a govern en funcions des de l'endemà de les eleccions al Parlament fins a la presa de possessió del nou Govern. Ara bé, això no ha suposat, en realitat, una minva ni en el nombre ni en la importància de les normes aprovades.

Cinc han estat les lleis dictades pel Parlament de les Illes Balears durant els sis primers mesos de l'any 2003. Cada una d'aquestes cinc lleis, a més, pot ser considerada com una llei de capçalera en la matèria respectiva. Conseqüentment, perquè cap d'aquestes cinc lleis no és més important que les altres, les revisarem per ordre cronològic.

Així, en primer lloc, destacarem la **Llei 1/2003, de 20 de març, de cooperatives de les Illes Balears** (BOIB núm. 42). L'objectiu declarat d'aquesta Llei és «fonamentar la constitució de cooperatives i donar una resposta viable a les demandes de la societat, a més d'aconseguir la consolidació econòmica de les ja existents». En aquest sentit, en el pensament del legislador es pot descobrir la voluntat de combinar adequadament dues qüestions importants: la fidelitat als principis cooperatius (que parteixen de la denominada Declaració de Manchester) i, a la vegada, l'operativitat de les cooperatives, la seva flexibilitat i la seva funcionalitat. No podem oblidar que s'ha dit que les cooperatives són empreses singulars que, des del marc de l'economia de mercat, aporten a la societat aspectes de l'economia social com són ara la democràcia i la solidaritat, fent prevaler sempre les persones per damunt el capital, sense que per això es perdi eficiència ni es deixin d'obtenir beneficis.

La Llei, que és molt extensa (152 articles), s'ordena en tres títols: «De la societat cooperativa», «De l'administració pública i de les societats cooperatives» i «De l'associacionisme cooperatiu». Aquestes disposicions —a part de regular les particularitats pròpies de les cooperatives i que ja trobam en altres normes de l'Estat o d'altres comunitats autònomes— incorporen algunes novetats que mereixen ser ressenyades. Entre les qüestions que podem considerar tradicionals, hem de destacar la definició de societat cooperativa, el procediment constitutiu de la cooperativa, el règim dels socis, l'organització social, les classes de cooperatives, etc. Entre les novetats de la Llei 1/2003, podem esmentar el fons de reserva i reemborsament de les aportacions dels socis que puguin haver perdut valor a causa de la inflació, el qual es liquida en el moment de la baixa del soci de la cooperativa; aquest fons s'ha de dotar amb el 10% dels beneficis anuals generats. També podem esmentar com a novetat l'anomenat «balanç social», que ha de permetre avaluar l'acompliment dels

objectius fixats, la participació social, les col·laboracions amb d'altres cooperatives, les aportacions a l'entorn social, així com el diagnòstic de les fortaleses i les debilitats de la cooperativa. Per últim, s'ha de destacar el caràcter exhaustiu del règim sancionador contingut a la Llei.

La segona de les lleis aprovades durant l'any 2003 ha estat la **Llei 2/2003, de 20 de març, d'organització institucional del sistema universitari de les Illes Balears** (BOIB núm. 42). Aquesta norma, que té com a marc de referència la Llei orgànica 6/2001, de 21 de desembre, d'universitats, pretén reforçar l'arquitectura institucional universitària de les Illes Balears i es fonamenta en quatre principis bàsics o estructurals: a) definició de la universitat com a servei públic de titularitat autonòmica; b) respecte a l'autonomia universitària; c) delimitació de les funcions i de les competències de cada una de les institucions i òrgans de govern —UIB, Consell Social de la UIB i Govern de les Illes Balears— implicats en les polítiques universitàries, i d) el foment de la cultura del diàleg en el desenvolupament de les polítiques universitàries de totes les institucions implicades.

A més dels quatre principis esmentats, en la Llei 2/2003 hi podem identificar tres objectius específics, a cadascun dels quals correspondria un dels tres títols que integren la Llei. Són els següents: 1) regulació (objecte, funcions i composició) del Consell Social de la Universitat com a òrgan col·legiat de la UIB a través del qual es canalitza la participació de la societat (la Llei 2/2003, conseqüentment, deroga la Llei 3/2000, de 20 de març, del Consell Social de la Universitat de les Illes Balears); 2) reconeixement legislatiu de l'Agència de Qualitat Universitària de les Illes Balears com a institució responsable de l'avaluació del sistema universitari balear, i 3) creació de la Junta de Coordinació Universitària de les Illes Balears com a òrgan de consulta, d'assessorament i de coordinació entre els òrgans i les institucions amb competències universitàries, regulant-ne, a més, la composició i les atribucions.

Pel que fa a la **Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 44), hem de destacar, en primer lloc, que va ser una norma aprovada amb un alt grau de consens en seu parlamentària, la qual cosa, *prima facie*, li atorga unes bones perspectives de continuïtat i estabilitat.

La Llei 3/2003 culmina (juntament amb la Llei de consells insulars, la Llei del Govern i la Llei de patrimoni) una renovació de l'estructura institucional de la comunitat autònoma de les Illes Balears. Aquesta renovació s'havia fet necessària atès que, en alguns casos, les normes que hi havia tenien ja dues dècades d'existència, i atesa, per una altra banda, l'assumpció per la comunitat autònoma de les Illes Balears d'importantíssimes competències durant aquests darrers vint anys (educació, sanitat, etc.).

Aquesta Llei regula, en el marc del règim jurídic comú a totes les administracions públiques (Llei 30/1992, de 26 de novembre), l'organització i el funcionament de l'Administració de la comunitat autònoma, com també les especialitats del procediment

que hi són aplicables. Amb aquesta finalitat, la Llei 3/2003 s'estructura en set títols, la denominació dels quals és prou expressiva del seu contingut i ens allibera, per tant, de fer un esbós de cadascun: títol I, «Principis generals»; títol II, «L'organització de l'Administració de la comunitat autònoma»; títol III, «La competència»; títol IV, «Drets dels ciutadans»; títol V, «L'activitat administrativa»; títol VI, «Serveis jurídics» i títol VII, «De les relacions de l'Administració de la comunitat autònoma amb les altres administracions públiques».

Ara bé, no podem defugir de remarcar algunes de les novetats principals de la Llei. Així, per exemple: l'autorització de l'ús de les noves tecnologies en les relacions administratives; l'agrupació dels drets dels ciutadans en una sola llista; la definició de les instruccions, les circulars i les ordres de servei per primera vegada en el dret autonòmic balear; l'ús de la llengua catalana com a regla general en l'activitat administrativa; el recurs especial en matèria de contractació administrativa i la regulació del recurs en interès de la delegació (provinent de la Llei de consells insulars). Pel que fa a les relacions de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears amb la resta de les administracions públiques, s'hi perfilen les figures dels plans d'actuació conjunta i dels convenis de col·laboració, matèria en la qual s'ha de destacar com a novetat la creació del Registre de Convenis i Acords subscrit per l'Administració de la comunitat autònoma.

Una altra de les matèries seleccionades pel legislador autonòmic per regular durant el darrer període de sessions de la 5a legislatura han estat els museus. Malgrat que a la Llei 12/1998, de 21 de desembre, del patrimoni històric de les Illes Balears, ja trobam algunes referències als museus i a alguns aspectes de la seva regulació, és a la **Llei 4/2003, de 26 de març, de museus de les Illes Balears** (BOIB núm. 44), on es dóna plenitud a l'ordenament jurídic balear sobre la matèria, tant des del punt de vista conceptual com organitzatiu, de gestió o de planificació.

