

**BOLETÍN DE LA**  
**ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA**  
**Y LEGISLACIÓN DE BALEARES**

**III**

PALMA DE MALLORCA, 1996

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA  
Santo Cristo, 10 - Teléfono 72 22 51  
07001 Palma de Mallorca  
Depósito Legal: P.M. 1.309 - 1996

# SUMARIO

– «In Memoriam»	
D. MIGUEL COLL CARRERAS . . . . .	pág. 5
– «Seguridad Jurídica y Registro de la Propiedad»	
Discurso de Ingreso de	
D. FRANCISCO TÉLLEZ MIGUÉLEZ . . . . .	pág. 17
– Contestación a cargo de	
D. EDUARDO MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMES . . . . .	pág. 39
– «La Potestad Sancionadora de la Administración y las Garantías Constitucionales y Penales»	
D. GONZALO QUINTERO OLIVARES . . . . .	pág. 49
– «La Complicada Historia de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compilación del Derecho Civil de Baleares»	
D. TOMAS MIR DE LA FUENTE . . . . .	pág. 69
– «Rasgos de la Circunstancia Mixta de Parentesco»	
D. GABRIEL GARCÍAS PLANAS . . . . .	pág. 83
– Sentencias de la Sala de Lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Baleares . . . . .	pág. 105
– Sentencia 1/92 . . . . .	pág. 109
– Comentario a cargo de D. JAIME FERRER PONS . .	pág. 139
– Sentencia 1/90 . . . . .	pág. 149
– Comentario a cargo de D. MIGUEL MASOT MIQUEL .	pág. 161
– Sentencia 2/90 . . . . .	pág. 167
– Comentario a cargo de D. MIGUEL MASOT MIQUEL .	pág. 178
– Sentencia 492 . . . . .	pág. 191
– Sentencia 1/91 . . . . .	pág. 201
– Comentario a cargo de D. MIGUEL MASOT MIQUEL .	pág. 217



# IN MEMORIAM

(en la muerte del Ilmo. Señor Don Francisco Noguera Roig)

*Conferencia pronunciada por D. Miguel Coll Carreras, Presidente de la Academia, el 22 de Noviembre de 1995.*

El acto que vamos a celebrar es fruto de una decisión tomada con el propósito de honrar la memoria de un miembro esclarecido de la Academia. El extraordinario sentimiento que nos produjo su fallecimiento se intensificó, si cabe, al tener en cuenta que fué uno de los juristas que participaron en las tareas que hemos acometido desde el preciso instante en que nació a la vida jurídica la institución. Pero esto es lo de menos tal vez, porque la personalidad de don Francisco Noguera Roig nos deparó afecto y respeto a quienes tuvimos el honor de conocerle y tratarle con hondura a lo largo de muchos años. Era una personalidad multifacética en el ámbito del Derecho. Siempre Paco Noguera fué un hombre nacido para el Derecho. La idea del Derecho en la pluralidad de sus manifestaciones constituyó el Norte de su vida. Creo que en pocas ocasiones puede uno encontrarse con ejemplos tan significativos como el de tan llorado compañero.

Estas primeras palabras que dirijo a la distinguida concurrencia, Excelentísimos e Ilustrísimos señores, señoras y señores y compañeros en el ejercicio de las funciones jurídicas en el más amplio espectro, han de ser tomadas como introito a un recorrido que haré lo más brevemente que pueda por esas distintas facetas de la vida del desaparecido Académico. Quiero recordar, como introito también, las definiciones que se dan del Jurisconsulto, del Jurisperito, del hombre de Derecho, por varios renombrados autores. Así quiero anotar lo que dijo Savigny: que el Jurisconsulto es quien al interpretar la Ley acierta a ser órgano de la conciencia social, de modo que sabe reintegrar en todos los casos dudosos o defectuosos la universalidad del Derecho. Y San Agustín decía que el Jurisconsulto es custodio de la Justicia y el que no lo es no es nada.

La pluralidad de conocimientos que ha de tener el Jurista, la expone Iglesias diciendo que ha de espigar en la filosofía, en la religión, en la retórica, en la medicina y en la historia y solo extrayendo los perfiles en el marco de las realidades vitales podrá alcanzar el fin de su actividad que es lo que los romanos denominaban “prudentia” concepto distinto de la “sapientia”. Lo importante es poner la mirada en lo que es bueno y justo para alcanzar solución de los problemas vitales. El Jurista no coloca los fríos y rígidos esquemas doctrinales por encima de los fines y las necesidades de la vida, antes de introducir el Derecho en un cuadro de rigor lógico. Lo que interesa al Jurista es acomodar el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas. Con esto se está dando una reseña, una descripción de lo que fué Francisco Noguera.

Con vocación de Derecho desde su juventud, ingresó en la Carrera Judicial en las oposiciones convocadas en 1.935, un año antes de que estallara la Guerra Civil. Sus primeras actividades como Juez de primera instancia, en Falset, en Melilla antes, en Inca y en Palma de Mallorca después, fueron marcando una larga época. En aquellos tiempos se estaba mucho tiempo en las actividades propias de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Paco Noguera fué Juez de Primera Instancia e Instrucción del viejo estilo desempeñando uno de aquellos dos juzgados que conocimos aun en Palma de Mallorca. Y durante toda esta larga época de Juez de Primera Instancia, fué poniendo de relieve día a día a través de sus numerosas sentencias lo más noble y decisorio de su personalidad como hombre de Derecho. Para él no había, no hubo nunca, asunto pequeño, asunto despreciable, asunto que mereciera atención escasa y otros en los cuales tuviese que centrarse para que rezumara de sus decisiones, de sus sentencias, todo su saber jurídico en la línea del hombre de Derecho a que me he referido antes a través de las definiciones indicadas.

Mas tarde ya, superada la época de Juzgado pasó a la Sala de lo Civil de la extinta Audiencia Territorial de Palma de Mallorca. En esa Sala trabajó, con ahinco, con fervor, manejando una prosa muy suya en la que imperaba la claridad y en la que no se resistía a desmenuzar nunca las cuestiones que ofrecía el problema que se había sometido a su consideración, porque esto es lo que no hizo nunca Francisco Noguera: dejar de tratar todos y cada uno de los problemas que quedaban ante su vista y ante su conciencia y ante su clarividencia como consecuencia de la función revisora a la que tenía que someterse en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en la Sala de lo Civil.

Y llegó a presidirla; una Sala de lo Civil de la que los que llevamos años en el ejercicio profesional tenemos gratísimo recuerdo, y en ella, en la presidencia de la Sala de lo Civil, concluyó su actividad profesional. Pero además

durante un tiempo relativamente considerable hubo de simultanear la presidencia de la Sala de lo Civil con la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Fué cuando recién promulgada la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 27 de diciembre del año 56, al crearse Salas con esta denominación, se consideró que no en todas las Audiencias Territoriales de aquel tiempo era necesaria una Sala permanente, dotada de magistrados específicamente designados para el ejercicio de estas funciones. Y en tres de ellas, (excepción a la regla general de la creación de las Salas) que fueron Cáceres, Las Palmas y Palma de Mallorca, se implantó un régimen de transición sui generis que consistió en que se integrase la Sala de lo Contencioso-Administrativo con el Presidente de la Sala de lo Civil, que presidiría, el magistrado más moderno de la Sala de lo Civil y además el Magistrado especialista. Entonces se había inaugurado la etapa de los Magistrados de lo Contencioso-Administrativo surgidos a través de oposición en la que participaban Jueces y Fiscales y, a Palma de Mallorca se destino un Magistrado especialista (el primero fué Garcías Estartus que luego pasó al Tribunal Supremo y creo que en la actualidad debe de estar ya jubilado). Esto determinó que Francisco Noguera, con esa su curiosidad siempre despierta, ese su deseo profesional de llegar al fondo de las cosas, saltara del Derecho Civil al Derecho Administrativo, y con la misma intensidad y el mismo afecto con que le habían preocupado para resolverlos los problemas de Derecho Civil, se aplicara al Derecho Administrativo. Se enriqueció indudablemente su caudal de conocimientos y, naturalmente, el mismo estilo y la misma sabiduría que había impregnado sus sentencias en lo Civil hicieron acto de presencia en sus sentencias en la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Cierto es que había ocupado un cargo propicio para ello antes de que sucediera tal cosa, o sea antes de la prolongación de la actividad profesional de Francisco Noguera desde la Sala de lo Civil a la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Dicho cargo que había servido para ese enriquecimiento tuvo su razón de ser en el hecho de que, al promulgarse la Ley de Expropiación Forzosa de 1.954, (16 de diciembre) se crearan los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa, presididos por un Magistrado seleccionado entre los componentes de la Sala de lo Civil.

Recuerdo que el primer Presidente que tuvo el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Baleares, fué Isidro Pérez Frade, Magistrado de dicha Sala de lo Civil. Y cuando Isidro Pérez Frade, fallecido hace muchos años, pasó al Tribunal Supremo, le sustituyo en la Presidencia del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, Francisco Noguera.

En el tiempo en que Francisco Noguera ocupó dicha presidencia, tuvo ocasión de contrastar su ciencia y su estudio con una realidad importante. Fué una época en que como consecuencia de creaciones y ampliaciones en los

tres aeropuertos de Baleares, (Mallorca, Menorca e Ibiza) y de unas reformas urbanas notables que se llevaron a cabo en la Ciudad de Palma fueron numerosos los expedientes expropiatorios. Esto le dió ocasión para entrar a fondo, estudiar, percatarse de la trascendencia de estas cuestiones y evidentemente dar lugar a que su acervo de conocimientos jurídicos experimentara un notorio incremento que en este orden de cosas le sirvió después, cuando, siendo Presidente de la Sala de lo Civil, hubo de simultanear el cargo con la presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Todo esto dejó una huella importante en su quehacer profesional como miembro de la Carrera Judicial.

Pero no se contentó solo con esto, con lo que hasta aquí estoy exponiendo. Las inquietudes en el mundo del derecho de Francisco Noguera le llevaron a actuaciones a extramuros de su profesión como miembro de la carrera judicial. Sintió la llamada del Derecho Civil en un ámbito como es el Derecho Civil genuino de las Islas Baleares, lo que en otros tiempos llamábamos constantemente Derecho Foral.

Sus inquietudes en este orden de cosas se tradujeron en diversas intervenciones, en contactos continuos con los profesionales del Derecho que compartían su modo de pensar, es decir la necesidad de aplicarse al Derecho Civil de las Islas Baleares.

Voy aquí a recordar como manifestaciones concretas de esta dedicación, en primer término lo que se llamó la Jornada de Derecho Foral de Baleares. Ocurrió en 1.972, siendo Decano del Colegio de Abogados Andrés Rullán, aquí presente. Se celebró un acto que consistió en un conjunto de conferencias que tenían un doble motivo: de un lado tomar nota de que se habían cumplido diez años de vigencia de la Compilación de 1.961, y de otro lado dedicar el recuerdo que se merecía el gran Jurista y Ex Decano desaparecido Félix Pons Marqués. Se editó un libro comprensivo de las citadas conferencias, y una de ellas fué la impartida por Francisco Noguera Roig.

Su disertación tuvo por título la “Panorámica del Derecho Foral”. Hay que leerla y releerla para darse cuenta del pensamiento de Francisco Noguera, de la perfecta evocación histórica que hizo aquel día arrancando de los primeros balbuceos del Derecho en la historia en las Islas Baleares y configurando este Derecho Balear sobre la base de cinco jalones: primero la Franqueza o Carta Puebla del Rey Don Jaime I de 1º de marzo de 1.230, recién conquistada la Isla de Mallorca; segundo, el Privilegio de Gaeta, de Alfonso V el Magnánimo de Aragón de 17 de junio de .439; tercero, el Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1.715; cuarto, el Código Civil de 1.889; y quinto, la Compilación de 1.961.

Estos fueron los mojones que enmarcan el Derecho Civil de las



Islas Baleares.

Y recuerdo, (lo he releído para preparar esta intervención), lo que dijo entonces Francisco Noguera en relación con el Privilegio de Gaeta. Disponía dicho Privilegio que en nada esté sometido el Reino de Mallorca al Principado de Cataluña ni a la observancia de sus Constituciones y Usatges. La vigencia del Privilegio no ha sido discutida ni hay constancia alguna de que fuera derogado con anterioridad a la publicación del Código Civil. Ni hay base tampoco para fundar la aplicación del Derecho Catalán después de la publicación de dicho Texto. Con ello quiere dejar aclarado el Tribunal Supremo (se refería entonces a la sentencia de la que a renglón seguido trataré) que fuera del período de tiempo indicado –un siglo y medio aproximadamente– el Derecho Catalán jamás ha sido aplicable en Mallorca.

La sentencia es la que la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó el 24 de octubre de 1.964, siendo Ponente el Catedrático de Derecho Civil Don José Beltrán de Heredia y Castaño en la que se dice “que el Derecho Catalán solamente rigió en Mallorca en el período comprendido entre el 19 de enero de 1.278 en que se suscribe la llamada Concordia de Perpiñan entre Jaime II, Rey de Mallorca e hijo del Conquistador Jaime I, y su hermano Pedro III, Rey de Aragón, y el 17 de junio de 1.439 en que Alfonso V de Aragón dicta el llamado Privilegio de Gaeta”.

Expuesta en aquella ocasión por Francisco Noguera la evolución del Derecho Civil de Mallorca, aludió a la Compilación y aludió naturalmente a todas aquellas manifestaciones singulares de la Compilación que consistieron (lo sabemos todos) en la eliminación de la presunción muciana, en el expurgo de otras reglas que habían caído totalmente en desuso, en la igualación en punto a legítima entre el varón y la mujer con la implantación de la cuota en usufructo, (la cuarta marital de viuda pobre e indotada había sido suprimida) etc; y centro sus críticas en lo que había acaecido con los alodios. Muchos lo recordamos, sobre todo los que participamos en los trabajos de aquellas épocas. En punto a mejoras, el proyecto de los Juristas, o el anteproyecto que salió de Baleares, estaba encaminado a que de una manera clara se especificara que las mejoras tenían que ser eliminadas en un momento en que iba a implantarse la redimibilidad de los alodios y a emprenderse una tarea de cálculo de capitales a efectos de que se extinguiese la división de dominio útil y dominio directo y se experimentase la concentración del pleno dominio en el enfiteuta.

Constituyó un éxito aquella jornada, no hay duda de ello, y Francisco Noguera fué uno de los que contribuyeron a dicho éxito con la intervención de la que acaba de hacerse mérito.

Casi simultáneamente, se manifestó el saber de Francisco Noguera en el

orden de cosas al que me estoy refiriendo, es decir, actuaciones fuera de su profesión en sentido estricto, de su actividad como Juez, como Magistrado, en una conferencia que pronunció en el acto de apertura de los Tribunales el 15 de Septiembre de 1.971. Eran los tiempos en que se solemnizaba el comienzo del año judicial, no solamente en el Tribunal Supremo como está sucediendo en la actualidad, sino también en todas las sedes de las Audiencias Territoriales. En aquel día, el 15 de septiembre de 1.971, corrió a cargo la parte importante de dicho acto de Francisco Noguera, que pronunció una conferencia con el título “Principios que informan la vigente Ley de Expropiación Forzosa, su aplicación práctica según la doctrina legal del Tribunal Supremo”.

Se editó dicha conferencia por el Colegio de Abogados.

En dicha ocasión puso de relieve algo que siempre es muy importante en materia expropiatoria. Hay períodos en los que el interés del Estado, de las Administraciones Públicas, predomina sobre el interés privado y en otras ocasiones aunque sea excepcionalmente, se produce una situación distinta. Lo que Noguera afirmó respecto a dicho problema, fué lo que tiene que ser el Norte en una sociedad en la que se admite la propiedad privada y en la que está en vigor el art. 348 del Código Civil conectado con el 33 de la Constitución. El Norte está en los principios de justicia conmutativa, justicia distributiva, individualización, igualdad ante la Ley y objetividad.

De ahí arrancó en aquella conferencia, e hizo historia de las instituciones. Partió del Estatuto real de 1.834 y de la Ley de 1.836 que eran realmente esbozos, primeras andaduras, de un Derecho de Expropiación Forzosa en la historia jurídica española. Aludió a la ley de 10 de enero de 1879 que estuvo en vigor muchos años, la Ley de Expropiación Forzosa de la Restauración, uno de los instrumentos jurídicos tratados como leyes generales que tuvieron colisiones con el Derecho Foral cuando se decía (pienso además en la Ley de Aguas, la Ley de Minas, la Ley de la Propiedad Intelectual) que todo ese plantel de leyes de la Restauración, posteriores a la Constitución de 1.876 imperaban en todo el territorio nacional en sus facetas civiles. De la Ley de 1.879 trató Noguera como antecedente histórico, centrando su estudio en la vigente de 16 de diciembre de 1.954 profundamente innovadora. Hizo prédica de estos principios, enalteció lo que son y lo que tenían que ser los Jurados de Expropiación Forzosa que ponían término al procedimiento antiguo en que se dirimía la discordia entre los Peritos de la Administración y de los expropiados por un Perito Tercero designado por el Juez Decano a instancias del Gobernador y, sin otras intervenciones, culminaba el proceso expropiatorio con resolución de dicho Gobernador. El Jurado, fué en opinión de Noguera institución importantísima que ha dado grandes rendimientos a la vida jurídica española. Lo examinó atentamente Francisco Noguera en su

discurso y además, se refirió a algo que era verdaderamente importante y que sigue siéndolo. La fuerza del poder político da lugar a que no siempre las soluciones sean las justas y a que lo que es principal se convierta en accesorio o que la regla general que tolera una excepción experimente una inversión, de modo que la excepción se convierta en regla general contra los principios científicos y los designios del legislador. Me estoy refiriendo al sistema de expropiación por la vía de urgencia. La Ley General, y las Constituciones promulgadas a lo largo del siglo XIX, proclamaron que nadie podría nunca, ninguna Administración podría nunca, tomar posesión, convertirse en propietaria sin el pago previo de la justa indemnización o justiprecio. Este es el dogma en que están fundadas dichas leyes. Lo destacó extraordinariamente en aquella conferencia Francisco Noguera. Hay un artículo, el 52 de la Ley de 16 de diciembre de 1.954, que dice cuando puede utilizarse el sistema de urgencia, excepcionalidad a apreciar por el Consejo de Ministros en el bien entendido de que hay que razonar la excepcionalidad. Esto, desgraciadamente, en muchos casos no es así, es decir hay un uso y un abuso reiterado de la excepcionalidad con el sistema de urgencia hasta el punto de que, antes de llegar al justiprecio, mediante unas indemnizaciones empíricamente fijadas, se provoca la desposesión y el pase de la posesión y del dominio a la Administración expropiante incluso con repercusiones en el Registro de la Propiedad, al amparo de esta norma excepcional integrada en el art.52. Es decir que no está en el legislador, está en la aplicación de este artículo lo que se ha hecho y se está haciendo por parte de las Administraciones Públicas en desacuerdo con los principios rectores de la Constitución.

Todo esto lo trató muy cuidadosamente Francisco Noguera en aquella ocasión. Al recordarlo lo he de ratificar y lo he de apoyar. Francisco Noguera hombre de Derecho en lo civil y en lo administrativo, también hizo una incursión en el ámbito del Derecho procesal. Esto había ocurrido antes, en 1.962, cuando, editada en Valencia, se publicó una monografía con el título “Recurso de apelación Civil”. No fué él único autor de esta monografía, colaboró en aquella ocasión Antonio Agundez que a la sazón era Magistrado de la Sala de lo Civil de Palma de Mallorca y que después acabó su vida oficial como miembro de la carrera judicial en una Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Muy interesante también aquella monografía en la que se centró mas que nada en la intervención de terceros en el proceso civil en grado de apelación, es decir, arrancando de la base de que tiene que haber una segunda instancia en lo civil, absolutamente necesaria, de manera que un Tribunal con plena jurisdicción revise las actuaciones del Juzgado a quo. Después de esta afirmación se planteó el problema en la segunda instancia sobre quien, cómo, y de que manera se puede interponer recurso de apelación. aludió a la adhesión, pero también a la intervención de terceros.

Se mostro naturalmente decidido partidario de que así ocurriera, de que se permitiese la intervención del tercero en el trámite de la apelación en los supuestos de derechos subjetivos o intereses legítimos a proteger y que estaban desprotegidos, desamparados hasta el instante de la intervención. Lo que explicó en aquella ocasión Francisco Noguera constituye capítulo notable de su pensamiento, de su punto de vista en cuanto a esta temática, que desarrolló, como sucedía siempre en todos sus escritos y en todas sus decisiones, con el acompañamiento de una cuidada, sintetizada y analizada Jurisprudencia. Nunca Francisco Noguera, cuando dió un paso al frente como pudiéramos decir hablando con cierta vulgaridad, y sentó una conclusión, prescindíó de respaldos, es decir, cuido de la Jurisprudencia. Yo lo sé a ciencia cierta. Llevaba años jubilado y todavía se dedicaba a la lectura del Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi, y tomaba notas, y conservaba pleno conocimiento de la evolución, a través de la Jurisprudencia, de las grandes instituciones jurídico-civiles.

Hay una faceta de la vida profesional de Francisco Noguera que no he podido considerar por puro desconocimiento: la jurídico-penal. El fué Juez de Instrucción también, en los años de los Juzgados mixtos de Primera Instancia e Instrucción a la vez. Tuvo que instruir causas de muy diversa naturaleza. Estoy convencido de que el mismo interés que ponía en los demás asuntos lo aplicó a esos procedimientos penales a cuya instrucción estaba llamado por ministerio de la Ley. Lo que si me consta y esto constituye elemento cualitativo y definidor de la persona de Francisco Noguera, de su independencia, su consistencia y su solidez, es que en alguna ocasión no tuvo reparo en dictar autos de procesamiento contra personas muy calificadas en la sociedad de aquel tiempo. Estaba justificada la medida, que duda cabe, pero Francisco Noguera nos manifestó entonces esta otra vertiente de su quehacer profesional y de su extraordinaria integridad.

Llegamos al año 1.980 y se acomete la obra importante que consiste en la publicación del Tomo XXXI de los Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales, obra dirigida por el Profesor Albadalejo, en la que participamos unos cuantos con Francisco Noguera a la cabeza, volumen 1º tomo II. El primer trabajo fué encargado a Francisco Noguera. Fué la introducción; en ella puso de relieve una vez más sus profundos conocimientos en la materia del Derecho Foral de las Islas Baleares.

Evocó, en dicha introducción, tiempos pasados ya lejanos, los que discurrieron cuando la preparación de los Apéndices y el Congreso del Derecho Civil de Zaragoza. Recordó la figura de Luis Pascual González, que es un hito en la historia del Derecho Civil de Mallorca. Luis Pascual hizo una gran obra. Con el tiempo se ha agrandado su figura. Pero no se limitó

Francisco Noguera a ensalzar a Luis Pascual en aquella ocasión, dedico también su atención a los continuadores de Luis Pascual, y destacó a alguien que está aquí esta noche, como el gran continuador de Luis Pascual, el infatigable Miguel Masot, que como si se tratase de una carrera de relevos fué el auténtico Jurista que recogió de Luis Pascual el “testigo”. Alguien dijo que era el delfín de Luis Pascual. Lo cierto es que, como sabemos todos, la segunda edición del libro de Luis Pascual con adiciones y con comentarios fué publicada por el Colegio de Abogados por iniciativa de Miguel Masot Miquel.

Entonces, Francisco Noguera dijo verdades, como las dijo siempre, como las dijo en aquel entonces Luis Pascual y como las dijo quien le había sucedido en su obra. Y además nos dedicó a todos un recuerdo que yo lo quiero anotar. Al final de su trabajo se manifestó en estos términos:

“El esfuerzo que supone para los autores de la obra el haber gastado tantas horas en este empeño, hurtando muchas de ellas al obligado descanso de sus respectivos quehaceres profesionales, constituirá sin duda un motivo de orgullo para el Foro Balear y de todos aquellos que se sienten vinculados al estudio de su Derecho, de recuerdo y homenaje a los precursores del mismo y de agradecimiento de todo el Archipiélago por el patrimonio cultural que se le ha legado”.

Gran verdad.

