

IV.- SOBRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO BALEAR COMO FUENTE Y COMO TRADICIÓN JURÍDICA

Anselmo Martínez Cañellas

El Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UIB Anselmo Martínez Cañellas fue el ganador del V Premio Luis Pascual González, que tiene por objeto –de acuerdo con sus bases– distinguir los trabajos, inéditos e individuales, que versen sobre instituciones del Derecho civil balear. El premio ha conseguido incorporar al acervo doctrinal de nuestro Derecho obras tan significativas como la ahora premiada y las que lo han sido en las anteriores ediciones del premio, que han sido las siguientes: “La institució pitiusa de l’acolliment en una quarta part dels milloraments” de la Profesora Olga Cardona Guasch, “La institución de la definición en la Compilación del Derecho civil de Baleares” del Notario de Palma Josep A. Carbonell Crespí y “El sistema de fons del Dret civil balear (1990-2006). Estudi amb motiu del projecte de reforma del títol preliminar de la Compilació balear” de la Profesora Titular de Derecho civil Francesca Llodrá Grimalt; estas obras fueron las ganadoras de las II, III y IV edición del premio. En la I y VI edición el premio fue declarado desierto. El trabajo presentado por el Profesor Martínez Cañellas contó con el voto unánime del Jurado.

1. INTRODUCCION
2. EL DERECHO CONSUECUDINARIO BALEAR Y SU TRADICIÓN JURÍDICA EN LA HISTORIA DEL DERECHO FORAL BALEAR Y SU ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO EN EL SISTEMA DE FUENTES DE CADA ÉPOCA
 - 2.1. DERECHO ESPECIAL DE LAS BALEARES HASTA LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA: FUENTES, COSTUMS Y TRADICIÓN JURÍDICA
 - 2.2. DERECHO ESPECIAL DE LAS BALEARES DESPUES DE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA. COSTUMBRE Y TRADICIÓN JURÍDICA
 - 2.3. LA CODIFICACIÓN
 - 2.4. LOS PROYECTOS DE APENDICE BALEAR AL CODIGO CIVIL
 - 2.5. TRADICIÓN JURÍDICA DE LOS JURISTAS LOCALES DESDE DE LA MEMORIA DE PEDRO RIPOLL I PALOU HASTA LA PUBLICACION DE LA COMPILACION DE 1961
 - 2.6. LA COMPILACIÓN DE BALEARES
 - 2.7. LA REFORMA DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL
 - 2.8. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978
 - 2.9. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 149.1.8 DE LA CONSTITUCION REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
 - 2.10. LA REFORMA DE LA COMPILACION DE BALEARES
3. EL DERECHO CONSUECUDINARIO
 - 3.1. INTRODUCCION
 - 3.2. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA COSTUMBRE
 - 3.3. REQUISITOS DE LA COSTUMBRE
 - 3.4. CLASES DE COSTUMBRES
3. EL DERECHO CONSUECUDINARIO BALEAR
 - 3.1. SU IMPORTANCIA HISTÓRICA
 - 3.2. REFERENCIAS DE LA COMPILACION A LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO
 - 3.3. COSTUMBRES BALEARES DEROGADAS
 - 3.4. COSTUMBRES VIGENTES
 - 3.4.1. COSTUMBRES SECUNDUM LEGEM
 - 3.4.2. COSTUMBRES PRAETER LEGEM
 - 3.5. FUENTES DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO
 - 3.5.1. FUENTES ESCRITAS
 - 3.5.2. FUENTES NO ESCRITAS

- 4. PROPUESTA METODOLOGICA PARA EL FUTURO
- 5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCION.

Según el artículo 1 de la Compilación de las Islas Baleares la tradición jurídica se encarna a través de las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina. Con este ensayo pretendemos realizar un trabajo de investigación relacionado con la tradición jurídica de las Islas Baleares y con su derecho consuetudinario. No se trata de un trabajo exhaustivo, pero puede ser útil como punto de partida para un futuro estudio más detallado, cuya sistemática propongo al final de la obra.

Comenzaremos reseñando brevemente los principales hitos de la evolución histórica del Derecho Balear y la doctrina jurídica sobre este desarrollada.¹ Finalizaremos esta primera parte con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que abre las puertas a una futura ampliación del Derecho Balear compilado, vía traslado del derecho foral consuetudinario a ley foral escrita.²

En la segunda parte analizaremos brevemente lo que se entiende por costumbre y los problemas que genera su conceptualización, su identificación, su vigencia y su prueba, haciendo especial hincapié en la regulación de la costumbre en la Compilación Balear. Seguidamente estudiaremos instituciones consuetudinarias y de nuestra tradición jurídica documentadas, vigentes o no, diferenciando entre las que ya están en desuso, las contrarias a la ley, las recogidas en la Compilación, y las aplicables en defecto de ley,

1 - En este punto incluiremos algunas referencias no mencionadas en el libro de Lecciones de Derecho Civil Balear, coordinado por la Dra. Pilar Ferrer Vanrell. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3^a edición. Palma de Mallorca, 2004.

2- Tal como ya se ha efectuado en Galicia y Valencia y se ha propuesto para Guipúzcoa en el País Vasco.

ofreciendo respecto de estas dos últimas los medios de prueba documentales de su existencia previa a la Constitución española. En este trabajo el único medio de prueba utilizado para acreditar las costumbres será la doctrina foral tradicional.³ Para finalizar este bloque enunciaré otros medios de prueba que podrían utilizarse en un futuro y más profundo estudio del derecho consuetudinario.

2. EL DERECHO CONSUECUDINARIO BALEAR Y SU TRADICIÓN JURÍDICA EN LA HISTORIA DEL DERECHO FORAL BALEAR Y SU ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO EN EL SISTEMA DE FUENTES DE CADA ÉPOCA.

El derecho consuetudinario balear es un elemento fundamental, aunque escasamente tratado por la doctrina actual, del Derecho civil especial de las Baleares porque no sólo fue la base jurídica que lo mantuvo vivo después del Decreto de Nueva Planta, sino también porque con base en el mismo se desarrollaron instituciones jurídicas diferenciadas del Derecho común en la Compilación, porque actualmente es fuente del Derecho especial de las Baleares y, sobre todo, porque partiendo del derecho consuetudinario actual o el que forma parte de nuestra tradición jurídica (aunque ya no esté vigente) podemos partir para el desarrollo del Derecho civil foral o especial.

2.1. DERECHO ESPECIAL DE LAS BALEARES HASTA LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA: FUENTES, COSTUMS Y TRADICIÓN JURÍDICA.

Antes de la dominación musulmana el derecho de las Baleares era esencialmente el Derecho Romano que se había impuesto durante la dominación del Imperio Romano a los derechos indígenas, esencialmente consuetudinarios e influidos por griegos, fenicios y cartagineses. Posteriormente, durante la dominación bizantina, se impuso el Derecho Romano

3 - En todo caso, de no considerar válidamente probada esta costumbre en cuanto a su vigencia actual por su mención en la doctrina, sí puede entenderse que dicha referencia doctrinal se encuadra en nuestra tradición jurídica, por lo que puede ser utilizada para integrar el Derecho Civil Foral Balear y, por lo tanto, para habilitar competencialmente al legislador autonómico para elaborar leyes sobre las materias tratadas por dicha doctrina. Sobre la tradición jurídica balear como fuente de integración normativa: FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3^a edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 84.

Justiniano al derecho de los Vándalos, también consuetudinario. La dominación árabe no alteró la vigencia del Derecho Romano Justiniano puesto que los conquistadores musulmanes permitieron a los vencidos la facultad de gobernarse por sus leyes. No obstante existen influencias del mismo en materia de régimen económico matrimonial.⁴

La Carta de Franquesa de Mallorca fue otorgada por el rey Jaime I el 1 de marzo de 1230 en la que se incluían privilegios de carácter procesal, penal, administrativo y civil.⁵ Durante la etapa del Reino privativo, la Carta de Franquesa fue confirmada y ampliada en Mallorca por Jaime II el 30 de enero de 1299. En materia civil la regulación eran los privilegios y ordenanzas reales, en su defecto por las costumbres, y a falta de estos el derecho romano justiniano. Los Usatges de Barcelona solo fueron aplicados “en los casos establecidos”, es decir, en materia penal.⁶ La Carta de Población de Menorca de 1302, confirmó y amplió los privilegios que se habían concedido a los menorquines al conquistar Menorca a los sarracenos.⁷ Esta Carta estableció que los batles emiten juicio previo dictamen o asesoramiento de seis probi homines, ajustándose a “las costumbres y franquezas de la isla, en su defecto los usos de Barcelona, en los casos en que los mismos tenían cabida en Mallorca, y en último lugar, el Derecho Común, teniendo las partes la facultad para alegar por sí, sus procuradores o

4 - Del derecho indígena y de la dominación vándala apenas quedan vestigios jurídicos, tal vez algunas costumbres como las relativas a la sucesión contractual, el escreix, la inexistencia de comiso en la enfiteusis y otras de carácter eminentemente rural. PASCUAL GONZALEZ, Luis. Derecho civil de Mallorca. Edición de Ediciones Embat y José Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979. Págs.1 a 14, y 40.

5 - En materia civil las disposiciones son escasas, lo que según Luis Pascual y González, permite presumir la existencia de un cuerpo jurídico civil preexistente que no podía ser otro que el derecho romano y consuetudinario anterior. Son normas civiles contenidas en la Carta Puebla las siguientes: la libre disposición de sus bienes por parte de sus poseedores, excepto a favor de caballeros, de iglesias, conventos, etc. (capítulo II), inembargabilidad por el quinto del rey, de lecho, arca, vestiduras y armas (capítulo XI), en materia de fianzas (capítulos XXVI y XXVII), y conservación de los bienes por parte de los condenados a penas corporales (capítulo XXXII). Los Usatges de Barcelona se aplicaron en materia penal pero no en el ámbito civil. “En Mallorca no ha regido jamás con carácter general el derecho catalán; ni como propio ni como supletorio”. La Concordia en que Jaime II de Mallorca se declaró feudatario de Pedro III de Aragón dada en Perpiñán en 1278 sólo obliga a cumplir los Usatges y costums de Barcelona en las tierras del Rossellón, la Cerdaña, de Conflent, de Vallespir y de Colliure pero no en las islas del reino de Mallorca. En Mallorca regían el Derecho Romano Justiniano con las modificaciones de las costumbres y franquicias propias de Mallorca. PASCUAL GONZALEZ, Luis. Op. cit. Pág.17 a 23.

6 - Para un estudio más detallado FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 27 a 29.

7 - BALLESTER i PONS, Pedro. “Las instituciones forales de Menorca”. Extracto de la Revista de Menorca. Mahón, 1899.

abogados, cuanto les pareciese ante los referidos hombres buenos”.⁸ De ello se deduce que en Menorca, el derecho civil en este periodo se regía por los privilegios y ordenanzas reales y por las costumbres de la isla, y en su defecto por el Derecho romano. La primera recopilación de los privilegios concedidos por los reyes de Mallorca fue confeccionada por Romeo D'es Poal por encargo de los jurados. Las leyes de Menorca fueron recogidas en el llibre Vermell.⁹ El 20 de diciembre de 1413 se promulgaron unas nuevas ordenaciones corrientemente conocidas como Ordinacions de Pelay Uniz. En el ámbito sustantivo se estableció la imprescriptibilidad de los censos. El 15 de junio de 1439 se redactó una nueva Compilación de derecho consuetudinario conocidas como Ordinacions de Mossèn Berenguer y Uniz. El Privilegio de Gaeta, dictado por Alfonso V el 17 de junio de 1439, consagra la independencia del derecho mallorquín al aprobar las Ordinacions de Mossèn Berenguer Uniz, rechazando la aplicación del derecho catalán en Mallorca, ni siquiera como derecho supletorio.¹⁰ En esta época el sistema de fuentes vuelve a ser la aplicación el Derecho municipal, compuesto por la Carta Puebla, privilegios, ordenaciones y costumbres y, como derecho supletorio, la aplicación del Derecho romano justinianeo con el carácter de derecho propio.¹¹

8 - PIÑA HOMS, Román. “La reincorporación de Menorca a la Corona Española”. Ed. Institut d'Estudis Baleàrics. Palma de Mallorca 1983. Pág. 31.

9 - Parte de la doctrina señaló que la conquista catalano-aragonesa en 1343 por parte de Pedro IV de Aragón no eliminó las instituciones propias de las Baleares ni modificó el sistema de fuentes del derecho civil, aunque equiparó a los baleares con los catalanes e incluyó a los Usatges de Barcelona como fuente supletoria del Derecho Balear en el Privilegio de San Feliu de Guíxols de 22 de julio de 1365, que se halla contenido en el Llibre de Sant Pere, fol. 162. En las Cortes de Monzón de 1376, los procuradores de Mallorca expusieron tener por franquicia la no aplicación de las constituciones de Cataluña, salvo aquellas que se consideraran convenientes. Como consecuencia se extendió a Mallorca la prescripción de tres años en los créditos a favor de los judíos, capítulo 42; y se tuvo que dictar una disposición específica, similar a la que se había dictado en Barcelona, Valencia y Lérida, las Ordinacions de Sa Garriga, para reprimir el lujo. En realidad, la doctrina más reciente no sólo duda de la certeza de la aplicación del Derecho catalán (SALVÀ RIERA. Derecho de Familia en Mallorca. Palma, 1919, p. 117 y ss.) sino que afirman su falsedad. PLANAS ROSSELLÓ. “La sucesión intestada de los impúberes y la supuesta aplicación de las Constituciones de Cataluña en Mallorca”, en *Ius Fugit*, 8-9. Zaragoza 1999-2000, p. 115 y ss.

10 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. Op. Cit. Pág. 26. Ello no implica que el Derecho catalán fuera vigente. De ahí que el Privilegio de Gaeta no se incluyera en la recopilación de Canet y Mesquida de 1622. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3^a edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 29.

11 - Coincidió en esto con la propuesta de la Profesora Pilar Ferrer, que señala que el Derecho municipal estatutario de Mallorca comprendía Privilegis, frenqueses, usos y estils. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3^a edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 29.

El 11 de mayo de 1571 se crea la Real Audiencia de Mallorca, mediante Cédula de Felipe II expedida en Aranjuez. Dos de sus jurados debían ser mallorquines.¹² En 1602, los jurados acordaron realizar una nueva recopilación del derecho mallorquín entonces vigente para lo que se designó una Comisión compuesta por tres miembros: Onofre Salvá, Pedro Moll y Jorge Zaforteza. Fallecidos los dos últimos, fueron sustituidos por Pedro Juan Canet y Antonio Mesquida. Fruto de su trabajo fue la Recopilación de 7 de mayo de 1622. No obstante nunca tuvo este texto fuerza legal.¹³ En 1663 se publicó la obra de Antonio Moll “Ordinacions i sumari dels privilegis, consuetuds i bons usos del Regne de Mallorca”, obra particular que tampoco tuvo fuerza legal.

Fueron varias las tesis doctorales que se aprobaron en la Universidad sobre diversos temas jurídicos como por ejemplo “Tractatus de conditionibus et modus impossibilibus et iure prohibitis contractibus et testamentis adscriptis” de Pablo Durán.¹⁴

En esta época el sistema de fuentes era: 1º el Derecho municipal formado por los franqueses, privilegis, pragmàticas, ordinacions, stils e bons usos; 2º el Derecho canónico; 3º el Derecho común civil como derecho propio; 4º la jurisprudencia de la Audiencia de Mallorca.¹⁵

2.2. DERECHO ESPECIAL DE LAS BALEARES DESPUES DE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA. COSTUMBRE Y TRADICIÓN JURÍDICA.

La derrota de Mallorca, Ibiza y Formentera en la guerra de Sucesión hizo que a raíz del Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715

12 - Los principales hitos jurídicos entre 1439 y 1571 en Mallorca son los siguientes: En 1449 se publican las Ordenaciones de Micer Falcó y en 1471 las de Mossèn Castelló. El 27 de marzo de 1510 se promulga el Decreto de las Cortes de Monzón, sobre hijos puestos en condición.

13 - Es aconsejable consultar la edición actualizada y comentada del Prof. Planas Rosselló. PLANAS ROSSELLÓ, Antonio. Recopilación del Derecho de Mallorca de 1622 por los doctores Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza. Palma, 1996.