La Llei 4/2003 parteix dels conceptes de «museu» (art. 2) i de «col·lecció museogràfica» (art. 3) per ordenar l'acció administrativa i de foment. Així, estableix les condicions perquè es pugui produir el reconeixement com a museu o com a col·lecció museogràfica, fixa el procediment que cal desenvolupar per aconseguir aquest objectiu i atribueix en qualsevol cas als consells insulars fer aquest reconeixement.

Pel que fa a l'estructura organitzativa, la Llei crea les xarxes insulars de museus com a conjunt organitzat de museus i de col·leccions museogràfiques. A més, es crea el Registre General de Museus i Col·leccions Museogràfiques i s'atribueix als consells insulars la creació dels registres insulars de museus. Altres òrgans que crea la Llei són la Junta Interinsular de Museus i la Comissió Tècnica Insular de Museus. La Junta neix amb l'objectiu de facilitar l'intercanvi d'informació, la cooperació i la coordinació entre els consells i el Govern de les Illes Balears. La Comissió Tècnica Insular de Museus que ha de crear cada un dels consells insulars farà funcions d'òrgan consultiu tècnic en matèria de museus.

Per últim, mereix destacar la preocupació de la Llei per delimitar amb claredat total les competències que corresponen a les diferents administracions públiques en la política de museus, per a la qual cosa dedica un títol sencer a regular, successivament, les competències de la comunitat autònoma de les Illes Balears, les dels consells insulars i les dels ajuntaments.

La darrera de les lleis aprovades al Parlament de les Illes Balears durant el primer semestre de 2003 ha estat la **Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut de les Illes Balears** (BOIB núm. 55). Aquesta Llei, d'acord amb la seva exposició de motius, pretén recollir «totes les accions relacionades amb la salut dels ciutadans, de manera integral i integrada, i començar per la formulació dels drets dels usuaris enfront dels processos assistencials en l'àrea sanitària, per continuar amb l'ordenació dels recursos sanitaris de les Illes, territorialment i de manera funcional, i finalitzar amb les accions del sistema sanitari públic de les Illes Balears». I, efectivament, la Llei s'ordena en un títol preliminar i sis títols, conformement a la voluntat expressada.

Si els principis informadors en què es fonamenta l'articulació del dret a la protecció de la salut en el sistema sanitari públic de les Illes Balears es recullen en el títol preliminar, els drets i els deures dels ciutadans en l'àmbit sanitari es reflecteixen en el títol I, que distingeix entre els drets bàsics i els drets dels usuaris dels distints serveis públics.

El títol II de la Llei regula el sistema sanitari públic de les Illes Balears com un conjunt de recursos, normes, mitjans organitzatius i accions orientats a satisfer el dret a la protecció de la salut, i encarrega el funcionament del sistema al Govern i a l'administració sanitària. Convé destacar d'aquest títol la regulació que fa del Pla de Salut com a principal instrument estratègic de planificació i coordinació sanitària, que s'ha de complementar amb el Pla sociosanitari i altres plans més específics.

Després de regular les competències i les funcions de les diverses administracions públiques que actuen en matèria sanitària a les Illes Balears (títol III) i la intervenció pública en relació amb la salut individual i col·lectiva (títol IV), la Llei se centra en el Servei de Salut de les Illes Balears com a eix principal de l'organització sanitària pública dels serveis sanitaris (títol V). És definit com a ens públic, de caire autònom, dotat de personalitat jurídica i patrimoni propis, amb plena capacitat d'actuar i al qual s'encomana la gestió dels serveis públics assistencials.

Encara dins el títol V, la Llei recull l'ordenació funcional dels serveis assistencials, estructurada en els nivells d'atenció sanitària primària, especialitzada i d'urgències. En canvi, l'ordenació sanitària territorial del sistema sanitari públic de les Illes se situa en el títol VI, on es detalla l'organització del Servei de Salut en àrees de salut, com a estructura bàsica del sistema, en sectors sanitaris i en zones bàsiques de salut.

2. Decrets.

Examinades les normes amb rang de llei aprovades pel Parlament de les Illes Balears, convé ara destacar algunes de les normes reglamentàries aprovades per l'executiu balear durant el sis primers mesos de 2003.

Així, sense ànim d'exhaustivitat, podem esmentar, per exemple, el Decret 9/2003, de 7 de febrer, pel qual es regulen **les queixes i les iniciatives** presentades a l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 21); el Decret 17/2003, de 21 de febrer, pel qual es regula la **pesca amb arts menors** a les aigües interiors de les Illes Balears (BOIB núm. 28); el Decret 20/2003, de 28 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament de **supressió de barreres arquitectòniques** (BOIB núm. 36), dictat per desplegar la Llei 3/1993, de 4 de maig, i per substituir l'obsolet Decret 96/1994, de 27 de juliol (i, per tant, el deroga).

Per una altra banda, les reformes operades durant aquests últims anys a la Llei reguladora del **Consell Consultiu de les Illes Balears** han fet necessària una modificació del **Reglament orgànic** d'aquest òrgan superior consultiu de les Illes Balears, la qual cosa s'ha duit a terme mitjançant el Decret 24/2003, de 28 de març (BOIB núm. 51).

Mereix també la pena destacar l'aprovació del Decret 42/2003, de 2 de maig, pel qual es modifica el Decret 92/1989, de 19 d'octubre, de regulació d'òrgans rectors de les **caixes d'estalvis** amb domicili social a les Illes Balears, i es regula l'obra social de les caixes d'estalvis que operin a les Illes Balears (BOIB núm. 62), que completa el cos normatiu dictat fins aleshores en aquesta matèria.

Altres normes balears de rang inferior a la llei que s'han de remarcar són: el Decret 44/2003, de 2 de maig, pel qual s'aprova el Reglament de **voluntaris de protecció civil** de les Illes Balears (BOIB núm. 65); el Decret 45/2003, de 2 de maig, pel qual es regulen **els acolliments familiars i l'adopció** (BOIB núm. 65); l'Ordre del conseller d'Hisenda i Pressuposts de 21 de maig de 2003 per la qual es regula el procediment per a la **presentació i el pagament telemàtic de tributs** la gestió dels quals correspongui a l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 75) i, finalment, el Decret 50/2003, de 9 de maig, pel qual es constitueix un **centre d'intercanvi de drets d'ús agrari de l'aigua** (BOIB núm. 76).

II. Estat.

Pel que fa a les normes aprovades per les institucions estatals, crida poderosament l'atenció el nombrós bloc de lleis **en matèria penal i penitenciària**, dictades en molts de casos com a conseqüència de la xacra terrorista. Així, n'hem d'esmentar les següents:

- Llei orgànica 1/2003, de 10 de març, per a la garantia de la democràcia en els ajuntaments i la seguretat dels regidors (ara bé, aquesta Llei té molta més importància des del punt de vista del règim electoral, que des de la perspectiva penal).
- Llei 2/2003, de 12 de març, de modificació de la Llei 32/1999,de 8 d'octubre, de solidaritat amb les víctimes del terrorisme.
- Llei 3/2003, de 14 de març, sobre l'ordre europea de detenció i lliurament.
- Llei orgànica 2/2003, de 14 de març, complementària de la Llei sobre l'ordre europea de detenció i lliurament.
- Llei 11/2003, de 21 de maig, reguladora dels equips conjunts d'investigació penal en l'àmbit de la Unió Europea.
- Llei orgànica 3/2003, de 21 de maig, complementària de la Llei reguladora dels equips conjunts d'investigació penal en l'àmbit de la Unió Europea, per la qual s'estableix el règim de responsabilitat penal dels membres destinats als esmentats equips quan actuïn a Espanya.
- Llei 12/2003, de 21 de maig, de prevenció i bloqueig del finançament del terrorisme.
- Llei orgànica 4/2003, de 21 de maig, complementària de la Llei de prevenció i bloqueig del finançament del terrorisme, per la qual es modifica la LO 6/1985, del Poder Judicial, i la Llei 29/1998, reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa.
- Llei orgànica 5/2003, de 27 de maig, de modificació de la Llei orgànica del Poder Judicial, general penitenciària i de demarcació i planta judicial.
- Llei 17/2003, de 29 de maig, per la qual es regula el Fons de Béns Decomissats per tràfic il·lícit de drogues i altres delictes relacionats.
- Llei orgànica 6/2003, de 30 de juny, de modificació de la Llei orgànica 1/1979, de 26 de setembre, general penitenciària.
- Llei orgànica 7/2003, de 30 de juny, de mesures de reforma per al compliment íntegre i efectiu de les penes.