Al llegar a 1.977, se dicta el Decreto de 23 de abril recordando una Orden Ministerial de 10 de febrero de 1.948 sobre Comisiones de Juristas en Aragón, Cataluña, Baleares, Galicia y Vizcaya, los países clásicamente conocidos como regiones de fuero. Dispuso dicho Decreto que estas Comisiones habían de actualizarse porque las Compilaciones respectivas (Cataluña año 60, 61 Baleares, luego vinieron las demás) habían de actualizarse también. En dicha época no se había promulgado aun la Constitución. Esta entraría en juego un año mas tarde –1.978–, afectaba a todos los ámbitos del Derecho y provocaba la necesidad de importantes reformas en el Derecho Civil. Era necesario un proceso de adaptación a la Constitución, que tenía que desenvolverse tanto en lo que se refiere al Código Civil como en lo concerniente a las Compilaciones de Derecho Foral. Había mas problemas, hijos matrimoniales, hijos extramatrimoniales, la igualdad de la mujer, etc. Toda una serie de cuestiones que tenían que provocar la necesidad de una labor seria de adaptación de todos los instrumentos jurídicos-civiles del país a las nuevas reglas de la Constitución. De aquí la pertinencia de que estas Comisiones se constituyeran o reconstituyeran. Se constituyó la de Baleares, que inició su quehacer en una época en que todavía no se había experimentado una transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma. Por esto los

primeros pasos de la Comisión se dieron en una relación de dependencia del Ministerio de Justicia. Pero después nace el Consejo General interinsular, en la llamada preautonomía de las Islas Baleares, y sobreviene una delegación de competencias en este orden de cosas, porque la primera manifestación de tránsito de competencias fué en el orden Jurídico-Civil, en armonía con la tradición y en aras de la singularidad dentro del Ordenamiento Jurídico-Civil General del país. La Comisión, primero dependiendo del Ministerio de Justicia, después del Consejo General Interinsular, acabó adscrita al Gobierno de la Comunidad Autónoma, una vez promulgada la Ley Orgánica generadora del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. Su Presidente fué Francisco Noguera Roig.

Y qué os he de decir de los trabajos de varios años, en el seno de esta Comisión. Algunos de los que aquí están presentes, que participaron en ella, lo tienen perfectamente recordado. Creo que para todos constituyó una etapa importante de nuestras vidas jurídicas. Y un día 11 de noviembre de 1.985 concluyeron las tareas y fué entregado el proyecto al Presidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma. Vale la pena recordar que en momentos iniciales se discutió sobre si nuestro trabajo había de ceñirse a la adaptación de la Compilación del 61 a la Constitución, o de si tenía que ser mas ambiciosa la tarea, de modo que se aprovechara la oportunidad para introducir los retoques necesarios en razón de ciencia y experiencia. Al final, prevaleció esta segunda fórmula. Naturalmente, el trabajo aumentó, porque una adaptación a las reglas constitucionales hubiera sido evidentemente algo mucho más sencillo que lo que fué el entrar a fondo en la Compilación, tratar de que algunas de sus instituciones simplemente delineadas en ella, adquiriesen corporeidad, robustez, fueran dotadas de un mayor contenido, de unas reglas mas precisas, y de que otras fueran reestructuradas con propósitos de mejora. En la magnífica exposición de motivos que precedió al proyecto presentado se explicó abundantemente cuales fueron los nortes, los principios rectores del quehacer de la Comisión que desembocó en lo que hoy es el Texto refundido de la compilación de Derecho Civil de Baleares, publicado y aprobado en 1.990.

Francisco Noguera nos presidió una y otra sesión durante varios años y siempre su consejo y asesoramiento sabio estuvieron presentes en las muchas intervenciones que se produjeron, con diálogos vivos, con discusiones. Es un período que recuerdo con extraordinario cariño, con Paco Noguera presidiendo y dirigiendo las deliberaciones.

No pongo punto final con lo dicho a la vida, a la historia vivida como hombre de derecho de Francisco Noguera, porque cuando hace unos años, el Colegio de Abogados decidió crear la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares con una composición enfocada a que

tuvieran cabida en el grupo de Académicos que constituyó el núcleo inicial las distintas profesiones o estamentos jurídicos, se pidió al Tribunal Superior de Justicia de Baleares que propusiera un Magistrado, y el Magistrado que se propuso fué don Francisco Noguera Roig.

Esto sucedió en un tiempo en que había concluído su actividad en la carrera judicial. Estaba jubilado, pero seguía considerado como hombre de Derecho con una capacidad de actuación importantísima, tanto por el Tribunal Superior de Justicia como por el Colegio de Abogados.

En estos años (pocos años) en que ha venido funcionando la Academia, haciendo lo que se ha podido, Francisco Noguera ha estado con nosotros con entusiasmo y dedicación. Declinaban sus facultades últimamente, pero él no se rendía. Mientras pudo asistió a las sesiones. Quería estar aquí con nosotros, quería oírnos, quería por lo menos captar criterios y si él podía añadir algo no vacilaba en hacerlo. Todo eso es necesario que se recuerde por aquellos que fueron amigos, compañeros de Francisco Noguera y aquellos que sin serlo han oído hablar de Francisco Noguera, porque no es corriente que en la vida sean muchas las personas adornadas con sus virtudes.

Le premiaron con altas condecoraciones de la Orden de San Raimundo de Peñafort, mas estoy seguro de que el mayor premio fué para él la íntima satisfacción del deber cumplido y el mantenimiento de una conciencia clara y limpia. Nunca fué soberbio, jamás hubo en su conducta manifestaciones de esa Autoridad que para muchos estriba en la exteriorización del poder mediante gestos y palabras. Fué hombre humilde, profundo, cristiano, amante de su familia, amigo de todos, dispuesto a hacer favores, con desprendimiento y con cordialidad.

El acto de hoy se ha limitado a esto, sencillamente, a explicar quien fué Francisco Noguera.

Muchas Gracias por la asistencia.





# SEGURIDAD JURIDICA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

**FRANCISCO TÉLLEZ MIGUÉLEZ**

REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

## **PREAMBULO: SISTEMATICA DE ESTA CONFERENCIA**

Para el mejor entendimiento de esta conferencia, me parece necesario exponer en síntesis, el orden en que se formulan sus diferentes temas y la razón de este orden.

Nos referimos primero a la seguridad jurídica como principio constitucional y al precedente de este principio en el Código Civil de 1889.

Después, lo que es este principio para la doctrina.

Analizamos seguidamente como es en la Constitución de Cádiz de 1811 en la que en realidad nace este principio, que el C.C. desarrolla y que ahora proclama nuestra Constitución.

Y la influencia que la Constitución de Cádiz tuvo en la promulgación de las leyes Desamortizadoras y Desvinculadoras que pusieron en circulación cuatro quintas partes de la propiedad, e hicieron necesaria y urgente la promulgación de la L.H. de 1861 que precedió a toda la ingente labor codificadora de los insignes juristas del siglo XIX.

Después, exponemos los principios hipotecarios para analizar como proyectan la seguridad jurídica en el Registro de la Propiedad.

Y terminamos con los efectos de la seguridad jurídica proyectada por el Registro de la Propiedad, la transcendencia que tuvo la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, a la que nunca hemos rendido el debido homenaje, con un ligero examen de las nuevas figuras jurídicas que surgieron como

consecuencia de aquella Ley y de las sucesivas reformas hipotecarias, obra de la doctrina y de la jurisprudencia, de la Dirección General de los Registros y Notariado y del Tribunal Supremo.

**-I-**

## **LA SEGURIDAD JURIDICA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL**

### **1º.- La Seguridad Jurídica en la Constitución**

El Preámbulo de la Constitución de 1978 en su comienzo manifiesta la voluntad de la Nación Española de establecer la justicia, la libertad y la seguridad.

Esta importante declaración es promulgada como norma en los artículos 1 y 9 de la misma.

En el artículo 9 se dice que la libertad y la justicia junto con la igualdad y el pluralismo político se configuran como valores superiores del ordenamiento jurídico que el Estado social y democrático de Derecho propugna.

En el artículo 9.3 la seguridad jurídica forma parte del enunciado de principios que la Constitución garantiza, con las siguientes palabras: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Estos principios, que proclama el artículo 9.3 de nuestra Constitución, como dice Oscar Alzaga, son de naturaleza formal, con excepción de la seguridad jurídica, que es el principio básico y fundamental del que dimanar los restantes: legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad.

### **2º.- La Seguridad Jurídica en el Código Civil**

Ahora bien, es lo cierto, que con anterioridad a la Constitución de 1978, en el título preliminar del Código Civil, se proclamaban los siguientes principios todos ellos expresión del de seguridad jurídica:

1.- El principio de publicidad y de publicación de las normas recogido en el artículo 2, que se complementa con el 29 de la Ley de Régimen Jurídico

de la Administración del Estado de 26-7-1951 que exige también la publicación de los Decretos y demás disposiciones administrativas para que produzcan efectos jurídicos. Y al que acompaña el de “vacatio legis” o de entrada en vigor de la norma en la fecha que cada disposición establezca o, en su defecto, a los veinte días de su completa publicación.

2.– El principio de continuidad o de permanencia de la vigencia de la norma hasta su derogación por otra posterior con el alcance que expresamente se disponga, exigencia que en la práctica no se observa al utilizarse, como fórmula de estilo la que dispone la derogación de la Ley anterior “en cuanto se oponga a la presente” expresión que en verdad no contribuye a la seguridad jurídica.

3.– El principio de obligatoriedad y de eficacia general de la norma contenido en los artículos 2 y 6 sin que pueda prevalecer la ignorancia de la ley, ni la exclusión voluntaria de la ley aplicable, ni la renuncia de los derechos en ella reconocidos que contraríen el interés, el orden público o que perjudiquen a terceros.

4.– El principio de las fuentes y de la jerarquía normativa establecido en el artículo 1 y también el 23.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

5.– El principio de la no retroactividad de las leyes “si no dispusieren lo contrario”.

Es este principio al que refiere el artículo 9.3 de la Constitución cuando proclama la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en expresión no afortunada por que, para la seguridad jurídica es fundamental reconocer el principio del derecho adquirido. Y el no reconocerlo es fuente de inseguridad.

Este principio, aceptado en la formulación general de las disposiciones transitorias del Código Civil queda hoy reducido a una referencia inconcreta de la irretroactividad que ha dado lugar, por su imprecisión, a las sentencias, del Tribunal Constitucional del 29 de Julio de 1986 y 1 de Junio de 1987, sobre el tema de la jubilación anticipada, que diferenciaron el derecho adquirido de la expectativa. Y la anterior del 20 de Julio de 1981 que se pronuncia sobre el alcance de la retroactividad.

### **3º.– La Seguridad Jurídica en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

El Tribunal Constitucional, en esta sentencia de 20 de Julio de 1981, dictada en el recurso de inconstitucionalidad, 38/81, en materia tan importante para la seguridad jurídica como la irretroactividad, establece la

siguiente doctrina “que el ordenamiento jurídico por su propia naturaleza se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado, ordena relaciones de convivencia humanas y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento. Pero difícilmente una norma puede evitar que la regla del futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes. El tenor del artículo 2.3 del Código Civil no exige que la norma nueva expresamente disponga la retroactividad sino que ordena que sus efectos alcancen a tales situaciones, pero la retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales que no se confunden con los llamados derechos adquiridos, expresión no utilizada por la Constitución y cuya defensa a ultranza no casa con la filosofía de esta, ni responde a exigencias acordes con el Estado Social y democrático de Derecho que proclama el artículo 1 de la Constitución, porque esa teoría, sigue diciendo el Tribunal Constitucional que obliga a la Administración y a los Tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no conviene al Legislativo ni al Tribunal Constitucional cuando defiende el ordenamiento como interprete de la Constitución. El principio de retroactividad del artículo 9.3 en cuanto a las leyes conviene sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales como los derechos fundamentales del Título I. Fuera de ello, nada impide constitucionalmente que el legislador dote a las leyes del ámbito de retroactividad que considere oportuno.

La imprecisión que ello supone, esta diferenciación entre el derecho adquirido y la expectativa, ha dado lugar a Leyes como:

La 20/1982 de 9 de Junio, sobre incompatibilidades en el sector público.

La 53/1984 de 26 de Diciembre sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La 30/1984 sobre medidas para la reforma de la Administración Pública que incluye la jubilación anticipada de funcionarios.

La aplicación de este principio de seguridad jurídica corresponde, en el orden jurisdiccional al Tribunal Constitucional y a los Tribunales de Justicia en sus distintas jurisdicciones, civil, penal, contencioso administrativa y laboral.

El Tribunal Constitucional es el interprete supremo de la Constitución y sus sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad tienen valor de cosa juzgada, vinculan a todos los Poderes Públicos y producen efectos generales desde su publicación.

Su doctrina tiene además virtualidad correctora en la jurisprudencia de los Tribunales recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional.

Los Tribunales de Justicia, por imperativo constitucional ejercen exclusivamente la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Y controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.

El principio de seguridad jurídica en lo que se refiere al tráfico jurídico inmobiliario tiene su base y fundamento en dos instituciones más que centenarias: la Notaría y el Registro de la Propiedad.

Sobre estas dos instituciones y como las mismas constituyen la salvaguardia de la seguridad jurídica de tráfico inmobiliario volveremos al final de esta conferencia.

Ahora, antes de entrar en el siguiente tema de la misma: la Seguridad Jurídica y su antecedente en la Constitución de Cádiz de 1811, expondremos las distintas posiciones doctrinales sobre la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

#### **4º.- La Seguridad Jurídica en la doctrina sobre el Tráfico inmobiliario.**

Jose Maria Chico distingue:

El principio romano, de seguridad en el derecho, de seguridad jurídica que atañe al derecho tal cual es, en todo su contenido propio y que se basa en el principio de que nadie puede transmitir un derecho que no sea suyo.

El principio germánico, de seguridad en el tráfico jurídico, que impone la situación registral frente a la real.

El principio de seguridad económica o subsidiaria, que lleva consigo el concepto de indemnización y no asegura la titularidad del derecho, sino el valor que el derecho tiene en caso de despojo del mismo, convirtiendolo en indemnización: aval, fianza seguro. Y por tanto no asegura titularidades, sino indemnizaciones.

Vallet de Goytisolo distingue las siguientes clases de seguridad jurídica:

1.- Seguridad jurídica plena, que se refiere fundamentalmente al Derecho tal cual es, en todo su contenido propio, y que se mueve, no en el campo de los valores, sino, en el de las titularidades de derecho.

2.- Seguridad económica o subsidiaria, que atañe al concepto de indemnización. Esta seguridad no garantiza la titularidad del derecho, sino el valor que el derecho tiene, convertido en indemnización en caso de despojo. Sus manifestaciones son la garantía real en funciones de seguridad: el aval, la fianza, el seguro, etc.

Vallet de Goytisolo dentro de la seguridad jurídica plena distingue la doble dimensión que ésta puede revestir: la estática, que se presta a favor de quien sea propietario o titular de otro derecho, o bien del poseedor no propietario. Y la dinámica a favor del adquirente de la plena propiedad de una cosa o derecho limitado sobre ella.

La anterior clasificación enlaza con la que formula EHREMBERG, entre seguridad estática o seguridad de los derechos y seguridad dinámica o seguridad del tráfico jurídico. En expresión de este autor, las mutaciones jurídico reales en la esfera patrimonial pueden, teóricamente, aparecer regidas por dos principios contrapuestos, en el sentido de que cada unos de ellos solamente podrá alcanzarse a costa del sacrificio del otro.

Segun EHREMBERG, la seguridad estática o seguridad de los derechos exige que no pueda producirse una modificación desfavorable en la esfera patrimonial de una persona sin que concurra su voluntad. Mientras que la seguridad dinámica o seguridad del tráfico jurídico requiere que una modificación favorable en tal esfera no pueda quedar sin efecto para ella en virtud de circunstancias que la misma ignore.

La seguridad jurídica requiere la llamada Seguridad Preventiva del documento publico por cuanto el documento privado carece de autenticidad por no presenciarse ningun funcionario público y tan solo adquiere valor auténtico mediante el reconocimiento judicial y tampoco es integro como se deduce del artículo 1230 del Código Civil.

El documento público además de ser integro y auténtico ofrece la posibilidad de ser medio de prueba, tiene valor ejecutivo y es el vehículo preciso para lograr, por su inscripción registral, la seguridad plena del tráfico jurídico.

El principio de seguridad del tráfico jurídico tiene como fundamental principio el de publicidad basada en la presunción legal de veracidad de los asientos y en la integridad de los mismos, lo que provoca que el adquirente, que reúne ciertos requisitos, se configure como tercero, protegido en su adquisición, de tal forma que puede llegar en determinados casos, a una auténtica adquisición, o liberación de cargas, “a nom domino” con la correlativa extinción de derechos, jurídicamente perfectos, pero que se extinguen por no haber accedido al Registro.

La inscripción es voluntaria pero declarativa.

El Registro recibe el derecho ya constituido y a través de su inscripción le concede el valor de ser oponible frente a todos.

La adquisición realizado por el tercero deviene inatacable si cumple determinados requisitos.

Para lograr así la seguridad del tráfico jurídico.

Frente a este principio fundamental, el de publicidad otros de naturaleza más formal:

El de prioridad, consecuencia de aquel.

El de tracto sucesivo, enlace de titularidades.

Sobre estos y otros principios hipotecarios volveremos al estudiar el tema relativo a la influencia que estos principios tienen en la Seguridad Jurídica.

Pero antes se plantea como tema de esta conferencia el siguiente:

## **-II-**

### **LA SEGURIDAD JURIDICA Y SU ANTECEDENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE CADIZ DE 1811 POR CUANTO ES EN ESTA CONSTITUCION DE LA QUE NACE EL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURIDICA.**

Como dice Mezquita del Cacho la verdadera construcción de la seguridad jurídica comienza en el siglo XVIII por un lado con el Utilitarismo filosófico y muy particularmente con su formulación jurídica por Bentham. Y por otro, por la influencia de la Ilustración.

La Revolución Francesa hizo revivir intensamente la consideración de las nociones fundamentales del Derecho que Montesquieu había analizado en su obra “Del Espíritu de la Ley”, cuando desarrolla su celebre trilogía de Poderes: Legislativo, Ejecutivo, y Judicial. Y dice “que no hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo y del Ejecutivo”.

Y lo proclama en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando, en su artículo 16 dice que “... toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los Derechos carece de Constitución.

Estos principios se reflejan en España en la Constitución de Cádiz de 1811, que promueve la Revolución pacífica mas ingente y global en la transformación de la sociedad española, en cuanto por la misma se procede a:

1º.- Convertir un Estado de monarquía absoluta en un Estado Constitucional, donde el subdito tiene derechos y garantías frente al Estado.

2º.- Limitar el poder del Estado y consagrar las libertades individuales de la persona frente a cualquiera, incluido el Estado.

3º.– Establecer la división de los poderes y crear los jueces constitucionales, que no sólo aplican la ley en los conflictos entre particulares, sino que controlan y sujetan a la legalidad las actuaciones de los órganos administrativos.

4º.– Crear las leyes por las que debe regirse la Administración, tanto en su función de policía como de expropiación, como tributaria, etc: que a partir del Estado Constitucional ha de sujetarse al Derecho.

5º.– Separar el poder legislativo del poder de la Administración, de modo que, creada una ley para que la Administración actúe, debe sujetarse a ella, y poder controlar la legalidad de los actos de la Administración.

6º.– Establecer el principio de la igualdad de todos los españoles ante la Ley, y todos ante los mismos jueces y Tribunales, de modo que lo que está prohibido para un particular está prohibido para todos, sin distinción de clases.

Esto supuso la desaparición de los fueros de la nobleza, de los gremios, etc.

7º.– Y establecer las condiciones sociales en las que este marco de libertad e igualdad que potenciara la iniciativa individual de las personas fuera eficaz, en todos los ámbitos sociales, desde la normativa para el ejercicio del voto hasta la creación de las instituciones jurídicas al servicio de la sociedad, pasando por la codificación y clarificación de las leyes.

8º.– Estableció la libertad de imprenta.

9º.– Y suprimió la Inquisición o Santo Oficio que ya languidecía y que en aquel momento tenía vacante el cargo de Inquisidor General.

En resumen, el siglo XIX es el siglo de la revolución social que inicia la Revolución Francesa y cuyas ideas se reflejan en España en la Constitución de Cádiz de 1811.

Es el siglo de las libertades individuales y es el siglo de la libertad de la propiedad.

En el año 1811, más de la mitad del territorio español estaba en manos de Ayuntamientos, de Parroquias, de Iglesias, de la Corona, etc., que se limitaban a cobrar rentas y no tenían interés en revalorizarlo.

Y el resto de la propiedad en manos de las grandes familias estaba vinculada a los primogénitos que no podían venderla, sino solo disfrutarla para que pasara al siguiente, desvalorizada también.

Y en cuanto a la que quedaba, estaba sujeta a censos, gravámenes e hipotecas seculares y afectada a la defensa de la dote de las esposas y la responsabilidades de los hijos menores.



Únase a ello que había señoríos feudales, con potestades y privilegios sobre sus vasallos, y que la mentalidad de la nobleza luchaba por la conservación de estos privilegios.

### **-III-**

## **LA CONSTITUCION DE CADIZ Y SU INFLUENCIA EN LA PROMULGACION DE LAS LEYES DESVINCULADORAS Y DESAMORTIZADORAS.**

La Constitución de Cádiz, como hemos expuesto liberaliza la propiedad, y es claro que es por la influencia de sus principios por lo que se promulgan las leyes desamortizadoras y desvinculadoras que ponen en circulación cuatro quintas partes de la propiedad.

Como dice la Rica, el Estado entrega a los particulares, mediante las leyes desamortizadoras una ingente masa de propiedad, antes poseida por las llamadas manos muertas.

Son las llamadas leyes desamortizadoras de Mendizábal del 19 de Febrero de 1836, y 29 de Julio de 1837, sobre los bienes del clero regular y secular.

Y la ley desamortizadora de Madoz, del 1 de Mayo de 1855.

Con todas ellas se ponen en circulación cuatro quintas partes del territorio nacional, y se impone la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861.

Nunca mejor dicho, que la necesidad de las leyes precede a la promulgación de las mismas.

En el preambulo del Real Decreto del 8 de Agosto de 1855, se dice con una repetición casi constante, “que pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que las Leyes Hipotecarias... Que ante la demora de la publicación del Código Civil, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio.”

Esta Ley Hipotecaria de 1861, para Angel Sanz, la Cruz y Sancho tiene influencias germánicas y latinas.

Para Nuñez Lagos, se inspira en la Ley Belga de 1851, recibiendo una influencia germánica indirecta.

En su primera fase, la Legislación Hipotecaria tiende a la protección de los acreedores hipotecarios, y es después, cuando el sistema se consolida, que protege claramente a los adquirentes del dominio.

Pero antes de entrar en este tema, conviene que reiteremos el que a continuación se enuncia.

- IV -

**LAS LEYES DESVINCULADORAS Y  
DESAMORTIZADORAS Y SU INFLUENCIA EN  
LA PROMULGACION DE LA LEY HIPOTECARIA**

Esta influencia ha sido expuesta anteriormente, y baste decir que la Ley Desamortizadora de Madoz del 1 de Mayo de 1855, precede en tres meses al Decreto del 8 de Agosto del mismo año, que ordena la redacción de la Ley Hipotecaria.

Puede decirse que antes de estas leyes, consecuencia de la Constitución de Cádiz, existían las Contadurías de Hipotecas, y que aún antes, los procuradores de las Cortes de Toledo, en el año 1539, solicitarón a Carlos I y a Doña Juana “que en cada ciudad, villa o lugar donde ouire cabeça de jurisdicción, aya una persona que tenga un libro en que se registren todos los contratos de las qualidades dichas, y que no registrándose dentro de un término no hagan fé, ni se juzgue conforme a ellos ni por ellos sea obligado a cosa alguna ningun tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor, y que el tal Registro no se muestre a ninguna persona, sino que el Registrador pueda dar fé si ay o no algún tributo o venta anterior a pedimiento del vendedor”.

Pero es cierto también como dice Francisco Mesa, que la Real Pragmática de 1539, consecuencia de estas Cortes, no tuvo aplicación y transcurrieron más de dos siglos, cuando, concretamente por Real Pragmática del 31 de Enero de 1768, se crearon los llamados Oficios de Hipotecas, después Contadurías de Hipotecas, que constituyeron un mero registro de gravámenes.