14 - Lo citamos por no estar incluido en la referencia de FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 30-31. Se puede consultar en la Biblioteca Bartolomé March.

15 - Conforme establece la Ordinació nova de la recopilación de Canet y Mesquida. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 30. Según Pascual González: 1º los privilegios, costumbres y usos peculiares de Mallorca; 2º el derecho romano justiniano como derecho propio; 3º la jurisprudencia de la Audiencia de Mallorca. PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág.33.

desaparecieran las instituciones propias, en especial se suprimió la Universidad Luliana de Palma de Mallorca (en la que se estudiaba el derecho propio), se reorganizó la Audiencia (que dejó de ser la última instancia judicial) y se suprimieron los jurados y el Gran i General Consell, pasando a ser el monarca el único poder legislativo.¹⁶ Con ello, aunque se conservara el derecho civil propio, este quedó absolutamente petrificado. La Real Cédula de 31 de Agosto de 1736 confirmó el derecho propio de Mallorca, sin posibilidad de realizar novedad alguna.¹⁷ El sistema de fuentes se altera, quedando como sigue: 1 ° El Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715 y la legislación general emanada del Monarca. 2 ° El Derecho propio de Mallorca (que incluía *costums, stils e bons usos*. 3 ° el Derecho de Castilla.¹⁸

Se conservan de esta época recopilaciones de sentencias de la Audiencia como la realizada por Juan Antonio Artigues Suau en 1728 con el nombre de “*Liber exemplarium*”, (repertorio alfabético de jurisprudencia, en especial la del siglo XVII, manuscrito en latín), o las recogidas por Miguel Serra Maura con los títulos siguientes: “*Decisiones Regii Maioricarum Senatus aliorumque eiusdem regni tribunalium*”, “*Decisionum regii senatus aliorumque tribunalium maioricarum super diversos variosque tum canonicae tum civilis jurisprudentiae articulos recolectio*”, “*Decisiones Senatus Maioricensis*”, “*Practica vulgaris in huius maioricarum Regnii curiis observare solita*

16 - FERRER VANRELL, Pilar. *Lecciones de Derecho Civil Balear*. 3^a edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 32-33.

17 - Dicha petrificación tendría tres excepciones:

- La Real Cédula de 1736, que elevó a rango de legislación escrita de costumbres preexistentes (en concreto, el derecho que se otorga al fiduciario de retener la herencia hasta que se le hayan pagado las detracciones, mejoras, etc.).

- El Real Acuerdo de 26 de agosto de 1782 dio validez a las donaciones *mortis causa* otorgadas ante Párroco siempre que se otorgaran en casos de urgencia o en puntos donde fuera difícil encontrar escribano públicos, siempre que se protocolizaran después ante Notario público.

- La Real Orden de 16 de junio de 1787 permitió adelantos de alimentos en favor de los sucesores.

Excepciones derivadas de la potestad del Monarca y no de instituciones propias.

18 - FERRER VANRELL, Pilar. *Lecciones de Derecho Civil Balear*. 3^a edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 34.

cum aliquibus perutilibus annota mentis”.¹⁹

En Menorca no fue aplicado el Decreto de Nueva Planta hasta el siglo XIX.²⁰ El Tratado de Utrecht, suscrito el 13 de julio de 1713, concedió a Inglaterra la soberanía sobre Menorca. En concreto, las Capitulaciones de la Paz de Utrecht en sus artículos 10 y 11 estipularon que Inglaterra garantizaría a los menorquines el gozo seguro y pacífico de todos sus bienes y honores, incluyendo en este último concepto el conjunto de sus antiguos fueros y privilegios.²¹ Así el derecho aplicable al “*ius commercii*”, los derechos patrimoniales y de obligaciones sería el integrado por las leyes y costumbres de Menorca incluso cuando las relaciones se establecieran con los colonos griegos, moros y judíos traídos por los británicos, el derecho de familia tampoco sufrió variación puesto que el factor religioso impidió las relaciones mixtas. “Los ingleses respetaron tanto el derecho sustantivo menorquín, con su orden de prelación de fuentes, como las normas de procedimiento judicial”.²² Las sucesivas conquistas de Menorca por parte de franceses en 1756, ingleses en 1763, españoles en 1782, nuevamente ingleses en 1798 y finalmente españoles en 1802 permitieron que en Menorca las instituciones y los fueros propios se conservaran hasta el siglo XIX.²³

19 - A pesar de la desaparición de la Universidad y de la necesidad de que los juristas se educaran en universidades donde el derecho foral balear no era objeto de estudio, merecen ser mencionadas algunas tesis doctorales realizadas entonces: “*Deprompta ex utroque civili et canonici theoremata*” de Juan Bisquerra Seguí (1763) y “*Theoremata ex utroque civili et canonici iure*” de Bartolomé Bennàssar Bisquerra (1766). Otras aportaciones doctrinales fueron “La disertación crítica legal sobre la condición de armas puras, solas y sin mezcla, ordenadas en los fideicomisos por algunos testadores” de Buenaventura Serra Ferragut (1780), y el “*Epítome del origen y etimología del proceso de cabrear en este Reino de Mallorca los censos*” de Guillermo Tarrasa. Todas ellas han sido consultadas por el autor de este artículo en la Biblioteca Juan March.

20 - A mediados del año 1707 un ejército de Felipe V desembarcó para sofocar la rebelión de los menorquines y una real Orden de 27 de agosto extendió a Menorca el Decreto de Nueva Planta del 29 de junio del mismo año, que había derogado los derechos municipales de Valencia y Aragón. No obstante, “de la lectura atenta de su texto y el examen de los hechos posteriores permite deducir que dicha Real Orden sólo estableció que los asuntos de la isla se canalizasen a través del Consejo de Italia, por haberse suprimido el Consejo de Aragón, sin alterar las instituciones menorquinas”. PIÑA HOMS, Román. Op. Cit. Pág. 16. Nota 1.

21 - PIÑA HOMS, Román. Op. Cit. Pág. 25 y 27.

22 - RAMIS, Antonio. “Noticias relativas a la isla de Menorca”. Mahón 1829. Cuaderno IV, pág. 90.

23 - El Duque de Crillon prometió en 1781, al conquistar la isla para Carlos III, conservar los privilegios, franquicias, usos y costumbres con que se gobernaban los menorquines antes de la conquista inglesa, lo que se confirmó mediante la Real Orden de 16 de febrero de 1782. No obstante por Real Cédula de 24 de junio de 1783 el rey Carlos III resolvió tratar a la isla “como otra cualquiera posesión española, y que sus negocios sigan el curso regular por las vías y tribunales que tengo establecidos para el gobierno de mis reinos” lo que no supuso la extinción de las instituciones propias, sino la adaptación de las ya existentes al organigrama administrativo del reino, sin perjuicio de la conservación íntegra del derecho Privado, Penal y Procesal que integraba su ordenamiento jurídico peculiar, sus leyes municipales. La última dominación británica, en 1798, modificó la administración municipal de la isla por ley de 24 de abril de 1798, lo que supuso la extinción de las instituciones propias de la isla. Esta extinción se confirmó con la definitiva conquista española en 1802 mediante la Real Orden de 14 de abril de 1802. En todo caso no fue modificado ni derogado el derecho Privado de la isla. PIÑA HOMS, Román. Op. Cit. Pág. 56 a 59, 74 a 77 y 80 a 81.

2.3. LA CODIFICACIÓN.

El primer intento codificador en España fue la propuesta de Espiga y Gadea aprobada por las Cortes de Cádiz el 5 de febrero de 1811 y que fue recogida en el artículo 258 de la Constitución de 1812, con arreglo al cual: “Los Códigos civil, penal y de comercio serán unos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias pudieran hacer las Cortes”.²⁴ La corriente unificadora dio lugar a numerosos proyectos de Código Civil, de entre los que destaca el Proyecto de 1851.²⁵ Proyecto absolutamente centralista que declaraba derogados todos los fueros, leyes usos y costumbres anteriores, incluido el derecho foral.²⁶

En esta época la doctrina mallorquina tiene una especial preocupación por los censos alodiales como se manifiesta en las “Reflexiones sobre laudemios, tascas y demás impuestos en usos del directo dominio que entiende abolidos un labrador murense por él remitidos a su corresponsal vecino de esta ciudad” de Buenaventura Villalonga (1820), y la “Exposición por la que se manifiesta y prueba que los diezmos y los alodios son respectivamente derechos de propiedad y no de señorío” de Gabriel Nadal (1821).

Ante la férrea oposición de los foralistas el proyecto de Código fue apartado y dio paso a una serie de leyes especiales aplicables a todo el territorio nacional.²⁷ Nuevamente los foralistas se opusieron a este sistema

24 - Inmediatamente se iniciaron los trabajos de codificación, nombrándose Comisiones en 1813 y 1814. La reacción absolutista de 1814 interrumpió los trabajos, reanudándose en 1820 con el trienio liberal. En 1822 se hacen públicos en parte los trabajos realizados que no llegarían a fructificar con la reacción absolutista de 1823. CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. ISBN 84-290-1282-6. Págs.239 y siguientes).

25 - Los primeros fueron privados (el de Pablo Gorosábal de 1832, el de Fernández de la Hoz de 1834, y sobre todo el comenzado en 1833 por Manuel María Cambronero y concluido en 1836 por Vizmanos, Tapia y Ayuso). En 1833 Joaquín María López creó la Comisión General de Codificación que presidió Florencio García Goyena, y que presentó al Gobierno el 8 de mayo de 1851 un proyecto cuyos autores fueron García Goyena, Bravo Murillo, Luzuriaga, y Sánchez Puy. Navarra y el País Vasco habían perdido la autonomía legislativa en virtud del Convenio de Vergara, que puso fin a la primera Guerra Carlista y dio lugar a las leyes de 1839 y 1841, pero sus fueros se respetaron.

26 - Finalmente no fue promulgado dada la oposición de los foralistas. PERAL RODRIGUEZ, Fernando. “Formación histórica del Código Civil”. Revista Tapia. Enero-Febrero de 1992.

27 - Ley sobre capacidad de extranjeros de 17 de noviembre de 1852, Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, Ley de Aguas de 1866, Ley del Matrimonio Civil de junio de 1870 y la Ley del Registro Civil, Ley sobre interdicción civil de 18 de junio de 1880, Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881.

de creación de leyes de aplicación general para toda España.²⁸

Hasta la promulgación del Código Civil, el sistema de fuentes en derecho común español era el siguiente:²⁹ 1º Las leyes posteriores a la Novísima Recopilación y su Suplemento, prefiriendo las de fecha más moderna; 2º La Novísima Recopilación, de 15 de julio de 1805, y su Suplemento, de 15 de enero de 1808; 3º Leyes de la Nueva Recopilación, de 14 de marzo de 1567, que no estuviesen incluidas en la Novísima Recopilación ni hubiesen sido derogadas; 4º El Fuero Real, el Fuero Juzgo y los Fueros Municipales, en cuanto se probase su uso y observancia; 5º Las Partidas (prefiriéndose, según sentencia del Tribunal Supremo la edición de Gregorio López al de la publicada por la Academia de la Historia).

Sin embargo, en Baleares, las fuentes de derecho diferían:³⁰ 1º El Decreto de Nueva Planta; 2º Las leyes especiales dictadas para Mallorca posteriores al mismo; 3º Las leyes de carácter general de aplicación a todo el territorio español y posteriores a aquel; 4º El derecho peculiar de Mallorca, privilegis, franquicies, ordinacions, consuetuds, usos, stils, etc.; 5º El Derecho Romano Justiniano como derecho propio. La aplicación del derecho romano se confirma especialmente en cuanto se refiere a sucesión testada e intestada así como en partición de herencias, lo que se confirma en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de octubre de 1868, 12 de noviembre de 1872, 8 de marzo de 1879, 11 de enero de 1881, 21 de marzo de 1883 y 14 de noviembre de 1887; 6º La jurisprudencia de la Audiencia del Territorio. En la práctica del foro se imponían las Partidas y la Novísima Recopilación.

La pugna entre foralistas y codificadores hizo que Saturnino Alvarez Bullagal, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, incluyera en la restablecida³¹ Comisión General de Codificación un letrado de reconocido

28 - Durán i Bas resucitó la polémica que en 1814 había enfrentado en Alemania a Thibaut, positivista, con Savigny, historicista, y que “consideraba la unificación de las normas en un código un producto de laboratorio contrario a las tradiciones sociales y jurídicas”.

29 - CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Pág. 263.

30 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág.39, 76 y 77.

31 - Por Real Decreto de 10 de mayo de 1875.

prestigio de Baleares.³² En Baleares, el jurista designado fue Pedro Ripoll y Palou, que entregó una Memoria sobre el Derecho que debía conservarse en fecha de 28 de diciembre de 1880.³³

Siendo ministro Alonso Martínez, se presentó a las Cortes el Decreto de 21 de octubre de 1881 que sometía un Proyecto de Ley de Bases de Código Civil y que fue rechazado entre otros motivos por la oposición de los foralistas, puesto que aunque reconocía a los derechos forales, establecía que el Código Civil sería supletorio de primer grado de los derechos forales. Por Real Decreto de 7 de enero de 1885, siendo Francisco Silvela ministro de Gracia y Justicia, se presentó al Senado otro proyecto de ley de bases que sí respetaba el derecho supletorio propio de cada uno de los derechos forales. Este proyecto sería aprobado el 11 de mayo de 1888, siendo nuevamente ministro Alonso Martínez. La ley de bases regulaba la materia foral en sus artículos 5 a 7, reconociendo la vigencia del derecho foral y la supletoriedad de segundo grado del Código Civil, previendo el reflejo del derecho foral mediante Apéndices y ordenando la vigencia del Código en Aragón y en Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se opusiera a las disposiciones forales o consuetudinarias vigentes.³⁴ El Real Decreto de 24 de julio de 1889 mandó la publicación definitiva del Código Civil que en su artículo 12 establecía la conservación de momento

32 - “Un letrado de ciencia y práctica reconocidas, por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, las Provincias Vascongadas, las Islas Baleares y Galicia, los cuales serán destinados a la sección primera con el carácter de miembros correspondientes. En el término de seis meses, contados desde la fecha de su nombramiento, redactaron dichos letrados una Memoria acerca de los principios e instituciones de Derecho foral que por su vital importancia sea, a su juicio, indispensable introducir como excepción para las respectivas provincias en el Código General; y también de aquellos otros de los que, por innecesarios o desusados, pueda y deba prescindirse; concluyendo, por formular su pensamiento en artículos. Llegado el caso de la discusión de estas materias, como también de cualesquiera otras en que quieran tomar parte, podrán asistir a la sección primera con voz y voto, a cuyo efecto serán convocados por su Presidente” (Artículo 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880). Los siguientes letrados cumplieron: Manuel Durán y Bas que redactó la Memoria de Cataluña (1883), Luis Franco y López la de Aragón (1886), Antonio Morales la de Navarra (1884), Pedro Ripoll y Palou la de Baleares (1885), Manuel Lecanda la de Vizcaya (1888) y Rafael López Lago la de Galicia (1852). Menorca no tuvo representante por llegar tarde a la convocatoria. Ibiza no puso objeciones.

33 - Para un análisis más pormenorizado de la Memoria, FERRER VANRELL, Pilar. *Lecciones de Derecho Civil Balear*. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 42 y ss.

34 - Este trato especial dado a las islas obedeció a que en la discusión parlamentaria los representantes de la entonces región no apoyaron el llamamiento de Durán y Bas para la íntegra defensa de los derechos propios, ya que la tendencia dominante en los juristas de las Islas era la unificadora, si bien matizada con las pocas instituciones que excepcionalmente fueron recogidas en la Memoria de Pedro Ripoll i Palou.

del derecho foral, y que en su artículo 13 recogía la excepción de Aragón y Baleares.