Una altra matèria que també ha merescut l'atenció del legislador estatal ha estat l'econòmica. D'entre les normes aprovades, en destacam, en primer lloc, la **Llei 7/2003, d'1 d'abril, de la societat limitada nova empresa**, per la qual es modifica la Llei 2/1995, de societats de responsabilitat limitada (SRL). Aquesta Llei crea dins les SRL un nou tipus de societat simplificada i delimitada per un capital social d'un mínim de 3.012 € i un màxim de 120.200 €, amb cinc socis (persones físiques) com a màxim i un objecte social amplíssim. Es dota aquestes societats d'algunes mesures fiscals específiques i s'introdueixen modificacions en el règim successori, per a la qual cosa es modifiquen tres articles del Codi civil. La Llei cerca, en definitiva, remoure els obstacles administratius que dificulten la constitució i el desenvolupament de les activitats de les petites empreses.

La segona de les normes econòmiques que destacam és el **Reial decret llei 2/2003, de 25 d'abril, de mesures de reforma econòmica**. Aquesta norma amb rang de llei té incidència sobre les petites i les mitjanes empreses, sobre la política d'habitatge (especialment pel que fa al lloguer), sobre l'acció protectora de la Seguretat Social dels treballadors autònoms, sobre mesures d'estímul fiscal dels que participin activament en la millora del medi ambient i l'ús d'energies renovables (bonificacions a l'IBI) i, finalment, sobre el mercat hipotecari, abaratint les novacions i subrogacions hipotecàries. Finalment, pel que fa a la matèria econòmica, no podem deixar d'esmentar també la **Llei 10/2003, de 20 de maig, de mesures urgents de liberalització en el sector immobiliari i de transports**.

Per una altra banda, la salut també ha estat objecte de regulació pel legislador estatal. La **Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut**, estableix un marc legal per a les accions de coordinació i cooperació de les administracions públiques sanitàries que permeti garantir la qualitat, l'equitat i la participació social en el Sistema Nacional de Salut, un cop que totes les comunitats autònomes han assumit les competències en matèria de salut. Amb la finalitat d'aconseguir una homogeneïtzació entre totes les administracions amb competències en matèria de salut, es regulen l'ordenació de les prestacions; la planificació i la formació de professionals; la investigació; la cooperació entre el sector públic i el privat; el sistema d'informació i alerta de tota la xarxa sanitària i les actuacions coordinades entre l'Estat i les comunitats autònomes, tant en matèria de salut com en matèria de seguretat alimentària.

Per últim, en matèria de contractació administrativa, hem d'esmentar la **Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques**. Aquesta Llei, des del punt de vista de la tècnica normativa, ha optat per inserir la regulació específica d'aquest tipus de contracte dins la Llei de contractes de les administracions públiques, text refós aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny.

rjib02

ACTIVITAT REGISTRAL

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat (desembre 2002 - juliol 2003)

Antoni Canals Prats
Registrador de la Propietat

1. RESOLUCIÓN DE 20 DE MAYO DE 2003. Inscripción de compraventa por testimonio de acto de conciliación. La concordancia del título material y el título formal.

Resumen de los hechos: Se presenta en el Registro de la Propiedad testimonio expedido por el Secretario Judicial relativo a un acto de conciliación entre conciliante y conciliada, por el que se manifiesta que ésta vende al primero que compra una determinada finca. Se deniega su inscripción por no estar consignado este acto en escritura pública de acuerdo con el art. 3 Lh y concordantes del reglamento.

Fundamentación Jurídica: "Uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial transcendencia de los efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan *erga omnes* de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional de los arts. 1 y 38 Lh), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a calificación y así el art. 3 Lh establece la exigencia de documento público o auténtico para su inscripción.

Ciertamente según los arts. 1216 del Código Civil y 317.1 LEC ("a efectos de prueba en el proceso", precisa este último precepto), son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especies expidan los Secretarios Judiciales y harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esta documentación. Pero también es cierto, según reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el art. 3 Lh para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse, de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible. Concretamente para apreciar el valor y los efectos del convenio hecho en un acto de conciliación ha de analizarse cuál es la verdadera naturaleza de dicho acto, que en nuestra legislación procesal constituye una actuación de carácter preliminar que debe intentarse en general para poder entablar el juicio declarativo, cuyos efectos determina el art. 476 LEC de 1881 (vigente, según la disposición única, apartado 1.2ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil), al prescribir que lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias dictadas en juicio verbal, y en los demás casos tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne; si bien ello no significa que sea título inscribible, ya que el acuerdo entre los interesados no es, fundamentalmente, más que un acuerdo entre partes y los

convenios conciliatorios no tienen las garantías de las resoluciones judiciales ni de las transacciones u otros contratos autorizados por Notario".

Comentario: En esta resolución se plantea la cuestión de la instrumentación formal de los títulos materiales de adquisición o extinción de derechos. Y es que, como señala SANCHO REBULLIDA en su "Derecho Inmobiliario Registral", la enumeración de títulos formales del art. 3 Lh no es indistinta: cada título material debe ingresar en el Registro a través del título formal que le asigne la respectiva ley reguladora de la forma pública del acto. La resolución que comentamos confirma totalmente este criterio, en un caso de un acta de conciliación que se aprovecha instrumentalmente para otorgar indebidamente una venta.

2. RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 2003. Extralimitación de las funciones del contador partidor al distribuir una herencia a favor de un heredero, prelegatario condicional, con imposición de la obligación de pagar en metálico sus derechos a los restantes coherederos.

Resumen de los hechos: Un causante falleció el 11 de octubre de 1998, bajo testamento en que dispuso un legado a favor de su esposa de la cuota viudal usufructuaria que le correspondiera, legó a su hija los tercios de libre disposición y mejora, si hubiera asistido al testador y su esposa hasta el fallecimiento de ambos, prestándoles lo necesario para su sustento, habitación, vestido y asistencia médica en el domicilio del legatario o en establecimiento...; y en el remanente instituyó herederos a sus cuatro hijos por partes iguales.

El 25 de marzo de 1999, mediante escritura pública, practicaron la partición el cónyuge viudo y los dos comisarios contadores partidores que inventariaron y valuaron los bienes, fijando los haberes de los interesados y adjudicaron la única finca inventariada en usufructo de una tercera parte indivisa al cónyuge viudo en pago de su cuota viudal legitimaria y el resto, o lo que es lo mismo, la correlativa nuda propiedad de esta tercera parte y el pleno dominio de las dos terceras partes indivisas restantes a uno de los herederos, prelegatario condicional de los tercios de mejora y libre disposición e imponiéndole la obligación de pagar en metálico sus derechos a los restantes coherederos, todos ellos legitimarios del causante.