Fue pues en realidad la liberación de la propiedad por la promulgación de las leyes desvinculadoras y desamortizadoras, consecuencia de la Constitución de Cádiz de 1811 las que contribuyeron decisivamente a la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, obra de insignes juristas, que las Cortes aprobaron por unanimidad y que por su urgencia precedió al resto de los Códigos: de Comercio y Civil, a las Leyes Procesales, a la del Matrimonio Civil y a la del Registro Civil, obra todo ello de la labor codificadora de estos eminentes juristas del Siglo XIX.

Y es que en realidad, la necesidad impuesta por las Leyes Desamortizadoras y Desvinculadoras obligó, repetimos, a la promulgación de la Ley

Hipotecaria, porque antes de estas leyes, no se sintió esta necesidad y eso explica que transcurrieran mas de dos siglos desde la Pragmática de 1539 hasta la de 1768, ya que a la nobleza endeudada nunca interesó la actuación de aquel Registro que con tanta precisión definieron las Cortes de Toledo de 1539. Y sobre todo porque sin una propiedad libre no se sentía esta necesidad.

- V -

## **LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS PROYECTAN LA SEGURIDAD JURIDICA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

Los principios Hipotecarios constituyen las normas básicas de un determinado sistema registral.

Bien podemos decir, que el sistema registral español es de los más perfectos.

Con Jose Manuel García García enunciamos los siguientes:

### **Principios hipotecarios que se refieren a los efectos de la inscripción:**

#### **a) Principio de inscripción.**

Es el principio que determina el valor de la inscripción respecto a la constitución, transmisión, modificación o extinción del derecho real inmobiliario. El derecho real tiene la nota de absolutividad o eficacia erga omnes, a diferencia del llamado derecho personal. Esa eficacia erga omnes exige que todo el mundo pueda conocer el contenido, duración y particularidades de los derechos reales. El instrumento tecnico y legal para tal cognoscibilidad es la publicidad que brinda el Registro de la Propiedad a través de la inscripción. De ahí que la inscripción sea fundamental para la plena eficacia erga omnes de los derechos reales.

Esta es la materia del principio de inscripción. Sin embargo, existen diversos grados, según los sistemas y según las situaciones jurídicas dentro de cada uno, en relación con el principio de inscripción.

En algunos sistemas la inscripción es constitutiva, como regla general, pues sin ella no nace ni tiene existencia el Derecho real inmobiliario (sistemas alemán, suizo, austriaco). En otros sistemas, como en el español, solo hay algunos supuestos en que la inscripción es constitutiva, los casos de la hipoteca y del derecho de superficie, y en otros la inscripción puede decirse

que tiene cierto valor constitutivo, pero actuando de modo diferente a los dos supuestos anteriormente señalados., Así, por ejemplo, respecto a las adquisiciones realizadas por extranjeros en zonas de interés para la defensa nacional, la inscripción es más bien condicionante, y tratándose de los actos jurídicos realizados sobre fincas de reemplazo, en concentración parcelaria, la inscripción determina la posibilidad de ejercicio de acciones y su admisión por los Tribunales y organismos.

Aun en los casos en que la inscripción no es constitutiva, actúa como conformadora o configuradora de la plena eficacia del derecho real en su actuación respecto a terceros y, por tanto, en la configuración de su absolutividad o plena eficacia conformadora, configuradora o constitutiva respecto a esos terceros.

#### **b) Principio de legitimación registral.**

Este principio, consagrado en los artículos 38, 97 y 1, párrafo 3°, de la Ley Hipotecaria, es aquel en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces, y como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico jurídico y en el proceso como tal titular.

#### **c) Principio de inoponibilidad.**

Es aquel según el cual el título no inscrito no puede ser opuesto ni perjudicar al título inscrito. Su formulación esencial está contenida en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, coincidente con el artículo 606 del Código Civil. Son preceptos concordantes con el artículo 32, entre otros, el artículo 13 de la Ley Hipotecaria: los artículos 1.437, 2°, 1526, 2°, y 1549 del Código Civil: y artículo 5, párrafo 3° de la Ley de Propiedad Horizontal.

#### **d) Principio de fé pública registral.**

Este principio fundamental dentro de nuestro sistema hipotecario convierte en inatacable la adquisición realizada concurriendo los cuatro requisitos que enumera el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este precepto contempla al tercero de la fé pública registral, frente al artículo 32 que contempla al tercero de la inoponibilidad.

#### **e) Principio de prioridad.**

Según este principio, el título que primeramente ingresa en el Registro de la Propiedad tiene una eficacia excluyente o preferente, según los casos sobre el título que no haya ingresado en el Registro o lo haya hecho después, en los términos que expresa el artículo 17 de la Ley.

#### **f) Principio de usucapión secundum tabulas.**

Recogido en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, su importancia radica en

que en virtud de aquél, la inscripción es considerada como “justo título”. No se trata de una presunción iuris tantum, sino de una equiparación con el título, iuris et de iure. Aparte de ello, existe el requisito complementario de la presunción de posesión, con todos los caracteres que a éste respecto establece el citado artículo 35, que se adentra en el campo de la presunción iuris tantum.

### **g) Principio de limitación de la usucapión contra tabulas.**

Se parte de la base de que tanto la usucapión como la publicidad registral tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica. De ahí que la solución al conflicto que pueda plantearse entre ambas instituciones haya de hacerse teniendo en cuenta una serie de consideraciones, sin que se pueda pretender que prevalezca en todo caso una sobre la otra. Así, este principio tiende a señalar los límites de la usucapión contra tabulas, respecto al tercero que adquiere confiado en los asientos del Registro. Tiene su regulación en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

Este principio es diferente del denominado de fe pública registral, pues aunque toma como referencia al tercero del artículo 34, añade dos requisitos más para su protección, que no aparecen en el artículo 34, lo que ha llevado a algún autor a denominar al tercero del artículo 36 como “tercero pluscuamperfecto”.

En síntesis, lo que pretende el artículo 36 es proteger al tercero hipotecario frente a la usucapión y para llegar a una solución digamos que más equitativa, exige algunos otros requisitos al tercero que esta en conflicto que la usucapión de otro.

## **II. Principios hipotecarios que se refieren a los requisitos para la práctica de la inscripción.**

### **a) Principio de rogación.**

Es aquel principio según el cual para que el Registrador pueda iniciar su actividad es precisa una petición, instancia, solicitud o rogación. Es la regla general dentro de nuestro sistema hipotecario, teniendo su manifestación más importante en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, por excepción, hay algunos casos en nuestro Derecho en los que el Registrador puede:

Provocar esa instancia o rogación, como ocurre en el ámbito de los bienes de las entidades locales, montes catalogados de utilidad pública o bienes que componen el patrimonio del Estado, concediéndose aquí al Registrador una especie de facultad de investigación fiscal, o mejor, registral.

Proceder de oficio, lo que no desvirtúa esa regla general, pues se parte de una petición que se presume lleva consigo la actuación del Registrador en un aspecto concreto no explicitado. Así, en materia de anotaciones, se pueden citar la anotación por falta de índice (art. 161 del Reglamento Hipotecario): de suspensión en materia de embargos por causas criminales o en que el Estado tenga un interés directo (art. 164 del Reglamento Hipotecario), y cuando se presenten varios títulos contradictorios relativos a una misma finca (art. 422 del Reglamento Hipotecario). En materia de cancelaciones, por ejemplo, en caso de inmatriculación por el procedimiento del artículo 205, si no se presenta el edicto en el Registro en el plazo de tres meses contados desde la inscripción (art. 298, 7º del Reglamento Hipotecario): y, en los supuestos contemplados en el artículo 353 del Reglamento Hipotecario, en los que por el hecho de pedir una certificación de cargas o de practicar un asiento, solicitado previamente, el Registrador cancela las cargas caducadas, no incluyéndolas ya en la certificación solicitada ni en inscripción practicada.

Proceder a la práctica de los asientos registrales por mandato de la autoridad judicial o administrativa.

#### **b) Principio de voluntariedad de la inscripción.**

Se formula diciendo que es aquel principio hipotecario según el cual el interesado es libre de inscribir, sin que pueda ser obligado a ello.

Sin embargo, hay casos excepcionales en que por razón de la singularidad o especialidad del supuesto, la inscripción puede llegar a ser obligatoria en diferentes sentidos (por ejemplo, en los supuestos antes citados de ordenación de la propiedad resultante de la concentración parcelaria, inmatriculación de montes catalogados de utilidad pública, inscripción de bienes de entidades locales ..., etc)

#### **c) Principio del negocio causal**

Se traduce en la conexión existente en nuestro sistema hipotecario entre la inscripción y el negocio obligacional, y en la necesidad de expresar la causa en los negocios o títulos inscribibles, o lo que es igual, en la necesaria existencia de un negocio obligacional, cuyos vicios repercuten en el título inscribible y en la necesidad de que conste en el título inscribible cual es la causa jurídica del cambio real (art. 51.10 del Reglamento Hipotecario).

#### **d) Principio de tracto sucesivo.**

Para que pueda ser inscrito un derecho es necesario que conste previamente inscrito el derecho del transferente u otorgante. Con él se persigue que la cadena de transmisiones que constituye el historial de una finca se produzca de modo continuo, de tal manera que el adquirente de hoy

sea el transmitente de mañana y que el transmitente de hoy haya sido el adquirente de ayer, o lo que es igual, que los derechos deriven del verdadero titular.

En nuestro sistema hipotecario de folio real o llevanza del Registro por fincas tiene dos manifestaciones: una positiva, porque para que pueda ser inscrito el derecho se requiere la previa inscripción del derecho del transmitente, y otra negativa, porque si el derecho no aparece de quien figura en el Registro como titular, la inscripción ha de denegarse o suspenderse, según los casos. Ambas vertientes están reguladas en los primeros párrafos del artículo 20 de la Ley Hipotecaria junto con las excepciones o modalidades del tracto sucesivo contempladas en los últimos párrafos del mismo artículo.

#### **e) Principio de legalidad.**

Es aquel por cuya virtud solo podrán tener acceso al Registro de la Propiedad los títulos, que por reunir los requisitos exigidos por las leyes sean aptos para producir la mutación jurídico real que el Registro ha de publicar y proteger.

En nuestro ordenamiento jurídico esta finalidad se pretende lograr a través de dos cauces que se complementan entre sí. De una parte la exigencia con carácter general de titulación pública o auténtica para que los actos y contratos puedan tener acceso al Registro, artículo 3 de la Ley Hipotecaria, y de otra parte la necesidad de una adecuada calificación por parte del Registro de los títulos presentados a registración, artículo 18 de la Ley.

#### **f) Principio de especialidad o determinación.**

Por este principio sólo deben acceder al Registro situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque sólo de este modo se producirá plena claridad en los asientos registrales constituyendo la base de la llamada publicidad registral.

## **- VI -**

### **EFFECTOS DE LA SEGURIDAD JURIDICA PROYECTADA POR EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.**

Previamente debemos exponer la seguridad jurídica preventiva que la Institución del Notariado otorga al tráfico jurídico inmobiliario porque con ella, y con la que proyecta el Registro de la Propiedad, en virtud de los principios hipotecarios que le rigen, aquella seguridad jurídica se consuma. Y bien podemos afirmar que, mediante ambas Instituciones, en España, la

seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario es plena.

La seguridad jurídica preventiva del Notariado se ejerce mediante su doble función: de profesional del derecho y de funcionario público, en la medida que ejerce una función publica: dar fé.

Como profesional del derecho:

Asesora a las partes sobre la fórmula jurídica que deben adoptar para conseguir el fin que se proponen.

Controla su legalidad, es decir, comprueba que se han cumplido los requisitos legales necesarios para que el acto o negocio jurídico sea firme.

Redacta el documento con arreglo a derecho.

Incorpora al mismo las pruebas acreditativas de que todas las prescripciones legales han sido cumplidas.

Y otorgado el documento, lo entrega a las partes y asesora e interviene para que el documento sea eficaz, se inscriba en el Registro correspondiente y surta los efectos oportunos.

Y como funcionario público, al otorgarse el documento, da fé de su contenido y de la conformidad de los intervinientes, porque el Estado le ha encomendado esa función.

Es notable la diferencia entre el sistema latino y el anglosajón, lo mismo que lo es en cuanto a la Institución Registral.

En el sistema anglosajón, los documentos los redactan las partes, o sus Abogados, recordemos el “solicitors” inglés, y se da fé, o mas propiamente, se legitima la fecha y la firma. Y se asegura la propiedad, en el llamado sistema de seguridad jurídica economica o subsidiaria.

La seguridad jurídica se encomienda a una judicatura muy agil, a un justicia muy rapida. Recordemos los vídeos de la televisión, o las peliculas, en las que el Juez llama a las partes a una solución e interviene eficazmente en ella. Y como hasta en el orden penal se admite el trato entre el Ministerio Fiscal y la parte acusada, situación inconcebible en nuestro sistema rigurosamente formalista.

En el sistema latino la Institución Notarial otorga la llamada seguridad jurídica preventiva, y la Institución Registral, mediante los principios hipotecarios confiere la seguridad jurídica plena.

La inscripción funciona, en frase de Luis Suarez, como un “seguro inmobiliario de defensa jurídica” que se paga de una sola vez, con un coste reducido y para siempre, sin necesidad de atender al pago de primas anuales.



La protección y la seguridad jurídica que el Registro proporciona deriva de un principio básico “cada finca su derecho” que nace del extraordinario acierto que tuvo el legislador de 1861 al abrir un Registro para cada finca, y así cada finca contiene todo lo que le afecta, cualquiera que sea su propietario. La busca del futuro comprador, o del acreedor, no se hace ya por el sistema de enlazar la escritura de comprador con la del anterior, sino que basta con la persona que es dueña de la finca.

La aplicación de los principios hipotecarios, a que antes nos hemos referido, concede al adquirente la absoluta seguridad en la situación jurídica de la finca, con lo que bien puede decirse que para el futuro comprador, la entidad financiera o el prestamista, lo que no consta en el Registro es como si no existiera, porque no le perjudica.

En cada finca, consta su titularidad dominical y todas las cargas y gravámenes de la misma, que pesan sobre los sucesivos propietarios mientras no se cancelan.

No se admite en España la doble venta: Si una persona vende dos veces la misma finca el primero que inscribe, aun cuando sea posterior en el tiempo, la adquiere. Y el otro tendrá que pedir responsabilidades al vendedor, pero no entra en el Registro.

Todo ello es consecuencia de la unidad por fincas y no sucede en los Registros de Francia, Italia, Estados Unidos y otros países europeos, excepto Alemania, que fue el modelo, que perfeccionándolo, sirvió para la creación del de España.

Este notable acierto, de llevar el Registro por fincas, permite al Registrador certificar el estado jurídico de las mismas. Y al futuro adquirente o acreedor conocer la titularidad dominical y las cargas y gravámenes que pesan sobre ellas, función de certificar y de conocer perfectamente la situación jurídica de una finca solo posible en Alemania y en España, porque en los demás al no existir la finca como elemento de unión o de conexión, lo que se hace es archivar escrituras, con índice de compras y ventas, que deben en cada caso examinarse, con posibilidad de error.

En todos estos sistemas, y por lo expuesto, es muy difícil que se cumplan como en España, los efectos que la institución registral confiere y que derivan, no sólo de los principios hipotecarios, sino del notable acierto que tuvo el legislador de 1861 de llevar el Registro por fincas, sin lo cual la aplicación de aquellos principios no sería posible. Y de establecer para la Institución Registral tres características fundamentales: autenticidad, legalidad y publicidad.

Por la autenticidad, se tiene la certeza de que los asientos del Registro se refieren a actos y contratos que han tenido, en su momento, existencia

real y positiva, característica que deriva de la seguridad jurídica preventiva que la Institución Notarial otorga, y de la que antes hemos hablado.

Por la legalidad, se adquiere la presunción racional de que los asientos registrales contienen derechos validos, adquiridos con arreglo a las disposiciones vigentes y cumpliendo todos sus requisitos.

En aplicación de este principio el Registrador examina, conforme a lo dispuesto en el Art. 18 de la Ley Hipotecaria, las formas extrínsecas de toda clase de documentos, la validez intrínseca de los mismos y la capacidad de sus otorgantes.

Y por último, por la publicidad se pone de manifiesto, mediante el examen del propio asiento, por simple nota informativa o por certificación auténtica, el contenido del Registro, no solo a los particulares interesados, sino también a los Organos de la Administración.

Siguiendo a Abelardo Gil Marqués y en general a todos los hipotecaristas que se han ocupado de este tema, cabe clasificar los efectos de esta proyección del Registro en la Seguridad Jurídica inmobiliaria, en:

### **1º.- Efectos directos:**

#### **A.-** La publicidad ha impedido el fraude.

El Registro evita la venta de fincas gravadas como libres, produce más transparencia en las enajenaciones, ampara a los adquirentes, actuando con la clarificación de las cargas como impulsor de la circulación de la riqueza, ya que los compradores pierden el miedo a los gravámenes ocultos.

**B.-** El Registro da seguridad a los derechos, en cuanto clarifica las titularidades y elimina las dudas sobre quien es el propietario y quienes sean titulares de los derechos.

La certeza jurídica que el Registro proyecta sobre titularidades y gravámenes ha hecho disminuir los litigios. Y basta recordar que por volver al sistema de clandestinidad con el documento privado en las titularidades y transmisiones, se han producido verdaderos escándalos financieros con perjuicios irreparables en la venta de pisos.

Basta recordar una frase de Joaquín Costa de principios de siglo muy repetida: Notaria abierta, Juzgado cerrado.

Y que actualizamos diciendo Notaria y Registro abierto, Juzgado cerrado.

## **2°.- Efectos indirectos:**

### **A.- Fomento de los creditos con garantia personal.**

El Registro despliega una gran actividad en la concesión de estos creditos.

El acreedor, los Bancos, y las Instituciones financieras acuden a él como medio de informarse y delimitar el patrimonio del deudor, de los fiadores y avalistas, sin bastarles la responsabilidad universal del deudor, a que se refiere el Art. 1911 del Código Civil.

Cada vez son mas los que acuden al Registro a solicitar la certificación registral, la simple nota informativa o la manifestación de los libros, porque los tiempos en que vivimos asi lo exigen.

### **B.- Fomento de los creditos con garantia real.**

El aumento de las grandes ciudades, de la mayor parte de las capitales de provincia, no hubieran podido llevarse a efecto sin la influencia de las hipotecas, que al ser un medio seguro de recobrar los prestamos ha producido una canalización de la inversión pública y del ahorro privado.

Y sobre todo y como fundamental efecto indirecto de la Institución Registral la

### **C.- Expansión del derecho de propiedad.**

Es a estos efectos que conviene recordar la decisiva influencia que en ella ha tenido no solo la Institución registral, sino la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de Julio de 1960 que, con tan solo 21 artículos, una disposición transitoria y una disposición adicional ha permitido una mayor flexibilidad en la interpretación de la misma y construcciones jurídicas que no hubieran sido posible con una Ley rigurosa y detallista como otras, de reciente promulgación, que estan en la memoria de todos: Costas, Aguas, Sociedades Anónimas.

Los Notarios y Registradores, con base en aquella Ley de 1960 han llevado al Registro figuras jurídicas, luego confirmadas por Resoluciones de la Dirección General y Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En los trabajos que se publicarán con motivo de la jubilación del insigne Notario que fue Germán Chacartegui traté este tema.

Recordemos, como figuras jurídicas que ha permitido la Ley de 1960, con su armoniosa flexibilidad:

La llamada “propiedad tumbada” que ha permitido la inscripción de las numerosas Urbanizaciones que proliferan y han proliferado. Y contribuido tanto a la riqueza de nuestra isla y, en general, de la Economía Nacional.

La “Multipropiedad”, tema de la conferencia en esta Academia de nuestro compañero Martínez-Piñeiro, que se inscribe en los Registros antes de haberse legislado, porque es ahora cuando leemos en la prensa que se halla en estudio una Ley reguladora de la Multipropiedad.

El “Leasing inmobiliario”. Y recientemente figuras tan originales como la titularidad de amarres en Puertos Deportivos.

En mis últimos tiempos como Registrador inscribí los de Puerto Portals. Y los cementerios privados.

Recordemos también como la Ley del Suelo de 2 de Mayo de 1956 que configura el derecho de superficie, ha servido de base al legislador Hipotecario para introducir en el Decreto de 17 de Marzo de 1959, el Art. 16 de R.H. que regula el derecho de edificación o levante para las casas ya construidas y el derecho de superficie, precepto reglamentario con el que tantas inscripciones se han practicado.

Cabe concluir que si la Constitución de Cádiz dió lugar, con las posteriores Leyes Desamortizadoras y Desvinculadoras a poner en circulación cuatro quintas partes de la Propiedad territorial y a la urgente promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861 que precedió a toda la ingente labor codificadora de los grandes Juristas del siglo XIX, la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, con las sucesivas modificaciones de la legislación, obra de la jurisprudencia y de la doctrina, en las figuras jurídicas creadas al amparo de la flexibilidad de esta Ley, ha sido tanto o mas revolucionaria porque ha convertido en propietarios a una gran mayoría de españoles contribuyendo decisivamente a una revolución pacífica de nuestra sociedad, aparte de haber fomentado una indudable expansión del crédito territorial por la garantía que supone para las entidades crediticias la hipoteca, que en nuestro sistema jurídico como de derecho real nace por su inscripción en el Registro de la Propiedad (Art. 145 de la L.H. y 1875 del C.C.). Y para el tráfico inmobiliario el que el propio Registro asegure el dominio ya que el que contrata de buena fé, a título oneroso, de persona que en aquel aparece con facultades para transmitir e inscribe su derecho, tiene la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles (Art. 34 de la L.H.).

Bien puede decirse que se ha pasado del Registro de los terratenientes que es el de la primera mitad de este siglo al Registro de una inmensa mayoría de los españoles.

El Real Decreto de 1855 que consideraba del mayor interes y urgencia la prolongación de la L.H. refiriendose a las Leyes hasta entonces vigentes decía: “Ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen laudable influencia en la prosperidad publica, ni asientan en solidas bases el crédito

territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interes del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que con aquella garantia prestan sus capitales”.

Aquellos fines que el legislador hace más de un siglo y medio pretendió, se han cumplido.

En conclusión de esta conferencia queda afirmar que el sistema registral español es de los más avanzados y perfectos. Y que la obra de los insignes juristas que redactaron la Ley Hipotecaria de 1861, ha merecido, como ninguna, el reconocimiento unánime de la doctrina y ha contribuido con las sucesivas reformas, a prestar seguridad y certidumbre a la propiedad inmueble y al tráfico jurídico inmobiliario.

Para ellos, y no para este conferenciante que se ha limitado a recopilar y sistematizar lo mucho que se ha escrito sobre el tema que tratamos, solicito el aplauso de esta conferencia.



**CONTESTACION AL DISCURSO DE INGRESO DEL  
ACADEMICO DE NUMERO DE LA DE LEGISLACION  
Y JURISPRUDENCIA DE BALEARES,  
ILTMO. SR. DON FRANCISCO TELLEZ MIGUELEZ.-**

**EDUARDO MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMES**

NOTARIO

Excmos. e Iltmos. Sres., señoras, señores, amigos todos:

Sean mis primeras palabras para saludarles cordialmente, para testimoniar públicamente a nuestro Presidente mi agradecimiento por haberme honrado con la concesión de la Encomienda de “Eduardo I, El Contestador” y, ¡ cómo no!, para felicitar al nuevo Académico por su disertación e ingreso oficial en la Academia.

Terminada, en su día, la lectura del discurso que acabamos de escuchar dos chispazos estallaron en mi mente: la valentía ambiciosa de su autor, de una parte, y su gran poder de síntesis, de otra. Valentía ambiciosa, por haber osado encerrarse en este docto coso con un Mihura del peso y longitud de pitones como es el tema sin fin de la seguridad jurídica, aunque sea considerado desde el prisma del Registro de la Propiedad. Poder de síntesis, por que, en no excesivos minutos, ha sabido resumir el tema y con habilidad y peculiar, pero consciente, sistemática –sus palabras de introducción lo demuestran– nos ha transportado en andas por los caminos de la Historia y nos ha llevado desde la vigente Constitución de 1978 a la Pepa de 1812, pasando por el Código Civil, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las posturas doctrinales y las leyes desvinculadoras, para así desembocar en la Ley Hipotecaria de 1861, y en la actual, haciéndonos repasar los principios hipotecarios –que tan difíciles nos fueron en nuestra, lamentablemente muy lejana, época de opositor–, alcanzado así la meta propuesta: efectos de la seguridad jurídica proyectada por el Registro de la Propiedad.