El Apéndice de Aragón fue el único que se aprobó, en 1925. El Apéndice de derecho foral de las Baleares fue redactado en 1903 pero no fue aprobado. Esta tardanza en aprobar el Apéndice, junto con la equívoca redacción del antiguo artículo 13 llevó a la inseguridad jurídica puesto que no se aclaró si el Código civil pasaba a ser de aplicación directa en cuanto no contradijera el derecho foral que debía recogerse en dicho Apéndice todavía no redactado, o si el Código era vigente sólo como supletorio del derecho foral, no aclarándose tampoco si era supletorio de primer grado o sólo después del Derecho Romano, que hasta entonces había sido el derecho foral supletorio. Esta ambigüedad se resolvió por la jurisprudencia en el sentido de equiparar los artículos 12 y 13 del Código Civil, dando a Aragón y a Baleares el mismo trato que a las demás legislaciones forales, es decir, considerar al Código como aplicable solamente como derecho supletorio de segundo grado. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencias de 7 de mayo de 1903, 6 de junio de 1905, 2 de marzo de 1912, 31 de mayo de 1911, 8 de mayo de 1925 y 25 de noviembre de 1925. También la jurisprudencia menor se pronunció en el mismo sentido en sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 25 y 29 de mayo de 1891, 7 de abril de 1892, etc.

Las fuentes del derecho especial de las Baleares en esta fase son las siguientes:³⁵ 1º Las leyes de carácter general de aplicación a todo el territorio español y posteriores al Código Civil; 2º Título Preliminar y Título 4º del libro 1º del Código Civil, y leyes de carácter general de aplicación a todo el territorio español que hayan reemplazado a otras posteriores al Decreto de Nueva Planta; 3º Las leyes de carácter general de aplicación a todo el territorio español y posteriores al Decreto de Nueva Planta y anteriores al Código Civil, no derogadas por él; 4º El derecho peculiar de Mallorca, aplicando en primer lugar los privilegios, franquicias, ordinations, consuetuds, usos, stils, etc., en su defecto aplicando las costumbres jurídicas de vigencia probada, y a falta de estas el Derecho Romano Justiniano como derecho propio, (en especial en materia de sucesiones, régimen económico matrimonial, capacidad de la mujer casada, servidumbres,...). Estas normas eran aplicables siempre que fueran opuestas al Código Civil y que estuvieran vigentes en el momento de la promulgación del mismo.

La aplicación del Derecho Romano se confirma especialmente en cuanto

35 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Págs. 50 a 55, 72, 85 a 89.

se refiere a sucesión testada e intestada así como en partición de herencias, lo que se confirma en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1894, sobre obligación de afianzar del usufructuario, de 6 de junio de 1905 y de 8 de mayo de 1925, en materia de sustituciones fideicomisarias hasta el cuarto grado o generación, la de 28 de diciembre de 1923 y de 10 de marzo de 1932, en materia de sustituciones testamentarias, la de 8 de mayo de 1925, referente a sucesión intestada. También se aplica dicho derecho en materia no sucesoria, como en la sentencia de 2 de marzo de 1909, en materia de depósito, la de 2 de mayo de 1912, en materia de prescripción. La Dirección General de los Registros y el Notariado también se pronunció al respecto en la resolución de 19 de septiembre de 1929, que trata de venta para pago de deudas en caso de prohibición de enajenar y de fideicomiso. La Audiencia Territorial se pronunció en igual sentido en las siguientes sentencias: 10 de septiembre de 1901, sucesión testada, 18 de junio de 1902, indignidad, 4 de julio de 1908, institución de heredero, 18 de mayo de 1918, que exime de toda prueba y alegación la vigencia del Derecho Romano, 30 de abril de 1926, sustitución fideicomisaria, 24 de noviembre de 1931, sucesiones, la n° 28 de 1936, de marzo, sucesión testamentaria y 27 de marzo de 1941, que reconoce la vigencia de la cuarta falcidia; 5° El Código Civil en cuanto no se opusiera a las disposiciones forales o consuetudinarias vigentes a su publicación.

2.4. LOS PROYECTOS DE APENDICE BALEAR AL CODIGO CIVIL.

a. El Proyecto de 1903.³⁶

En cumplimiento de los Reales Decretos de 17 y 24 de abril de 1889 se constituyó la Comisión Especial de Derecho Foral de las Islas Baleares encargada de la redacción del Apéndice Balear al Código Civil.³⁷ El Proyecto fue finalizado el 20 de febrero de 1903. Si bien recogía un gran número de instituciones forales, fue objeto de críticas. La primera fue la realizada por dos de los vocales (Manuel Guasp y José Socías) que formularon en 1916 un voto particular por no haber sido recogidas las instituciones menorquinas ni las de Ibiza y Formentera, así como por no haberse recogido diversas

36 - COMISION ESPECIAL DE DERECHO FORAL DE LAS ISLAS BALEARES. "Proyecto de Apéndice al Código Civil Español redactado por la mayoría de la Comisión Especial de Derecho Foral de las Islas Baleares y voto particular formulado sobre dicho Proyecto". Escuela Tipográfica Provincial. Palma de Mallorca 1916.

37 - Fue presidida por Pedro Ripoll i Palou, y fueron vocales Pedro Sampol, Manuel Guasp i Pujol, José Socías i Gradolí, Miguel Ignacio Font i Muntaner y Enrique Sureda i Morera.

instituciones mallorquinas. Dicho voto es partidario de la derogación de todo derecho especial de las Baleares con la única excepción del régimen matrimonial de separación de bienes. Una laguna importante fue la omisión del Derecho Romano como fuente supletoria de derecho propio.

b. El Proyecto de 1920.

De acuerdo con la Ley de 11 de mayo de 1888, el 2 de junio de 1921 el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca emitió un informe, firmado por su Decano Ramón Obrador, que dio lugar a modificaciones en el proyecto de 1903 por parte de la Comisión de Derecho foral de las Islas Baleares y a su aprobación por la Junta General de 7 de septiembre de 1920. Se publicó por vez primera en 1921. La Diputación Provincial de Baleares lo adoptó en sesión de 5 de mayo de 1924. Omitió la referencia al Derecho Romano como supletorio.³⁸

c. La Segunda República.

La Constitución de 1931 no sólo permitió la subsistencia de los derechos forales, sino que además confirió autonomía legislativa a las Regiones Autónomas, con ciertas reservas, incluyendo aquellas en las que el derecho foral era inexistente.

Las Baleares no llegaron a constituir instituciones políticas propias, si bien debe destacarse el Proyecto de Estatuto autonómico balear que no llegó a aprobarse. Este Proyecto finalizado el 23 de julio de 1931 no tuvo el apoyo de los representantes menorquines y pasó a denominarse “Proyecto de Estatuto Autonómico de Mallorca e Ibiza”. La posterior proclamación de la República permitía a las Baleares constituirse como Región Autónoma, como hizo Cataluña en 1932. No obstante las disensiones entre Mallorca y Menorca impidieron la creación de un ente autonómico, que en la Constitución de 1931 no era obligatorio,³⁹ con lo que se perdió la posibilidad de asumir competencias legislativas autonómicas que regularan de nuevo instituciones civiles propias.

38 - COMISION ESPECIAL DE DERECHO FORAL DE LAS ISLAS BALEARES. “Proyecto de Apéndice al Código Civil Español redactado por la mayoría de la Comisión Especial de Derecho Foral de las Islas Baleares y voto particular formulado sobre dicho Proyecto”. Informe del Colegio de Abogados de Palma sobre el Proyecto de Apéndice al Código Civil. Articulado del Proyecto de Apéndice al Código Civil aprobado por el Colegio de Abogados de Palma”. Escuela Tipográfica Provincial. Palma de Mallorca 1930. PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág. 59.

39 - RIBAS MAURA, Andrés. “El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares”. Edición de la Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca julio de 1988. Págs.95 a 105.

d. El Proyecto de 1949.

Una Orden del Ministerio de Justicia de 3 de Agosto de 1944 autorizó la celebración en Zaragoza de un Congreso de Juristas de las diversas regiones forales para estudiar la situación de sus respectivos derechos. El Congreso se celebró los días 3 al 9 de octubre de 1946. En sus conclusiones se descartó el sistema de Apéndices y se propuso un estudio más profundo de las especialidades forales, con la intención de elaborar un Código Civil General que recogiera también las normas de derecho foral. El primer paso para ello será la Compilación del derecho propio de cada una de las regiones forales.

El Decreto de 23 de mayo de 1947 y la Orden de 24 de junio de 1947 establecieron la constitución de Comisiones de Juristas de reconocido prestigio en los territorios forales.⁴⁰ Mediante la Orden de 10 de febrero de 1948 se constituyeron las Comisiones de Juristas de Aragón, Cataluña, Navarra, Galicia, Baleares y Vizcaya.

La Comisión de Juristas redactó el Proyecto el 22 de febrero de 1949, el cual recogió y analizó Luis Pascual y González en su obra Derecho Foral de Mallorca, publicada por la imprenta de Mossèn Alcover en 1951. Este Proyecto recoge instituciones no contempladas en proyectos anteriores (como la Sociedad Rural menorquina, o los “espolits” ibicencos), hace referencia expresa al derecho romano como derecho supletorio y mejora la regulación de derecho sucesorio.⁴¹

2.5. TRADICIÓN JURÍDICA DE LOS JURISTAS LOCALES DESDE DE LA MEMORIA DE PEDRO RIPOLL I PALOU HASTA LA PUBLICACION DE LA COMPILACION DE 1961.

MALLORCA.

En Mallorca, Pedro Ripoll i Palou en su “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares” (de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885), y el Colegio de abogados de Palma de Mallorca en su “Exposición elevada por el M. I. Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la proyectada codificación del derecho civil común y foral” (1881), adoptaron una posición de conservación

40 - Formaron la Comisión de Baleares: Gonzalo Fernández de Castro como presidente, Manuel Cerdó, José Quiñones, Gabriel Subías, Germán Chacártegui, Juan Alemany Vich y Félix Pons.

41 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág. 422 y ss.

de instituciones consideradas básicas en derecho mallorquín desechando las que consideró obsoletas.

El magistrado Emilio Bravo publicó en la Biblioteca judicial la obra “Derecho Civil vigente en Mallorca”(1888), prologada por Antonio Maura, que recoge algunas de las instituciones vigentes en Mallorca, así como jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las mismas. También afirma la vigencia del derecho Romano como principio constitutivo de las instituciones propias, sobre todo en lo referente a las instituciones de derecho sucesorio, si bien en lo que se refiere a la sucesión intestada se plantearon dudas como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a raíz de la Ley de Mostrencos.

José María Quadrado recoge en una edición actualizada y traducida del latín al castellano “Los privilegios y franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos y órdenes y pragmáticas dictadas por los reyes de Mallorca, de Aragón y de España desde el siglo XIII hasta el fin del siglo XVII”. Fue impresa en Palma en la Escuela Tipográfica Provincial en 1894 y en 1896. También es interesante la consulta de “Forenses y ciudadanos”, del mismo autor.

Una importante contribución doctrinal fue la de Matías Mascaró i Alberty, notario que recogió exhaustivamente el “Derecho Foral de Mallorca” en un libro que vio cuatro ediciones (1891, 1893, 1896 y 1904) sucesivamente ampliadas en su contenido, de las que merece destacar la última de ellas, a pesar de las críticas de que fue objeto, no tanto por alguna inexactitud, sino por la postura acérrimamente foralista que adoptaba su autor.

El derecho foral de familia y sucesiones fue objeto de especial estudio como tema de tesis doctorales: en 1904 el notario Manuel Cerdá presentó su tesis sobre “Derecho foral vigente en Mallorca en materia de sucesiones”, que no fue publicada.⁴² En 1913 se publicó en Madrid la tesis “Legítima foral de los ascendientes según el derecho de Mallorca”, de Juan Aguiló Valentí; en 1918 se publicó la tesis doctoral de Jaime Salvá Riera titulada “El Derecho de Familia en Mallorca”, que refleja la evolución del derecho histórico mallorquín para después estudiar el entonces vigente.

En 1913, Enrique Sureda escribió el artículo “Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca” (publicado el 15 de noviembre en La Revista de Derecho Privado. Año I. nº 2). En este artículo afirmaba la aplicación de los Usatges, constituciones y capítulos de la ciudad de Barcelona como fuente supletoria del derecho mallorquín, con preferencia al derecho romano que,

42 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit.Pág.66.

según él, debía ser fuente de tercer grado.

Inciendo en el tema de fuentes, la doctrina nacional prestó especial atención al sistema de fuentes que debían regir en Aragón y en Baleares como consecuencia de la confusa redacción del artículo 13 del Código Civil.⁴³

Benet Pons i Fábregues, después de estudiar el derecho histórico de Mallorca, (“La Carta de Franquesa del rei En Jaume”. Impreso en Palma en 1917 y “Les franqueses concedides a Mallorca pel rei Jaume I”. Congrés de la Història de la Corona D’Aragó. Vol. I. Pág. 52 a 60. Barcelona 1909), disertó sobre “El dret foral i l’autonomia a Mallorca”, conferencia que fue publicada en la imprenta palmesana de Francesc Soler en 1919.

La polémica creada por la confusión sobre la aplicabilidad del Derecho Civil común o el Derecho Romano fue especialmente intensa en materia legitimaria y de sucesión abintestato. Consecuencias de ello son las obras “Declaración de herederos” de Martín Rimbau Lazcano (impreso en Inca en 1917), “La legítima de los ascendientes en Mallorca” de Juan O’Callaghan (publicado en la Revista de Derecho Privado, Tomo V. Pág.149. Año 1918); y el “Dictamen n° 10: Sucesión intestada en Mallorca” de Antonio Maura i Muntaner (publicado el 4 de febrero de 1919 dentro del Tomo IV de su obra Dictámenes. Págs. 127 a 132). En todas ellas se afirma la aplicabilidad del Derecho Romano en materia sucesoria y en especial en la sucesión abintestato, a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1919.

La peculiaridad mallorquina de la imprescriptibilidad de los censos fue objeto de especial análisis en dos libros: “Imprescriptibilidad del capital de los censos y de sus últimas 29 pensiones” (1921); y “Nuevos datos sobre la imprescriptibilidad del capital de los censos y de sus últimas 29 pensiones”

43 - Así en el Tratado de Derecho Civil de Ennecerus (Tomo I. Volumen I. Pág. 48 y 57), Pérez González y Alguer defendió la aplicación directa del Código Civil, salvo oposición del derecho propio de las Baleares, no incluyendo en este el derecho supletorio privativo de las islas, es decir, el Derecho Romano Justiniano. De la misma opinión era Mucius Scaevola en la obra “Código Civil”(Tomo I. Pág.154). Sin embargo Valverde en su “Tratado de Derecho Civil Español” (Tomo I. Pág.167) interpretó que el Código Civil pasaba a ser derecho supletorio de primer grado, derogando el supletorio privativo de las Baleares. No obstante José Castán Tobeñas en “Derecho Civil” (séptima edición. Tomo I. Pág.93) y en “La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales” (Biblioteca de la revista de Legislación y Jurisprudencia, Volumen 5, pág.16 y 17) entendió, con el Tribunal Supremo, que no existía diferencia entre Aragón y Baleares y las restantes regiones forales, o sea, que el Código Civil se aplicaba como derecho supletorio en defecto del que lo fuera en cada una de los ordenamientos forales o especiales. También en 1913 Francisco de la publicó el artículo “Indicación de los fueros, leyes y códigos que rigen en Mallorca” dentro de la revista jurídica madrileña “La reforma legislativa”.

(1924) de Miguel Singala Cerdá.

En 1926 se publica en la imprenta de Francisco Soler i Prats las “Alegaciones en derecho sobre reclamación de bienes procedentes de D. Jerónimo Quetglas Guiscafré formuladas por los abogados en defensa de D. José Sureda i Massanet y D. Valentí Massanet i Beltrán.” de Pedro Bonet de los Herreros y Tomás Muntaner.

El Colegio Notarial de las Baleares publicó en 1931 un folleto que contenía la resolución a seis cuestiones planteadas al Comité de Consultas de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, de las cuales la tercera y la quinta son de derecho foral.

Luis G. Pascual y Ruiz realizó un estudio de una figura exclusiva del derecho mallorquín, “La institución del heredero distributivo”, publicado en la Revista de Derecho Privado en 1931.

También dentro de la Revista de Derecho Privado en 1931, Luis Pascual González elaboró un nuevo estudio de las fuentes del derecho privativo de Mallorca titulado “Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes de derecho Foral de Mallorca”.

Antonio Pons Pastor continuó con sus recopilaciones del derecho histórico peculiar de Mallorca: en 1931 escribió “Dos estatuts del Govern de Mallorca(1398-1440). Pragmática d’Anglesola. Règim de Concòrdia”, y en 1932 y 1934 “Constitucions e ordinacions de Regne de Mallorca (segles XIII a XV)”.