Presentada al Registro competente fue suspendida la inscripción por no haber sido ratificada la partición por todos los hijos y descendientes del testador, ratificación que sería necesaria para convalidar el defecto de facultades del contador partidor, al no haber sido autorizado por dicho testador a adjudicar los bienes hereditarios a alguno de los hijos y descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, conforme a lo dispuesto en los arts. 843 Cc y 80.2.b del Reglamento Hipotecario, y no tratarse de un supuesto de finca indivisible del art. 1062 Cc.

Fundamentación jurídica: "La asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico, supone transformar los derechos de éstos, que de cotitulares de la masa hereditaria con cargo a la que, previa liquidación, han de satisfacerse sus derechos, pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. art. 1058 CC), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no sólo en el aspecto cuantitativo sino también cuantitativo que no puede el contador partidor cambiar por un crédito frente a los herederos so pena de desvirtuarlo completamente, algo que el legislador ni tan siquiera permite en el caso de que el testador lo imponga o autorice (cfr. art. 841) si no es con consentimiento de los afectados o aprobación judicial (art. 843), amén del necesario respeto de otra serie de garantías como los plazos preclusivos de todo el proceso de partición y pago".

Comentario: Esta resolución confirma la doctrina tradicional sobre las facultades de los contadores-partidores que, basada en la literalidad del art. 1057 Cc– que autoriza al testador a delegar "la simple facultad de hacer la partición"– no permite al contador partidor excederse de las simples facultades distributivas, lo que ocurre en el presente caso al adjudicar a un interesado en la herencia bienes por encima de su participación en el caudal, trasformando los derechos de los perjudicados en simples créditos contra el adjudicatario. Este acto excede de la simple distribución de bienes, tomando el carácter de dispositivo y no partitivo, por lo que acertadamente en esta resolución se le niega a los contadores las facultades pertinentes para este acto y se niega la validez de tal adjudicación.

3. RESOLUCIONES DE 9, 10 y 13 DE DICIEMBRE DE 2002. Ejercicio de derecho de retracto por la Administración Pública.

Resumen de los hechos: Por escritura otorgada el día 28 de junio de 1999, los propietarios de una finca, sita en término municipal de Pozo Alcón, proceden a su venta. Con fecha 14 de julio de 1999, la Consejería andaluza de Medio Ambiente tuvo conocimiento de la venta de la finca, la cual se encuentra dentro de los límites del Parque Natural de Cazorla, Segura y las Villas. Por Resolución de 2 de diciembre de 1999 se acuerda la adquisición de dicha finca, en virtud del ejercicio del derecho de retracto, al amparo de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (art. 10.3) y de la Ley 2/1989, de 18 de julio, que aprueba el inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía, que se remite en su artículo 24 a la Ley estatal.

El 10 de octubre de 2000 se extiende acta de ocupación y se consigna la cantidad correspondiente en la Caja de Depósitos a disposición de la parte compradora.

Presentados los anteriores documentos en el Registro de la Propiedad, fue rechazada su inscripción por no constar el consentimiento de los titulares registrales (parte compradora en la citada escritura de venta), o bien suplido dicho consentimiento mediante la correspondiente resolución judicial instada en juicio declarativo ordinario.

Fundamentación jurídica: "El hecho de que un derecho de retracto tenga su origen en una norma administrativa, como es el que aquí se ejercita, no trae como consecuencia obligada que pueda ejercitarse mediante un procedimiento meramente administrativo, pues, como ha dicho el Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de 10 de junio de 1988), a efectos de competencia atribuible a la jurisdicción civil y a la jurisdicción contencioso-administrativa, deben distinguirse los llamados "actos de la Administración" de los "actos administrativos" pues, sentado que sólo estos últimos son susceptibles de la vía administrativa, dicha calificación la merecen solamente aquellos actos que, junto al requisito de emanar de la Administración Pública, como consecuencia de un actuar de ésta con facultad de *imperium* o en el ejercicio de una potestad que sólo ostentaría como persona jurídico-pública, y no como persona jurídica-privada, pues cuando la Administración contiende con el particular sobre cuestiones atributivas de propiedad sobre un bien originariamente privado, sin base en el ejercicio de facultades de expropiación forzosa, y concretamente, en relación a la titularidad, adquisición y contenido de la propiedad y demás derechos reales, deberá ser resuelto por el Juez ordinario, como consecuencia del principio secular básico en Derecho administrativo de atribuirse a la jurisdicción ordinaria la defensa del administrado frente a la injerencia sobre bienes de su propiedad, salvo cuando se ejerciten potestades administrativas, que inexcusablemente tienen que venir atribuidas mediante norma con rango de ley, de tal manera que, cuando -como en el presente caso- esta atribución no se produce, y la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, como es en la adquisición de bienes de tal índole, el control de esta situación administrativa debe quedar reservada a los tribunales ordinarios, cuestión que, además, viene reforzada al establecerse en el art. 249.7 LEC que las acciones de ejercicio del derecho de retracto de cualquier tipo deben ventilarse en juicio declarativo ordinario".

Comentario: La Dirección general en esta resolución distingue entre los actos de la Administración y los actos administrativos. Los primeros son un género más amplio que los segundos y se rigen por el Derecho aplicable al acto en cuestión, sea público o privado, mientras los segundos se rigen exclusivamente por el Derecho Administrativo y son clara consecuencia del *imperium* de los entes públicos. Pues bien, el ejercicio de un derecho de retracto lo define como acto de la Administración sujeto al Derecho Privado, aunque este derecho sea reconocido en una ley administrativa.

Para la defensa de esta tesis, la resolución podría haberse acogido a la doctrina de los actos separables que, como es sabido, distingue entre el otorgamiento del acto que queda sujeto al Derecho privado, de todos los requisitos, condiciones y actos previos para la formación de la voluntad en condiciones de legalidad del ente administrativo que queda sujeta al Derecho administrativo.

4. RESOLUCIÓN DE 16 DE MAYO DE 2003. Declaración de obra nueva y constitución de propiedad horizontal previas a la entrega de legados.

Resumen de los hechos: Se presenta escritura en la que, al objeto de entregar determinado legado de cierto piso ordenado por el causante, todos los herederos de éste declaran la obra nueva que dicho titular realizó durante los años 1957 y 1958, junto con su esposa, y constituyen el edificio, en régimen de propiedad horizontal, adjudicando el piso legado a los legatarios. Se deniega su inscripción por no determinarse los titulares de la obra nueva ni de las entidades hipotecarias surgidas de la división horizontal, por exigencia del art. 9.4 Lh y 51 y 54 Rh, que exigen la constancia de la persona a cuyo favor debe inscribirse el derecho y, en caso de ser varios, la proporción o cuota de cada comunero o partícipe.

Fundamentación jurídica: "La exigencia formal de titularidad debe cohonestarse con la libertad que tienen los herederos para, primeramente entregar los legados y dejar para un momento posterior la partición. La dificultad que encuentra el Registrador para realizar las correspondientes inscripciones puede obviarse fácilmente inscribiendo la obra nueva y los pisos no entregados, a favor de la comunidad hereditaria surgida por el fallecimiento del causante, sin que, por la especial naturaleza de dicha comunidad, hayan de reflejarse participaciones proindiviso de los herederos en cada bien concreto".

Comentario: Esta resolución plantea una cuestión que se suscita a menudo, a raíz sobre todo del proceso edificatorio y su división por departamentos. Efectivamente, los testadores a la hora de otorgar testamento han transformado previamente terrenos, solares... en edificaciones, que sin embargo no han declarado ni departamentalizado, y en cambio ya disponen *mortis causa* de dichos elementos, o partes que aún no tienen la autonomía de fincas en el tráfico jurídico. Esto obliga a que los herederos, a la muerte del testador, tienen que, como acto previo a su adjudicación o entrega, otorgar los títulos adecuados según el Derecho vigente para convertirlos en fincas independientes.