Quizás más de uno –a pesar de conocerle– se esté preguntando quién es el nuevo Académico. Dediquemos unos minutos a responder a la consabida pregunta ¿who is who?.

Nuestro protagonista, hijo de castellanos viejos, nació en Miranda de Ebro (Burgos) en el año de gracia de mil “tropecientos”. Estudia en Madrid y a los 12 años, lamentablemente, queda huérfano de padre. Es llamado a filas durante nuestra Guerra Civil y enviado al frente, a un frente sin tiros, según confiesa. Al terminar la contienda, estudia la carrera de Derecho como libre en la Complutense de Madrid y tarda la eternidad de tres años (1940/43) en terminarla. La calificación de su examen de licenciatura es sólo de sobresaliente y según malas lenguas fueron Fraga y Sánchez Tejerina los que le dejaron sin matrícula de honor.

Seguidamente inicia su “hobby”: las oposiciones. Las primeras que gana son las de Auxiliar del Ministerio de Educación Nacional y, ya cogido el gusto, en año y medio se presenta a cuatro más (catorce ejercicios): número tres, en las de Fiscal; repite número en las de Jueces; catorce, en Registros; y en Abogados del Estado suspende en el práctico.

Ejerce como fiscal en La Coruña (mi ciudad natal), en donde se dejó enredar por una melosa gallega y “casouse”. Más tarde, también como Fiscal, viene a Palma de la que también se enamora –estudiese si cometió o no adulterio– y promete volver.

Para matar el gusanillo prepara opositores, redacta temas y ejerce como Abogado desde 1949 a 1975. Fue Registrador destinado en el IRYDA y como abogado asesor del Banco de Crédito Industrial le corresponde llevar los temas administrativos del asunto Matesa.

En 1975 vuelve a Palma como Registrador, ciudad en donde continúa tras su jubilación aunque en verano la abandona para acudir a los Cursos de El Escorial y mantenerse en forma.

Durante sus quince años como Registrador de esta capital fue Presidente Territorial de todos los de Baleares, quienes no se han “liberado” todavía de su hégira por continuar siéndolo a título honorario y con carácter vitalicio.

Entre otras distinciones tiene la Encomienda del Mérito Agrícola y la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort.

Se espera que en breve se le incluya en el Guinness, como titular del récord mundial de uso del teléfono, y que la C.T.N.E. le conceda el título de hijo predilecto.

En resumen: carácter más duro que la Tizona del Cid, (suavizado con el paso de los años por la influencia galaica); codos de acero, amor al Derecho, más amor –si cabe– a la institución del Registro de la Propiedad, inteligencia privilegiada, y un largo etcétera, que hacen del nuevo Académico un personaje irrepitible, toda vez que el Sumo Hacedor rompió el molde para



evitar comparaciones siempre odiosas, incluso en el más allá.

Me gustaría poder terminar aquí mi intervención, pero si así lo hiciera incumpliría, con alevosía y nocturnidad, los Estatutos de la Academia y eso no puede permitírsele ningún miembro de la misma. Debo contestar y con honestidad, plena de afecto y respeto, contesto y lo hago en términos generales, que es como considero debe hacerse, sin entrar en un examen microscópico de todo lo dicho.

La idea de publicidad en su más amplio sentido puede relacionarse con la forma, ya que toda formalidad supone una exteriorización del acto y, en este sentido, una publicación. Pero no es esta la idea que queremos traer aquí sino la más concreta de publicidad equivalente a anuncio al público, a publicación, y la de publicidad como mecánica a través de la cual las autoridades intervienen en el acto (acto público en este sentido).

Históricamente –como destacaron PUIG SALELLAS, FOLLÍA CAMPS, GINOT LLOBATERAS, y ROCA-SASTRE MANCUNILL en 1971 en Ponencia presentada en el XI Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Atenas– en Derecho romano encontramos manifestaciones de este doble matiz. En la “mancipatio” (transmisión ante el “libripens” y los cinco “testes classici”), hay anuncio al público. En la “in iure cessio” (ficción de juicio reivindicatorio ante el Magistrado), hay intervención de la autoridad.

Pero no parece que sea en este Derecho donde pueda encontrarse un antecedente de la actual publicidad registral. De todos es sabido como la “mancipatio” y la “in iure cessio” se fueron borrando con el tiempo hasta desembocar en la “traditio” y en sus difuminadas formas de “traditio ficta”.

La influencia del Derecho germánico en materia de publicidad inmobiliaria no puede olvidarse. Se ha querido ver en la *Auflassung*, en su doble vertiente de investidura ante testigos y de investidura ante el magistrado, un paralelismo con la “mancipatio” y la “in iure cessio”, pero mientras en Roma estas formas de transmisión se diluyeron, contrariamente en Derecho germánico conserva la *Auflassung* su virtualidad y por muchos se considera un directo precedente del sistema inmobiliario alemán actual, cuyo puente de acceso es la Ley prusiana de 5 de Mayo de 1872.

Durante nuestra Edad Media –en donde confluyen, en el ámbito jurídico, ideas propias de los pueblos prerromanos con las aportadas por Roma, con las matizaciones germánicas de los conquistadores de la Península Ibérica después del derrocamiento del Imperio y con la influencia profunda del Derecho Canónico– pueden citarse como exponentes más importantes en materia de publicidad inmobiliaria en su sentido amplio las formas castellana y vasca de la robración o roboración (anuncio hecho en la misa o

la reunión del Consejo Municipal de las enajenaciones proyectadas de fincas con la finalidad de defender el retracto gentilicio) y la insinuación de donaciones (medio de protección del donante, y aún de su familia, a fin de imponer a aquél una madura reflexión previa a la liberalidad) más propia de Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia.

Estas ideas incipientes de publicidad inmobiliaria se vinieron abajo con la recepción del Derecho Romano Justiniano, que trajo consigo el predominio de la “traditio”.

Una vez más, sin embargo, las necesidades de la sociedad obligan al legislador y así, a través de la Real Pragmática de 31 de Enero de 1768, que creó los llamados oficios de hipotecas, posteriormente denominadas Contadurías de hipotecas, llegamos a la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 por los caminos que con mayor detalle nos ha explicado el nuevo Académico.

Ley Hipotecaria en cuya Exposición de Motivos se recogen los “deseos” que el gobierno expuso en la Real Orden de 10 de Agosto de 1855 como bases capitales sobre las que debiera asentarse la nueva Ley: partir del principio de publicidad, no reconocer para lo sucesivo hipotecas generales, establecer formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa, y meditar con detención sobre la conveniencia o inconveniencia de suprimir las hipotecas legales y que en el primer caso se escogitaran los medios de conciliar dicha supresión con los intereses que antes protegía el privilegio y especialmente los de las mujeres casadas, menores e incapacitados.

Más adelante en la propia Exposición de Motivos podemos leer: “No hay pues mas que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas. =Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la comisión cómo entiende la publicidad. Consiste esta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fé ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que á él solo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada ó la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el registro de la propiedad, en que el registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes. No son de temer en este sistema pesquisas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito”.

Sobre estos pilares el Registro de la Propiedad se convierte en un medio técnico perfecto para lograr la publicidad de las relaciones inmobiliarias y así alcanzar –dice CHICO ORTIZ– la deseada seguridad en el tráfico jurídico. Desde Don JERONIMO GONZALEZ la publicidad se considera como un principio hipotecario, hablando ROCA SASTRE del principio de exactitud del Registro y GIL MARQUES del de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Antes de abandonar estas consideraciones sobre la publicidad deseo mostrar mi preocupación por la admisión por el T.C., por providencia de 28 de Octubre último, de la cuestión de inconstitucionalidad n° 2057/1991, respecto del art° 1524 C.c., en cuanto al momento a partir del cual debe computarse el plazo en él establecido para ejercitar los retractos legales de comuneros y colindantes (desde la inscripción en el Registro y, en su defecto, desde el conocimiento de la venta) por poder vulnerar los art°s. 14 (igualdad) y 24.1 (tutela judicial) de la Constitución. ¿Dónde podrás ir publicidad, dónde podrás ir triste de ti?

En segundo lugar debo destacar y agradecer como Notario –más aún, como Decano del I.C. Notarial de Baleares– el reconocimiento que ha hecho el nuevo Académico del papel que la Institución del Notariado desempeña en la consecución de la seguridad jurídica, la síntesis que ha hecho de nuestra función y las loas que dedica a nuestro sistema latino frente al anglosajón.

Estimo, sin embargo, que podría haberse insistido más en el papel del Notario en el logro de la seguridad jurídica, ya que no podemos desconocer que al Registro llegan títulos en virtud de los cuales se constituyen, declaran, modifican, transmiten o extinguen el dominio de inmuebles o derechos reales sobre los mismos (art° 2° L.H.); que estos títulos deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por la Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes (art° 3° L.H.); y que de estas tres clases de títulos públicos el noventa y mucho por ciento son escrituras públicas, precisamente lo que “fabricamos” –permítaseme la libertad de lenguaje– los Notarios (art°s. 1216 y 1217 C.c. y 17 L.O. del Notariado).

Para que una operación sea ajustada a derecho, para que tenga seguridad jurídica, es preciso, como nos enseñó hace tiempo VALLET DE GOYTISOLO:

1°) Que aquellos elementos que aparecen como constitutivos de la situación jurídica inicial (presupuesto) se correspondan, de hecho y de derecho, con la realidad, lo cual exige: identidad del sujeto, realidad física del objeto, verdad de su aparente situación jurídica (cargas, gravámenes, limitaciones) y la titularidad jurídica del sujeto respecto de la cosa (que sea su propietario).

2°) Además es necesario que el negocio jurídico, en su doble vertiente de título y de modo, resulte totalmente válido, eficaz e inatacable, y para ello

son precisos: voluntad suficiente (capacidad y legitimación), voluntad no viciada y manifestación concorde con ella (sin simulación ni reserva mental, ni error obstativo, ni efectuado “iocandi causa”) suficientemente explícita y precisada; causa verdadera y lícita; y forma adecuada para producir todos los efectos queridos (probatorios, transmisivos, constitutivos y ejecutivos).

3°) Complementariamente se requiere para la protección de terceros publicidad suficiente (notificaciones, inscripción).

El órgano que debe velar por la seguridad jurídica negocial es la Institución Notarial. La actuación del Notario de tipo latino cuando desarrolla su función de dar “forma legal” produce una doble vertiente de efectos destacados por GONZALEZ ENRIQUEZ: conformadores (eficacia sustantiva del documento sobre la materia documentada) y autenticadores (eficacia formal o del documento en sí mismo como cosa que es).

La redacción autenticada del negocio jurídico, con la calificación de su ajustamiento a derecho, efectuada por un profesional competente en el ejercicio de sus funciones, que lo presupone consumado conforme a ley, asegura la prueba fehaciente del negocio jurídico y tiene, además, la garantía de su conservación en su protocolización y en la custodia del protocolo.

El Registro de la Propiedad recibe principalísimamente –ya lo dijimos antes– el resultado documental de la labor del Notario –que le llega en una copia autorizada del instrumento matriz-, título, que una vez calificado y, en cuanto cumpla el tracto registral, es inscrito en él y dotado así de publicidad. El objetivo de este Registro es precisamente la publicidad, orientada a la seguridad dinámica del tráfico inmobiliario, en favor de los terceros adquirentes, y que juega en dos momentos:

1°) Antes de su adquisición; anunciando a todos quien es el titular, por lo menos formal, del inmueble que quieran adquirir, y de quien podrán adquirirlo con plena seguridad jurídica, aun cuando no sea el verdadero titular real, y les advierte de las cargas que les afectarán en perjuicio suyo.

2°) Después de la adquisición, para los terceros adquirentes, si éstos inscriben el título de adquisición: haciéndolo invulnerable a toda reclamación por causa que no resulte del propio Registro de la Propiedad.

Aunque cronológicamente el documento sea obra anterior y el Registro de la Propiedad en nuestro sistema carezca de eficacia para convalidarlo, salvo tan sólo en favor de los terceros de buena fe y a título oneroso que lleguen a inscribir su adquisición, no estamos afirmando que el Notariado sea más importante que la Institución del Registro. Ambas Instituciones no cubren la función de la seguridad en el mismo ámbito. El Notario la cubre, a todo lo largo y en toda la profundidad del negocio traslativo, generatriz, teniendo en

el Registro de la Propiedad, previamente a la autorización de la escritura, un instrumento de publicidad y, después de consumada la disposición, mediante la inscripción de la misma, un instrumento que asegura la eficacia “erga omnes” de la transmisión en ésta documentada y autenticada. Correlativamente el Registro de la Propiedad trata de facilitar la seguridad dinámica de las transmisiones inmobiliarias previamente a su realización, mediante su publicidad formal, y, luego, posteriormente a su formalización, con el juego de la fe pública registral, como nos ha explicado el nuevo Académico.

Según ha destacado hace poco MEZQUITA DEL CACHO –Notario al que quizás haya preocupado más que a nadie el tema de la seguridad jurídica– Notariado y Registro son los dos ejes en que se sustenta el vehículo de la forma de garantía. Andar sobre uno solo de esos ejes es exponerse a volcar en cualquier momento la carga negocial transportada hacia la seguridad. Y estibar mal esa carga, haciéndola gravitar con demasiada desproporción sobre uno solo de los ejes, es exponerse a romper precisamente ése: el sobrecargado.

Y en tercer y último lugar debo, con todo respeto, disentir del optimismo del nuevo Académico cuando afirma que “mediante ambas Instituciones (se refiere al Notariado y al Registro de la Propiedad), en España, la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario es plena”.

Desde mi punto de vista –pesimista o realista, a gusto del oyente– la seguridad jurídica continúa siendo una meta, un fin, un afán o una necesidad como guste calificársela, inalcanzada, incluso inalcanzable. La función del Derecho es extender la sensación de protección, de seguridad, y de reducir la de hostilidad, la de inseguridad. El obrar jurídico, como todo el obrar humano –en palabras de ANTONIO PAU PEDRON, actual Director General de los Registros y del Notariado-, necesita basarse en datos fiables que le sirvan de fundamento y eviten cualquier error; es decir, necesita certeza. Y para facilitar su logro surgieron históricamente los Registros. Pero este logro, y ya son palabras nuestras, no se ha alcanzado todavía a pesar del doble filtro y ayuda que suponen en el tráfico inmobiliario la actuación notarial y la calificación y publicidad registral.

Piénsese en un propietario de un inmueble, inscrito en el Registro y sin cargas, que a las diez de la mañana comparece en una Notaría y vende su propiedad, a las once lo hace en otra y vuelve a vender, y a las doce repite la operación. ¿Podemos decir que los artºs. 1473 C.c. y 34 L.H. han garantizado la seguridad jurídica al transferir la propiedad únicamente a quien haya tomado posesión de la cosa, si fuera mueble, o inscrito antes en el Registro, caso de ser inmueble?. No ignoramos que en materia de seguridad jurídica se habla de seguridad jurídica plena –que trata de salvaguardar la titularidad del derecho– y de seguridad jurídica económica subsidiaria –que

no garantiza esa titularidad sino, en caso de conflicto o colisión, una compensación económica indemnizatoria, normalmente dineraria—. Así entendida la seguridad jurídica, si podemos decir que, a través del Notariado y del Registro de la Propiedad, se ha alcanzado, pero me gustaría conocer la respuesta del hombre de la calle si le hiciéramos esta pregunta, si esa protección económica subsidiaria le satisface y en qué quedará ésta si nuestro listo multi vendedor se encuentra en situación de insolvencia.

El tema es grave y preocupa. Demostración de esta preocupación es la existencia de un proyecto de Real Decreto elaborado por el Ministerio de Justicia sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

En la misma línea de preocupación está la Conclusión Cuarta de la Ponencia Tercera del IV Congreso Notarial (Madrid, Abril 1991) en la que se solicita de la Administración, para dotar de seguridad al tráfico inmobiliario, una normativa que permita al Notario conocer la situación registral de los bienes y derechos transmitidos en el momento del otorgamiento; y que posibilite, en el plazo más breve posible, el acceso al Registro de la Propiedad de los derechos nacidos del negocio documentado.

A tal efecto se proponen los siguientes sistemas: a) Cierre del registro o reserva de rango, durante un plazo prudencial; b) Conexión informática y telemática de todas las Notarías y los Registros de la Propiedad; y c) Utilización entretanto no se dicta la instada normativa, del telefax. La “angustiosa prioridad” de Santiago PELAYO HORE o la “prioridad registral anticipada” de EMILIO DURAN CORSANEGO continúan en el candelero.

Quizás alguien –hipótesis– se haya visto animado a asistir a este acto de investidura atraído por la posibilidad de que el Académico “contestador”, Notario de profesión, afilara el lápiz contra el nuevo Académico, Registrador jubilado, aprovechando la ocasión de pasar de calificado a calificador. Supongo que después de lo oído habrá quedado absolutamente chasqueado y habrá podido comprobar que los hoy portavoces, por así decirlo, de ambas Instituciones son conscientes, de una parte, de sus respectivos valores en el campo de la seguridad jurídica y, de otra, de que sus funciones se complementan. El Notariado sabe que puede y debe apoyarse en la publicidad del Registro, y el Registrador no ignora que el título notarial que llega a su manos ha sido autorizado por funcionario público legitimado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

¿Que en llegado el momento de inscribir pueden surgir opiniones discrepantes?. Lógico, natural y recomendable. Los encefalogramas planos no gustan a nadie. El diálogo, el cambio de impresiones y, en último término, el recurso correspondiente, pondrán fin a las interpretaciones particulares y el

único vencedor será nuestro protagonista de esta noche: la seguridad jurídica.

En prueba de este mi modo de ser y de estar, usurpando las labores del Secretario de la Academia, y dando como presupuesto el permiso del Presidente, me permito inscribir en el único Libro de Académicos de Número de la de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, asiento nº 17, al Illmo. Sr. Don Francisco Téllez Miguélez, al no haber apreciado ningún defecto, subsanable ni insubsanable, en su Discurso de Ingreso. En Palma de Mallorca a 3 de Diciembre de 1991.

¡Enhorabuena, Paco!. Y a todos, muchas gracias por su paciencia y atención.





# LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION Y LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y PENALES.

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**  
CATEDRATICO DE DERECHO PENAL DE LA  
UNIVERSIDAD DE LAS ISLAS BALEARES

## GUION

1. *Las cuestiones acumuladas*
2. *La situación de indefinición y la perdida ocasión de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*
3. *La Constitución, las manifestaciones del derecho represivo y la despenalización.*
4. *Los principios limitadores de la actividad sancionadora y su diferencia respecto al derecho penal.*
5. *Significación de los “principios” y los principios “reconocibles”.*
6. *La improcedente traslación automática de los principios penales a la actividad sancionadora de las Administraciones públicas.*
7. *Principios penales aplicables y sentido de los criterios dogmáticopenales.*
8. *Los principios más significativos*
  - 8.1. *El principio de legalidad*
  - 8.2. *La exclusión de la responsabilidad objetiva, la justificación de la culpabilidad.*
  - 8.3. *El conocimiento de la prohibición y la exigibilidad de conducta*
  - 8.4. *La sanción administrativa y las personas jurídica*

## 1.-

Hace algún tiempo me ocupé ya del tema de las sanciones administrativas en relación con los principios inspiradores del derecho penal (“La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública, y los principios inspiradores del derecho penal”, Revista de la Administración Pública, 1991), siempre bajo la misma preocupación: analizar hasta que punto llegaba el supuesto parentesco garantista entre una y otra parcela del derecho público, intuyendo que no se podía admitir el transporte absoluto de todas las garantías elaboradas históricamente por la ciencia y la jurisprudencia penales. La diferencia de misiones explica diferencia de fundamentos y límites, y eso, pese a todo, no es obstáculo para que pena y sanción administrativa, o conminación penal e intervención de la administración puedan y deban guardar coherencia en el marco común de la potestad protectora-punitiva del Estado, esto es, deslizarse por unas vías comunes en cuanto a compartir objetivos político-criminales, sin perjuicio, por supuesto, de que gran parte de la actividad sancionadora de la Administración no tiene nada que ver con la política-criminal, sino con el cumplimiento de sus fines propios.

Por su parte, la situación del ciudadano frente a la actuación del derecho sancionador requiere un propio análisis garantista, como es lógico, que hoy se tiene, en ese sentido, por “pseudo-penal”, de manera que el ciudadano habría de gozar exactamente de todo aquello que reúne la Parte General del derecho penal en cuanto a límites, principios culpabilistas, imputación de hechos, conocimiento de la antijuricidad, etc., lo que tal vez sea un exceso.

Desde mi anterior aproximación al problema de estas relaciones se han registrado datos de interés, ante todo jurisprudenciales ordinarios y constitucionales. También ha crecido el volumen de estudios de la ciencia administrativa dedicados al tema, destacando sobre todos, en mi opinión, el monográfico de Alejandro Nieto, en el que se establecen las bases de los principios que han de gobernar la actividad sancionadora desde la concreta, y lógica, óptica del derecho administrativo.

También se ha promulgado la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, que pudo y no supo, o no quiso, resolver muchos de los problemas que en este campo existían. La Ley se ha limitado (artículos 134 a 138) a fijar unos “principios del procedimiento sancionador”, que estictamente declara: a) la obligada legalidad, en sentido amplio, del procedimiento, b) la división del mismo en dos fases, c) el derecho a ser informado de la acusación y a formular alegaciones, d) la presunción de inocencia, e) la obligación de respetar los hechos declarados probados por los Tribunales ordinarios, y, f) la obligación de practicar pruebas.

Mas eso, siendo sin duda importante, no alcanza a todo los postulados que en teoría exige el sentido garantista del derecho penal (dogma del hecho, prohibición de responsabilidad objetiva, relevancia del potencial conocimiento del injusto, exigibilidad, valoración del error, diferencia entre dolo y culpa, etc.). Por eso continuamos con la extraña sensación de que las sanciones administrativas no respetan ninguno de aquellos derechos y garantías que se acuñaron para el derecho penal, por lo que al “descender” al derecho sancionador se pierden garantías por el camino.

La preferencia de la Administración Pública - sin perjuicio de que sea lógica en muchos casos esa preferencia- por el sistema sancionador (basta pensar en infracciones tributarias, urbanísticas, medioambientales) en lugar del “engorroso” recurso al derecho penal, que tantos inconvenientes provoca a la “eficacia”, “agilidad” y “contundencia”, produce, además de preocupación por el resabio antidemocrático que puede encerrar, una razonable convicción de que nada en esta materia es casual, especialmente la falta de un Código de la Sanción Administrativa, labor para la que es precisa una voluntad política que no se percibe.

## 2.-

A diferencia del esfuerzo desplegado por el legislador, o prelegislador penal, el legislador administrativo no ha estado a la altura de los problemas, eso, al menos, es algo que denuncian muchos administrativistas preocupados por el tema del derecho sancionador. Una afirmación así formulada parecería plausible presentación de una comparación entre legisladores diligentes y legisladores no diligentes. Pero semejante valoración sería absurda, toda vez que el prelegislador ha sido siempre, durante los años que analizamos, el mismo, o, dicho de otro modo, un Gobierno sostenido siempre por el mismo partido. Por lo tanto ha sido el Ejecutivo el que, ya sea a través del Ministerio de Justicia, ya sea a través de los de Presidencia o de Administraciones Públicas, pudo ejercer su capacidad de promover leyes y no lo hizo, o al menos no lo hizo con la misma intensidad, prescindiendo de los efectos reales, con los que se puso empeño en elaborar sucesivos Códigos penales.

El resultado es sabido: aunque en un principio se anunció (1983) que la elaboración de un nuevo Código penal requería la simultánea promulgación de un Código de la Sanción Administrativa, ello no se hizo- luego examinaremos algunos aspectos de la LRJAPPAC. En consecuencia, el sistema sancionador administrativo continua clavado en la casuística, sin planteamientos generales que orienten sobre sus fundamentos y principios inspiradores, en relación con el Código penal y sus principio, y en relación

con las garantías constitucionales y los fines que la Constitución confiere a la acción de la Administración pública..