En 1949, Félix Pons Marqués, abogado y vocal de la Comisión encargada de la redacción del Proyecto de Apéndice de 1949, sintetizó el derecho mallorquín en el artículo de la revista “Nueva Enciclopedia Jurídica” titulado “Derecho Civil de Mallorca”. En el Tomo I, págs. 271 y siguientes afirma la vigencia del Derecho Romano en lo relativo a las sucesiones mortis causa.

Antonio Pons, en 1949, publicó el “Llibre del Mostassaf de Mallorca” que recoge las actuaciones de esta figura que, entre otras, era competente en materia de servidumbres urbanas.

MENORCA.

En Menorca, Pedro Ballester i Pons en su obra “Las instituciones forales de Menorca” (1899) y el Colegio de Abogados de Mahón en escrito que no llegó en plazo a la Comisión General de Codificación, estudió las instituciones forales menorquinas diferenciándolas de las mallorquinas y cediendo a la tendencia unificadora de la codificación en la mayoría de los

casos.⁴⁴ El mismo autor publica en 1905 el libro “Costumbres populares de Menorca”.

En Menorca no se vuelve a publicar texto alguno en materia de derecho especial de la isla hasta 1918, año en que, de nuevo, Pedro Ballester publica en la Revista de Menorca un artículo referente a la aparcería titulado “Sobre ses amitges”. Tema que vuelve a ser estudiado por Daniel Cano en su “Informe sobre la aparcería predial en la isla de Menorca”, publicado en la Revista del Colegio Notarial de Barcelona en 1948.

Otro tema especialmente estudiado por Pedro Ballester i Pons fue el de las sustituciones fideicomisarias, en sus artículos “El fill natural davant la condició si sine liberis Substitució fideicomisària”, publicados en la Revista de Menorca en 1926.

IBIZA Y FORMENTERA.

En Ibiza y Formentera no se realizaría un estudio de las instituciones propias hasta el siglo XX, si bien en los proyectos de Apéndice, en las críticas a los mismos y en diversos estudios de derecho foral se mencionaron algunas de sus peculiaridades.

El primer artículo publicado en materia de derecho especial de Ibiza es “El Estatge” de Sáenz Martínez, publicado en la Revista de Ibiza el 20 de julio de 1946.

Es José Costa Ramón quien realiza un estudio pormenorizado del derecho consuetudinario ibicenco en numerosos artículos publicados en la Revista Ibiza y recopilados en 1946 en un folleto titulado “Derecho Foral Ibicenco” que recoge costumbres en materia de derecho de habitación, servidumbres, donaciones, sucesiones, espolits y aparcería.

2.6. LA COMPILACIÓN DE BALEARES.

Terminado el Proyecto de 1949 por la Comisión de Juristas de Baleares, revisado por la Comisión General de Codificación, se aprobó por las Cortes españolas la Ley de 19 de abril de 1961, Compilación de las Islas Baleares. La Compilación nació como medio de delimitar el derecho consuetudinario balear, pero no se limitó a esto ya que tuvo un carácter innovador.⁴⁵ El

44 - BALLESTER i PONS, Pedro. “Las instituciones forales de Menorca”. Extracto de la Revista de Menorca. Mahón, 1899.

45 - como se manifestó en la supresión de la presunción Muciana, que dio paso a una presunción de copropiedad de los bienes de los cónyuges, la desaparición de la cuarta marital, dando lugar a la aplicación del Código Civil en materia de derechos legitimarios del cónyuge viudo, y la aplicación del Código Civil en la regulación de la sucesión intestada. Otras novedades

sistema de fuentes a partir de la publicación de la Compilación Balear es: 1º. Disposiciones posteriores a la entrada en vigor de la Compilación sean de aplicación general, sean de derecho especial de las Baleares. 2º Compilación de derecho civil especial de las Baleares, cuyas normas sustituyen a las de derecho anterior escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de la misma. Dichos preceptos se interpretaban teniendo en cuenta la tradición jurídica balear integrada por las antiguas leyes, costumbres y doctrina de los que se derivan. 3º. En su defecto se aplicaba el Derecho Común español, en cuanto no se oponga a la Compilación.⁴⁶

No se aclara la doctrina a la hora de decidir si la aplicación directa del Código Civil en Aragón y en Baleares, como consecuencia de la aplicación específica del antiguo artículo 13 del Código Civil supuso la derogación del derecho supletorio de estas regiones. Autores como Castán afirman que este artículo convirtió al Código Civil como único derecho supletorio,⁴⁷ en este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1964, que declaró inaplicable el derecho romano como derecho supletorio de las Baleares ya que en virtud del artículo 13 del Código Civil, este lo había sustituido, pudiendo aplicarse sin embargo dicho derecho romano en su carácter de derecho consuetudinario.

2.7. LA REFORMA DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL.

La ley de bases de 17 de marzo de 1973 permitió al Gobierno la modificación del Título Preliminar del Código Civil, que fue articulado por el Decreto de 31 de mayo de 1974. Este Decreto manifestó el cambio de mentalidad ya reflejado en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968 y de 26 de febrero de 1971 en las Compilaciones de Aragón y sobre todo la de Navarra.⁴⁸ En la Exposición de Motivos de la Ley de bases

son desaparición del *escreix*, reforzamiento de la legítima de los hijos adoptivos, reducción al mínimo de las referencias al derecho romano recogiendo expresamente instituciones sucesorias propias del mismo y mejorando otras (como la posición del cónyuge viudo, o la reducción del límite de llamamientos fideicomisarios), redención de los alodios, computándose para su valoración las mejoras, etc. MASOT MIQUEL, Miguel. “El Derecho Civil de Mallorca después de la Compilación”. Edición de Ediciones Embat y José Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979. Págs. 482 a 485.

46 - CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Pág. 337.

47 - CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Pág. 329.

48 - MASOT MIQUEL, Miguel. “El Derecho Civil de Mallorca después de la Compilación”. Edición de Ediciones Embat y José Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979. Pág. 500.

se rechazó la consideración de los derechos forales como formas privilegiadas y residuos de normas anacrónicas. El artículo 13, que sustituye al antiguo artículo 12 respeta no sólo “por ahora”, sino plena y definitivamente a los derechos forales, destacando además que dicho respeto alcanza al derecho foral supletorio de tal forma que sólo en defecto de este sería aplicable el Código Civil. Si se considera que el antiguo artículo 13 del CC derogó el derecho supletorio Balear, que era el Derecho romano y, según parte de la doctrina, el Derecho catalán, y aplicó el Código Civil como supletorio del especial, esta polémica carece de sentido en Mallorca donde el CC pasaría a ser supletorio de primer grado (en defecto de ley y costumbre foral).

De todas formas la redacción de la Disposición final 2 de la Compilación de 1961 conducía a la misma conclusión. No obstante la Disposición Final 2 interpretada conjuntamente con la Disposición Final 1 iban mucho más allá, ya que suponían la extinción del derecho consuetudinario hasta entonces existente, de tal forma que a partir de esa fecha el orden de prelación de fuentes sería: 1 ° La Compilación. Interpretada conforme a la tradición jurídica de las islas (en la que se incluían las costumbres tradicionales). 2 ° El Código Civil. 3 ° La costumbre (vigente). 4 ° Los principios generales del derecho.

Esta conclusión que suponía una nueva paralización de nuestro derecho foral fue corregida por la actividad interpretadora de la tradición jurídica, a la que se refería el artículo 2 párrafo 2°, desde el momento en que se permitió una interpretación integradora de las lagunas de la Compilación. La jurisprudencia antes de la Compilación ya se había pronunciado en este sentido en sentencia de 6 de mayo de 1949 del Juzgado n ° 2 de Palma de Mallorca en materia de derecho sucesorio.

2.8. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.

La Constitución española de 1978 es norma superior a las Compilaciones Forales, derogándolas en todo lo que la contradigan y sirviendo como criterio interpretativo ineludible de sus preceptos. Pero además supone la recuperación, por parte de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, de instituciones que permiten su actualización, lo cual implica el definitivo abandono de objetivo unificador predominante desde la redacción del Código Civil.

El artículo 149.1.8 de la Carta Magna establece que el Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: “Legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En

todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

Este artículo se complementa con el artículo 149.1.6 que permite una limitada competencia legislativa en materia procesal en razón de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.⁴⁹

La Constitución supuso el triunfo de las tesis foralistas frente a las autonomistas, ya que se recogió la conservación del derecho foral no en todas las Comunidades Autónomas sino solamente en aquellas donde existía.⁵⁰

Así, a partir de la Constitución y, sobre todo, a raíz del Congreso de Zaragoza de 1981, los derechos forales se consideran ya como verdaderos sistemas orgánicos, con sus propias fuentes y sus propios principios informadores que hacen posible la autointegración y la analogía.⁵¹ Con ello quedan abandonadas las tesis que consideraban al derecho foral como un derecho excepcional e incluso las teorías intermedias como la de LASARTE según la cual “El límite constitucional del desarrollo del derecho civil foral ha de identificarse con las instituciones características y propias de los

49 - Lo que a nuestro entender permite no sólo la conversión del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma en la última instancia en materia de derecho civil foral, sino también la regulación específica de las causas de recurso de casación, y la formación de una jurisprudencia foral del derecho civil propio de la respectiva Comunidad Autónoma.

50 - En este sentido LACRUZ BERDEJO escribió: “Hay competencia sobre derecho civil en algunas Comunidades Autónomas y no en todas, porque en las primeras, previamente hay un derecho civil foral o especial, con las características que en cada caso tenga. Si este dato histórico es la razón de esta excepcional diferenciación constitucional entre Comunidades, tal razón no puede darse de lado al interpretar el sentido y límites de la competencia legislativa atribuida.” LACRUZ BERDEJO. “Elementos de Derecho Civil”. Tomo I. Volumen I. Revisada y adicionada por DELGADO ECHEVERRIA. Barcelona, 1988. p. 110. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, en Derecho Privado y Constitución, año 1, n.º 1, 1993, p. 62.

51 - ALVAREZ SALA. Anuario de Derecho Civil. 1982-2. En el mismo sentido, entiende Martín Ballesteros que los derechos forales son derechos auctóctonos que forman un cuerpo de derecho completo y que obedecen a unos principios generales característicos e independientes.

territorios forales que, tradicionalmente, han sido reguladas de forma distinta por el derecho común y por los derechos forales.”⁵²

El artículo 149.1.8 fue recogido posteriormente en la redacción de todos los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas con derecho civil compilado⁵³ e incluso en algunas que carecían de Compilación, como Extremadura,⁵⁴ la Comunidad valenciana⁵⁵ y otras en menor medida.⁵⁶ Todas

52 - LASARTE ALVAREZ, Carlos. “Principios de derecho civil”. I. “Parte General y derecho de la persona”. Madrid 1992. p. 56.

53 - El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (L.O. 2/1983, de 25 de febrero) reprodujo el artículo 149.1.8 en su artículo 10.23 y lo ha mantenido como competencia exclusiva con la misma dicción en el artículo 30.27 de la L.O. 1/2007, de 28 de febrero, del Estatuto de autonomía de las Islas Baleares. Incluye este último el artículo 87 en virtud del cual se blinda la competencia exclusiva del legislador balear para regular el sistema de fuentes de Derecho civil propio (artículo que reproduce el artículo 50 del anterior Estatuto, en su redacción de L.O. 3/1999).

54 - Destaca en Extremadura el denominado Fuero de Baylío, recopilado en la ley 12, Título 4, Libro X de la Novísima Recopilación, y cuya vigencia fue reconocida por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de febrero de 1892 y por la Dirección General de los Registros y el Notariado en las resoluciones de 14 de agosto de 1914 y de 10 de noviembre de 1926. El artículo 12 del Estatuto de Autonomía extremeño atribuye a la Comunidad Autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su derecho consuetudinario (el texto hace referencia a las peculiaridades de su derecho consuetudinario y las culturales, así como el acervo de las costumbres y las tradiciones populares de la región, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales; y 45 del Estatuto de Autonomía, en que se recoge el derecho de Baylío.

55 - La Comunidad Valenciana, a diferencia de los restantes reinos de la Corona de Aragón, no sólo perdió sus instituciones sino que además fue privada de sus fueros civiles como consecuencia del Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707. Estos fueros no fueron restaurados (como sí lo fueron en Aragón), por lo que desde entonces rige en Valencia el derecho de Castilla, lo que se confirmó por sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1860, y el Código Civil desde su promulgación. Sólo se conservaron ciertas costumbres en materia de arrendamientos, aguas (el tribunal de aguas de Valencia se rige todavía por esas normas), y censos (la práctica valenciana estableció el tipo de laudemio en el diez por ciento). CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. ISBN 84-290-1282-6. Pág.317. Hasta la redacción de la Constitución había sido indiscutible la desaparición de toda regulación foral en esta Comunidad. No obstante, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana establece en su artículo 31.2 que será competencia exclusiva de la misma “la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano”. La redacción del artículo 149.1.8 en conexión con la Disposición Adicional Primera de la Constitución (que respeta los derechos históricos de los territorios forales) parece justificarlo. Ni la doctrina mayoritaria ni el Tribunal Constitucional comparten esta tesis. Autores como Elizalde (ADC1984-2) y Arce Janariz (Constitución y Derechos Civiles Forales- Tecnos) califican el artículo del Estatuto como inconstitucional ya que el artículo 149.1.8. de la Constitución reconoce la vigencia de los derechos civiles forales o especiales “allí donde existan”, requisito que no se da en Valencia, no siendo válida la aplicación de la Disposición Adicional Primera puesto que según se deriva de las discusiones parlamentarias, esta se refiere a la

aquéllas y alguna de estas han hecho efectiva tal competencia bien reformando las Compilaciones o bien dictando leyes civiles al margen de la Compilación. En casi todas ellas la costumbre ha sido objeto de un especial tratamiento, no sólo incorporándola al sistema de fuentes, sino también como medio para ampliar el ámbito del derecho foral o especial legislado, como medio para eliminar progresivamente las remisiones de los derechos forales al Código Civil, y en algunos casos como medio para la “creación” de derecho civil propio en Comunidades que “carecían” de él. En este sentido se ha pronunciado el tribunal Constitucional en sentido de permitir tal competencia legislativa respecto de instituciones conservadas consuetudinariamente.

foralidad política y fiscal de Navarra y el País Vasco. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia 121/1992 de 28 de septiembre, dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno español contra la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos valenciana de 1986, ha admitido la posibilidad de que el Parlamento Valenciano regule ciertas materias de derecho civil, si bien no amparándose en la Disposición Adicional Primera de la Constitución sino en la preexistencia a esta de un derecho civil consuetudinario.

56 - El artículo 16 del Estatuto del Principado de Asturias indica que el Principado impulsará la conservación y, en su caso, Compilación de su derecho consuetudinario. El artículo 1 de la Compilación de Galicia de 1963, tras su reforma en 1987, preveía la aplicación de esta a comarcas limítrofes, en especial en materia de foros, tal y como se manifiesta en su Exposición de Motivos. El artículo 8 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia establece que la Comunidad Autónoma prestará especial atención al derecho consuetudinario de la Región. Se refiere en especial a asegurar la pervivencia de las normas sobre riegos y del Consejo de Hombres Buenos como el Tribunal consuetudinario y tradicional (ELIZALDE). El Tribunal Superior de Justicia de Murcia entiende de los recursos de casación y de revisión en las materias de derecho consuetudinario murciano según el artículo 35 del Estatuto. En todo caso, según Arce Janáriz y Elizalde, las competencias atribuidas por los Estatutos están condicionadas a la efectiva vigencia del derecho consuetudinario, y la Compilación del derecho consuetudinario no puede transformarlo en derecho escrito, con rango de ley, pues tales Comunidades Autónomas carecen de la competencia legislativa en esta materia. De esta forma según estos autores la Compilación de este derecho sólo facilitaría su prueba y vigencia, conservando su carácter de fuente de segundo grado. LACRUZ apunta que es muy dudoso que la competencia de conservación del derecho consuetudinario en estas comunidades se trate de competencia legislativa, salvo en el caso valenciano. En este mismo sentido LA LAGUNA señala que “la existencia de un derecho civil consuetudinario en estas comunidades autónomas no parece que sea suficiente por sí solo título suficiente para atribuirles competencia legislativa en materia civil, conforme a los términos en que viene establecida la atribución de tal competencia en el artículo 149.1.8 de la Constitución, principalmente como indica ELIZALDE porque no estamos ante un derecho foral o especial con el significado que tiene esta expresión en la Constitución de 1978”. LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique. “Derecho Civil Común de España y Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia n° 1727. Pág.106.