La naturaleza de estos actos previos no es sencilla y se plantea quién deben ser los titulares de estos derechos. Tradicionalmente aparecen dos corrientes: considerar que pertenecen a los causantes e inscribirlos a su favor, que es la orientación clásica; y la más moderna, de su inscripción a favor de los interesados en la sucesión, sin atribución de cuotas y

como herencia yacente o indivisa o en comunidad hereditaria. Esta última opción es la que sigue esta Resolución.

Aún así, deben tenerse en cuenta: primero, que en situación de herencia yacente no se encuentra la herencia porque consta la aceptación previa de los herederos; segundo, que el régimen de comunidad hereditaria no permite su acceso por medio de inscripción en el Registro sino sólo por vía de anotación preventiva (art. 46 Lh); y que la impugnación posterior con éxito de la correspondiente adjudicación o entrega, y su subsiguiente cancelación, dejaría la titularidad de la finca publicada en un asiento instrumental y formalmente improcedente y sin una titularidad definida ni concretada. Todas estas cuestiones no se abordan en el presente recurso.

LLIBRES

Francesc Segura Fuster
Advocat
(Normativa lingüística del sistema educatiu)

Patricia Dueñas Jollard
Tècnic Superior de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears
(La participación de las regiones en Europa)

Maria Francesca Gomila Pocoví
Tècnic Superior de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears
(Informe sobre la reforma de l'Estatut)

NORMATIVA LINGÜÍSTICA DEL SISTEMA EDUCATIU. Edició preparada per M. SBERT GARAU, P. MOYA NIELL, F. MUNAR I MUNAR I LL. J. SEGURA GINARD. Palma: Govern de les Illes Balears - Institut d'Estudis Autonòmics, 2003 *(Col·lecció Legislativa; 6).*

El llibre que a continuació es comenta du per títol *Normativa lingüística del sistema educatiu* i constitueix el volum número 6 de la Col·lecció Legislativa, elaborada per l'Institut d'Estudis Autonòmics, dependent del Govern de les Illes Balears (si bé és el setè volum de la Col·lecció, ja que aquesta va començar amb el número 0). Es tracta, doncs, d'un volum que recull i sistematitza la normativa autonòmica balear reguladora de l'ensenyament de la llengua catalana a l'àmbit de les Illes Balears, l'edició del qual es va tancar el 30 d'abril de 2003.

Ja de la simple observació del seu sumari destaca la gran quantitat de normes que integren el volum, la qual cosa ja ens permet obtenir una primera conclusió: ens trobam davant una matèria en què hi ha una important producció normativa, sobretot de caràcter reglamentari, la qual cosa suposa un elevat grau de complexitat a l'hora del seu anàlisi i estudi. I aquest és, precisament, el problema que els autors del volum han pretès solucionar: tal com ells mateixos confessen en la nota introductòria, el recull que han elaborat pretén ser, fonamentalment, un instrument eficaç per posar a l'abast del professorat i de la comunitat educativa de les Illes Balears el conjunt de normes que regulen l'ensenyament de la llengua catalana.

Doncs bé, s'ha d'assenyalar que aquest objectiu prioritari que han perseguit els autors d'aquest volum ha estat aconseguit plenament. Si alguna característica s'ha de ressaltar inicialment d'aquesta obra és, precisament, que constitueix un instrument de treball imprescindible per a tots els professionals que hagin de conèixer o utilitzar en la seva tasca la normativa autonòmica en matèria d'ensenyament de la llengua catalana. És més, la utilitat del recull normatiu que ara es comenta transcendeix clarament l'àmbit professional al qual va destinat inicialment, la comunitat educativa, perquè també és una eina bàsica per a qualsevol altre professional que hagi d'abordar l'estudi o l'aplicació de la normativa reguladora de l'ensenyament en llengua catalana a les Illes Balears.

Aquesta intencionalitat confessada dels autors ens permet destacar la primera característica essencial del volum: la seva completesa. Efectivament, ens trobam davant un recull realment complet i exhaustiu de la normativa reguladora de l'ensenyament en català, que no s'ha limitat a les normes que d'una manera estricta regulen aquesta matèria, sinó que s'ha estès a aquelles altres normes que de manera col·lateral regulen algun aspecte concret de la matèria, si bé, en aquest darrer cas, s'ha circumscrit a la reproducció dels fragments on es recull la regulació específica en matèria d'ensenyament de la llengua. Fins i tot aquest interès d'esgotar fins als darrers límits les referències normatives ha duit els autors a introduir sinopsis i també alguna norma ja derogada, però que els autors han

decidit incloure per considerar que conserva els seus efectes amb relació a situacions anteriors.

La segona característica que convé destacar d'aquesta obra és la seva excel·lent sistemàtica. Així, el recull normatiu es troba dividit en quatre capítols, que correlativament són: normes generals; organització dels centres docents; personal docent i ensenyaments (llengua i literatura). Acaba l'obra amb un índex analític i un altre de cronològic, que resulten summament útils atesa la prolífica producció normativa, tal com s'ha comentat abans.

El primer capítol, dedicat a les normes generals, conté un total de nou normes, les primeres de les quals són, òbviament, l'Estatut d'autonomia (fragment) i la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística. La resta de normes que completen aquest primer capítol permeten, en definitiva, conèixer el marc general normatiu en què se situa la normativa reguladora de l'ensenyament de la llengua catalana.

La resta de capítols entren ja en el recull de la normativa específica dels àmbits concrets que han estat objecte de regulació en matèria d'ensenyament en llengua catalana. El capítol segon es dedica a l'organització dels centres docents, amb un total de deu normes, i es divideix en dos apartats: el primer es dedica a la planificació lingüística, mentre que el segon recull les normes que afecten les plantilles dels centres. El capítol tercer recull les normes relatives al personal docent, deu en total. Finalment el capítol quart, amb cinc normes més una sinopsi, es dedica als ensenyaments de llengua i literatura, i apareix estructurat en quatre apartats: currículums (que és una sinopsi); exempció de l'avaluació; horaris i matèries optatives i alumnat d'incorporació tardana.

D'aquesta manera, l'usuari del volum té un accés fàcil a la normativa recollida d'acord amb la sistemàtica apuntada, que es veu reforçada pels interessants i útils comentaris i concordances a peu de pàgina que es troben a l'inici de la majoria de normes i que faciliten en gran mesura a l'usuari la connexió dels diversos textos normatius. Són ressaltables igualment les referències als processos judicials que han afectat algunes de les normes recollides, així com, òbviament, que s'hagin introduït les sempre inevitables modificacions normatives respecte d'algunes de les normes que integren el volum comentat.

En definitiva, ens trobam davant un volum de la Col·lecció Legislativa de l'Institut d'Estudis Autonòmics imprescindible per a qualsevol professional vinculat al món de l'ensenyament de la llengua catalana; a més, és d'una utilitat innegable per a qualsevol altre professional que hagi d'abordar l'estudi i el coneixement d'aquesta normativa. Aquesta sola constatació ja justifica l'encert i el mèrit de la preparació i la publicació d'aquesta obra.

Però, a més de l'anterior, s'ha d'acabar ressaltant i reconeixent el fet que l'Institut d'Estudis Autonòmics decidís, dins del ja inabastable sistema normatiu autonòmic, dedicar els seus esforços a aquest àmbit de la normativa reguladora de l'ensenyament de la nostra llengua pròpia, la qual, com és ben sabut, no sempre rep l'atenció i la dedicació

necessària per part de les institucions púbiques per dotar-la dels instruments adequats de treball per garantir i enfortir la seva existència en el si de la nostra societat balear.