Al buscar culpables de este estado de cosas, si es que hay alguien que pueda merecer tal calificativo, debe descartarse a la doctrina administrativista, la cual, en lo que alcanzo a ver, ha reclamado insistentemente la conformación de un cuerpo de principios esenciales. Quizás haya tenido más influencia la tensión o enfrentamiento entre sectores de la propia Administración central del Estado o de ésta, pero en una medida muy inferior, con las Administraciones autonómicas y locales, tal vez renuentes a ver trazados marcos generales para su actuación.

Sea como fuere, la actividad sancionadora de la Administración, diecisiete años después de aprobada la Constitución, carece todavía de un conjunto de principios rectores propios que sean a la vez respetuosos con los derechos del ciudadano y útiles para la acción administrativa. A falta de ellos se han ido arbitrando soluciones o criterios parciales, por obra de la jurisprudencia ordinaria y de la jurisprudencia constitucional, amén del esfuerzo doctrinal adicional. Pero el resultado de todo ello dista de ser una solución global para todos los problemas planteables.

Se ha desperdiciado la ocasión de la LRJAPAC para hacer una ley de la sanción administrativa. En esto también coinciden muchos pareceres. Cuando se da el paso de modificar una ley de la envergadura de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el lógico afán de diseñar un marco referencial común para todas las Administraciones Públicas, hubiera parecido lógico que se aprovechara la ocasión para suplir la falta de un Código de la Sanción Administrativa, que se había prometido en 1983. Aun reconociendo que la citada Ley tiene un alcance y ámbito mucho más amplio que el de las mediadas sancionadoras y las garantías procedimentales que deben acompañar su formulación e imposición, ningún inconveniente había para que, ya que se dedicaba una parte del texto a las infracciones y sanciones, cuando menos se precisaran con claridad los principios esenciales en materia de garantías y del fundamento de la responsabilidad y sus clases.

### 3.-

La gravedad e importancia del problema viene marcada desde la Constitución, de la cual se deriva sin género alguno de duda que nuestro ordenamiento jurídico, como los de todos los países, establece una doble clase de medidas represivas (penales y administrativas). Pero la cuestión no consiste en saber y aceptar eso, sino en que aparentemente la voluntad constitucional es rodear a ambos grupos de sanciones de un aparato de garantías, en coherencia con su común acogida en el artículo 25 CE.

A este dato de indudable importancia ha de añadirse otro que le es próximo: los penalistas estimamos que la transformación en infracción administrativa es el camino deseable para una buena cantidad de infracciones cuyo actual carácter penal no se justifica. Del mismo modo, las infracciones criminales requieren frecuentemente el diseño previo de un sistema de infracciones administrativas que actúen como aparato preventivo-protector del bien jurídico de que se trate, reservando al derecho penal para los más graves ataques orientados a destruirlo o dañarlo o ponerlo en peligro. Siendo así, parece normal, al menos en teoría, que el tránsito de uno a otro sistema represivo no tenga que hacerse al precio de renunciar por el camino a garantías reconocidas como conquista (dolo, culpa, conocimiento de lo prohibido, culpabilidad, justificación, exclusión de la responsabilidad objetiva, etc.), cual si el “descenso” al sistema sancionador administrativo fuera el hábil recurso del Estado para prescindir de tan embarazosas limitaciones, o bien, lo que es lo mismo, que el paso del Poder Judicial al Poder Ejecutivo supusiera un salto entre dos sistemas jurídicos totalmente separados e independientes, cosa en sí misma inadmisibles.

Por lo tanto habrá que convenir que el sistema sancionador administrativo “debe” estar rodeado también de garantías, lo cual no significa que tales garantías deban desplegarse y actuar de la misma manera que lo hacen en el campo de los delitos, ni que las garantías, aun admitiendo las “esenciales”, sean exactamente las mismas.

#### 4.-

Hasta ahora, y pese a los años transcurridos desde la aprobación de la Constitución, las jurisprudencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional apenas han fijado otros límites garantistas que la prohibición de que las infracciones administrativas puedan llevar a la privación de libertad, la obligación de respetar el derecho de defensa y contradicción del sancionable, la reserva de ley para las normas que creen infracciones y sanciones, y, por último, la garantía de que las decisiones sancionadoras de la Administración serán siempre revisables en vía jurisdiccional (cfr. STC.3-10-1983).

Entre tanto, los problemas se han sucedido, comenzando por el desorden reinante en materia de producción normativa, donde concurren el Estado, la CEE, las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos e, incluso, las Corporaciones profesionales.

La desaparición del monopolio estatal del derecho a castigar, del que “lato sensu” forma parte el derecho sancionador, supone, como es fácil

imaginar, una escisión conceptual notabilísima entre el derecho penal y el derecho sancionador administrativo. El fraccionamiento de la potestad sancionadora ha dado lugar a que ésta sea detentada por a) la CEE, que al menos, siguiendo seguramente dictados del Consejo de Europa, ha proclamado el sometimiento de su derecho sancionador al principio de culpabilidad, b) las Comunidades Autónomas, por más que su competencia sancionadora se habilite en virtud de ley que delega en ellas competencias del Estado.c) los entes locales, cuya actividad sancionadora encierra un problema de legalidad, resuelto para las sanciones (Texto Refundido de las disposiciones de régimen local) pero no tanto para las infracciones (Nieto), salvo los casos en que una ley sectorial, en los casos en los que remite la capacidad sancionadora a los ayuntamientos, “defina” previamente la conducta. Mas lo difícilmente admisible es que los Ayuntamientos puedan por sí mismos, prescindiendo de mínimas leyes marco competenciales, crear infracciones y sanciones.

Resolver este problema en los entes locales y, en medida mucho mayor, en las Corporaciones y Colegios Profesionales, exigiría partir de una perspectiva democrática y comprender que el binomio ley-reglamento sólo puede plantearse en el Estado y en las CCAA. La atribución a esas personas jurídicas de una capacidad de ordenación coactiva de las actividades de sus miembros es, sin duda, razonable, pero cuesta admitir que una Junta de un Colegio, por ejemplo, pueda llegar a establecer e imponer sanciones que equivalgan incluso a penas (inhabilitaciones), sin preceder garantías de forma (ley que lo establezca) y procedimiento. En este terreno se extendió en ocasiones la idea de que las Corporaciones profesionales deben gozar de cierta relajación en materia de requisitos formales de sus normas disciplinarias (en este sentido hay que señalar que el TC se llegó a exceder en S. de 21-12-89 al valorar la capacidad sancionadora de las normas internas de un colegio de arquitectos). Frente a esa tentación hay que reclamar, una vez más, que la capacidad sancionadora de un Colegio o Corporación profesional es perfectamente comprensible y necesaria, pero es también compatible con la previa exigencia de una ley habilitante para ello, que respalde la actividad sancionadora de esas entidades y, por supuesto, de las corporaciones locales.

En suma, falta pues una disposición general que defina las condiciones bajo las que entes o administraciones pueden producir reglamentos sancionadores, que siempre, claro está, lo harán en desarrollo de una Ley en sentido estricto, pues si no fuera así estaríamos ante una invasión de la potestad legislativa.

Así pues, y volviendo al punto inicial de este breve recorrido por el reparto de la capacidad sancionadora, es preciso destacar que ésta se aleja de raíz de la estrictamente punitiva por quebrar los dos principios básicos del derecho penal: MONOPOLIO DEL ESTADO Y SOMETIMIENTO PLENO A LA RESERVA DE LEY ORGANICA COMO EXPRESION DEL PRINCIPIO

DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL. A partir de ahí, la traslación de los principios penales como si todo se tratara de una misma cosa tropieza con una previa dificultad de salida, que no pueda desdeñarse por lo que tiene de sintomática de diferencias más profundas que denuncian que se trata de dos parcelas diferenciadas del derecho público, y de que, por lo tanto la actividad sancionadora de las Administraciones públicas puede atender a principios diferentes.

Pero lo cierto es que ese conjunto de principios inspiradores de la actividad sancionadora de las Administraciones públicas es realmente reducido, y son muchas las cuestiones que quedan sin resolver. Y es por esa razón por lo que se ha propuesto, y en cierta medida el TC lo ha reconocido como posible y justo, trasladar los principios penales al ámbito de la actividad sancionadora de la Administración. Mas esa idea, expresada con esa elementalidad, encierra muchos escollos y zonas oscuras y preguntas de difícil respuesta:

a) ¿por qué los principios penales se pueden trasladar al derecho sancionador, en lugar de buscar para este último unos principios “propios”?

b) hay que determinar cuáles son esos principios penales, pues puede suceder que ni siquiera los penalistas tengan esa relación muy clara, si es que se trata de establecer un catálogo de principios irrenunciables.

c) quizás no sean trasladables la totalidad de esos principios, puesto que de pretender que así sucediera, el derecho sancionador sería en verdad una versión reducida o sectorial del derecho penal pero, por lo demás idéntica a éste, lo cual no parece inimaginable ni conveniente.

d) el traslado de principios, en la medida en que quepa, no puede lógicamente ser automático, sin límite ni apoyatura legal alguna. Por lo tanto, alguna disposición positiva, y no solo el voluntarismo del intérprete celoso del respeto al Estado de Derecho habrá de contribuir a permitirlo y a fijar su alcance. Esta última consideración deberá quedar sin respuesta bastante en el razonamiento que sigue, puesto que tan solo una expresa regulación legal de los principios a los que se debiera someter la actividad sancionadora de la Administración cumpliría con un “traslado ordenado”, además de incorporar principios propios, y esa regulación, hoy por hoy, no la tenemos.

## 5.-

Al abordar la cuestión de los “principios” tropezamos con un aspecto de la cuestión que, siendo esencial, de ordinario se orilla, y es precisamente el determinar qué es un “principio” en el derecho represivo público. Nieto ha señalado caústicamente que padecemos una epidemia de “principalismo”.

Muchas ideas incluidas en esa denominación son solo declaraciones abstractas y equívocas. Indudablemente un principio ha de ser abstracto, esto es, orientado a regular la interpretación de un problema bajo un mismo criterio, pero necesariamente habrá de ser, como también señala Nieto, “prescriptivo”, pues de lo contrario no rebasará la noble condición de “ideal” o consejo más o menos atendido.

El artículo 25 de la Constitución, que tanta importancia fundamental tiene para toda la materia penal y sancionadora, constituye un paradigma de lo que el voluntarismo, por demás justo y explicable doctrinalmente, puede llegar a producir en materia de establecimiento de “principios”. Del texto del citado precepto se deriva sin duda el principio de legalidad y el de prohibición de la retroactividad desfavorable (párrafo primero), la orientación, en lo posible, a la reinserción social-esto no es ya un principio prescriptivo, y ciertamente no corresponde como objeto ni siquiera eventual al derecho sancionador- la limitación del alcance de las penas privativas de libertad para otros derechos fundamentales, y la prohibición de que la Administración imponga penas que directa o indirectamente suponga privación de libertad. A esa relación se ha querido añadir, por vía de interpretación inspirada en la axiología del precepto, el principio “ne bis in idem” y el de proporcionalidad entre hecho y pena, el llamado principio o garantía de taxatividad de las leyes, la prohibición de cláusulas abiertas o indeterminadas, a lo que, echando mano del artículo 9.3 CE y otros de carácter programático, se ha querido añadir el de exclusiva dedicación a la protección de bienes jurídicos, la prohibición de responsabilidad objetiva, y el respeto al principio de culpabilidad. Esas pautas limitativas tendrán que afectar, en teoría, tanto a los delitos y las penas como a las infracciones administrativas y las sanciones.

En cambio, del artículo 24 CE, de indudable transcendencia para el sistema penal y procesal penal, y mucho más explícito y preceptivo que el 25, no se ha dicho que sus efectos alcancen por igual a la imposición de sanción administrativa, exigiéndose para ella también la previa contradicción, análoga garantía probatoria, asistencia de letrado, presunción de inocencia, etc.

Lo cierto es que cuesta, o, al menos, no es sencillo, derivar de la redacción de las normas constitucionales todas y cada una de las consecuencias que doctrinalmente se desean, con total independencia de que esos ideales, y otros muchos, deban ser defendidos como condición inexcusable para que el sistema penal pueda considerarse cultural, jurídica y políticamente como el propio de un Estado social y, democrático de derecho en las postrimerías del siglo XX, y que, por lo tanto, el proceso legislativo penal haya de tener en cuenta que el cumplimiento de esos postulados es la manera de satisfacer las declaraciones del Título Preliminar de la Constitución.



Si dificultades reviste la precisión y asentamiento de los llamados principios inspirados del derecho penal, fácil es imaginar que más complicado todavía resulta decidir su aplicabilidad a la actividad sancionadora de la Administración, pues el engarce con el derecho penal no tiene otra base técnica que la común mención en el artículo 25 CE (ya me he referido a la escasa búsqueda de paralelismo con el art.24 CE). Las declaraciones del TC, apoyadas en el art.25 y el art. 9.3 CE, en orden a la posibilidad y necesidad de someter la acción sancionadora a un sistema análogo de garantías, es un postulado de razón, loable, orientado a evitar una desigualdad garantista que podría conducir a la burla de las conquistas alcanzadas históricamente en el ámbito de la responsabilidad personal frente a toda clase de castigos. Pero bueno será no lanzarse a ciegas a un “traslado” que olvide la dificultad que reviste determinar lo “trasladable”, pues no todos los penalistas coinciden en qué es lo esencial, o no admita que acaso algunos “principios” sea inviable o inoportuno pretender aplicarlos en la actividad sancionadora de las Administraciones.

Por otra parte está la denuncia de la doctrina administrativista contra la extensión de los conceptos y principios penales al derecho administrativo, sometiendo a éste a una condición de vasallaje técnico, cual si el derecho sancionador fuera simplemente una versión menor del derecho penal, con el cual sólo guardaría diferencias cuantitativas y de nombre. La tesis más difundida entre los estudiosos del tema es la de que el derecho sancionador administrativo está utilizando o aplicando “provisionalmente” los principios penales, pero solo a falta de unos principios propios que, antes o después, deberán construirse de acuerdo con los fines y función del derecho sancionador administrativo que, por definición, difieren de los correspondientes al sistema penal, el cual no construye, pues, una teorización adecuada y obligatoria para la totalidad del “derecho represivo” estatal. Eso es perfectamente compatible con la existencia de una cantidad razonable de (llamados) principios comunes a pena y sanción administrativa, cuando no a la totalidad del sistema jurídico.

La sanción impuesta a un ciudadano por la Administración permite unas críticas que aparentemente el derecho penal no podría asumir sin grave escándalo, tanto que inmediatamente se alzarían denuncias de inconstitucionalidad y terror penal. En cambio, de la infracción administrativa sus estudiosos (sigo a Nieto en este punto), dicen, entre otras cosas, que la imposición de una sanción administrativa no obedece a ningún criterio regulador de la intervención pública, sino al mero azar, que decide la suerte de un ciudadano por causas totalmente aleatorias. De nada sirve a ese ciudadano invocar la igualdad ante la Administración. La arbitrariedad es la norma de conducta. El Estado sanciona a quien quiere, y el ciudadano lo sabe, y no es “principio de oportunidad”, como se dice del derecho penal,

sino pura lotería. Así mismo, el Estado nunca ha tenido interés real en la mejora democrática del derecho administrativo sancionador, el cual ha ido evolucionando a costa de la paciencia de los Tribunales de lo contencioso-administrativo y de la acción de desesperados recurrentes hartos de la arbitrariedad o de incansables pleitistas.

Tan amarga visión del problema de la presencia del derecho administrativo sancionador es, a mi modo de ver, un poco exagerada en cuanto supone que eso “solamente” pasa con el derecho administrativo. Tampoco el derecho penal cumple con un ordenado criterio de oportunidad, mínima intervención, extrema ratio, igualdad -si por ello se entiende el sufrir un proceso que también sufrirán todos aquellos que hagan lo mismo, cosa más que improbable-, ni siquiera está exento del componente azaroso, pues eso está en relación directa con la eficacia de la Policía, o cualquier otro método de persecución, y la suerte del delincuente; y nada de eso será “intervención mínima”, sino intervención posible, limitada por la naturaleza de las cosas sociales, y poco más. Sí es cierto, no obstante, que los esfuerzos de la doctrina penal por reconducir al sistema punitivo a los postulados del Estado de Derecho (social y democrático) son mucho más antiguos y persistentes que los de los administrativistas, sin entrar en las razones, que a buen seguro existen. La preocupación por las garantías que, más allá del elemental condicionamiento de la legalidad, han de ser respetadas en la actuación administrativa sancionadora está todavía esperando una completa elaboración, y, por lo tanto, acaso deberá la ciencia administrativa, por ejemplo, tomar posición en relación con temas como la aleatoriedad de la intervención administrativa o la intervención mínima, postulado que resulta comprensible en el derecho penal, pero casi absurdo en el derecho administrativo, salvo que se plantee como consecuencia normal de la imposible omnipotencia y omnipresencia de la Administración.

## 6.-

Así pues, con lo hasta ahora dicho queda, según entiendo, suficientemente claro que no es correcta ni obligada la idea de la traslación automática de todas las reglas y principios generales del derecho penal a la actividad sancionadora de la Administración, a pesar de que alguna declaración del Tribunal Constitucional, fruto de un loable propósito garantista, que implícitamente denuncia la falta de una adecuada formulación jurídico-positiva “esencial” para esa actividad, haya manifestado la necesidad de respetar las garantías que “lato sensu” se acuñaron en el derecho penal.

No obstante, la comparación entre los dos modos de sancionar es inevitable, con independencia de que se trate de principios penales “prestados” a falta de otros propios que justificarían las diferencias. Lógicamente, el observador de estas cuestiones se pregunta, por ejemplo, si acaso el derecho penal puede y debe respetar el desconocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de conducta adecuada y el derecho sancionador, en cambio, está dispensado de hacerlo. A ello se debe añadir la ya mencionada carga adicional provoca por la frecuencia con la que se considera al derecho sancionador como un instrumento adecuado para la despenalización, lo que conlleva, como anteriormente dije, una preocupación por no confundir “despenalización” con “aligerar garantías”. Ambos sistemas forman parte del derecho público represor, y ese engarce común debe dar lugar, por lo menos, a un razonable equilibrio. Por eso, y no por otro motivo, se ha de acudir a algunos- la cuestión sera determinar cuántos-criterios limitadores “homogéneos” propios o prestados.

Admitido, bajo esas condiciones, que el derecho sancionador ha de tomar y respetar al menos parte de los principios penales, aun dejando claro que eso no arrastra una consecuencia de identificación y confusión de naturalezas, veamos ahora qué principios pueden aplicarse y con qué alcance.

## 7.-

Evidentemente el problema de la aplicación de principios penales al campo de la actividad sancionadora de la Administración resultaría sencillo si la correspondiente norma sancionadora administrativa hiciera remisión expresa al Código penal como criterio para la solución directa o subsidiaria de un problema. Pero eso sucede pocas veces y con alcance limitado (por ejemplo, lo hace el artículo 57 de la Ley de Régimen Local, que remite al plazo fijado en el Código penal para las faltas para la determinación del plazo de prescripción de las infracciones a Ordenanzas municipales), quedando sin decidir un importante número de problemas.

También se ha suscitado la posibilidad de acudir al derecho penal cuando la aplicación de un principio de ese derecho resulte beneficioso para el sancionado, usando así de una analogía “in bonam partem”. Pero ese camino tropieza con dos pequeños inconvenientes: que el derecho penal muchos niegan la posibilidad de reconocer la aplicabilidad de cualquier clase de analogía, por mor del estricto sometimiento a la legalidad -tesis que, de paso, pone de manifiesto la imperiosa necesidad de regular el tema de la analogía in bonam partem en el derecho penal-, y que en el derecho

sancionador, si la norma no lo dice expresamente (en cuyo caso sería un supuesto de reconocimiento del carácter supletorio del derecho penal) tampoco parece fácil flexibilizar la fuerza de la ley, ya que en el campo general del derecho público ésta se plantea con un rigor muy superior al que tiene en el derecho privado.

Renunciando pues, al menos en una medida importante, a la esperanza de que sea la propia norma sancionadora la que acoja expresa o tácitamente los principios penales, nos enfrentamos a la cuestión que el el objeto constante de todas estas páginas: las declaraciones del TC en orden a la conveniencia de respetar los principios penales - ya me he referido a la dificultad de precisión que tiene ese concepto de “principios”- ¿cómo se traduce en la práctica?.

Podríamos descartar de entrada, si se quiere limitar, la aplicación de los principios penales de raíz histórica y dogmática pero difícilmente basables en la Constitución. Pero entonces tendremos que rechazar, por ejemplo, la utilidad de las reglas de interpretación y solución del concurso de normas penales (subsidiariedad, especialidad, consunción), pues esas técnicas son creación pura de la dogmática.

Ciertamente, la posición jurisprudencial se limita a recomendar la aplicación de los principios penales que hayan de tenerse como consecuencia evidente e indiscutible del sometimiento del derecho punitivo al Estado social y democrático de derecho, pues esos principios serían determinantes para la totalidad del derecho represivo. Pero como ya dije antes, esos principios, si nos centramos en los expresamente recogidos en la Constitución -legalidad, presunción de inocencia, no arbitrariedad-, son realmente pocos. Y lo que es más grave: ciertos principios casi esenciales para la ciencia penal no son fácilmente enclavables en la Constitución, salvo por la vía filosófico-jurídica de su coherencia con la idea misma de Estado social y democrático de derecho, o de complejas derivaciones interpretativas de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo: la culpabilidad como manifestación del principio de igualdad (tratar desigualmente lo desigual), el dogma del hecho como parte de la seguridad jurídica, la proporcionalidad de las penas como incompatible con los castigos crueles o degradantes, y así sucesivamente. Pero ese es un camino, sin duda, inseguro, al menos mientras el TC no se pronuncie expresamente sobre la cuestión.

Naturalmente, la consecuencia más significativa para el tema que nos ocupa es la dificultad que existe para invocar, en la aplicación del derecho sancionador administrativo, principios penales que no estén claramente declarados en la Constitución. Esa dificultad se transformará en pura y simple imposibilidad cuando se enfrenten con declaraciones expresas de la

norma sancionadora que los contradiga. Así podrá suceder que una norma sancionadora, por ejemplo, desprece la diferencia entre actuación intencional y conducta negligente, cosa que nunca podría hacer el derecho penal, sin que se pueda forzar la interpretación de la misma en nombre de contradicción o desviación.

Pese a ello, y como es lógico, nos resistimos todos a renunciar a un conjunto de ideales o límites del derecho represivo que consideramos son conquista política y expresión de un desarrollo social y cultural. El esfuerzo de la dogmática penal no es un mero alarde de sutileza técnica, sino algo más profundo, y por eso se ha de meditar cuidadosamente antes de rechazar sus aportaciones, ya que la dogmática penal es la única que ha elaborado unos criterios de aplicación del derecho represivo del Estado, y no lo ha hecho por la “belleza” y armonía del sistema jurídico, sino en pos de una armonización profunda con los derechos y garantías constitucionales, e incluso con el carácter del Estado como Estado social de derecho.

Si queremos enumerar esos logros de la ciencia penal tendremos que referirnos, además del principios de legalidad y sus manifestaciones, a los siguientes:

a) concreción del hecho y prohibición de ser sancionado por hechos anteriores o por una manera de vivir o línea de conducta (dogma del hecho)

b) reconocimiento del desvalor de acción (dolo, culpa) como algo que debe ser objeto de expresa valoración en cada decisión represiva, incluyendo, por supuesto, y como cuestión previa, la prohibición de la responsabilidad objetiva.

c) el derecho penal español ha tardado en contar con una regulación expresa y positiva, pero por fin dispone de una norma que establece los efectos penales del error de tipo y el de prohibición, según sean vencibles o invencibles, pues eso era una exigencia ineludible del principio de culpabilidad.

d) las causas de justificación y las causas de inculpabilidad (sea por inimputabilidad, sea por exculpación) se consideran también patrimonio normal y esencial del derecho punitivo, o, dicho de otro modo, éste sería inimaginable sin ellas.

e) la pena imponible no puede ser la misma para el hecho consumado que para el intentado, ni tampoco la misma para todos los partícipes en un mismo hecho.

Podríamos continuar con otros criterios o instituciones que en el derecho penal se tienen por básicas o, al menos muy importantes (reglas concursales,

remisión condicional, extinción de la responsabilidad, etc.). Pero resultaría excesivamente prolijo. Lo importante, y quizás de imposible aclaración precisa, es saber cuántos de esos criterios o ideas rectoras conviene imponer en el derecho sancionador, admitido, como tantas veces he repetido, que la diferencia de fines ha de conllevar una diferencia de criterios aplicativos, y quizás el derecho sancionador no pueda detenerse en distinguir, por ejemplo, entre dolo y culpa o entre locos y cuerdos, cuando enjuicia una infracción administrativa.