2.9. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 149.1.8 DE LA CONSTITUCION REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional interpreta en un sentido amplio la posibilidad de conservar, modificar y desarrollar el derecho civil foral o especial allí donde exista. Así que permite la posibilidad de que las Comunidades Autónomas con competencia puedan regular instituciones no comprendidas en sus compilaciones con la única reserva del “en todo caso” incluida en el artículo.

La sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, fue la que inició esta interpretación amplia de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil. Curiosamente la ley impugnada era de una Comunidad Autónoma sin derecho civil compilado, la Valenciana. Esta Comunidad había promulgado en 1986 una ley de Arrendamientos Rústicos Históricos Valencianos que trataba materia de derecho civil (contrato de arrendamiento, sucesión por causa de muerte y cesión inter vivos del derecho al cultivo). El Alto Tribunal afirma la competencia autonómica para legislar sobre las instituciones consuetudinarias que hubieren subsistido desde la abolición de los fueros propios hasta ahora, en la medida en que lo regulado haya venido a reiterar las normas consuetudinarias y siempre que el Estatuto de Autonomía haya recogido la competencia para legislar en el ámbito civil. Se señala que el alcance de los derechos civiles forales o especiales comprende no sólo los derechos que hayan sido objeto de Compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución sino también las normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución. La competencia legislativa permite no sólo la conservación de la costumbre sino también la modificación y, lo que es más importante, su desarrollo, mediante ley.⁵⁷

La sentencia 88/1993, de 12 de marzo, resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno de la Nación contra la

57 - Formularon voto particular Carlos de la Vega Benayas y José Gabaldón López que entendían que la regulación mediante ley de una costumbre contractual sobrepasaba las facultades conferidas a la Comunidad Autónoma por la Constitución. Comparte el sentido de este voto particular BERCOVITZ, pues el Tribunal Supremo ya había manifestado la pérdida definitiva del Derecho foral valenciano en su sentencia de 15 de marzo de 1860, y, según este autor, el 149.1.8 CE puede amparar costumbres, pero siempre que tengan el carácter de Derecho civil foral, no cualquier otra costumbre, aunque fuera existente al aprobarse la CE. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, en Derecho Privado y Constitución, año 1, n° 1, 1993, p. 41.

ley 3/1998, de equiparación de hijos adoptivos de Aragón. El Tribunal entendió el término “allí donde existan” en el sentido de que la existencia del derecho foral se refiere no a instituciones concretas sino al derecho foral en su conjunto. La expresión “en todo caso” delimita el ámbito en el que el derecho foral no podrá entrar. La conservación del derecho foral permite la formalización legislativa de la costumbre, y el desarrollo permite la acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, sin necesidad de vinculación rígida al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento, bastando con que las instituciones reguladas sean conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización e innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del derecho foral.⁵⁸ La sentencia 156/1993, de 6 de mayo, resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno de la Nación contra el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, reiterando la doctrina manifestada en la sentencia 88/1993.

En conclusión, esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite al legislador autonómico con Derecho civil foral la transformación de la costumbre, que tenga valor de Derecho civil foral, en ley sobre la materia que verse dicha costumbre. Y, aún más, la ley en la que se recoja la materia consuetudinaria no tiene por qué limitarse a decepcionar la costumbre vigente, sino que además puede modificarla e incluso desarrollarla, regulando materias conexas con la misma, siempre dentro de los límites que, según el artículo 149.1.8 CE, deben corresponder “en todo caso” al Estado: la aplicación y eficacia de las normas jurídicas,⁵⁹ las relaciones jurídico

58 - Especial interés merecen los votos particulares de Carles Viver Pi-Sunyer y Julio Diego González Campos, en los que se afirma que ni siquiera debería exigirse conexión alguna con el ordenamiento jurídico foral ya existente.

59 - El Tribunal Constitucional ha interpretado esta frase en las siguientes sentencias:

- sentencia 14/1986, de 31 de enero: Son competencia estatal exclusiva las normas referentes a la aplicación de las normas contenidas en los artículos 3 al 5 del Código Civil, a la eficacia general de las normas contenidas en los artículos 6 y 7 del mismo, así como el contenido del artículo 2 referente a la vigencia, derogación y retroactividad de las normas.

- sentencia 83/1986, de 26 de junio: Declaró inconstitucional la ley del Parlamento de Cataluña 7/1986 en la parte en que se atribuía, en caso de duda, preferencia al texto en catalán frente al castellano a la hora de interpretar las normas emanadas del Parlamento catalán. El Tribunal Constitucional falló que las normas sobre interpretación de las normas eran competencia exclusiva del Estado.

- sentencia 74/1989, de 21 de abril: Entendió que las reglas aplicables para la interpretación de las escrituras públicas redactadas en dos idiomas cooficiales pueden ser determinadas por leyes autonómicas ya que no se trata de reglas de interpretación de normas, puesto que las escrituras públicas no son ni contienen normas jurídicas.

civiles relativas a las formas de matrimonio,⁶⁰ la ordenación de los registros e instrumentos públicos,⁶¹ las bases de las obligaciones contractuales,⁶² las normas para resolver los conflictos de leyes,⁶³ y la determinación de las

60 - El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado al respecto. Lalinde, junto con la mayoría de la doctrina, entiende que deben incluirse en este ámbito las formas de celebración del matrimonio, así como las normas sobre nulidad, separación y divorcio y sus efectos económicos. Sin embargo las consecuencias económicas del matrimonio se pueden regular por ley foral.

61 - En materia de ordenación de registros, según la sentencia 71/1983, de 29 de julio, los registros afectados son los registros propiamente jurídicos, es decir, el Registro de la Propiedad, el Registro Civil, el de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, el de actos de última voluntad y el de préstamos declarados nulos. Quedan fuera de la competencia exclusiva del Estado los registros administrativos, aunque sus asientos tengan eficacia en el ámbito de las relaciones jurídicas civiles. Son competencia estatal exclusiva el Registro Mercantil y el Registro de venta a plazos de bienes muebles en virtud del artículo 149.1.6. de la Constitución, y el Registro de Propiedad intelectual y la Oficina Española de Patentes y Marcas en virtud del artículo 149.1.9.

En materia de ordenación de los instrumentos públicos la normativa sobre hipotecas es competencia exclusiva del Estado (sentencia 56/1984, de 7 de mayo), así como la disciplina jurídica de los documentos públicos notarialmente autorizados (sentencia 74/1989, de 21 de abril). No se considera ordenación de los instrumentos públicos la determinación de qué texto prevalece en caso de dudas de interpretación en las escrituras otorgadas en dos lenguas oficiales (sentencia 74/1989), ni la regulación del número de testigos necesarios para la validez de los testamentos otorgados ante Notario (sentencia 156/1993).

62 - Esta competencia se atribuye al Estado para que este garantice un común denominador normativo, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar esas bases recogiendo sus peculiaridades (sentencias del Tribunal Constitucional 11/1982, de 28 de enero, 48/1988, de 22 de marzo y 248/1988, de 20 de diciembre). El Tribunal Constitucional no ha podido definir con precisión el concepto de “base de las obligaciones contractuales, pero sí ha señalado ideas rectoras de dicha noción:

- se trata de un concepto material, por lo que no todo lo que el legislador estatal califique como básico tiene porqué serlo.
- las bases de las obligaciones vienen establecidas tanto en normas postconstitucionales como preconstitucionales vigentes.
- si bien las bases deben establecerse en leyes, excepcionalmente pueden considerarse básicas normas de rango no legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases (sentencias 32/1983, de 28 de abril y 86/1989, de 11 de mayo).

63 - Se refiere tanto a las normas de derecho internacional como de derecho interregional, incluyendo el criterio de determinación de la vecindad civil (sentencias 72/1983, de 29 de julio, 156/1993, de 6 de mayo y 226/1993, de 8 de julio). Ello no impide la posibilidad de que las legislaciones forales delimiten su propio ámbito de aplicación siempre que no introduzcan un elemento de interregionalidad.

fuentes del derecho, con respeto a las normas del derecho foral.⁶⁴

2.10. LA REFORMA DE LA COMPILACION DE BALEARES.

La primera modificación de la Compilación se realizó por ley de 11 de abril de 1985, en la que, siguiendo la doctrina asentada por las Reales Cédulas del rey Juan en 1460 y 1463, la Exposición del Colegio de Abogados de Baleares de 1881, y el criterio del artículo 1625 del Código Civil, se excluyeron las mejoras a la hora de valorar la finca a efectos de redención del censo enfiteútico.

El Real Decreto 1196/1977, actualizado por el Real Decreto 1007/1981, de 22 de mayo, creó la Comisión de Juristas de Baleares, para la elaboración de anteproyectos en materias sobre derecho civil foral o especial. Esta Comisión fue la autora del texto inicial del que partiría la Comisión Parlamentaria para redactar lo que, una vez aprobado por el Parlamento balear se convertiría en la ley de 28 de junio de 1990, de modificación de la Compilación, que a su vez daría lugar al texto refundido de la Compilación aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 septiembre. Texto en el que se incluye en su artículo 1, que establece:

“El Derecho Civil de las Islas Baleares regirá con preferencia al Código Civil y demás Leyes estatales, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de las normas de carácter civil que, según la propia Constitución, sean de aplicación directa y general.

El Derecho Civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las Leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas.

En defecto de Ley y costumbre del Derecho Balear se aplicará supletoriamente el Código Civil y demás Leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico”.

64 - El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado al respecto. Arce Janáriz afirma que corresponde al Estado la determinación de las fuentes del derecho en general, pero en materia civil, los ordenamientos forales pueden establecer su propio sistema de fuentes aplicable sólo a esos efectos jurídico civiles ARCE JANARIZ. “Constitución y derechos civiles forales”. p. 159 a 162.

3. EL DERECHO CONSUECUDINARIO.

3.1. INTRODUCCION.

Teniendo en cuenta la dicción del artículo 1 de la Compilación vigente y la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, la costumbre es fuente de gran relevancia, bien como costumbre vigente, en cuyo caso es fuente de segundo grado, preferente al Código Civil y demás fuentes de Derecho civil estatal, bien como costumbre que haya perdido vigencia como tal, pues en su calidad de tradición jurídica servirá de criterio de interpretación e integración del ordenamiento jurídico civil Balear.⁶⁵ En ambos casos, la costumbre, conforme a la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, puede devenir en un importante instrumento de desarrollo de nuestro Derecho civil especial de las Baleares.

3.2. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA COSTUMBRE.

La falta de determinación del concepto de costumbre en la Compilación de Derecho Civil de Baleares nos obliga a acudir a la tradición jurídica. Tradición que enlaza con el concepto de costumbre del Derecho canónico y del Derecho Romano Justiniano. Según este, para que un acto pueda ser considerado como costumbre es necesario que sea realizado de forma repetida en el tiempo, por un colectivo de personas y con conciencia jurídica de que dicha actuación es vinculante. Por lo tanto, la costumbre exige los elementos reconocidos en la tradición jurídica.⁶⁶ El *Ius commune*, tradicionalmente supletorio en las Baleares, enumera los siguientes elementos:

A) **LONGAIEVA CONSUECUDO.** Es el uso o elemento material de la costumbre. Se exige que sea una costumbre general, uniforme, constante y que tenga una duración en el tiempo. La apreciación de la misma deberá ser decidida por el juez en equidad. Debe ser un uso:

– general: es necesario que esa actuación reiterada lo sea por parte de un grupo de personas, por lo que un problema será la determinación del número de miembros de un grupo que son necesarios para entender que la generalidad del mismo queda vinculada por el uso, o el de si esa costumbre

65 - Sobre la doble función de la costumbre, FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 73.

66 - No se resuelve el problema acudiendo al Código Civil, bien como supletorio, bien por entenderse que la definición de las fuentes sea competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.8. de la Constitución, ya que este no contiene precepto alguno que los defina.

puede proceder de prácticas de las autoridades administrativas o judiciales que no encuentren oposición del pueblo al ser aplicadas,

– uniforme: debe reiterarse el mismo acto para producir los mismos efectos jurídicos,

– constante: debe ser repetido un gran número de veces, planteándose el problema de determinar cuántas veces debe repetirse para constituirse como tal.,

– duradero: las Decretales⁶⁷ señalan que será el tiempo necesario para formar prescripción pero no cifran el mismo en número de años, en las Partidas se exigía su mantenimiento durante 10 o 20 años, en nuestro derecho no existe precepto similar. En este sentido se ha afirmado que la costumbre no tiene porqué ser inveterada.

B) OPINIO IURIS SEU NECESSITATIS. Elemento de difícil definición. Se concibe como convicción, como sentimiento, como voluntad, o como persuasión de que una cosa debe valer como derecho, o de que el uso ya es derecho. El problema que aquí se plantea es el de la prueba de un elemento interno. La doctrina resolvió este problema considerando que este elemento no es más que la consecuencia de la reiteración de usos, ya que si la mayoría de un grupo de personas actúan de una manera en una materia jurídica determinada, es porque existe una convicción generalizada de que esa es la única conducta jurídicamente válida.

Por supuesto que, teniendo en cuenta estos elementos, debemos entender que a la costumbre deben asimilarse los usos normativos, pero no los interpretativos de una mera interpretación de voluntad, en los mismos términos que establece el artículo 1.3 del Código Civil, que es fruto de la misma tradición jurídica romanística.

3.3. REQUISITOS DE LA COSTUMBRE.

A falta de mención expresa en el Derecho Balear, para determinar los requisitos de la costumbre podemos acudir también al Derecho canónico, que coincide con la regulación contenida en el artículo 1.3 del Código Civil. Estos son:

– Que no sea contraria a la moral ni al orden público: En Derecho canónico⁶⁸ se decía que la costumbre debía ser *rationabilis*, es decir, conforme a la razón y a la verdad. Nuevamente se trata de un elemento que

67 - Decretales, cap. 11, De Consuetudine, I, 6.; y cap.50, De Electione., I, 6.

68 - Decreto de Graciano, cánones 4º, 6º, 7º, 8º y 9º, distinción 8º.

el juez debe apreciar según su leal saber y entender, que variará según el contexto histórico y social. El elemento moral no debe ofrecer problemas prácticos, puesto que viene ínsito en la propia naturaleza de la costumbre, ya que es la manifestación de la conciencia jurídica de la colectividad. En cuanto al no ser contraria al orden público, este comprende los principios generales del Derecho Balear entre los que deben destacarse los principios constitucionales, que no pueden ser burlados por la práctica de una colectividad.