Així doncs, la nostra més sincera felicitació tant als autors del volum com a l'Institut d'Estudis Autonòmics per la preparació i la publicació d'aquest recull normatiu de l'ensenyament de la llengua catalana a les Illes Balears.

F.S.

LA PARTICIPACIÓN DE LAS REGIONES EN EUROPA. GENERALITAT DE CATALUNYA – INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS. FUNDACIÓ CARLES PI I SUNYER D'ESTUDIS AUTONÒMICS I LOCALS. Barcelona: 2003.

A la Unió Europea (UE), per poder revisar i modificar els tractats sobre els quals es fonamenta la Unió, és necessari convocar una Conferència Intergovernamental. Conseqüentment, per adequar el funcionament de les institucions europees als canvis que implica l'adhesió de deu nous països, la presidència italiana de la UE va convocar, en el segon semestre de 2003, una Conferència Intergovernamental.

Aquesta Conferència Intergovernemantal es diferencia de les anteriors per dues característiques de gran rellevància: en primer lloc, pel fet d'haver estat precedida d'un debat públic i, en segon lloc, perquè va parlar per primera vegada de «tractat constitucional» per referir-se al text que la Conferència havia d'aprovar.

Pel que fa a la primera novetat, el Consell Europeu reunit a Laeken el 15 de desembre de 2001 va encomanar la posada en marxa d'una convenció per debatre i presentar unes propostes sobre els canvis que es consideren necessaris per aconseguir una Europa més democràtica, transparent i eficaç. Aquestes propostes, que han adoptat la forma de Projecte de tractat constitucional, són les que han revisat els caps d'estat i de govern en el si de la Conferència Intergovernamental.

Entre les qüestions debatudes i sobre les quals la futura Constitució Europea es pronunciarà es troba el paper de les regions a la UE.

En aquest context, l'Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat de Catalunya i la Fundació Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals han creat una plataforma d'estudi i debat, coneguda com EuropaFutura i a la qual es pot accedir a través de l'adreça d'Internet www.europafutura.org, que efectua el seguiment del procés actual d'integració europea.

La primera de les actuacions promogudes per aquesta plataforma va ser l'organització —juntament amb les associacions Espanyola i Catalana de Ciència Regional— del seminari «La participació de les regions a Europa» el 13 de desembre de 2001. L'objectiu del seminari fou tractar sobre la intervenció de les comunitats autònomes en els afers europeus des d'una triple vessant: la relació directa entre les regions i les institucions europees, l'organització administrativa interna de les comunitats autònomes i la participació autonòmica mitjançant l'estat espanyol.

Per promoure el debat i identificar les qüestions més interessants, es va encomanar al senyor Enoch Albertí, catedràtic de dret constitucional a la Universitat de Barcelona, i al seu equip l'elaboració d'un document de treball previ. És a partir d'aquest document que s'han dut a terme diverses ponències.

El gran interès que poden tenir les diverses qüestions plantejades amb ocasió d'aquest seminari per a tots els ciutadans explica que el seu contingut s'hagi publicat en un recull

que dur per títol *La participació de les regions a Europa* i que s'estructura en dues grans parts: la primera conté el document de treball previ i la segona comprèn les ponències i la clausura del seminari.

En el document de treball previ es plantegen diversos interrogants sobre les tres grans qüestions que constitueixen l'objecte del seminari.

Així, pel que fa a les posicions autonòmiques en relació amb el debat sobre el futur de la UE, es posa de manifest la necessitat de tractar no tan sols l'estricta participació regional en les institucions comunitàries, sinó també qüestions més generals que afecten els interessos de les comunitats autònomes, com ara el sistema d'atribució competencial a les institucions europees i la mateixa estructura institucional de la UE i de les comunitats europees.

Quant a l'organització administrativa de les comunitats autònomes per participar en els afers europeus, el document enumera diferents aspectes que cal tenir en compte a l'hora d'avaluar-ne l'eficàcia.

En relació amb la participació autonòmica a través de l'Estat, el document convida els participants en el seminari a valorar els diferents instruments existents per coordinar les postures de les comunitats autònomes i la de l'Estat en els afers europeus.

La segona part del llibre inclou un total de deu ponències i la clausura del seminari. A l'hora d'elegir els ponents, es va intentar que fossin persones relacionades directament amb cadascun dels tres nivells de participació de les comunitats autònomes en els afers europeus, amb posicions polítiques i territorials diverses.

En aquest sentit, per tractar el primer bloc del seminari, «La participació regional en les perspectives de reforma del marc europeu», hom compta amb tres ponències.

La primera ponència, «Experiències comparades de participació regional», del professor Nagel, analitza com intervenen les regions en els afers europeus en els diferents estats membre de la UE, centrant-se en els casos alemany, austríac, belga i britànic, que són els que permeten una major participació de les regions.

La segona ponència, titulada «El Llibre Blanc sobre la governança europea i la participació regional», del senyor José Candela, conseller de la Secretaria General de la Comissió Europea, explica el context en el qual es va elaborar aquest llibre blanc, el paper que les regions hi varen tenir, així com la vinculació entre les regions, la Convenció i la Conferència Intergovernamental.

Pel que fa a la tercera ponència, «La participació en el Consell i l'experiència de la participació en els comitès de la Comissió», a càrrec del senyor Joaquim Llimona, director general de Relacions Exteriors de la Generalitat de Catalunya, s'hi exposen les demandes de les regions amb competències legislatives en l'àmbit europeu.

També per tractar del segon bloc del seminari, «L'organització interna de les comunitats autònomes per als assumptes europeus», hi trobam tres ponències.

En la primera ponència d'aquesta part, titulada «Les representacions autonòmiques com a element de participació administrativa i social», el senyor Casimir de Dalmau, director del Patronat Català pro Europa, descriu el procés d'implantació regional a Brussel·les com a fórmula perquè les regions puguin desenvolupar una funció de lobby institucional, destacant-ne el cas de Catalunya.

La segona ponència, «L'organització administrativa autonòmica i la participació en els assumptes europeus: mitjans personals i materials», de la senyora Ana Enguídanos, cap del Servei de Relacions Externes de la Generalitat Valenciana, s'ocupa dels objectius i dels instruments de participació en els afers europeus de les comunitats autònomes, distingint entre la fase descendent, d'execució i desenvolupament de les normes comunitàries, i la fase ascendent, de participació en la formació de la voluntat de la UE.

Quant a la tercera ponència, titulada «Els procediments interns de tractament d'assumptes europeus», la senyora Eloísa Susaeta, tècnica de la Direcció per a Afers Europeus del Govern Basc, detalla els procediments interns de coordinació en afers europeus que l'Administració de la comunitat autònoma del País Basc ha posat en marxa des de l'any 1982.

Finalment, en relació amb el tercer bloc del seminari, «La participació autonòmica mitjançant l'Estat», s'ha de destacar la intervenció, per una banda, de tres ponents per parlar de la participació en el Consell i l'experiència de la participació en els comitès de la Comissió i, per una altra banda, la participació d'un ponent per tractar sobre les conferències sectorials i el processament intern de participació.

Així, pel que fa al primer tema d'aquesta part, tres ponents donen a conèixer la seva opinió. Per una banda, la senyora Montserrat Riba, directora de l'Àrea d'Europa de la Direcció General de Relacions Exteriors de la Generalitat de Catalunya, reclama que en els moments de presa de decisió comunitària les comunitats autònomes hi estiguin representades o puguin incidir en la decisió de manera directa i efectiva. Per una altra, la senyora Carmen Marfil, directora d'Afers Europeus de la Junta d'Andalusia, considera que la participació de les comunitats autònomes en els afers europeus és obligatòria i que la legislació en aquesta matèria hauria de ser més clara.