## 8.-

Ante la imposibilidad de examinar la vigencia de todos los principios o criterios rectores del derecho penal, veamos a modo de ejemplo algunos problemas concretos, atañentes a los principios más “significativos”, en los que se pueda apreciar la quizá inevitable diferencia entre ambos derechos.

### 8.1.

El principio de legalidad aparece derivado para ambos (penal y sancionador) del artículo 25.1. CE. Pero esa idea de legalidad formal tiene que ser además manifestada en el concreto modo jurídico-positivo de producirse el nacimiento de la norma aplicable, o la subsistencia de la norma ya existente. En ese sentido, el derecho penal, o la creación de infracciones y de penas, se considera por el TC parte del sistema jurídico sometida a la reserva absoluta de ley orgánica, ya que está fuera de duda que las leyes penales entrañan limitaciones de derechos en cuanto suponen prohibiciones, por más que haya quien entienda que la reserva de ley orgánica alcanza solo a las prohibiciones (conductas castigadas) y no a los castigos o penas.

Bien es cierto que el principio de legalidad penal se relaja o se resiente su rigor a causa de ciertas técnicas legislativas, como es la de la ley penal en blanco, cuya integración completa es remitida incluso, a veces, a reglamentos, cosa que no debiera hacerse; y también puede considerarse como “riesgo” teórico para el principio de legalidad, la obligada interpretación de elementos normativos, cuya significación a veces conduce a normas jurídicas y a veces a valoraciones sociales o culturales.

Pero todo eso no afecta en realidad a la vigencia de la reserva de ley orgánica, sino que, a lo sumo, y no es poco, sirve para traer a colación los problemas potenciales que residen en la, por otra parte, imprescindible

función del arbitrio judicial en la interpretación de las leyes. En cambio, en el derecho administrativo sancionador se dice que debe haber también reserva legal, estricta tipificación, y reconocimiento del “ne bis in idem”, prohibición de la retroactividad mas a esos postulados teóricos se oponen alteraciones o excepciones: plasmadas en las siguientes manifestaciones:

- la legalidad se resuelve apreciándola allí donde una norma, cualquiera que sea su rango, declare sancionable una conducta o acción.

- la técnica de tipificación es realmente muy distinta de la usada en las leyes penales, y es fácil observar en el derecho sancionador descripciones genéricas de conductas sancionables, cuando no se contenta con declarar la capacidad sancionadora de un determinado órgano o autoridad en todo aquello que estime oportuno en defensa de una misión de orden o tutela, lejos pues de los ideales que encerraba la máxima “nullum crimen sin lege stricta”.

- en el derecho sancionador administrativo es común, por influencia de García de Enterría, trazar una separación entre aquellos sujetos que se relacionan con las Administraciones públicas como simples ciudadanos y aquellos otros que se ven atados a ella por una particular relación de dependencia, servicio, control, etc. Se habla partiendo de ello, de relaciones de “supremacía general” y de “especial sujeción”.

Tales distintos modos de relación se traducen, en el campo de las infracciones, respectivamente, en la diferenciación entre “derecho sancionador administrativo” y “derecho disciplinario”, diferencia que es mucho más que una simple clasificación sin mayor alcance.

También en el derecho penal puede hacerse una distinción parecida, entre delitos comunes y ciertos delitos especiales que sólo pueden cometer determinadas personas (por ejemplo, los delitos de funcionarios. Pero en el derecho penal los delitos de funcionarios no reciben, en cuanto a la estructura técnico-jurídica y a la conformación legal, un tratamiento diferenciado de los otros delitos, mientras que el derecho disciplinario administrativo acepta unos criterios que lo distinguen y separan del derecho sancionador común. Tal peculiaridad (reconocida por el TC) se plasma en una mayor impermeabilidad a los principios del derecho penal, o, dicho de otro modo, acepta una relajación más amplia de garantías.

No obstante, y antes de proferir absurdas protestas, se tiene que tener en cuenta que en esas relaciones llamadas de “especial sujeción” (por ejemplo, la de un funcionario público respecto de sus superiores jerárquicos) concurren dos clases de vínculos: los esenciales descriptivos de la función pública (ley de funcionarios, reglamento disciplinario), que indudablemente exigen

cobertura de legalidad, y los concretos y funcionales de la actividad ordinaria del servicio u órgano, en el cual lógicamente alguien deberá ejercer la potestad de mando y orientación del trabajo o del servicio, sin que se pueda recabar un omnicomprendivo sometimiento de todas y cada una de las cuestiones a un marco específico de estricta legalidad, sin perjuicio, por supuesto, del deber constitucional de no apartarse (la Administración de que se trate) de los fines que le sean propios. Por lo tanto, es comprensible que fuentes menores (circulares, órdenes comunicadas, etc.) puedan bastar para conformar obligaciones que se han de atender, y exigir otro cosa conduciría a una segura esclerosis.

## 8.2.

La exclusión de la responsabilidad objetiva, la justificación y la culpabilidad son sin duda alguna ideas basilares del derecho penal, y no es necesario, por sabido, insistir en ello. La cuestión es saber si el derecho sancionador va a exigir dolor o culpa y a admitir causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad o puede ignorarlas.

En cuanto a las causas (penales) de justificación creo que es fácil convenir que entrañan, cuando se producen, y prescindiendo de discusiones dogmáticas sobre la diferencia entre exclusión de antijuricidad, justificación excepcional, y corrección jurídica, una conducta formalmente “positiva” para el derecho. Por lo tanto, y sin necesidad de que así lo manifieste expresamente el derecho sancionador, estimo de todo punto inaceptable que la realización de una conducta amparada por el derecho, que no puede dar lugar a responsabilidad penal, pudiera provocar la imposición de una sanción administrativa. Los ejemplos son múltiples (así, quién en estado de necesidad, para llevar urgentemente a un herido al hospital, utiliza un coche de matrícula extranjera, cuya utilización tiene prohibida en España, o lo hace con el permiso de conducir caducado) y todos conducen a la misma conclusión, la falta de sentido de la sanción administrativa.

Más compleja es la cuestión en lo que atañe a la exclusión de culpabilidad. Esta puede proceder de falta de imputabilidad (presupuesto de la culpabilidad) o de ausencia de conciencia de la antijuricidad (error de legitimación o de prohibición), o de imposibilidad de exigir una conducta diferente.

Sin duda los enajenados, menores, inadaptados profundos, afectados por miedo insuperable, vinculados por obediencia debida prescindo de la polémica sobre la existencia misma de esta eximente pueden cometer infracciones administrativas de toda índole. La cuestión es pues decidir si tiene o no sentido la imposición, por ejemplo, de una multa al loco o al menor. Ciertamente no se les podría imponer una pena de multa, sino que,



en su caso, se les sometería a alguna especie de medida de seguridad. Esa sustitución por medida es inviable en el derecho sancionador, más no por eso hay que regresar a la imponibilidad de la sanción, sino convenir en que la falta de imputabilidad de la sanción, sino convenir en que la falta de imputabilidad hace que el sujeto sea incapaz de comprender o de respetar los mandatos y prohibiciones del derecho ( y no solo del derecho penal), y por lo tanto no hay necesidad alguna de que la Administración “afirme su autoridad” ante esa persona concreta, al margen de que pueda, si es procedente, comunicar a padres, tutores, guardadores o al Ministerio Fiscal lo sucedido para interesar la incapacitación o para controlar más al incapacitado si ya lo estuviera. Pero lo importante es admitir que desaparecen o decaen las exigencias de prevención general, indudablemente concebidas para el derecho penal, pueden extenderse al derecho sancionador en la medida en que éste último reposa de manera clara en la finalidad de “ordenación de las conductas públicas imponiendo la autoridad de la Administración”.

Más complicado resulta encajar en el proceso de imposición de la sanción administrativa un momento valorativo dedicado al posible error o a la eventual inexigibilidad de conducta. De la Constitución, por mucho que nos esforcemos en buscar un engarce sólido para el principio de culpabilidad -al margen de algunos penalistas entendamos que puede entroncarse con el derecho a la igualdad, y que, además, es una condición “axiológica” del derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho-, es difícil derivar una “exigencia general” para todo el derecho represivo. Las sentencias que han declarado esa necesidad de respetar las “garantías penales” en la imposición de sanciones administrativas tampoco han entrado en una precisa y concreta descripción de todas esas garantías, incluyendo la culpabilidad entre ellas, y, menos aun, en especificar que alcance y contenido se confiere a la culpabilidad, lo que es una cuestión doctrinal debatida. En este sentido, la STC de 4-7-1991 declara que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad, pero se desconoce a qué clase de culpabilidad se refiere.

Algunas declaraciones positivas del TS parecen pensar en la concepción psicológica de la culpabilidad, con lo cual el traslado de la garantía se reduciría exclusivamente a la exigencia de dolo o culpa con prohibición de la responsabilidad objetiva. Es bastante razonable, si se tiene en cuenta que en España rigió la responsabilidad objetiva hasta 1983 incluso en el derecho penal, por lo tanto, el paso garantista puede atender sólo a esa exclusión. Además, el TC, que no ha entrado en explicar en qué consiste la culpabilidad (tampoco sería, quizás, misión suya) sí ha proclamado la prohibición de la responsabilidad objetiva (26-4-1990, y el TS en S.10-1-89).

Para muchos, además, no se puede pedir más, pues de añadir el conocimiento de la prohibición sería inviable la aplicabilidad del derecho sancionador dada la selva administrativa. Esta última cautela creo que puede relativizarse, pues en muchas parcelas de la actividad sancionadora de las Administraciones públicas (urbanismo, tributos, hostelería, espectáculos, orden ciudadano, tráfico, caza, pesca, vertidos, etc.) el conocimiento de los reglamentos no es en modo alguno inferior al conocimiento de los mandatos y prohibiciones que pueden dar lugar a la comisión de delitos.

La exigencia de dolo o culpa parece pues unánime. Pero no hay que extraer conclusiones precipitadas, puesto que no creo que se trate de una consecuencia de transportar la estricta teoría de dolo y de la culpa elaborada en el derecho penal. Y ello por algunas buenas razones:

- porque el dolo y la culpa no son sólo predicados exigibles de las conductas relevantes para el derecho penal, sino que se presentan como elementos consubstanciales a cualquier conducta humana que haya de tener relevancia personal para el ordenamiento jurídico, público o privado.

- porque el derecho penal español concibe la imprudencia siempre como una “producción de resultado” como fruto de la infracción de la norma de cuidado y del cuidado personal exigible al sujeto. En cambio, una infracción administrativa puede consistir en una simple conducta sin resultado material (por ejemplo, exceso de velocidad o estacionamiento indebido), y en esos casos la negligencia se apreciaría con un fundamento fáctico mucho más pequeño, prescindiendo de la “aptitud causal” para provocar consecuencias.

### 8.3.

Advertido eso podemos contemplar la difícil vigencia de los otros elementos que componen la llamada “garantía de culpabilidad”. En relación con el conocimiento de la antijuricidad basta leer la jurisprudencia, e incluso la doctrina, administrativa para apreciar que esa expresión apenas se utiliza, del mismo modo que se prescinde totalmente de toda reflexión sobre la posibilidad de actuar de otro modo que hubiera tenido el sujeto (exigibilidad de conducta adecuada). Las genéricas e imprecisas alusiones a la buen fe o a no observar la debida diligencia, prescindiendo de neto aroma jurídico-civil que tienen, no suplen ni sustituyen todo aquello que la ciencia penal recoge bajo el manto del conocimiento de la prohibición y la exigibilidad de conducta.

Indudablemente eso conduce a un lugar común casi nunca discutido, y al que ya antes me he referido, cual es la coincidencia, algo irreflexiva, en no admitir la relevancia del desconocimiento de la antijuricidad en la apreciación de infracción administrativa. La cuestión, así planteada, exige

lógicamente una toma de postura, que descansa, a mi modo de ver, en las siguientes apreciaciones:

- es verdad que no disponemos de un precepto similar al artículo 14 del CP dedicado a la regulación -lo que una vez más pone de manifiesto las graves consecuencias que genera la falta de una preceptiva general aplicable a las sanciones administrativas-caso sea cierto pero de esa ausencia no puede derivarse la demostración de lo contrario, esto es: la indiferencia del conocimiento.

- evidentemente, el Estado de derecho social y democrático necesita imponer una regulación de la vida colectiva y de las obligaciones de los ciudadanos frente a la colectividad. Mas no por eso la Administración Pública puede llegar a declarar indiferente el conocimiento siquiera “potencial” de las reglamentaciones sancionadoras.

- siendo así imprescindible, por tratarse de un derecho ligado a la dignidad política misma, es comprensible y exigible que, aunque hoy no haya regulación, en el proceso de imposición de la sanción administrativa haya que dejar espacio para la valoración de la ignorancia, el error de prohibición y el error sobre la legitimación, corresponda esa valoración a la autoridad administrativa sancionadora o al órgano jurisdiccional que haya de tutelar la corrección jurídica de las decisiones de la Administración.

Algo similar ocurre con la exigibilidad de conducta adecuada.

La comisión de una infracción administrativa en situación penal de estado de necesidad, por ejemplo, no debiera producirse, o, dicho de otro modo, esa imposición tendría que ser revisada, pues de lo contrario caeríamos en el absurdo de excusar la conducta típica-penal y no la infracción que a la vez o en circunstancias análogas se cometiera.

#### 8.4.

El problema de la “personalidad de la pena”, que en derecho penal conduce a negar la capacidad penal de las personas jurídicas, se plantea de muy diversa manera en el ámbito de la sanción administrativa, que es perfectamente imponible a personas jurídicas, siendo eso otra palpable demostración de las diferencias entre el derecho sancionador y el derecho penal. El intento de alguna persona jurídica de impugnar una sanción en nombre del principio “societas delinquere non potest” ha sido ya rechazado por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. Y aún más: en derecho penal una consecuencia accesoria (como es, por ejemplo, la prohibición de actividades o la disolución) es compatible con la imposición de la pena a personas físicas por los delitos cometidos al abrigo de personas jurídicas, ya

sea construyendo la autoría a través de la teoría del dominio del hecho, ya sea mediante la aplicación de la regla incriminadora de la actuación en nombre de otro. En cambio, en el derecho sancionador administrativo la responsabilidad frente a la sanción es directamente, y muchas, veces, exclusivamente, de la persona jurídica. Quizá pueda decirse que el derecho sancionador no ha caído en la “trampa” de la incapacidad de obrar que le concede el derecho penal, o bien que considera a la persona jurídica sujeto de derechos, obligaciones y sanciones. Sea como fuere es perfectamente coherente que del mismo modo que las personas jurídicas son sujetos ante la Administración también puedan cometer infracciones, sin perjuicio de que determinadas infracciones administrativas solo las pueda cometer, materialmente, una persona física.

# LA COMPLICADA HISTORIA DE LAS DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS DE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES.

TOMAS MIR DE LA FUENTE  
ABOGADO DEL ESTADO

## SUMARIO.

*I. ANTEPROYECTO DE REVISION DE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES: A) Propuesta de modificación de la Comisión Complicadora de Juristas de Baleares; B) Memoria justificativa. II. PROYECTOS DE LEY SOBRE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES: A) El Proyecto de 1986; B) El proyecto de 1987; C) La Disposición Adicional. III. LA TRAMITACION DEL PROYECTO DE LEY EN EL PARLAMENTO DE LAS ISLAS BALEARES: A) Enmiendas: a) Del Grupo Parlamentario PSM-EEM; b) Del grupo Parlamentario Socialista; c) Del Grupo Parlamentario Unió Mallorca; B) El informe de 1 de Febrero de 1990 de la Ponencia designada para cumplir el trámite del artículo 119 del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares: a) Sobre el artículo 24 del Proyecto; b) Sobre el artículo 25 del Proyecto; c) Sobre la Disposición Adicional de la Compilación; d) Sobre la Disposición Transitoria del Proyecto de Ley de Modificación; C) El dictamen de la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales de 5 de Junio de 1990: a) El acta de la sesión; b) El contenido del dictamen; D) El pleno extraordinario del Parlamento de 20 de Junio de 1990. IV. LA LEY 8/1990, DE 28 DE JUNIO DE COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES. V. EL DECRETO-LEGISLATIVO 79/1990, de 6 de Septiembre POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES: A) El artículo único del Decreto-Legislativo; B) El Texto Refundido: a) La Disposición Adicional; b) Las Disposiciones Transitorias que se incluyen y la que no se incluye; c) Lo que hizo y no hizo la Ley y el Decreto-Legislativo; d) Las causas y los efectos de lo hecho y lo omitido. VI. PERIPECIA HISTORICA O HISTORIA COMPLICADA.*

# **I. ANTEPROYECTO DE REVISION DE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES.**

## **A) PROPUESTA DE MODIFICACION DE LA COMISION COMPILADORA DE JURISTAS.**

El Anteproyecto de Revisión elaborado por la Comisión Compiladora de Juristas, actualizada por el Real Decreto 1007/1981 de 22 de mayo, propuso:

a) Que las Disposiciones Finales de la Compilación dijieran:

Primera.- Las normas del Derecho civil balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella (1).

Segunda.- Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas en su redacción actual (2).

b) Que se suprimiera la Disposición Adicional (3).

c) Que la Disposición Transitoria no se modificase (4).

## **B) MEMORIA JUSTIFICATIVA.**

La Memoria justificativa de la revisión propuesta dijo que el anteproyecto culminada con dos Disposiciones Finales y una Transitoria, precisando, sobre la Primera de las Finales, que era sustancialmente idéntica a la del texto de 1961, puesto que sólo suprimía la palabra “especial”, y que la sustitución de las antiguas normas escritas o consuetudinarias vigentes al publicarse la Compilación de 1961 o la Ley de revisión de ésta no implicaba la derogación de las costumbres integrantes de la tradición jurídica de las islas, particularmente, las de servidumbres, arrendamientos rústicos y aparcerías. Y, sobre la Disposición Transitoria, recordaba que sólo había sido gramaticalmente retocada, aunque lo cierto es que aparecía entre la relación de las no modificadas, a pesar de que recogía, como texto de esta Disposición, uno en que, en lugar de “problemas”, hablaba de “cuestiones” de Derecho intertemporal, de lo que se puede deducir que se consideraba oportuno mantenerla, pero con este retoque gramatical (5).

Se decía también que la Disposición Adicional de la Compilación de 1961 se había de suprimir por innecesaria y que se proponía que la Ley que, en su momento, aprobara el Anteproyecto contuviera una Disposición Transitoria con el fin de evitar los conflictos que pudieran surgir en sucesiones abiertas después de su entrada en vigor (la de la Ley de

modificación) y en base a testamentos otorgados con anterioridad. Refiriéndose a la preterición no intencional de hijos o descendientes, sobrevenida por aplicación de las normas constitucionales, se disponía que no implica la nulidad del testamento otorgado con anterioridad a esta Ley, teniendo derecho los preteridos a reclamar únicamente su legítima (6).

## **II. PROYECTOS DE LEY SOBRE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES**

**(B.O. del Parlament de les Illes Balears n° 59  
de 27 de marzo de 1986 y n° 2 de 18 de junio de 1987).**

### **A) EL PROYECTO DE 1986, APROBADO POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA EN SESION DE 6 DE MARZO DE 1986.**

Dijo, en la Exposición de Motivos, que le servía de preámbulo la extensa e importante Memoria Justificativa de la Propuesta de la Comisión Compiladora de Juristas, que el Gobierno asumía en su totalidad, y, en el articulado, no introdujo ninguna modificación de la Compilación relativa a la Disposición Final Primera (7) ni a la Disposición Transitoria de la Compilación, sino que, en el artículo 24, modificaba la Disposición Final Segunda de la Compilación, en los términos de la propuesta de la Comisión, y, en el 25, se decía que se añadía a la Compilación una Disposición Final Tercera, autorizando al Gobierno de la Comunidad Autónoma para aprobar, mediante Decreto, un Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares (8).

### **B) EL PROYECTO DE 1987, APROBADO POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA EN SESION DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1987.**

Dijo que le servía de Preámbulo la extensa e importante Memoria de la Comisión y, en el articulado, repitió lo de su precedente.

### **C) LA DISPOSICION ADICIONAL.**

Los dos proyectos contenían una Disposición Derogatoria que decía: Se suprime el Capítulo V del Título II del Libro I “De las Disposiciones Comunes a la sucesión testada e intestada”, que comprende el artículo 53 de la Ley 5/1961, de 19 de abril, así como la Disposición Adicional de la misma.

### **III. LA TRAMITACION DEL PROYECTO DE LEY EN EL PARLAMENTO DE LAS ISLAS BALEARES.**

#### **A) ENMIENDAS.**

a) Del Grupo Parlamentario PSM-EEM.

Los días 6 y 13 de octubre de 1987 presentó este Grupo, entre otras, las enmiendas números 22, 23, 24, y 43.

La 22 proponía que el artículo 24 del Proyecto dijera: “Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas en la redacción vigente en el momento de entrada en vigor de esta Ley”.

La 23 proponía, alternativamente:

1. La adición al artículo 24 del Proyecto de un inciso inicial que manifieste que “Queda derogada la Disposición Final Primera..” o bien añadir tal derogación a la Disposición Derogatoria del Proyecto de Ley.

2. Añadir un nuevo artículo al Proyecto de Ley (el 24 que desplazará el contenido de éste a los artículo 25 y 26) que manifieste: “Se modificará la Disposición Final Primera de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, que pasará a tener la siguiente redacción: Primera. Las normas del ordenamiento civil de las Islas Baleares, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes en el momento de la publicación de esta Compilación, quedarán sustituidas por las contenidas en ella”.

La 24, al artículo 25, proponía dijese: “Se autoriza al Gobierno de la CAIB para aprobar, mediante Decreto Legislativo, un texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, en el plazo de 6 meses”.

La nº 42 era de someter a la aprobación del Parlamento una Disposición Transitoria que diría:

“Las atribuciones patrimoniales en concepto de legítima que por vía de reserva o de afección se hayan escriturado e inscrito en el Registro de la Propiedad sin consentimiento ni intervención del legitimario, al amparo del régimen vigente antes de la Compilación de 1961, podrán cancelarse a petición de persona interesada, siempre que hayan pasado veinte años desde su constancia registral”.

“Cuando se haya efectuado el pago de la legítima en metálico, su caducidad se regulará por el artículo 15 de la Ley Hipotecaria”.



b) Del Grupo Parlamentario Socialista.

El día 14 de octubre de 1987 presentó enmiendas nº 15 y 16, con el número de registro de entrada 917 y 918/87, del tenor siguiente:

“Suprimir la Disposición Transitoria”.

“Adición a la Disposición Transitoria: Las atribuciones patrimoniales en concepto de legítima que por vía de reserva o de afección se hayan escriturado e inscrito en el Registro de la Propiedad sin consentimiento ni intervención del legitimario, al amparo del régimen vigente antes de la Compilación de 1981 (sic), podrán cancelarse a petición de persona interesada, siempre y cuando haya pasado veinte años desde su constancia registral”.

c) Del Grupo Parlamentario Unió Mallorquina.

El 14 de octubre de 1987 propuso la modificación del artículo 24 del Proyecto para que dijera: “Se modifican las disposiciones Finales Primera y Segunda de la Compilación del Derecho Civil de Baleares que pasan a tener la redacción siguiente:

“Primera.- Las normas del Derecho Civil de Baleares, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella”.

El resto del artículo queda igual, es decir la Nueva Disposición Final Segunda modificada por el Proyecto.

Motivación- Suprimir el calificativo “especial”, en coherencia con la rúbrica de la Compilación”.

**B) EL INFORME EMITIDO POR LA PONENCIA  
DESIGNADA PARA CUMPLIR EL TRAMITE DEL  
ARTICULO 119 DEL REGLAMENTO DEL  
PARLAMENTO, DE 1 DE FEBRERO DE 1990.**

a) Sobre el artículo 24 del Proyecto.

Se modificó por la Ponencia, según su informe, la Disposición Final Primera y Segunda de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, que pasará a tener la siguiente redacción: Primera. Las normas del Derecho Civil de Baleares, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación quedan sustituidas por las contenidas en ésta (9). Segunda. Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley (10).

b) Sobre el artículo 25.