– Que sea probada: las regulaciones forales de Navarra, Aragón, País Vasco o Galicia, eximen de prueba a la costumbre notoria aplicando el principio de *iura novit curia*. En la Compilación de Baleares no se hace referencia a la necesidad de la prueba de la costumbre. Aplicando supletoriamente el artículo 1 del Código Civil se exige tal prueba. En la práctica forense balear, la costumbre debe ser alegada y probada. El problema surge en el caso de falta de alegación de una costumbre conocida por el tribunal. Este tema merece ser objeto de un estudio específico, no obstante Miguel MASOT argumenta lo siguiente: la costumbre se aplica en defecto de ley aplicable, la no aplicación de la costumbre por el hecho de no haber sido alegada “abriría la puerta a los principios generales del derecho y, por lo tanto a una resolución basada en criterios de equidad que, como tales, siempre serán subjetivos y arbitrarios. Si mediante las pruebas practicadas en autos, y en su caso las diligencias para mejor proveer, resulta acreditada la existencia de una costumbre, respecto de la cual una de las partes litigantes ha practicado actividad probatoria, aunque ciertamente no la alegó en el momento procesal oportuno, soy de la opinión de que es válida la sentencia que resuelve en base a la costumbre en cuestión”⁶⁹

3.4. CLASES DE COSTUMBRES.

Existen muchas clasificaciones, pero a efectos prácticos destacaremos las que nos sirvan para concretar la eficacia de algunas que describiremos más adelante:

- Por su posición respecto de la ley pueden ser:
- *Secundum legem*. Tradicionalmente se concibe como costumbre interpretativa de la ley realizada por los que deben aplicarla. Este concepto

69 - ROSSELLO ROSSINYOL DE ZAGRANADA, Ramón y MASOT MIQUEL, Miguel. “Arrendamientos Rústicos y Aparcerías en Mallorca” y “Algunas consideraciones sobre la costumbre, en general y en el Derecho Civil Balear”. Impreso en Imprenta Mallorquina. Palma de Mallorca 1992. Depósito Legal. PM 1072-1992. Pág. 64.

debe rechazarse puesto que el juez es libre de encontrar en cada momento la interpretación más adecuada a la norma, siguiendo los criterios del artículo 3 del Código Civil. En este trabajo, al hablar de costumbre *secundum legem*, nos referimos al supuesto en que sea la ley misma la que remite su regulación a la costumbre, por lo que esta adquiere el rango normativo de aquella. En concreto, llaman a la costumbre los artículos 64.4 (sobre la sociedad rural menorquina), 66.5 (instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, tales como constitución de dote o de *escreix*, acogimiento en una cuarta parte de los milloraments, donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de confianza en Ibiza y Formentera) y 86.1 (la explotación a mayoral). En estos casos, esté vigente o no la costumbre, debemos entenderla aplicable. Con ello la prueba de la costumbre se facilita, pues basta la referencia a la misma que hagan los textos de nuestra tradición jurídica para considerarla suficientemente probada.⁷⁰

– *Praeter legem*. Es costumbre que regula materias huérfanas de regulación legal. Se admiten en Derecho Balear como fuente de segundo grado. Dada la falta de aplicación del principio de *iura novit curia* en el Derecho Balear (a diferencia de otros, como el de Navarra), se plantea el problema de la prueba de su vigencia.

– *Contra legem*. Costumbre contraria a la ley. Se plantea un conflicto entre la convicción de validez jurídica implícita en la actuación generalizada de la población y la ley que nadie aplica. No parece justo que el juez resuelva en contra de lo dispuesto por la voluntad popular espontánea, pero tampoco lo es dejar de aplicar una ley que ha sido dictada por los representantes libremente escogidos de esa voluntad popular. Para resolver este problema ante la ausencia de norma expresa en Derecho Balear, se debe acudir a la tradición jurídica y al Código Civil, que establece la prelación de la ley sobre la costumbre como fuente del derecho, (a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Navarro) así como que las leyes solamente pueden ser derogadas por otras posteriores, y no por la costumbre. Ahora bien, dicha preferencia de la ley sobre la costumbre se da sólo respecto a la ley foral, pues la costumbre foral prevalece sobre la ley estatal aunque aquella sea contraria a esta.

– Por su ámbito territorial de aplicación pueden ser costumbres generales, comarcales o locales. Las costumbres generales son normales en derecho mercantil, pero no en derecho civil, donde la costumbre suele ser local o

70 - Por el contrario, la Profesora Pilar Ferrer entiende que deben estar vigentes. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 74.

comarcal. Se plantea el problema de la aplicación de una costumbre comarcal en una localidad donde no exista constancia de la vigencia de la misma (por ejemplo, la aplicación de instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias propias de Ibiza y Formentera a Mallorca). En este caso, lo esencial es la búsqueda de precedentes y seguir el sentido de los mismos. Si situaciones similares a las localidades de la misma comarca se resolvieron de acuerdo con una costumbre diferente, es evidente la inaplicabilidad de la costumbre comarcal, en otro caso, parece factible la vigencia de esta. Otro problema es el posible enfrentamiento entre una costumbre comarcal y una local (como en los casos de costumbres en materia de servidumbres), en cuyo caso parece más conforme con la naturaleza de la costumbre la preferencia de la local, fundada en el carácter de privilegio que tiene sobre la más general. Esta fue la solución que se adoptó en la Compilación Navarra y que trae razón de ser en el Derecho canónico⁷¹.

3. EL DERECHO CONSUECUDINARIO BALEAR.

3.1. SU IMPORTANCIA HISTÓRICA.

No hace falta indagar mucho para reconocer que el Derecho Balear es esencialmente el derecho que vigente desde su petrificación en 1715 se ha mantenido e incluso modificado levemente como consecuencia de su aplicación consuetudinaria, así se reconoce en todos los textos legales, doctrinales y jurisprudenciales desde la Memoria de Pedro Ripoll i Palou. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1964 le dio el valor de fuente.

La Compilación de 1961 derogó en su disposición final primera todo el derecho civil foral balear preexistente a tal Compilación, sustituyéndolo por el contenido en la misma. La disposición final segunda estableció la supletoriedad del Código Civil en caso de lagunas de la Compilación. Ambas normas se convertían así en el acta de defunción del derecho consuetudinario balear ya que la costumbre no había sido recogida como fuente de derecho en la Compilación, por lo que las costumbres no recogidas en el texto compilado o que no hacían referencia a instituciones recogidas en la Compilación quedaban extinguidas. En este sentido se pronunció la

71 - sexto de las Decretales, cap. 11, De Constitutionibus, I, 2.

Audiencia Territorial de Palma en la sentencia nº 53 de 23 de febrero de 1985.

No obstante, dada la naturaleza de la costumbre, esta no desapareció respecto de las instituciones que la práctica mantenía vivas. Lo que realmente había ocurrido era que determinadas costumbres y tradiciones jurídicas se habían recogido en la Compilación convirtiéndose en ley, que en defecto de estas se aplicaba el Código Civil, que las instituciones consuetudinarias en desuso se extinguieron, y que las todavía en uso se conservaron como consecuencia de la remisión a las mismas que hacía el Código Civil en su antiguo artículo 6, es decir, que las costumbres no compiladas en uso solo serían aplicadas en el caso de laguna del Código Civil.

La reforma del Código Civil de 1974 no modificó este esquema, si bien sí introdujo en la regulación de la costumbre elementos clarificados previamente por la doctrina. Se exigió en el artículo que la costumbre fuera probada, no contraria a la ley ni al orden público, así como se identificó costumbre y uso normativo, no meramente interpretativo de una declaración de voluntad.

La reforma de la Compilación en 1990, introdujo en su artículo 1 un expreso sistema de fuentes en el que la costumbre pasó a ser fuente de segundo grado aplicada con preferencia al Código civil. Sus disposiciones finales primera y segunda son trasunto de las del anterior texto por lo que deben interpretarse como derogatorias de toda costumbre no compilada, sin perjuicio de la conservación de las vigentes no compiladas, que ahora se aplican con preferencia al Código Civil. Es más, las costumbres mantienen su vigencia a pesar de la disposición final primera en tanto se configuran como elemento de la tradición jurídica de las Islas, integradora e interpretadora del ordenamiento foral balear.

En este sentido la Exposición de motivos de la reforma menciona que con la disposición final primera no se pretende la derogación de las costumbres “integrantes de la tradición jurídica de las Islas, singularmente las ya referidas sobre servidumbres, arrendamientos rústicos y aparcerías”. Sigue diciendo la Compilación que “indudablemente existen fuera de la normativa de la Compilación muchas costumbres en Baleares que, por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando por consiguiente, plenamente vigentes sin que puedan considerarse derogadas por la disposición final primera de esta ley en cuanto forman parte de la tradición jurídica de las islas se integran su ordenamiento jurídico, siempre que no se opongan a los principios generales del mismo de

acuerdo con el artículo 1. Entre estas costumbres deben destacarse las referentes a servidumbres, especialmente las de medianería, arrendamientos rústicos y aparcerías, muchas de ellas de continua aplicación por los Tribunales de las Islas”.

3.2. REFERENCIAS DE LA COMPILACION A LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO.

La costumbre ha sido la fuente fundamental de conservación del Derecho civil especial balear. Las instituciones recogidas en la Compilación tienen su origen bien en instituciones de derecho romano bien en instituciones consuetudinarias, a las que han fijado con rango de ley.

Pero la recepción de la costumbre realizada por la Compilación no ha sido exhaustiva, como se reconoce en la Exposición de Motivos de la ley de modificación de 28 de julio de 1990. El reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho contenido en el artículo 1 de la Compilación cumple dos funciones: la primera es la posibilidad de creación de nuevo Derecho Balear con las salvedades constitucionales en materia civil, dando prelación a las normas consuetudinarias frente a la legislación estatal común; la segunda es la conservación de costumbres existentes especialmente reforzada por la participación de la costumbre en la tradición jurídica interpretadora e integradora de ordenamiento jurídico balear.

El artículo 1 de la Compilación en su último párrafo reconoce a la costumbre como fuente de Derecho Balear. De su redacción se derivan las siguientes conclusiones:

– Se definen las fuentes de ordenamiento jurídico balear, que son la ley y la costumbre, pero no se establece una expresa prelación entre ellas. No obstante puede afirmarse la prelación de la ley sobre la costumbre en virtud de los sistemas de fuentes tradicionales de las Islas, que anteponían los privilegios reales a las consuetuds, y en virtud de la aplicación supletoria de los artículos 1 y 2 del Código Civil.

– Los principios generales del Derecho Balear sirven de integradores para la posible recepción de Derecho civil común como supletorio. El párrafo segundo incide en este sentido de integridad de la Compilación al señalar los criterios de interpretación pero también los de autointegración, que son los principios generales del Derecho Balear y además la tradición jurídica encarnada por las leyes, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Así, sea como fuente supletoria (costumbres vigentes) o como tradición jurídica balear que permite tamizar los principios jurídicos del ordena-

miento foral (costumbres derogadas), el derecho consuetudinario balear adquiere con la Compilación de 1990 una importante relevancia.

3.3. COSTUMBRES BALEARES DEROGADAS.

Si bien es cierto que la Compilación, tanto en su redacción de 1961 como en la de 1990 derogó todo derecho escrito y consuetudinario anterior a la misma, ya hemos visto como no podían considerarse extinguidas todas las costumbres sino tan solo aquellas que hubieran caído en desuso, o aquellas contrarias a la ley, la moral o el orden público, y, en general, las contrarias a los principios del ordenamiento jurídico.

Con todo algunas de estas costumbres pueden ser de interés en tanto que son parte de la tradición jurídica de las Islas, y sirven para interpretar, integrar (en caso de que la causa de su extinción fuera el desuso) y, sobre todo, desarrollar instituciones del ordenamiento jurídico balear.

Son muchos los textos históricos que hacen referencia a costumbres en desuso y que hoy serían contrarias a la ley, la moral o el orden público. Ejemplos:

– la prescripción de tres años de las deudas contraídas con los judíos.

– el casamiento de doncella menor de 25 años contra la voluntad de los padres, o en su defecto, de los abuelos, tutores o curadores era causa de desheredación, según se recoge en el llibre de San Pere fol 185 capitol XIV.⁷²

No obstante, estas mismas justificarían que el legislador balear pudiera desarrollar el ordenamiento propio en materia de prescripción de las acciones o en materia de causas de desheredación.

Otras costumbres se extinguieron por desuso y actualmente no serían contrarias al orden público.

– hasta 1268 existió el testamento sacramental otorgado ante el Altar Mayor de la Iglesia de Santa Eulalia que debía ser adverbado por el batle⁷³.

– el censo vitalicio constituía una prestación sobre la vida natural de una o más personas, la última referencia al mismo se recoge en el artículo 23 de la Memoria de Pedro Ripoll y Palou.

– el “garriguer” era el representante del propietario en las fincas de la zona del Pariatge. Vivía en la finca en casa distinta de la del arrendatario,

72 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 22.

73 - PIÑA HOMS, Román. La creación del Derecho en el Reino de Mallorca. Palma 1987. p. 94.

que tenía obligación de mantenerle a él y a su perro. Contratava al personal encargado del cuidado del jardín y la casa. Se encargaba de la explotación de los bosques, la “garriga rasa”, la caza y las explotaciones agrícolas no arrendadas. Cobraba la renta y recogía la cal, la leña y parte de la caza. Daba cuenta al propietario al menos una vez al mes. Esta costumbre se mantuvo hasta fechas muy recientes. Con base en la costumbre del garriguer, el legislador foral podría regular la representación y el mandato.

Otras costumbres explican peculiaridades de algunas instituciones forales, por ejemplo:

– la costumbre de no admitirse el comiso del censo enfitéutico por falta de pago de la pensión se fundamenta en el privilegio de “emparar portes” reconocido por Jaime I, que consistía en la potestad del censalista de arrancar las puertas de la casa del censatario o de marcar su propiedad con una cruz para que el censatario no entrara en la finca hasta el pago de la pensión. Este privilegio fue derogado en el estilo 26 de las Ordenaciones de Arnaldo de Erill en 1344, sin embargo la imposibilidad de comiso se conservó consuetudinariamente hasta la Compilación donde se incluyó en su artículo 61.⁷⁴

3.4. COSTUMBRES VIGENTES.

3.4.1. COSTUMBRES SECUNDUM LEGEM.

La misma Compilación hace referencia expresa a la regulación consuetudinaria de ciertas instituciones en varios artículos. En estos casos la costumbre complementa las lagunas del articulado:

En el Libro de Mallorca:

– artículo 5 “La dote será siempre voluntaria y se regulará por lo establecido en al escritura de constitución y, supletoriamente, por el régimen que tradicionalmente ha sido objeto de aplicación en la isla”. El sistema dotal es un régimen económico matrimonial prácticamente desaparecido que se recoge en la Compilación a efectos prácticamente testimoniales. Luis Pascual González en “Derecho Civil de Mallorca” afirmó que la constitución de dote era rarísima en Mallorca, y más frecuente en Menorca e Ibiza. Actualmente se puede afirmar que es prácticamente inexistente. No obstante, dado el objeto de este trabajo, y a pesar de ser una institución ya en desuso, ya hemos mencionado que, al ser llamada por la ley,

74 - PIÑA HOMS, Román. La creación del Derecho en el Reino de Mallorca. Palma 1987. p. 104.

debemos entenderla vigente y aplicable. Matías Mascaró escribió:⁷⁵ “En esta isla (por Mallorca) la mujer, o aporta su patrimonio al contraer matrimonio o espera hacerlo cuando por fallecimiento de sus padres percibe su parte hereditaria. Es costumbre, sin embargo que con motivo del matrimonio, se hagan los futuros esposos donaciones del usufructo de los bienes durante la vida del sobreviviente, conservando la viuda por privilegio especial (Autentica “Hoc locum habet” liber V titulo X inserta en el Código “Repetite prelectionis”) dicho usufructo, aun cuando contrajere otro matrimonio, a no ser en el caso de que se le hubiere dejado con la condición de conservarse viuda del premuerto. En Mallorca es costumbre que el marido regale a la esposa vestidos o joyas de más o menos valor, según su posición social. Si la entrega se hace antes del matrimonio pasan a ser propiedad de la mujer, si después sólo esta tiene el uso, la propiedad es del marido, sin embargo casi siempre las conserva la mujer disuelto el matrimonio.” Luis Pascual González⁷⁶ afirma que la dote se rige por el derecho romano (Conclusión VI de la Exposición del Colegio de Abogados en 1881), a pesar de que la Memoria de Pedro Ripoll i Palou en su artículo 20, los proyectos de Apéndice de la Comisión de 1903 y 1921 y la Compilación de 1961 en su artículo 5 optaran por la regulación del derecho común. La llamada al derecho romano, debe entenderse a este como manifestación de derecho consuetudinario. Con todo, los proyectos de Apéndice de 1920 y 1949 recogieron algunas especialidades ajenas al derecho romano como son la constitución voluntaria de la dote (proyecto de 1949 y artículo 5 de la Compilación de 1961), y las recogidas en los artículos 68 a 70 del proyecto de Apéndice de 1903 y 64 a 67 del proyecto de 1920, que establecen:

– Cuando ambos cónyuges juntamente constituyesen dote a sus hijas, se pagará por mitad o en la proporción en que los padres se hubieren obligado respectivamente, con los bienes propios de cada uno de ellos. En el caso de que cualquiera de los cónyuges dotase por sí sólo, deberá imputarse a sus bienes propios lo que diere o prometiére.

– El marido puede constituir a la mujer soltera con la cual trate de contraer matrimonio aumento de la dote hasta la cuantía de una cuarta parte de esta. (Es el denominado “escreix”, institución establecida por Privilegio del rey Sancho el 8 de julio de 1316 y que era muy frecuente a principios del siglo XX). Respecto al “escreix” Luis Pascual desarrolla sus elementos y contenido⁷⁷. La donación la puede hacer el marido o el futuro esposo, pudiéndola recibir la mujer soltera que va a contraer matrimonio.