En canvi, la senyora Regina Mañueco, vocal assessora jurídica de la Sotsdirecció General d'Afers Institucionals de la Secretaria d'Estat d'Afers Europeus, defensa que hi ha dificultats tècniques —i fins i tot d'ordre constitucional— per a la participació autonòmica en el Consell i que la qüestió essencial és millorar els mecanismes de participació interna.

Pel que fa a les conferències sectorials i el processament intern de participació, el senyor Manuel José Morán, sotsdirector general de Relacions amb la UE de la Junta de Galícia, recorre als seus més de quinze anys d'experiència professionals en afers europeus per explicar els aspectes teòrics i pràctics de les relacions institucionals entre les comunitats autònomes i l'Estat espanyol des de l'any 1985 en aquesta matèria, i per ressaltar la neces-

sitat d'adaptar-se mentalment als nous temps, amb idees noves i maneres diferents de veure les coses.

Finalment, per clausurar el seminari, el senyor Enoch Albertí sintetitza l'esperit de la majoria de les intervencions en les tres idees següents:

1. La participació regional en els afers europeus és no només necessària sinó també desitjable. És necessària perquè la pèrdua de poder de les regions que suposa el procés d'integració europea s'ha de compensar amb fórmules de participació. És desitjable perquè, entre altres motius, aporta més legitimitat democràtica al procés decisori comunitari, contribueix a fer més eficaç l'acció de la comunitat i constitueix un factor important d'integració no tan sols dins la construcció europea sinó també a l'interior dels estats membre d'estructura complexa.

2. Aquesta participació necessita uns mitjans adequats, tant institucionals com personals, materials i d'organització. A més, són necessaris uns mitjans adequats en la relació entre les comunitats autònomes, que els permeti formular posicions comunes, i posteriorment també en la relació entre aquestes i l'Estat.

3. El sistema espanyol actual de participació de les comunitats autònomes en els afers europeus és insuficient. Ni la configuració actual de les conferències sectorials ni la participació autonòmica en els comitès de la Comissió són satisfactoris. Com a alternativa es proposa una major concentració dels mecanismes, dels mitjans i dels procediments de participació.

La claredat d'aquestes conclusions i el rigor amb què s'ha duit a terme el seminari ha contribuït, sens dubte, a les modificacions introduïdes en els comitès de la Comissió un any després, el 2 de desembre de 2002, per Acord de la Conferència per a Afers Relacionats amb les Comunitats Europees, organisme presidit pel ministre d'Administracions Públiques i integrat pels disset consellers de les comunitats autònomes responsables dels afers europeus. En aquest sentit, s'ha incrementat el nombre de comitès en què les comunitats autònomes poden participar i s'ha aprovat un reglament que regula aquesta participació.

Enhorabona, doncs, als organitzadors del seminari i als editors de la publicació, ja que ambdues iniciatives han permès donar a conèixer els reptes principals que planteja la participació de les regions a la UE, impulsant el debat i la recerca de solucions per a les deficiències existents actualment.

P. D. J.

INFORME SOBRE LA REFORMA DE L'ESTATUT. Coordinat per A. BAYONA ROCAMORA. Barcelona: Generalitat de Catalunya - Institut d'Estudis Autonòmics, 2003

La reforma de l'Estatut d'autonomia és un tema present a l'agenda política dels poders públics de Catalunya. El febrer de 2001 al Parlament de Catalunya es va constituir la Comissió d'Estudi per a l'Aprofundiment de l'Autogovern, que va finalitzar els seus treballs amb un document aprovat pel Ple de la cambra el desembre passat en què es posava de manifest la voluntat majoritària d'explorar la via de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya per superar l'actual nivell d'autogovern, i creava una ponència per fer-ne una proposta.

Aquest és l'origen de l'*Informe sobre la reforma de l'Estatut* que ha elaborat l'Institut d'Estudis Autonòmics amb la participació d'una comissió acadèmica formada per quatre experts en la matèria: Enoch Albertí Rovira, catedràtic de dret constitucional de la Universitat de Barcelona; Enric Argullol i Murgadas, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Pompeu Fabra; Joaquim Ferret i Jacas, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona, i Carles Vives i Pi-Sunyer, catedràtic de dret constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i exmagistrat del Tribunal Constitucional. Una vegada que s'ha acceptat la reforma de l'Estatut com a fórmula majoritària per millorar l'autogovern, els autors fan una reflexió jurídica aprofundida sobre el contingut, l'abast i les formes d'articulació que podria presentar aquesta reforma.

El treball està estructurat en quatre parts. El punt de partida és l'anàlisi de l'aplicació del marc constitucional i estatuari vigent. El balanç i la diagnosi dels més de vint anys de vigència de l'Estatut posen de manifest, en opinió dels autors de l'Informe, la generalització —amb tendència a la uniformització— del procés autonòmic a tot el país i la seva consolidació. Tanmateix, detecten alguns dèficits que, al seu entendre, han conduït a una autonomia de «baixa qualitat» i que constitueixen l'objecte d'estudi de la primera part de l'Informe.

La millora de l'autogovern mitjançant la reforma estatutària té un component de garantia del qual no disposen altres fórmules, com puguin ser l'evolució o l'aplicació alternativa del marc constitucional i estatutari vigent o la via de les lleis de transferència o delegació de l'article 150 de la Constitució. La segona part de l'Informe està precisament dedicada a l'anàlisi de la naturalesa jurídica i de la posició a l'ordenament de l'Estatut d'autonomia.

La tercera part de l'Informe planteja les possibilitats de reforma de l'Estatut en el marc constitucional actual i les estructura en deu grans àmbits, que constitueixen la resposta als dèficits que s'han posat de manifest en el primer capítol.

Com a norma general es pot afirmar que les reformes que es proposen busquen una ampliació i una concreció major dels títols competencials, com a garantia substancial mínima. Per una banda, es tracta d'eliminar les restriccions actuals no derivades de la

Constitució i, per una altra, de posar remei a la imprecisió normativa i a l'ambigüitat d'alguns preceptes, que donen lloc a molts marges interpretatius. Aquesta voluntat de major precisió respon a l'objectiu de limitar l'aplicació de la legislació bàsica de l'Estat, que en moltes ocasions deixa poc marge d'innovació a les lleis autonòmiques (apunten, per exemple, el cas del règim local), i de reforçar el poder legislatiu autonòmic per establir polítiques pròpies en àmbits materials complerts.

Aquesta major concreció conceptual que propugnen ha de servir no només per reforçar el poder legislatiu, sinó també per enfortir el poder administratiu de la Generalitat. Així, és bàsic configurar a l'Estatut l'Administració de la Generalitat com a administració ordinària, que concentra les facultats executives pròpies i les atribuïdes a l'Estat que no es consideri n totalment imprescindibles, i afavorir un espai propi d'autoorganització administrativa explotant al màxim els marges que permet l'article 149.1.18 amb relació al règim jurídic, al procediment administratiu, a la responsabilitat administrativa, a la funció pública, a l'expropiació forçosa, als contractes i a les concessions administratives.

L'augment de les capacitats organitzatives també es pot estendre a l'àmbit territorial, per establir un model propi. El debat s'articula al voltant de les possibilitats d'afectació de les actuals diputacions provincials o de substitució per altres institucions. El desenvolupament d'aspectes bàsics de les institucions de la Generalitat (com el conseller en cap) i la introducció de títols competencials vinculats a nous fenòmens socials i tecnològics, no prevists ni a la Constitució ni a l'Estatut vigent, són suggeriments de matèries que, segons els autors, també podrien formar part del nou Estatut i permetrien una millora de l'autogovern.