Se aprobó, según el mismo informe, la enmienda del Grupo Parlamentario PSM-EEM, con lo que “Se autoriza al Gobierno de la CAIB para aprobar, mediante Decreto Legislativo, un Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares en el plazo de seis meses”.

c) Sobre la Disposición Adicional de la Compilación.

Se aprobó la Derogatoria del Proyecto sobre supresión de la misma, en los términos recordados en el epígrafe anterior II c).

d) Sobre la Disposición Transitoria de la Ley de Modificación.

Se aprobó esta Disposición, aludida en el epígrafe I B anterior y nota 6, y se añadió la propuesta por los Grupos Socialistas y PSM-EEN, recordada en el III A) b).

### **C) DICTAMEN DE LA COMISION DE ASUNTOS INSTITUCIONALES Y GENERALES DE 5 DE JUNIO DE 1990.**

a) El acta de la sesión.

Según ésta se pasó al artículo 24 del Proyecto que modifica la Disposición Final Segunda de la Compilación y al 25 que añade una Disposición Final Tercera, pero no se dice se votara. A diferencia de la Disposición Derogatoria, que se dice fue aprobada por unanimidad, al igual que la Transitoria Primera, y, de la Transitoria Segunda, que se aprobó con 7 votos a favor y 4 abstenciones (11).

No consta que, pese al informe de la Ponencia sobre la Disposición Final Primera, se sometiera a votación la enmienda de Unió Mallorquina que los ponentes, por unanimidad, según dicho Informe, habían aprobado.

b) El contenido del dictamen.

Pese a que en la Exposición de Motivos del Dictamen de la Comisión se afirme que se ha eliminado el calificativo de “especial” que afectaba a nuestro Derecho, en el artículo 24 sólo se contempla la modificación de la Final Segunda.

### **D) EL PLENO EXTRAORDINARIO DEL PARLAMENTO DE 20 DE JUNIO DE 1990.**

Según el acta de la sesión se sometieron a votación conjunta la Disposición Final Segunda de la Compilación, comprendida en el artículo 24 del

Proyecto, la Disposición Derogatoria, las disposiciones Transitorias Primera y Segunda, comprendidas en el artículo 25 del Proyecto, y la Exposición de Motivos, resultando aprobadas por unanimidad.

Según el Diario de Sesiones, el Sr. Gilet, a la Transitoria Segunda, dijo que había hecho voto particular, cuya intención era advertir de la posibilidad de que fuese materia reservada del artículo 149 de la Constitución, pero parece que esta reserva mental se ha superado y que no está dentro de dicho artículo 149, por lo que retiró el voto particular.

#### **IV. LA LEY 8/1990 DE 28 DE JUNIO DE COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES**

**(BOCAIB nº 86 de 17 de julio de 1990 y BOE nº 194 de  
14 de agosto de 1990).**

La Exposición de Motivos reprodujo la Memoria del Proyecto, pero, al llegar al punto en que éste decía que asumía, a modo de preámbulo, la Memoria justificativa de la propuesta de la Comisión Compiladora de Juristas, que transcribió literalmente, calla al respecto, aunque la asuma, salvo en todo lo que la Ley no se acomodó al Proyecto y, por ende, a la propuesta. Por ello, al llegar a su justificación de las disposiciones Finales y Transitoria, dice que la Ley culmina con dos de cada clase. Como efectivamente sucede, aunque sea a través de dos artículos, el 24 y el 25, que, respectivamente, modifican la Disposición Final Segunda y añaden la Tercera, de autorización al Gobierno para aprobar por medio de Decreto-Legislativo (no Decreto como proyectó el Gobierno) un Texto Refundido de la Compilación, y de dos Disposiciones Transitorias que, por su ubicación, no lo son de la Compilación, sino de la Ley de modificación de ésta, y recogen la propuesta, como tal, por la Comisión y el Consejo de Gobierno, sobre la preterición, y otra nueva.

De todo ello resulta que, después de la Ley 8/90 de 28 de junio, por una parte, siguió en vigor la Disposición Final Primera de la Compilación de 1961 y su Disposición Transitoria. Y por ello que el Gobierno, al proceder a la refundición que le autorizó el artículo 25, debió, como hizo, reproducir aquélla (por más que al tener que hacerlo, siga hablando del Derecho Civil especial de Baleares, en contra de la que se trató de evitar por la Comisión Compiladora, que propuso se eliminara la palabra “especial”, y no haga honor a lo que se dice en la Exposición de Motivos que se hará), pero también debió (y no lo hizo) reproducir la Disposición Transitoria de la

Compilación sobre los problemas (mejor cuestiones, según la Comisión) de Derecho intertemporal.

El mantenimiento de la vigencia de la Disposición Final Primera sorprende porque el olvido del artículo 24 del Proyecto, que no recogió la propuesta del anteproyecto de la Comisión (a pesar de que la Exposición de Motivos, al haber hecho suya la Memoria Justificativa de la propuesta de revisión, reprodujo lo que sobre la eliminación del calificativo de especial de nuestro Derecho Civil se decía), no sólo fue detectado por el Grupo Unió Mallorquina, sino que la enmienda nº 923 de modificación presentada por él fue aprobada por la Ponencia designada, aunque no conste en el acta que se incorporase al dictamen de la Comisión ni fuera, luego, sometida al Pleno.

El olvido de la Disposición Transitoria de la Compilación de 1961, que no fue derogada ni modificada, no tiene explicación.

**V. EL DECRETO-LEGISLATIVO 79/1990, DE 6 DE  
SEPTIEMBRE POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO  
REFUNDIDO DE LA COMPILACION DEL DERECHO  
CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES  
(BOCAIB de 2 de octubre de 1990).**

**A) EL ARTICULO UNICO DEL DECRETO-LEGISLATIVO.**

Se aprobó, a propuesta del Consejero Adjunto a la Presidencia, previa deliberación del Consejo de Gobierno, y contiene un artículo único, según el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, que se inserta a continuación.

**B) EL TEXTO REFUNDIDO.**

a) La Disposición Adicional.

No se incluye la disposición Adicional en la Compilación de 1961. Como previó la disposición Derogatoria de la Ley 8/90 de 28 de junio.

b) Las Disposiciones Transitorias que se incluyen y la que no se incluye.

Se incluyen dos Disposiciones Finales, una, la Primera, reproducción de la misma de la Compilación de 1961, que no fue modificada ni suprimida en la Ley, por lo que se refiere, aún, al Derecho Civil Especial Balear (con la

primera letra en mayúscula, pese a que en aquélla iba en minúsculas), y, otra, la Segunda que sustituyó la de la Compilación de 1961, modificada de acuerdo con el proyecto enmendado en el trámite parlamentario. Sin incluirse, por el contrario, la Tercera que el artículo 25 de la Ley ordenó añadir y, como se recordará, contiene la autorización o delegación legislativa al Gobierno para aprobar el texto refundido.

La Primera dispone que las normas del Derecho Civil Especial Balear, escrito o consuetudinario, principal o transitorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella.

La Segunda, que las remisiones que hace la Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley.

Se incluyen asimismo dos Disposiciones Transitorias, ninguna de las cuales es la no derogada por la Ley 8/90 de 28 de Junio, única de la Compilación de 1961, sobre la resolución de los problemas de Derecho intertemporal que suscite la entrada en vigor de ésta. Sino que son: la Disposición Transitoria, que la Comisión propuso, como de la Ley de Modificación de la Compilación (no como de ésta), sobre la preterición no intencional, y la que, como de la Ley de Modificación, fue añadida al Proyecto, como consecuencia de las enmiendas de los Grupos PSM-EEN y Socialista, sobre cancelación de atribuciones patrimoniales en concepto de legítima escrituradas e inscritas, al amparo de la Compilación de 1961, sin consentimiento ni intervención del legitimario.

#### c) Lo que hizo y lo que no hizo la Ley

Lo que intentó hacer el Gobierno al aprobar el Real Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, según el Preámbulo que precede a su artículo único, fue –de acuerdo con la delegación legislativa (utilizada, según se afirma, por primera vez, en el artículo 25 de la Ley 8/1990 de 26 de junio) que le autorizó a aprobar un Texto Refundido de la Compilación, y que, según se reconoce, debía, por una parte, recoger los preceptos todavía vigentes de la Ley 5/61, y, por otra, las innovaciones introducidas por el Parlamento de las Islas Baleares mediante la Ley 8/1990– cumplir el encargo.

No lo logró, porque:

1) Se olvidó de la Disposición Transitoria de la Compilación de 1961, no derogada por la Ley 8/1990.

2) No recogió lo que dispuso el artículo 25 de la Ley 8/1990, que era, en primer lugar, que se añadiera a la Compilación de 1961 una Disposición Final Tercera, que no se ha añadido, por mas que el Gobierno la haya tenido en cuenta y cumplido lo que establece.

3) Convirtió en Disposiciones Transitorias de la Compilación lo que debían ser Transitorias de la Ley modificadora de ésta.

d) Las causas y los efectos de lo hecho y lo omitido.

De lo hasta aquí expuesto resulta claro que ni el Parlamento, al aprobar alguna enmienda, ni el Consejo de Gobierno, al dictar el Decreto-Legislativo que aprobó el Texto Refundido de la Compilación, supieron distinguir la Compilación modificada de la Ley modificación.

Distinción en la que puso énfasis el anteproyecto de revisión propuesto por la Comisión Compiladora de Juristas, cuando dividió su trabajo en tres partes: la Memoria justificativa, la propuesta de modificaciones (distinguiendo artículos y disposiciones de la Compilación que se modifican y que no se modifican y disposición que se suprime) y la Disposición Transitoria de la Ley de modificación de la Compilación.

Al aceptarse la enmienda a la proyectada modificación de la Disposición Final Segunda de la Compilación de 1961 (que, en lugar de decir que las remisiones se entienden hechas en su redacción actual, dice en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley), se introduce una referencia vinculada a la Ley de Modificación, que, introducida en una Disposición Final de la Compilación modificada, es difícilmente posible. Como era la referencia a la redacción actual, que es lo que, por otra parte, hizo la Ley 13/1984 de 20 de marzo de la Generalidad de Cataluña sobre la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

Al presentar el Gobierno un artículo 25, que añadía a la Compilación de 1961 una Disposición Final Tercera autorizando la aprobación de un texto refundido de la Compilación, incurrió en una petición de principio, como comprendió el propio Gobierno, cuando, al aprobarlo, no incluyó tal Disposición, y cuando, después de la promulgación de la Ley, llevó al texto refundido de la Compilación las dos Disposiciones Transitorias de aquélla y incluyó la Disposición Transitoria de la Compilación de 1961 no modificada por la Ley, evidenciando que no había comprendido la distinción de la problemática intertemporal planteada por el tránsito del Derecho vigente al tiempo de la promulgación de la Compilación y la resultante de las innovaciones de la Ley que modifica la Compilación respecto de ésta. Distinción que acaso pudo dar lugar a que el Decreto-Legislativo no tuviera un único artículo aprobatorio del Texto refundido sino otro que recogiera las dos Disposiciones Transitorias de la Ley 8/1990 de 28 de junio.

Y si no lo hizo, debió, al menos, explicar que podía no incorporar al texto refundido la Disposición Transitoria de la Compilación de 1961, y sí las dos de la Ley 8/90 de 28 de junio, o no recoger la Disposición Final Tercera a que se refirió el artículo 25 de dicha Ley. Lo que, de ser posible, sería por la vía del artículo 82 de la Constitución, al que remite el artículo 27.1 del Estatuto de Autonomía, siquiera la posibilidad (prevista en su nº 5, de, además de formular

un texto único, regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos) está condicionada a la especificación del ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación. Como hizo la Disposición Adicional Unica de la Ley de 20 de abril de 1984 de Cataluña incluyendo la facultad de regularizar la ordenación numérica de los artículos y la de armonizar los preceptos de la Compilación cuando fuera estrictamente necesario.

En cualquier caso, si no podía, ni la deficiencia ni el exceso, si los hubo, impiden, por una parte, la subsanación ni la degradación del rango normativo, o la prevalencia de la norma a refundir sobre el texto refundido, según la doctrina jurisprudencial, minimicen su trascendencia. Especialmente si se piensa que la norma de la Disposición Transitoria de la Compilación no refundida (en línea con la Transitoria Sexta de la Compilación de Cataluña de 21 de julio de 1960) recogía lo que resultaba de los artículos 1 de la Compilación y 2 y 4 del Código Civil. La no refundición de la Disposición Transitoria Tercera a que se refería el artículo 26 de la Ley y el buen sentido permiten aplicar las Disposiciones Transitorias de la Ley, como Transitorias de la Compilación, a los supuestos a que se refieren y a los que surjan como consecuencia de la modificación de ésta por aquélla.

## V. PERIPECIA HISTORICA O HISTORIA COMPLICADA

En el sumario de este estudio el apartado anterior se ha rubricado como “d) Las causas y los efectos de lo hecho y omitido”, y lo que en él se dice ha hecho posible que el estudio mismo haya podido titularse “La complicada historia” y no la “peripecia histórica” de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compilación del Derecho Civil de Baleares.

Si para el Diccionario de la Lengua Española la peripecia es, en el drama o cualquier otra composición análoga, mudanza repentina de situación, accidente imprevisto que cambia el estado de las cosas y, en la vida real, accidente de esta misma clase, es claro que en la historia reciente del Derecho Civil de Baleares, donde hubo la peripecia de la inclusión (por la vía de la supresión (12) de la palabra “no” del artículo 63 del proyecto de Compilación) de las mejoras en el cómputo del capital del alodio a efectos de su redención por dos laudemios y dos tercios de laudemio, lo que ha pasado con la Disposición Transitoria de la Compilación, desaparecida pese a no haber sido derogada, no es una peripecia, sino una simple curiosidad.

---

(1) Decía la de la Compilación: Las normas del Derecho civil especial balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación quedan sustituidas por las contenidas en ella.

- (2) Decía la de la Compilación: En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general.
- (3) Decía la de la Compilación: La Comisión compiladora formulará cada diez años una Memoria relativa a los asuntos civiles sustanciados en los Juzgados y Tribunales del territorio de la Audiencia de Palma de Mallorca comprensiva de las omisiones o deficiencias que se hubiesen observado en la presente Compilación y de las dudas y dificultades que haya originado la aplicación de sus preceptos. En vista de ello redactará y elevará al Gobierno, junto con dicha Memoria, el adecuado proyecto de reforma.
- (4) Decía la de la Compilación: Los problemas de Derecho intertemporal que suscite la entrada en vigor de la presente Compilación se resolverán de conformidad con las disposiciones transitorias del Código Civil.

(5) El texto de la Memoria decía:

En la Disposición Final Primera, que es sustancialmente idéntica a la del texto de 1961, solamente se ha eliminado, por las razones ya invocadas al justificar el cambio llevado a cabo en la rúbrica de la Compilación, el calificativo de “especial” que afectaba a nuestro Derecho.

Ha de tenerse en cuenta, además, al interpretar esta Disposición Final, lo dicho al tratar del artículo 1º; es decir, que la “sustitución” de las antiguas normas escritas o consuetudinarias vigentes a la promulgación de la Compilación de 1961, y, en su día, si llegan a convertirse en Ley, de las reformas que ahora se proponen, no implica, en modo alguno, la “derogación” de costumbres integrantes de la tradición jurídica de las islas, singularmente las ya referidas sobre servidumbres, arrendamientos rústicos o aparcerías.

Ante la realidad indiscutible de la potestad legislativa de nuestro Parlamento en orden a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio, se ha estimado imprescindible hacer constar en la Disposición Final Segunda que las remisiones a las disposiciones del Código Civil se han de entender hechas en su redacción actual. Cualquier modificación de las mismas deberá, por tanto, ser asumida por nuestra Comunidad Autónoma; no hacerlo implicará, pues, que en Baleares continuarán rigiendo los preceptos del Código Civil, en su actual redacción. Mantener lo contrario supondría un cercenamiento, anticonstitucional y antiestatutario, de la expresada potestad legislativa propia, siempre que la remisión no se haga a materias que sean de la competencia exclusiva del Estado.

- (6) Se justificaba así: “La equiparación constitucional en materia de filiación puede suponer la entrada en escena de personas normalmente de parentesco extramatrimonial, que provocarían, por preterición, la nulidad de la institución del heredero y subsiguiente nulidad del testamento con apertura de la sucesión intestada. Por respeto de la voluntad del testador, para estos supuestos excepcionales se propugna el mantenimiento de la validez del testamento, reconociéndose a los hijos y descendientes legitimarios no nombrados, por olvido o error, únicamente el derecho a reclamar la legítima”.
- (7) Incurriendo así en contradicción con la Exposición de Motivos, que reprodujo, lo que, en la Memoria Justificativa de la Comisión Compiladora, se decía, sobre la supresión de la palabra “especial”, y se ha recordado en la nota 5 anterior.



- (8) El artículo 24 disponía: Se modifica la Disposición Final Segunda de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, que pasará a tener la siguiente redacción: Segunda.- Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas a su redacción actual.

El artículo 25 disponía: Se añade una Disposición Final Tercera que tendrá la siguiente redacción: Se autoriza al Govern de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para aprobar, mediante Decreto, un Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares.

- (9) Con ello se aceptó la enmienda del Grupo Parlamentario Unió Mallorca.
- (10) Con lo que se aceptó la enmienda del Grupo Parlamentario PSM-EEM.
- (11) El Sr. Gilet manifestó sus reservas, al parecerle que era materia reservada. Sin duda, por la competencia exclusiva del Estado, en cuanto a la regulación del Registro de la Propiedad, puesto que el artículo 149.1-8 le atribuye la ordenación de los registros e instrumentos públicos.
- (12) Sobre el enigma del momento en que se produjo la supresión es importante lo que se recoge en la nota nº 77 y páginas 166 y 170 de la obra de Luz Zaforteza de Corral “La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, documentos y actas”, Materiales, 2, Universitat de les Illes Balears. Palma 1992, cuando transcribe el informe de 27 de febrero de 1961 de la Ponencia encargada de estudiar el Proyecto. Que es que se aceptó la enmienda parcial del Sr. Rodríguez Jurado y otros Señores Procuradores en base a la presencia actual y constante del dominio directo sobre la finca alodial, que debe recaer, en consecuencia, sobre su valor real, incluidas las edificaciones y mejoras, al tiempo de la redención.

Enigma que no desveló la Exposición de Motivos de la Ley 3/85 de 11 de abril de Modificación del artículo 63 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares, que, no obstante, dijo que se debió a “enmiendas de determinados y muy pocos Procuradores en Cortes”, la eliminación del texto de la palabra “no” que en el Proyecto precedía a la computabilidad de las mejoras y edificaciones.

Sobre esta enmienda, véase Miguel Vaquer Salort, “Los alodios y la imprescriptibilidad de los censos” en Jornada de Derecho Foral 1973, pág. 73 y siguientes, y pág. 910 del Tomo XXXI Vol. 1 de los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, Revista de Derecho Privado.



# RASGOS DE LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

**GABRIEL GARCÍAS PLANAS**

PROFESOR TITULAR DE

DERECHO PENAL

(BALEARES)

## *SUMARIO\**

– *EVOLUCION HISTORICA*

– *NATURALEZA*

– *ELEMENTOS*

*A) Vínculo parental o afectivo típico*

*a) Parientes, ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos.*

*b) Agraviado y ofensor.*

*c) Los términos naturaleza, motivos y efectos del delito.*

*B) La afectividad y su conocimiento*

– *COMPATIBILIDAD CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS*

– *POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 11 DEL  
CODIGO PENAL (ART. 23 DEL NUEVO CODIGO)*

– *PROYECTOS POSTERIORES Y NUEVO CODIGO PENAL*

*\*De próxima aparición en la Revista General del Derecho.*

## EVOLUCION HISTORICA

El artículo 107.2 del Código Penal de 1822, declaraba como circunstancias que disminuían el grado del delito “la indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la ligereza o el arrebató de una pasión que hayan influido en el delito”; ello hace que BAJO (1) entienda que la aparición de la circunstancia de parentesco en el Código Penal de 1848, “obedeciese al prurito de reducir a términos precisos lo que en 1822 se regulaba de modo demasiado ambiguo.

La tipificación de la circunstancia de parentesco, aparece pues por primera vez en el Código Penal de 1848 –art. 10.1º–(2), única y exclusivamente como circunstancia agravante. Sin embargo, las críticas hechas por PACHECO (3), que llegó a decir que se trataba de una redacción “desgraciada y errónea”, y que “contradecía a otros artículos del Código”, planteándose ya, que se mostraba de acuerdo en que agravase los delitos contra la vida, (aún cuando éstos ya lo estaban por tipos como el Parricidio), pero por el contrario consideraba que en los delitos contra la propiedad y en los delitos contra el honor –injurias de padres a hijos– debería atenuar, la responsabilidad criminal; y así se basaba en la excusa absolutoria del art. 468; hoy 564 del Código Penal.

Es en el Código Penal de 1870, (4) cuando aparece la conceptualización de circunstancia mixta según la naturaleza y los efectos del delito.

Comienza GROIZARD (5) diciendo: “cuanto tiene de extraño, que la primera circunstancia agravante, en ocasiones pueda ser atenuante”. Pero la idea desde entonces hasta hoy, es que en los delitos contra la vida y la integridad corporal, sea circunstancia agravante y en los delitos contra la propiedad y honor sea circunstancia atenuante. VIADA (6) señalaba que “por lo general, en los delitos que se ejecutan de un modo directo sobre las cosas, por analogía a lo dispuesto en el art. 580 deberá el parentesco atenuar la responsabilidad; y deberá agravar en los delitos que consisten en ataques directos a las personas, cuando el ofendido es el pariente, superior en grado; verbigracia un padre siendo el ofensor el hijo; y que deberá atenuarla cuando es el pariente inferior el ofendido; verbigracia, un hijo, un sobrino, un nieto, siendo respectivamente los ofensores el padre, el tío, el abuelo. Mas adelante veremos lo que sucede en los delitos contra la libertad sexual y recientemente en los delitos contra la salud pública.

Es obvio, siguiendo a BAJO que el mantenimiento de una circunstancia mixta como la presente, da lugar a un arbitrio judicial, pues, será el Juez quien atendiendo a la naturaleza, efectos y motivos del delito quien valore si ésta circunstancia debé agravar o atenuar la responsabilidad criminal, o incluso ser irrelevante (7).

No faltaron comentaristas, como VIADA (8) que ya se hicieron eco de ello y manifestaron que “deben los Tribunales expresar en sus Sentencias el mérito y aprecio que las dispensan y no hacer caso omiso de ella”. Así lo entendió el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de Noviembre de 1872.

### **CODIGO PENAL DE 1928**

El código penal de 1928 en su Capítulo III, Sección 3ª, artículos 68 y 69 da un tratamiento autónomo para las circunstancias mixtas, distinguiendo áquellas que afectan a las circunstancias de la infracción, de las que lo hacen atendiendo a las condiciones del infractor. Entre las primeras hallamos la publicidad, en los delitos cometidos a través de la imprenta y entre las segundas –art. 69.3º.– al parentesco, objeto de nuestro estudio (9).

Dos son, las cuestiones a resaltar, de la redacción del precepto; la primera, es la expresión “y el vínculo no calificaré la infracción o determinare la pena”. Entendemos supérfluo, por obvio, los términos utilizados por el Legislador, pues caso de darse un parricidio, un infanticidio, o agravar la pena en el estupro-incesto, resulta a todas luces evidente que no será de aplicación la mencionada circunstancia mixta.

La segunda cuestión, va referida, al último párrafo de la circunstancia cuarta, que por primera vez admite la posibilidad de que los Tribunales puedan dejar de tomar en consideración al parentesco, según “la naturaleza, los accidentes y los efectos de la infracción”.

Así el Tribunal Supremo en una Sentencia de 2 de julio de 1930, admite la posibilidad de no aplicación de la circunstancia de parentesco.

### **CODIGO PENAL DE 1932**

Como señala FERRER SAMA (10) el Código Penal de 1932, en su Capítulo V, Título I del Libro I, introdujo dos modificaciones, una de carácter sistemático, al trasladar el parentesco a distinto artículo del de las agravantes -art.11 - y otra de fondo, al añadir a la fórmula en la que se fija su carácter de apreciación facultativa como agravante o atenuante, que los Tribunales habrían de decidir su carácter no sólo conforme a la naturaleza y efectos del delito. sino también a los motivos del mismo.