75 - MASCARÓ Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 31 y 34.

76 - PASCUAL GONZÁLEZ, Luis. op. cit. Pág. 102.

77 - PASCUAL GONZÁLEZ, Luis. op. cit. Pág. 104.

Puede otorgarse antes o después del matrimonio. Es voluntario su otorgamiento (sentencia de la Audiencia de 9 de diciembre de 1667). El “escreix” tiene un importe máximo de la cuarta parte de la dote, por lo que sólo podrá darse si ha existido dote.

– El viudo seguirá disfrutando el aumento dotal, aun después de fallecida la mujer a quien lo donó, durante toda su vida, sin que mientras tanto puedan reclamarlo sus hijos.

– Disuelto el matrimonio por la muerte del marido, la mujer adquiere durante su vida el usufructo del aumento dotal o “escreix”, que pasa en propiedad a los hijos habidos del matrimonio y en su defecto a los herederos del marido.

– La mujer casada no goza del beneficio de la opción dotal y únicamente tienen preferencia sus créditos dotales si son igualmente eficaces que los de los otros acreedores y de más antigua fecha. Para garantizar el derecho de los acreedores del marido, en caso de prodigalidad de este no puede la mujer reclamar la devolución de la dote, sin previa citación de aquellos, si por la devolución pudieran sufrir daño en sus intereses.⁷⁸

– la viuda tiene derecho a la “parte de cámara” consistente en el cuatro por ciento del valor de la dote, la dote de la mujer, su aumento dotal, el vestido de luto y una joya de la herencia marital, a tenor de lo pactado en el instrumento sponsalicio.^{79 80}

Con todo en materia de administración y disposición de los bienes dotales, la capitulación en que se constituya la dote deberá atenerse a los principios generales, especialmente respetando los preceptos constitucionales de igualdad de derechos entre los cónyuges.

– artículo 54 “La variedad consuetudinaria denominada “estatge” confiere el derecho personalísimo e intransferible de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que les afecten.

En lo no previsto en el párrafo anterior será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil sobre el derecho de habitación”. Este artículo recoge la

78 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 26.

79 - Ripoll i Palou , Pedro “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares” (de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885). p. 44.

80 - BALLESTER Y PONS, Pedro. “Las instituciones forales de Menorca. Mahón 1899. p. 35.

redacción dada por la Comisión que elaboró el proyecto de 1949. Se diferencia del derecho de habitación en que el titular del “estatge” no puede impedir el disfrute de las habitaciones al titular de la casa. Este derecho tiene su origen en la necesidad de “proteger a las hijas, generalmente menos favorecidas que los hijos en las disposiciones mortis causa, asegurándoles para el futuro un hogar o morada del que siempre disponer”⁸¹. Realmente apenas se diferencia del derecho de habitación del derecho común, pero se explica su regulación específica por la referencia que al mismo se hace en las escrituras públicas de donación y en los testamentos ya que el “estatge” se constituye normalmente por vía de legado o donación y raras veces por vía de contrato.

En el Libro de Menorca

– artículo 64 “La institución conocida en Menorca con el nombre de Sociedad Rural, comúnmente pactada entre el titular de un predio rústico y un cultivador, confiere a ambos consocios conjuntamente su representación. Ante el titular del predio y, salvo pacto en contrario, el cultivador, asume la gestión de los intereses de los familiares que con él conviven. La Sociedad Rural no se extingue por el fallecimiento de los consocios, en cuyo lugar quedarán subrogados sus respectivos acreedores. En lo no previsto en este título o expresamente establecido en el contrato constitutivo se atenderá exclusivamente a los usos y costumbres”. La sociedad rural menorquina es una institución citada por el proyecto de 1949 que en sus artículos 74 a 78 recogió algunos de los usos que la regulan. En concreto se establece en los mismos que esta sociedad agraria está dotada de personalidad jurídica, que las contribuciones y arbitrios que graven el predio o los predios se satisfarán siempre al “monto mayor”, y que será válida la estipulación por la que el titular del predio y los cultivadores, se sometan para todos los efectos de valoraciones, liquidaciones y aplicación de la costumbre, al dictamen de “estimadores” elegidos libremente por las partes.

– El artículo 65 permite aplicar a Menorca el artículo 5, que remite la regulación de la dote al pacto y en su defecto a la costumbre. En Menorca la constitución de dote solía hacerse en escritura notarial denominada “Carta”, que se otorga antes o después del matrimonio. En la Carta los padres de la novia a cuenta de sus derechos constituyen dote para sostener las cargas matrimoniales consistente en algún metálico, muebles, ropas y alhajas, inestimadas o estimadas con posibilidad de venta a voluntad de los otorgantes. El esposo se obliga a restituir a la extinción del matrimonio los

81 - MASOT MIQUEL, Miguel. “El derecho civil de Mallorca después de la Compilación” Edición de Ediciones Embat y José Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979. Pág. 523.

bienes dotales o su estimación o la mitad de la misma, y en contemplación a que su esposa es soltera, otorga a su favor un “escreix” por la mitad del valor de la dote, no superando las 300 libras menorquinas, cantidad que usufructuará la mujer que sobreviva al marido, repartiéndose la propiedad por igual entre los hijos del matrimonio y, en su defecto, entre los herederos del marido. Es costumbre que el marido acoja a la mujer en “parte de cámara” que es un beneficio que consiste en que a la disolución de la sociedad conyugal se dividan por mitad entre los cónyuges o sus respectivas herencias, todas sus ropas de lino y lana hechas durante el matrimonio, y que se suele valorar al liquidarse la herencia en un cuatro por ciento del valor de la dote. También se da la figura de la cuarta marital o derecho de la viuda pobre e indotada, entendiéndose pobre la que no puede mantener el decoro correspondiente a su situación social, a usufructuar el lecho nupcial y bienes de la herencia hasta una cuarta parte de la misma computándose en esta todo lo que el marido haya dispuesto a favor de su mujer por acto inter vivos o mortis causa.⁸²

En el Libro de Ibiza y Formentera:

– artículo 66 punto 5 “Cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y consuetudinarias, tales como constitución de dote o “escreix”, acogimiento en una cuarta parte de los “milloraments”, donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de fianza, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquellas con arreglo a la costumbre”. La cuantía del “escreix” es el cincuenta por ciento de la dote (sentencia de la Audiencia de Palma de 21 de junio de 1898). En todo lo demás la regulación de esta institución será igual al “escreix” mallorquín. Con todo José Cerdá Jimeno⁸³ señala que estos pactos son cada vez menos frecuentes.

– artículo 77 “Por el “finiquito de legítima” el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos pudieran corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquel. La cuota legitimaria renunciada acrecerá la herencia.

En lo no convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y

82 - BALLESTER Y PONS, Pedro. “Las instituciones forales de Menorca. Mahón 1899. p. 34 y 36.

83 - CERDA GIMENO, José. “revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera”. Anuario de derecho civil. Madrid 1973. pág. 852.

significado usuales en Eivissa y Formentera”. Según José Cerdá Gimeno el finiquito de legítima es cada vez más frecuente.⁸⁴

– artículo 78 “El disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o en parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad intervivos o mortis causa. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica insular”. José Cerdá Jimeno entiende que debería regularse específicamente la figura de los hijos puestos en condición.

– artículo 85 “Podrá conferirse por cualquier título el derecho de habitación consistente en el disfrute de los elementos y pertenencias comunes de la vivienda y, en especial, de una habitación independiente que cierre con llave. El disfrute de todos los mencionados elementos y habitación, salvo estipulación expresa en contrario, se entenderá que es en la medida suficiente para atender a las necesidades del titular del derecho, y su contenido comprenderá, a título enunciativo, todo lo relativo al “porxo”, cocina, cisterna de la casa y frutas frescas.” Se trata de una institución mixta entre el derecho de habitación y el derecho de uso. Se constituye normalmente en testamentos o en capitulaciones matrimoniales a favor de hijos no herederos en forma de gravamen impuesto al heredero. Su función es la de permitir a los hermanos solteros permanecer en la casa paterna o en otra especialmente designada, sin que el “hereu” les pueda privar de ello. Es frecuente en las escrituras recoger este derecho con la dicción de “habitació amb porta fora”⁸⁵. Su naturaleza consuetudinaria se manifiesta en la descripción de su contenido, en particular en la concreción de lo que es “porxo”, ya que no coincide con el concepto de porche empleado en el resto de las Islas. Según Costa Ramón⁸⁶ “porxo” es la pieza de la casa donde se realizaba la mayor parte de las tareas familiares: entrada y dependencia principal, comida, descanso, noviazgo, matanzas y fiestas familiares y velatorio.

– artículo 86 “La explotación “a majoral”, convenio agrícola pactado en cualquier forma entre el propietario y el cultivador (“majoral”), se regirá por lo convenido y por lo establecido en esta Compilación. En defecto de ello, se atenderá a los usos y costumbres insulares. Cuando una de las partes quiera proceder a la resolución del contrato ha de dar a la otra el “desví” o

84 - CERDA GIMENO, José. “revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera”. Anuario de derecho civil. Madrid 1973. pág. 852.

85 - CERDA GIMENO, José. “revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera”. Anuario de derecho civil. Madrid 1973. pág. 859.

86 - COSTA RAMON. “Derecho Foral Ibicenco”. Revista de Ibiza. nº 5. pág. 32.

preaviso, fehacientemente o con dos testigos, según la costumbre, teniendo de tiempo para ello hasta las veinticuatro horas del año en curso, debiendo el cultivador dejar la finca libre y expedita a las doce horas del día veinticuatro de junio del año siguiente”. Este artículo tiene su antecedente en el artículo 86 de la Compilación de 1961 en el que se recogía la figura de la Sociedad Rural Ibicenca, remitiéndose en su regulación a lo dispuesto para la sociedad menorquina. Esta equiparación fue criticada duramente por el notario José Cerdá Jimeno⁸⁷ al considerar que se había creado una institución que nada tenía que ver con la realidad jurídica de los contratos agrarios ibicencos. La crítica fue aceptada por la Comisión de Codificación que en la reforma de 1990 recogió la que sí era institución consuetudinaria, el contrato de explotación “a majoral”, que es en realidad un contrato de aparcería sin derecho de retracto a favor del aparcerero y con un preaviso específico en caso de extinción. Lo que se consigue con esta regulación específica del contrato de aparcería es evitar la aplicación del derecho de retracto a favor del aparcerero en caso de transmisión onerosa de la finca, establecido en la ley de arrendamientos rústicos de 1935 y confirmada por la ley de 1980, y que al ser contraria a la costumbre ibicenca había sido sistemáticamente renunciada en escritura pública por los particulares desde la entrada en vigor del reglamento de 29 de abril de 1959 que desarrolló tal ley.

El Código Civil también se refiere a la costumbre en materias que a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden ser reguladas por ley e integrarse en la Compilación:

– En los predios urbanos la medianería tiene carácter forzoso.⁸⁸ En los predios rústicos existen costumbres muy variadas según las zonas. La sentencia de la Audiencia Territorial de 23 de febrero de 1985 recoge la costumbre de Algaida de considerar que la pared divisoria de dos predios situados a distinto nivel es propiedad del dueño del predio superior ya que evita el desmoronamiento de la finca sobre el predio inferior.

– Las servidumbres de paso tienen su origen en la servidumbre de paso para visitar sepulcros que consta en la ley 12 del Digesto dictada por el emperador Antonino, (que todavía puede considerarse aplicable), que luego se extendió a todos los predios fueran rústicos o urbanos. Son frecuentes en Mallorca dada la gran división de la propiedad rústica. La amplitud del camino es de tres pies (un metro y medio) en predios rústicos y dos pies si

87 - CERDA GIMENO, José. “revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera”. Anuario de derecho civil. Madrid 1973. pág. 860.

88 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág. 419.

es servidumbre de paso ordinaria en predio rústico, cuatro pies si es de senda (para conducción de rebaños, animales de carga y carros) y ocho pies o diez en curva si es servidumbre de vía.⁸⁹ Existe el derecho de los propietarios del predio sirviente de cerrar el camino mediante barreras o vallas en cualquier punto de su trayecto⁹⁰ siempre que las doten de puertas, susceptibles de ser abiertas mediante un mero impulso humano, que permitan el ejercicio de la servidumbre por parte del titular del predio dominante, que una vez las haya cruzado, deberá volver a cerrar. Este es un derecho que tiene su origen en la necesidad de protegerlos cultivos y evitar que el ganado se escape.

Se prohíbe por costumbre plantar árboles ni arbustos a menos de tres pies de las acequias.⁹¹

No hay costumbres de guardar distancias mínimas a la hora de plantar árboles o arbustos junto a heredades. El colindante puede cortar ramas y raíces que penetren en su heredad en caso de que le perjudiquen o le impida trabajar, el dueño del árbol colindante, sea de la clase que fuere, de dentro de su finca y encima del árbol, puede coger toda la fruta que alcance. En los frutales el dueño de la finca vecina puede coger el fruto de las ramas que dan sobre su propiedad y, por regla general, todos los árboles cuyos frutos se recogen de una vez, de una pasada, como los olivos, algarrobos, nueces y robles, puede el dueño del árbol pasar al predio del vecino, una vez en tiempo de recolección para recoger los frutos que han caído en la finca colindante, en los demás árboles los frutos son del dueño de la tierra donde cayeren. Las ramas y los árboles que por efecto quebradizo caen en la propiedad del vecino, siguen perteneciendo a su dueño primitivo, pero no puede este pasar a recogerlos sin permiso del dueño de la finca en que hubiera caído. Los arrancados y transportados por la corriente de las aguas pertenecen al dueño primitivo, pero pasado un mes sin reclamarlos corresponden al dueño de la finca donde vinieron a parar.⁹²

Estas costumbres permite al legislador balear la regulación civil de la medianería, servidumbres y de las relaciones de vecindad.

La ley de aguas de 2 de agosto de 1985, regula las Comunidades de usuarios con respeto a las formas tradicionales de las mismas, constitu-

89 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 84.

90 - La Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 7 de febrero de 1973 señala que esta facultad se recoge en el artículo 388 del Código Civil y no menoscaba la servidumbre de paso.

91 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 87.

92 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 126.

yendo una Junta General, una Junta de Gobierno y un Jurado. La Junta decide la distribución del agua respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales, y el Jurado resuelve las disputas entre los regantes conforme a estas.

En materia de aguas existen costumbres procedentes de la Mallorca medieval como:

– en principio el derecho de riego surge incorporado al dominio útil de los bienes inmuebles con derecho a huerto, algibe y agua,

– la patrimonialización de los derechos de riego, independizándolos del predio al que iban incorporados cuando se crearon. La primera transmisión documentada de los mismos es de 1247. Dicha transmisión era de un derecho censal, por lo que el dueño útil podía ejercer la facultad de “fadiga” o recuperación del mismo pagando el precio pagado por el comprador en un plazo de diez días.⁹³

– esta patrimonialización se corresponde con la determinación de las unidades de medida de esos derechos que son la “fibla” (derecho de riego durante 8 horas), “la regadora” (riego una vez por semana) o el “canó” (dos medidas de riego, desde la salida del sol hasta su puesta, una vez por semana)⁹⁴.

– pago en especie de la moltura del grano en los molinos de agua; el pago se realizaba en las fiestas que había durante el año.⁹⁵

Además, existen costumbres en materia de retracto, desagüe de tejados, juegos, explotación de montes, disfrute y aprovechamiento de los bienes comunales, caza, etc.

3.4.2. COSTUMBRES PRAETER LEGEM.

En derecho sucesorio, la Compilación hace referencia a la necesidad de formación de inventario por el heredero que quiera hacer uso de la cuarta falcidia. No se hace referencia a si es necesaria la citación de legatarios y acreedores para que esté válidamente constituido. El artículo 38 sólo señala que el heredero que formalizare el inventario en fraude de acreedores perderá su derecho a la cuarta falcidia, remitiéndose a la regulación de la formación del inventario de la cuarta trebeliánica, que exige que el inventario sea judicial o notarial, pero no menciona llamamiento alguno a

93 - TUDELA VILLALONGA, Luis. “Control del agua en la Mallorca medieval”. p. 15.

94 - TUDELA VILLALONGA, Luis. “Control del agua en la Mallorca medieval”. p. 28.