Un dels fonaments emprats per justificar les propostes són els drets històrics de Catalunya. És l'argument que es proposa, per exemple, per recollir a l'Estatut un nou sistema de finançament autonòmic que aporti estabilitat, suficiència i garantia de recursos, i també per introduir-hi un reconeixement més explícit de la singularitat de Catalunya, la qual cosa es podria incloure en el preàmbul i amb referències a la cultura, la llengua i el dret civil.

L'existència de drets històrics o fets diferencials és una de les característiques del sistema autonòmic espanyol, com sosté també, en un altre llibre ben interessant, Eliseo AJA (*El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. 2a ed. Madrid: Alianza, 2003). La Constitució espanyola recull, segons els autors de l'Informe, elements suficients per reconèixer el caràcter plurinacional de l'estat espanyol; en canvi, el desplegament constitucional i estatutari no ha estat gaire reconeixedor ni potenciador d'aquests elements diferencials. L'evolució de l'estat autonòmic ha oscil·lat de manera pendular entre les fases d'asimetria entre unes comunitats i unes altres i els processos d'igualació per equiparar els nivells competencials. Els poders públics de Catalunya s'han mostrat majoritàriament a favor d'un estat de les autonomies asimètric, heterogeni, i han posat èmfasi en la seva

especificitat. Això queda palès, per exemple, en la preferència de relacions bilaterals amb l'Estat, en detriment d'àmbits de cooperació multilateral, la qual cosa, segons alguns autors (SUBIRATS i GALLEGO, *Veinte años de autonomías en España*. Madrid: CIS, 2003), és pròpia d'estats plurinacionals.

Precisament l'articulació eficaç de les relacions entre nivells de govern i el principi de col·laboració és, per als autors de l'Informe, una de les qüestions menys ben resoltes de l'estat autonòmic i, al mateix temps, més importants, sobretot en el context de la integració europea, que afegeix complexitat al sistema. A Espanya s'han produït de manera simultània un procés de supranacionalisme (transferència de competències a la Unió Europea) i de descentralització territorial, que porta a parlar de situació de govern multinivell (superposició de competències i normatives, concurrència de poders i recursos, etc.), la qual cosa fa més necessaris encara els mecanismes de cooperació entre administracions.

A aquest efecte, en l'àmbit intern, els elements que l'Informe considera clau són la participació autonòmica en les institucions de l'Estat, les relacions de col·laboració de les comunitats autònomes amb l'Estat i entre aquestes, i la participació de l'administració autonòmica en l'adopció de les polítiques de l'Estat. Tanmateix, la posada en pràctica d'aquestes propostes va més enllà del que pot fer una reforma de l'Estatut. Mitjançant aquesta només es poden incloure certs instruments participatius de caràcter no vinculant amb relació a algunes institucions de l'Estat; propiciar la creació d'una comissió bilateral de relacions Estat–Generalitat que permeti la participació d'aquesta última en les polítiques estatals en què hi tengui un interès; desenvolupar un règim normatiu per a les relacions de col·laboració entre ambdues administracions i incloure un mandat estatutari perquè la Generalitat impulsi convenis entre comunitats autònomes, un tipus de relació poc desenvolupat per la manca de consciència de la seva virtualitat i per la manca de previsió constitucional i estatutària.

El diagnòstic és similar amb relació a la participació dels ens subestatals en la construcció i el funcionament de la Unió Europea: l'Estatut no és l'instrument més idoni per fer-la possible; tanmateix, pot recollir una previsió que asseguri a la Generalitat l'obtenció de la informació necessària per conèixer el desenvolupament dels processos comunitaris i que permeti la màxima participació en les institucions europees que el dret comunitari concedeixi als ens subestatals. També es podria recollir una referència expressa a l'execució directa del dret comunitari per part de la Generalitat en matèries de la seva competència, entre d'altres possibilitats.

Al llarg del text, per tant, es posa de manifest que, tot i l'important espai per a la reforma que es deriva de les possibilitats interpretatives del text constitucional, la posada en pràctica d'algunes de les propostes exigiria recórrer a altres instruments, com ara l'article 150.2 de la Constitució o la reforma de determinades lleis orgàniques, com la del Poder

Judicial, la del Tribunal Constitucional o la del règim electoral general. Pel que fa a la justícia, d'una banda, aquesta és una matèria estatutària i hi ha cert marge per propiciar una major adaptació d'aquesta al model d'organització territorial (administració de l'Administració de Justícia, fixació de les demarcacions judicials); i de l'altra, hi ha proposicions (com la descentralització del Consell General del Poder Judicial) que necessitarien una reforma de la Llei orgànica del Poder Judicial com a mesura complementària.

Altres propostes situades en el límit de la constitucionalitat fan referència a la regulació de les consultes populars i a la inclusió de drets dels ciutadans. En aquest últim cas, per evitar envair l'espai reservat a la Constitució, l'informe suggereix incloure drets no previstos a la carta magna, drets específics de ciutadania coherents amb el context de plurinacionalitat de l'Estat, drets vinculats a garantir un nivell de protecció mínim amb relació a les competències de la Generalitat o principis rectors de l'acció política a Catalunya.

En definitiva, l'Informe constata que, per a algunes matèries, la reforma de l'Estatut d'autonomia és l'instrument adient i per això es posa reiteradament de manifest el marge existent, derivat de les possibilitats interpretatives de la Constitució, mentre que, en altres casos, les propostes de millora de l'autogovern difícilment es poden dur a terme només amb una reforma de l'Estatut i seran necessaris altres mecanismes. En qualsevol cas, la possibilitat de la reforma i la forma com es materialitzin aquestes propostes dependrà del resultat de la negociació entre les forces polítiques de Catalunya i l'Estat, com exigeix una norma paccionada com l'Estatut, que constitueix el pacte polític entre l'Estat i una comunitat autònoma.

Finalment, l'última part del l'Informe se centra en com dur a la pràctica les directrius de reforma que proposa, és a dir, en els mecanismes de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya. Fonamentalment, es reivindica el protagonisme de la cambra catalana en qualsevol procés de reforma: s'hauria d'incloure una previsió estatutària en el sentit que no es pugui produir cap reforma sense la seva aprovació o el seu consentiment previ.

Es tracta, en fi, d'una anàlisi jurídica rigorosa i minuciosa de les possibilitats que hi ha per reformar l'Estatut d'autonomia de Catalunya amb l'objectiu d'aconseguir una major autogovern, i és un referent útil no només com a «manual» per a una possible reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, sinó també per a qualsevol comunitat autònoma que es plantegi un procés de reforma de la seva norma institucional bàsica, perquè la base d'anàlisi són les possibilitats que atorga el text constitucional. Per una altra banda, també pot ser una eina profitosa per als estudiosos i interessats en el dret estatutari, perquè conté una reflexió entorn del procés de construcció, aplicació i articulació de l'estat de les autonomies, que inclou des de la discussió de gran qüestions —algunes ja recurrents en el debat sobre l'estat de les autonomies— fins a propostes concretes de redacció de preceptes estatutaris per fer possibles les diferents iniciatives suggerides.

Abans d'acabar volem apuntar la referència d'un altre llibre, molt relacionat amb aquest que hem comentat i que pot servir de complement per aprofundir en aquesta matèria. Es tracta d'*Estudis sobre l'autogovern de Catalunya* (Barcelona: Parlament de Catalunya, 2003), un recull dels informes que diversos catedràtics d'universitats catalanes varen presentar a la Comissió d'Estudi per a l'Aprofundiment de l'Autogovern del Parlament de Catalunya i que varen exercir una influència important en el document final que va aprovar la Comissió.

M.F.G.P.