95 - TUDELA VILLALONGA, Luis. “Control del agua en la Mallorca medieval”. p. 16.

acreedores ni legatarios. A diferencia de lo dispuesto en el Código Civil (artículo 1014), en Mallorca la tradición considera válido el inventario realizado sin citación de acreedores ni legatarios a efectos de percibir la cuarta falcidia. Según la Memoria de Pedro Ripoll y Palou⁹⁶ tampoco es necesaria la citación para que el heredero disfrute de los beneficios de la ley y evite la confusión de bienes, es decir, para aceptar la herencia a beneficio de inventario.

El “hereu” puede pagar la legítima en bienes hereditarios o en dinero. Si los legitimarios están en casa y en compañía del “hereu”, o en casa que le pertenezca, serán alimentados de la herencia, no corriendo intereses a favor de los herederos en contra del “hereu” por razón de su legítima. Si los legitimarios no quieren habitar con el “hereu” pueden reclamar su legítima con intereses del cinco por ciento. Normalmente se reclamaba la legítima en caso de matrimonio del legitimario, no siendo infrecuente que el pago se realizara en alodios.⁹⁷ En Menorca el derecho de los legitimarios a ser alimentados a costa de la herencia se constituyó en virtud de práctica notarial al redactar los testamentos.

Los derechos de la mujer viuda incluyen el año de luto, “any de plor” y la cuarta marital. En virtud de año de luto la mujer viuda goza durante un año después de la muerte del marido, de que los herederos del marido le provean de comer, beber, calzado y vestido a costa de los bienes del marido y en las mismas condiciones de bienestar y decoro que disfrutaba en la vida del marido, según el privilegio otorgado por el rey Sancho en 1316 recogido en el libro de Sant Pere fol 123 columna 1º y en el libro de Abelló fol 89. También gozará de la posesión de los bienes del marido en el “any de plor” y que con ellos se provea lo necesario para su vida. Después del año podrá hacer suyos los frutos de los bienes del marido hasta que se le hayan reintegrado las dotes esponsalicias, según privilegio otorgado por Pedro IV en 1351. En consecuencia, si el marido muere dejando hijos continúa al cuidado de estos la mujer así como al frente de la casa, en posesión usufructuaria de los bienes relictos. La viuda indotada, que no pueda mantener el mismo nivel de vida, adquiere en unión de los parientes del difunto una parte de bienes:

– si son descendientes con ella o en matrimonio anterior y existen más de tres es igual a la de cada uno de ellos.

96 - Ripoll i Palou, Pedro “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares”(de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885). p. 45.

97 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 182. Ripoll i Palou, Pedro “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares” (de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885). p. 22.

– si son menos de tres los descendientes la mujer adquiere la cuarta parte del caudal hereditario en usufructo con al obligación de conservarlos en favor de ellos.

– si no hay descendientes percibe la cuarta con facultad de disponer de ella.⁹⁸

Cuando muere un cónyuge corresponde al sobreviviente la mitad de todos los muebles de la cámara, el lecho, cama o tarima en que dormían cotidianamente, con la dotación, ropas y vestido de uso ordinario que usaban los esposos porque “la dona es guanya el llit”. Si vuelve a casarse debe restituirlo a los herederos del difunto en el estado en que se halle, sin abonar su deterioro.⁹⁹

Respecto al contrato de compraventa, el plazo para el ejercicio de la acción redhibitoria es de un año.

El beneficio de excusión es automático en Mallorca según se documenta en el libro de San Pere fol. 1 columna 2º.¹⁰⁰

En materia de prescripción de acciones personales, la tradición señala un plazo de treinta años¹⁰¹ y no el de quince del Código Civil.

La ley de arrendamientos rústicos sólo se aplicará en caso de falta de regulación por las Comunidades con Derecho civil propio, tanto en materia de aparcerías, artículo 106, como en los demás arrendamientos rústicos, según la Disposición Adicional primera.

En Mallorca destacan las siguientes costumbres de explotación agrícola:¹⁰²

– “rotés”: En las fincas grandes y en los terrenos de poca calidad el propietario cede verbalmente parcelas a agricultores para que estos la siembren, aren y sieguen a cambio de un porcentaje de lo recolectado. La elección de los frutos corresponde al propietario. La proporción de los frutos

98 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 22, 23 y 181.

99 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 182.

100 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 26.

101 - Ripoll i Palou, Pedro “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares” (de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885). p. 45.

102 - ROSSELLO ROSSINYOL DE ZAGRANADA, Ramón y MASOT MIQUEL, Miguel. “Arrendamientos Rústicos y Aparcerías en Mallorca” y “Algunas consideraciones sobre la costumbre, en general y en el derecho civil balear”. Impreso en Imprenta Mallorquina. Palma de Mallorca 1992. Depósito Legal PM 1072-1992. p. 14 y 38 a 44.

a que tiene derecho cada parte depende de la calidad del terreno, pero en terrenos pobres es de cinco partes para el propietario y cuatro para el agricultor.

– “gorets”: Si al entrar un nuevo apacero se le entrega la tierra con el barbecho realizado, debe devolverla en las mismas condiciones.

– “estivades”: Cesión de terrenos para siembra de pastos, y de sementeras una vez levantadas las cosechas, para la alimentación de ganado ovino.

– en las fincas de regadío sembradas de alfalfa para el consumo de ganado vacuno el arrendatario paga la renta anual equivalente a un determinado número de kilogramos de carne a precio de mercado.

– Los contratos de arrendamiento rústico se suelen otorgar por escrito en fincas grandes y verbalmente en las pequeñas. No se entiende incluido en el arrendamiento el derecho de uso del coto de caza, si existiere en la finca. El pago de la renta es anual salvo en las plantaciones de ciclo corto en que es en plazos inferiores al año. El pago se realiza en el domicilio del propietario. La fecha del pago varía pero suele ser alguna de estas: 25 de julio, 8 de agosto, 29 de septiembre, y si son huertos para siembra de verduras, el 1 o el 25 de noviembre. La duración de los contratos es de cuatro años si el cultivo es de secano, cuatro o cinco años si es de alfalfa, y un año si es de regadío. Las prórrogas se dan por los mismos plazos, sin perjuicio de la tácita reconducción. El arrendador no suele participar de los gastos y mejoras. El arrendador no interviene en la dirección de la explotación. El derecho de subrogación se suele dar mortis causa pero no intervivos. La prórroga por tácita reconducción es bastante frecuente. Existe costumbre de dar preaviso de un año para dar por finalizados los arrendamientos, en la comarca de Manacor este debe darse con ocho o nueve meses de antelación, haciéndose habitualmente en el mes de diciembre anterior a la terminación del año agrícola.¹⁰³ El acceso a la propiedad no se suele dar ya que es frecuente que el propietario indemnice al arrendatario por su renuncia a los derechos de adquisición preferente.

– “amitges”. Es el contrato de aparcería típico de Mallorca. En las fincas de cierta extensión el aparcerero y su familia viven en la finca aportando el mobiliario. El aparcerero no puede cerrar el paso de la finca al propietario. El contrato de aparcería no impide el arrendamiento de la casa por el propietario.¹⁰⁴ Se suelen excluir las zonas forestales, las de caza y alguna

103 - Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 14 de mayo de 1974.

104 - Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 19 de octubre de 1976.

parcela reservadas al propietario. El propietario suele aportar la mitad del ganado, las instalaciones fijas de regadío y a veces la maquinaria y los instrumentos de labranza. La duración es la de una rotación de cultivos, es decir, en fincas de secano cuatro años, en las de regadío menos de un año, y en fincas dedicadas al cultivo de alfalfa de cuatro o cinco años. El propietario suele percibir menos proporción de beneficios que el aparcerero pero participa más en los costes de explotación. Los gastos de reposición de arbolado, de mejoras en la finca, de alquiler de fincas contiguas para completar la explotación y los de apertura de pozos y captaciones de agua corresponden sólo al propietario. Los salarios del personal fijo los paga el aparcerero, que a veces se obliga a entregar productos en especie al propietario. Los gastos de poda del arbolado, de quitar piedras en las sementeras y los gastos del personal eventual para la recolección los pagan aparcerero y propietario. La dirección de la explotación es del propietario si el contrato se realiza por escrito, y del aparcerero si es contrato verbal. La explotación corresponde al aparcerero.¹⁰⁵ Ambos se ponen de acuerdo sobre el precio a pedir al mercader y la distribución entre ellos. El aparcerero debe avisar al propietario del día y hora en que se proceda a pesar y entregar los productos de la finca. Es normal la prórroga tácita, salvo que se proyecte finalizar el contrato, en cuyo caso se da un preaviso de un año. Los familiares del aparcerero se suelen subrogar en caso de muerte de este.

3.5. FUENTES DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO.

La prueba de las costumbres, según se deriva de la sentencias en esta materia recaídas es muy difícil, siendo fundamental la existencia de casi unanimidad en los elementos de prueba. La jurisprudencia no ha considerado suficientes informes de instituciones agrarias al considerar que no son transcripción fehaciente de fondos documentales registrados y archivados, autorizados por funcionarios encargados de su custodia¹⁰⁶, si bien sí se consideran suficientes cuando coinciden con otras pruebas que no los contradigan.¹⁰⁷

Todas las aquí expuestas se complementan mutuamente, de tal forma que ninguna excluye a las demás, y son imprescindibles para acreditar la

105 - El abandono del cultivo por el aparcerero motivado por la falta de agua para riego no es causa de resolución del contrato. Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 18 de mayo de 1982.

106 - Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1964 y de 20 de enero de 1966.

107 - Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 26 de mayo de 1980.

vigencia de la institución consuetudinaria tanto antes de la Constitución, como en el momento actual.

3.5.1. FUENTES ESCRITAS.

Son fuentes a las que se debe acudir: los textos legales y doctrinales que recogen el derecho tradicional balear, incluyendo los textos históricos y la jurisprudencia de la Real Audiencia, las recopilaciones particulares, los archivos y protocolos notariales, los documentos privados, los informes de la Cámara de Comercio, de las Cámaras agrarias, del Colegio de Abogados y de otros Colegios Profesionales, artículos en revistas y en periódicos, informes y archivos de Ayuntamientos, Consells Insulars y Conselleries, etc.

Especial atención merece la jurisprudencia, debiendo incluirse la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, pero también la llamada jurisprudencia menor, la de la Audiencia Territorial y la de los Juzgados de Primera instancia, así como las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado. En otros derechos, como el gallego, la costumbre recogida jurisprudencialmente se considera como notoria y se debe aplicar por los tribunales sin necesidad de alegación ni prueba. No parece ser este el criterio seguido en Derecho Balear, sin embargo, la sentencia que recoge una costumbre se constituye como prueba fundamental de la misma.

Es difícil encontrar jurisprudencia en materia de derecho consuetudinario precisamente por ser un derecho vivo conocido como jurídico por los particulares desde tiempo inmemorial las más de las veces. Al ser un derecho de generalizado conocimiento, también lo es de generalizada aceptación y cumplimiento, lo que explica la escasez de conflictos que se generan como consecuencia de su aplicación.

Por lo general los conflictos han surgido como consecuencia de la regulación legal de una institución consuetudinaria con un contenido distinto al de la costumbre. Tal regulación conflictiva suele ser derivada de normas estatales, como en el caso de las aparcerías, pero también de leyes autonómicas, o regionales, como en el caso de los censos.

Otra causa de la falta de jurisprudencia que verse sobre instituciones consuetudinarias no compiladas es la dificultad de la prueba de tales costumbres en la práctica del foro, derivadas en gran medida de la diversidad de regulaciones en ámbitos espaciales locales.

A este respecto sería interesante que la Compilación hubiese recogido la aplicabilidad del principio “iura novit curia” de forma expresa como lo hacen las leyes de derecho civil de Galicia, País Vasco, Navarra y Aragón.

3.5.2. FUENTES NO ESCRITAS.

En este estudio, trascendente de cara a la amplia delimitación de nuestro Derecho foral, deberían analizarse documentos notariales, encuestas o recogida de testimonios, manifestaciones de derechos por signos externos, prácticas observadas (tanto agrícolas como urbanas), cuestionarios repartidos entre las personas presuntamente vinculadas a una costumbre, entre abogados, entre juzgados, etc.

Merecen especial atención:

– la obra “Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca” de Ramón Rosselló Rossinyol de Zagrana, en la que se recogen los resultados de diversas encuestas realizadas en materia de derecho agrario mallorquín. Siendo este un encomiable precedente, hubiera sido adecuado reflejar al menos el número de encuestados u otros datos que acrediten la representatividad de las contestaciones obtenidas.

– las encuestas realizadas por el Notario Cerda Gimeno, que conserva en su archivo personal, y que resultan importantes en cuanto al derecho ibicenco y formenterense.

4. PROPUESTA METODOLOGICA PARA EL FUTURO.

La propuesta metodológica que planteo se inspira en la realizada por Miguel Singala Cerdá para demostrar la existencia de la costumbre de imprescriptibilidad de los censos. El Señor Singala dio los siguientes pasos: 1º Estudio de las ordinaciones y estilos, manuscritos y códigos originales; 2º Remisión a los Juzgados Municipales de un cuestionario; 3º Estudio de la Jurisprudencia de la Audiencia; 4º Dictamen de letrados; 5º Dictamen pericial de archiveros.

Por ser la costumbre la fuente que mantuvo vigente el derecho desde el Decreto de Nueva Planta, lo primero que se debe hacer es consultar los textos legales vigentes, lo que permite conocer el derecho consuetudinario histórico que ya ha sido positivizado.

Seguidamente se debe realizar el estudio de todos los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales de la Compilación actual para conocer el contenido de instituciones no recogidas o no desarrolladas en la regulación vigente y el porqué no se recogieron, ya que algunas de ellas obedecían a costumbres realmente vigentes. En esta fase presento este trabajo.

Muchas de estas instituciones ya no existen o se han modificado, por lo que la última fase es la de acreditar su existencia y contenido actual mediante informes, entrevistas y cuestionarios.

Las costumbres recogidas por la jurisprudencia no requieren la última fase, pues ya fueron probadas en el juicio correspondiente.

5. CONCLUSIONES.

La jurisprudencia constitucional permite al legislador balear regular por ley las instituciones consuetudinarias vigentes a la entrada en vigor de la Constitución, siempre que sigan siendo observadas actualmente o que formen parte de nuestra tradición jurídica, aunque ya no estén en uso. Las costumbres más importantes fueron recogidas en su momento por la Compilación de 1961 y se han conservado, desarrollado y modificado en el texto refundido de 1990. No obstante existen otras costumbres no compiladas, pero de las que sí han quedado vestigios escritos en nuestra tradición jurídica, así como otras costumbres no compiladas ni recogidas en escrito alguno, muchas de ellas rurales, en riesgo de desaparición, que en un futuro pueden ser objeto de regulación legal. La comprobación de la existencia pretérita o actual de estas costumbres habilita al legislador balear para elaborar una regulación actualizada de sus contenidos jurídicos, pues el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en este sentido. Por ello es conveniente la recopilación del derecho consuetudinario no compilado para evitar que el desconocimiento de costumbres en ámbitos civiles no compilados y la eventual pérdida por desuso de esas costumbres, impidan regular con normas propias tales instituciones, con lo que esas materias se regularían por el derecho común (lo cual, por supuesto, no es negativo en sí mismo). La trascendencia es todavía mayor teniendo en cuenta que la competencia legislativa comprende no sólo la conservación sino también la modificación y el desarrollo del derecho foral con el único límite de las materias reservadas “en todo caso” al Estado en el artículo 149.1.8 de la constitución.

Para acreditar la vigencia de las costumbres antes de la Constitución hemos realizado un estudio de la doctrina jurídica de las Islas que ha permitido documentar costumbres concretas. Como resultado, habiendo consultado hasta ahora tan sólo dichas fuentes escritas, podemos acreditar costumbres que permiten al legislador balear la ampliación del contenido de la Compilación incluyendo normas en materia de espiguelo, prescripción, causas de desheredación, tipos de testamento, censos, mandato y

representación, usufructo, uso y habitación, aparcería y contratos de arrendamiento rústico, sociedad civil, medianería, inmisiones, servidumbres de paso, de acueducto, de alero, de vertido de aguas, aceptación a beneficio de inventario, alimentos, acciones redhibitorias en el contrato de compraventa, fianza y beneficio de excusión.