Esto último, dará lugar a que a partir de ahora, se preste mayor atención al elemento subjetivo de la relación parental y a que se tuvieran en cuenta por parte de los Tribunales, un mayor número de cuestiones que pudieran hacer irrelevante la situación de parentesco.

Sin embargo, FERRER SAMA que considera un acierto la introducción de la expresión “motivos” afirma que antes que el Código lo estableciese como criterio de apreciación del carácter de la circunstancia, el Tribunal Supremo ya lo había tenido en cuenta en sus pronunciamientos (11).

## **CODIGO PENAL DE 1944**

La circunstancia de parentesco en el Código Penal de 1944 (12) tiene la misma redacción que la del Código Penal de 1932. Para CUELLO CALON (13) su estimación como agravante o atenuante será del libre arbitrio del Tribunal, quién la apreciará atendiendo a la naturaleza del delito, a los motivos que impulsaron al agente y a los efectos de la infracción. Pudiendo en determinados casos no ser apreciada ni como agravante ni como atenuante.

## **REFORMA PARCIAL Y URGENTE DE 1983**

Tras el Proyecto de U.C.D. de 1980 que en su artículo 29 se limitaba ha abandonar la expresión “hermano legítimo y natural” por la de consanguíneo. La reforma de junio de 1983, hoy vigente ha modificado el artículo 11 esencialmente añadiendo una nueva circunstancia mixta, que agrava o atenúa, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, consistente en la relación de afectividad análoga a la relación de parentesco que en el precepto se enumera.

De igual forma, ha sustituido la expresión “hermano legítimo o natural” por la de de “hermano por naturaleza”. según afirma la exposición de Motivos “a fin de adaptar su fórmula como se hace en otros preceptos a los cambios legales producidos en la conceptualización de la filiación”.

## **NATURALEZA**

En esta circunstancia, de carácter bipolar y cuya formulación legal la presenta como una circunstancia genérica mixta (14), no existe unanimidad de criterios sobre si afecta al injusto a la culpabilidad.

Para MIR PUIG, afecta al tipo de injusto y no a la culpabilidad, pues, no modifica la imputabilidad ni la normal exigibilidad de la conducta (15).

CORDOBA RODA (16) opina que para que el parentesco, pueda ser considerado como una circunstancia que modifique o atenue la responsabilidad criminal será necesario que el hecho de mediar dicha relación entre ofensor y agraviado suponga un incremento o disminución del desvalor de la conducta (17).

Para este autor, este es el sentido de la Jurisprudencia que establece para tomar en cuenta la aplicación de dicha circunstancia agravante o atenuante, la mayor o menor perversidad o malicia, que la concurrencia del parentesco representa (18) (Sentencia de 24 de Mayo de 1889, 29 de Noviembre de 1889, 4 de Julio de 1924, 6 de Junio de 1928 y 15 de Octubre de 1957).

Ahora bien, para valorar si el parentesco implica una mayor o menor gravedad del comportamiento, se deberá atender por expresa indicación del artículo 11 a la naturaleza, motivos y los efectos del delito.

Para BAJO FERNANDEZ (19) y en contra de los criterios mantenidos por Córdoba y Mir, entiende que no ha sido este el criterio utilizado para la creación de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11. La razón es el carácter mixto de la circunstancia; ya que si la relación familiar determina un cambio en la gravedad del injusto, ésta deberá ser siempre en el mismo sentido; y en cambio, en el presente caso, en unos casos atenua, en otros agrava y en otros es irrelevante. O lo que es lo mismo, si la conducta de un pariente tiene un contenido de disvalor distinta al del extraño, ante un mismo comportamiento, variando sólo el vínculo entre ofensor y agraviado la variante tiene que tener siempre el mismo carácter. Pero como es de ver el parentesco unas veces agrava, otras atenua y otra es irrelevante.

Tampoco podrían explicar la mutación de la responsabilidad, la idea de que el parentesco agrava en los delitos contra las personas y atenua en los delitos contra la propiedad, en base a las consideraciones en torno a la antijuricidad, –mayor o menor gravedad del injusto–.

En consecuencia BAJO consiera que no es el fundamento de la circunstancia, la mayor o menor gravedad del injusto, aún cuando ello pueda darse, sino que no ha servido de fundamento.

Para éste autor el fundamento es la mayor o menor culpabilidad del autor; todo ello, en base a dos argumentos: 1º Que la mayor o menor culpabilidad del autor es el fundamento del artículo 11 se deduce, en primer lugar, de los criterios que el legislador establece para determinar la agravación o atenuación de la responsabilidad criminal. Estos son “la naturaleza, los motivos y los efectos del delito” (art. 11). 2º Una última prueba de que la circunstancia que comentamos no se fundamenta en consideraciones en torno a la gravedad del injusto se deduce de que, aún cumpliéndose los requisitos objetivos de la circunstancia (relación de parentesco entre ofensor y agraviado), la mutación de la responsabilidad puede dejarse sin efecto.

En este sentido el Tribunal Supremo mantiene que hay que atender a la “mayor o menor malicia” del ofensor o a su superior o inferior perversidad (20).

Pero es más el propio Tribunal viene estableciendo que el parentesco no siempre es expresión de una mayor o menor culpabilidad; de tal forma que, para que sea tenido en cuenta el culpable deber haber obrado consciente y advertido del significado del vínculo familiar que le une a la víctima o al perjudicado; pues si la conducta delictiva obedeció a razones extrañas a la relación parental, el parentesco no operará como agravante, ocurriendo lo

mismo cuando se hubiese roto el vínculo familiar, por distanciamiento, enemistad, intereses contrapuestos o cualquier otra razón (21).

Para ALONSO ALAMO (22) aún cuando considera válida en líneas generales la tesis de Bajo, entiende que la misma debe ser matizada, en lo referente a que el grado de culpabilidad viene dada por la motivación del autor.

Es cierto que los motivos que impulsan a la acción, sirven de base para la consideración de la circunstancia como agravante o atenuante, de forma que los motivos del delito, inciden en la graduación de la culpabilidad. Sin embargo, para la citada autora, el parentesco no es circunstancia relativa al proceso de motivación aunque su funcionamiento como atenuante o agravante se haga depender de los motivos del delito.

Así, el parentesco debe tener la consideración de elemento objetivo de la culpabilidad y como tal, basado en un sistema de presunciones; sí existe el supuesto de hecho, —el parentesco descrito en el tipo— se presumirá que a la culpabilidad será mayor o menor.

Para ALONSO ALAMO, esta tesis sería correcta, en los casos en que se presumiera la menor culpabilidad del agente, pero en casos como en el presente, merecerá ser perfilada con justeza porque de tal presunción puede derivarse una mayor culpabilidad. En este sentido, se cuestiona hoy, la fundamentación del parricidio (23).

Pero retomando la idea del parentesco del artículo 11 agravante por razón de culpabilidad y enmarcable dentro de las que el artículo 60 considera de “relaciones particulares entre ofensor y ofendido”, para lo cual obviamente será preciso tener conocimiento de tal situación por parte del sujeto.

## **ELEMENTOS**

Tres son los elementos que deben concurrir para la posible aplicación de la circunstancia mixta de parentesco; los dos primeros, de carácter objetivo, tales como la concurrencia del vínculo parental o afectivo típico y la afectividad propia de la relación familiar; y el tercero de carácter subjetivo, a saber, el conocimiento de su existencia.

### **A) Vínculo parental o afectivo típico**

a) Los parientes, a que se refiere el artículo 11 del Código Penal son, “los ascendientes, descendientes y hermanos ya sea por naturaleza, por adopción o por afinidad (en este caso en los mismos grados)”, el cónyuge y la persona a quien el ofensor se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad.



En relación a los ascendientes el Tribunal Supremo a mi juicio de modo desacertado estimó la circunstancia de parentesco como agravante, en un delito de agresiones sexuales del artículo 430 de un padre respecto a sus hijos menores. Argumentando “que tal conducta implica un abuso de confianza y autoridad, aprovechando la facilidad de la convivencia y conduciendo a consecuencias de corrupción. Asimismo, consideró la existencia de un doble prevalimiento por la minoridad y la relación parental, aumentando así la odiosidad del hecho” (24). Sin embargo, en tal supuesto, pienso que no debió aplicarse por cuanto el artículo 452 bis g) ya preveé la imposición de pena en grado máximo para los ascendientes en este tipo de delitos.

Respecto al parentesco adoptivo como señala CASABO RUIZ (25) al Derecho Penal no podía pasarle inadvertido la relación que entre las personas se crea en virtud de adopción. Así, aún cuando en buena medida preceptos como el artículo 11 proceden del Código Penal, como se ha dicho, de 1870, esto no significa, en modo alguno, que el vínculo creado por la adopción fuera desconocido en los anteriores Códigos. Como es sabido, el Código Penal de 1848 sí incluyó dentro del concepto de parricidio, la muerte del padre, madre o hijo adoptivos, de tal forma que se equiparaba plenamente la muerte de los padres o hijos adoptivos, a la de quienes lo fuesen por consanguinidad.

Otros preceptos como el artículo 18 –454 del nuevo Código– se refieren de igual forma, al parentesco adoptivo en el encubrimiento entre parientes. Ello arranca como mantiene NAVARRETE URRIETA (26) del Código Penal de 1870 donde vuelve la exención a recobrar su independencia, apareciendo por primera vez la aclaración de que el parentesco puede ser legítimo, natural o adoptivo.

Como señala MESTRE DELGADO (27) los supuestos que plantean mayores problemas de interpretación son los relativos, a los cónyuges, hermanos y parientes por afinidad de las víctimas.

En cuanto a los cónyuges, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de manera pacífica entiende, que no será de aplicación cuando la relación matrimonial haya cesado por resolución judicial de separación o simplemente de hecho sin resolución judicial alguna, o incluso, cuando, persistiendo la convivencia, exista un distanciamiento afectivo debidamente acreditado (28).

Por lo que a los hermanos se refiere, tampoco es suficiente la simple relación parental; pues para que pueda ser apreciada como circunstancia agravante en los delitos contra las personas, es necesario que los hermanos hayan mantenido una buena relación, que no haya existido provocación.

Sin embargo, se aplicó como atenuante muy cualificada en delito de

robo con fuerza entre hermanos que no vivían juntos y que por tanto no les alcanzaba la excusa absolutoria del artículo 564 del Código Penal (29).

En el parentesco por afinidad la Jurisprudencia Española, como manifiesta MESTRE DELGADO (30) ha perfilado con justeza el concepto de afinidad a partir del artículo 11 del Código Penal (31). De tal forma que lógicamente se trata de una relación parental típica. Para éste autor, “la afinidad es una relación parental típica, que integra, junto a las relaciones naturales y las adoptivas, los términos, ascendiente, descendiente y hermano que en el mismo artículo se utilizan.

Por último la sentencia de 15 de Septiembre de 1986 (32) ha puesto de relieve, lo que debe entenderse por afinidad, estableciendo que lo son “los cónyuges entre sí y cualquiera de ellos respecto a los parientes por consanguinidad del otro, no siéndolo de ningún modo, los parientes por naturaleza de cada uno de ellos, respecto a los parientes consanguíneos del otro, ni un cónyuge respecto a los parientes por afinidad de su consorte.

No existirá la circunstancia de parentesco ni por consanguinidad ni por afinidad entre tío y sobrino, lógicamente por falta de tipicidad (33).

## **b) Agraviado y Ofensor**

### **AGRAVIADO**

Existen básicamente dos opiniones en torno a la significación del término agraviado, defendida por Córdoba y la sustentada por Bajo.

Para el primero, el término agraviado, equivale a sujeto pasivo del delito, basado en la Sentencia de 16 de Junio de 1944, por tanto deberá desecharse la circunstancia que estudiamos, “no sólo, en aquellos casos en los que la relación parental une entre sí a los partícipes del delito (34), sino además, en aquellos casos en que el sujeto pasivo agraviado, es la comunidad, pues en tal caso, hace imposible hablar de relación parental”.

Pese a ello, el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de Julio de 1901, 24 de Septiembre de 1926 y 27 de Octubre de 1964, ha apreciado tal circunstancia en delitos, tales como atentado y falsedad, en donde el sujeto pasivo es la comunidad. La estimación en las falsedades obedeció a qué el apoderamiento patrimonial es el móvil del delito. Pese a ello, el Alto Tribunal con posterioridad ha mantenido que en la falsedad en documento mercantil como medio para cometer una estafa llevada a cabo entre cuñados, no se da la relación parental entre ofensor y ofendido, ya que el contenido del injusto es la ofensa al tráfico mercantil (35).

Para Córdoba en atención al bien jurídico protegido y al sujeto pasivo, no resulto correcto la apreciación de dicha circunstancia.

En la indicada Sentencia del 26 de Septiembre de 1926 que apreció la circunstancia de parentesco en el atentado se basaba, en que por convivir juntos con su cuñado desconocían el respeto que le debían por ser autoridad. Lo que critica Córdoba en el sentido de considerar que hubiese sido más correcto resolver la cuestión desde el punto de vista del elemento subjetivo del atentado, que suponía un menor desvalor de la conducta por la actitud de los sujetos “que les hizo desconocer el respeto que, por las funciones de su cargo y autoridad que representaba”, merecía el objeto de su acción.

Para BAJO (36) la expresión agraviado no corresponde por el contrario al concepto de sujeto pasivo; pues por éste haya que entender al titular del bien jurídico protegido por el precepto penal. La expresión “agraviado” –según Bajo– “esta intencionadamente escogida para dar una cierta amplitud de operatividad al precepto”; por ello, entiende que el término agraviado no debe reducirse al significado de sujeto pasivo del delito, aún cuando no pueda abandonarse el término al ilimitado contenido que su acepción más común encierra: quien sufre agravio u ofensa. En consecuencia, y debido a que los términos sujeto pasivo y perjudicado en ocasiones no coinciden, lo más correcto para este autor, sería identificar la expresión agraviado, tanto con el sujeto pasivo del delito como con el sujeto activo de la acción, es decir, la persona sobre la que recae la acción delictiva; la Doctrina mayoritaria le denomina objeto material personal.

El vocablo agraviado, es utilizado en otros preceptos del Código Penal, tales como el artículo 443 referente a las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad sexual al establecer como requisito de procesabilidad, la denuncia “de la persona agraviada”.

En otros, se utiliza la expresión “parte ofendida”, así ocurre en el artículo 467, párrafo tercero.

En la actualidad, MESTRE DELGADO (37) considera que los términos “agraviado y ofensor” en base a la Jurisprudencia reciente (38), se refieren a los sujetos pasivo y activo de la infracción penal.

En los últimos años, existen fallos contradictorios del Tribunal Supremo que rechazan y admiten la posibilidad de aceptar la circunstancia de parentesco con efectos atenuatorios, en delitos contra la salud pública, precisamente amparándose en el término “agraviado”; así la sentencia de 6 de Julio de 1992 estableció que no cabe apreciarla en la madre que suministró droga a su hijo en prisión, ya que el artículo 11 utiliza el término agraviado y el hijo no reúne en el presente caso tal condición, ya que dicho término va referido a un delito de resultado que lesione o perjudique sus derechos, lo que no existirá en un delito de peligro como el de la salud pública, en los que en la infracción penal queda consumada por la mera tenencia de la sustancia

estupefaciente con ánimo de tráfico y sin exigirse daño concreto para nadie.

A mayor abundamiento en este tipo de delitos es fácil saber quien recibe la sustancia pero muy difícil averiguar quien va a consumirla y resultar perjudicado por el delito.

Por otra parte, la sentencia de 20 de Abril de 1993 estimó la circunstancia de parentesco con efectos atenuatorios en quien suministró una dosis de droga a su compañera, bajo el síndrome de abstinencia que para deshacerse se había ido a vivir a la casa de sus padres donde se hallaba encerrada.

El Tribunal Supremo fundamenta su resolución amparándose en que la circunstancia mixta de parentesco, “se fundamenta en el incremento o disminución del desvalor de la conducta del acusado, en atención a la relación personal existente entre el mismo y la persona agraviada”.

## OFENSOR

Menos problemas plantea la expresión “ofensor” que coincide con la de sujeto activo del delito; sin embargo, mantiene BAJO (39) que se podrá hablar de “ofensor” cuando el pariente sea responsable a título de autoría, complicidad o encubrimiento.

### **c) Los términos naturaleza, motivos y efectos del delito.**

De la lectura del artículo 11, es fácil deducir que los puntos de referencia que tiene el Tribunal para determinar si la circunstancia de parentesco supone un cambio en el valor o gravedad del comportamiento son la “naturaleza, los motivos y los efectos del delito”; debiéndose entender por delito la acción delictiva en cuanto a realidad concreta (40).

Como indicamos al iniciar el presente trabajo, fué el Código Penal de 1932 el que añadió la expresión “motivos”, que ya se habían apuntado en algunas Resoluciones del Tribunal Supremo.

Para Córdoba (41) por “naturaleza” del delito debe entenderse “el ataque a los bienes jurídicos, propia de la respectiva infracción”. El Tribunal Supremo la ha definido como “la indole de la infracción perpetrada, o la clase de bien jurídico violado o contra el cual se atenta (42).

“Los efectos”, para este autor, “lo serán las consecuencias derivadas de la manifestación volitiva integrante del respectivo hecho criminal, constituyendo una noción mas amplia que la del resultado”.

Para el Tribunal Supremo “los efectos” son las consecuencias derivadas de la actuación integrante del hecho punible (43).

Y en Resolución posterior, establece que “no sólo es el resultado del hecho punible, sino las consecuencias de toda especie, desencadenadas por la infracción” (44).

Los motivos, equivalentes a los móviles que impulsan al delito, según Córdoba (45) se introdujeron para posibilitar el carácter atenuatorio de dicha circunstancia en determinados casos, tales como, la ruptura del vínculo afectivo o la provocación del agraviado, cuestión que como hemos dicho, ya había tratado la Jurisprudencia anterior.

La Jurisprudencia define la expresión “motivos” como “los móviles que impulsan al sujeto a actuar de modo antijurídico” (46).

Como establece Bajo (47) la naturaleza y los efectos del delito son criterios de tipo objetivo mientras que los motivos del delincuente son de tipo subjetivo; siendo aconsejable para este autor, que en dichos términos se incluyan los antecedentes del hecho y del delincuente.

Así por “naturaleza” se entiende “el ataque al bien jurídico protegido”; “los efectos” hacen referencia “a toda consecuencia derivada del delito que afecte al pariente o a la propia relación familiar, por lo que constituye un concepto de mayor amplitud que el de resultado”; finalmente por “motivos” deben entenderse “los móviles de la conducta en su más amplio sentido”.

## **B) La afectividad y su conocimiento**

Antes de 1983, la Doctrina venía planteándose con soluciones unánimes, si se requería únicamente la situación parental por consanguinidad o por afinidad, o por el contrario era indispensable además que se diera una situación de afecto. La Jurisprudencia venía exigiendo ésta situación afectiva en Sentencia, por ejemplo 6, 28,16 de Junio de 1944; 15 de Octubre de 1957; 13 de Marzo de 1958 y 23 de Febrero de 1966; presumiéndose en ocasiones, como en Sentencia de 5 de Febrero de 1954, la existencia de áquel por el mero hecho de la relación parental.

Por lo general, se ha exigido la situación afectiva siempre en los delitos contra las personas, donde la circunstancia tiene efectos agravatorios (Sentencia de 14 de Abril de 1926 y 18 de Octubre de 1902); sin embargo, cuando el parentesco ha tenido efectos atenuatorios en los delitos contra la propiedad o contra el honor, tal exigencia de afectividad se ha dejado de lado.

Y en delitos contra la libertad sexual, el Tribunal Supremo venía declarando “que la ruptura, de las relaciones familiares no obste a la estimación de la circunstancia mixta como agravante (sentencia de 25 de Marzo de 1964). Modernamente, como dijimos, y discrepamos, en los delitos contra la libertad sexual, de padres con hijos menores ha sido considerada agravante sin ningún género de dudas; no ya por el afecto, sino por implicar un mayor abuso de confianza y autoridad. Dando ello lugar a un doble prevalimiento nacido de la minoridad y de la relación parental (48).

Por otra parte, en una reciente Sentencia del Alto Tribunal, se ha considerado que no existe razón alguna para estimar la aplicación como atenuante muy cualificada de la circunstancia de parentesco del artículo 11 del Código Penal al supuesto de violación de una mujer por su marido (49).

En definitiva, el mantenimiento por la Jurisprudencia del requisito del nexo afectivo entre los parientes frecuentemente aparece vinculado a la exigencia de un elemento subjetivo, a saber, el requisito de que el agente motive su conducta en una vulneración de los lazos familiares (Sentencias de 8 de Enero de 1910, 12 de Febrero de 1919, 27 de Septiembre de 1944 y 2 de Febrero de 1954).

Finalmente, debe manifestarse que para que se de la circunstancia mixta de parentesco será indispensable que el sujeto conozca la existencia de la relación parental y ello forzosamente no presupondrá el afecto (50). En consecuencia, no será de aplicación cuando el sujeto desconozca la relación parental (51).

Para CORDOBA (52) “el mantenimiento o la ruptura, del vínculo afectivo entre ellos, despliega una significación decisiva en el supuesto particular; esto es, puede muy bien suceder que la mutación valorativa -el mayor o menor desvalor- que el parentesco puede suponer respecto a la comisión de la misma conducta entre sujetos extraños, esté condicionada a la presencia o ausencia, del nexo sentimental entre los parientes”.

BAJO FERNANDEZ asimismo antes de la Reforma de 1983, manifestaba (53) que lo importante era el contenido o significación de la relación parental.

El planteamiento que hace Bajo es similar al de Córdoba en el sentido de preguntarse, es decir, saber si la mutación de la responsabilidad que establece el artículo 11, “está en función de la existencia del parentesco como mera relación jurídica, o por el contrario, exige además la existencia de las relaciones sentimentales que la moral actual occidental considera propias de su contenido”.

Parece ser que con la relación parental ya se cumple lo indicado por el artículo 11. Sin embargo, los Tribunales no lo han entendido así y han requerido una relación afectiva, o la conciencia de pertenecer a un grupo de intereses comunes; si ello no existe se la considera modernamente inoperante. De tal forma que el aspecto subjetivo no existe entre dos hermanos que se hallen peleados o entre cónyuges separados (54); lo que supone una excepción a la tesis general de que el parentesco debe suponer una agravación en los delitos contra las personas (55).

Historicamente han venido existiendo dos posturas jurisprudenciales basadas en los Códigos de 1928 y 1932. Para la primera, la circunstancia

onceava, era de aplicación obligatoria con tal de que se diera la relación parental. La segunda corriente admite que no se aplique dicha circunstancia, lo que significa que el artículo 11, exige algo más que la relación parental.

En consecuencia, la existencia de un parentesco entre ofensor y agraviado no será expresión de mayor o menor culpabilidad del agente. El juzgador, acudiendo al fundamento de la circunstancia, decidirá cuando al parentesco existente debe o no afectar a la responsabilidad criminal. Pues lógicamente en el momento de producirse el atentado contra las personas, propiedad, honor, etc., se afirmará con razón que el afecto no existe y en consecuencia, se dirá que en la mayor parte de supuestos debería ser irrelevante.

A ello, responde BAJO con acierto al señalar que por vinculación afectiva debe entenderse “aquella relación parental en la que perdura el contenido ético que la moral actual considera propio de aquella, por lo que dicho contenido no es el cariño o el amor sino un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales que la convivencia familiar de los parientes determina”.

De esta forma, puede explicarse la existencia de una vinculación afectiva al producirse una agresión personal.

El Tribunal Supremo estimó la existencia de la agravante entre hermanos por cuanto los vínculos familiares “no se hallaban relajados por enemistades profundas”, ni existía adversión ni separación, sino unión (56). Por el contrario no estimó la cualificación del entonces último párrafo del artículo 420 en las lesiones causadas al cónyuge por hallarse las relaciones profundamente deterioradas (57). Sin embargo, recientemente el Alto Tribunal ha puesto de manifiesto que no caben reglas fijas para la aplicación de la circunstancia. Pues puede darse el vínculo parental y la afectividad y ser irrelevante (58).

Por el contrario, considero que no debe tener carácter agravatorio cuando el ofendido haya provocado el suceso o desconozca el vínculo parental o se hayan roto los lazos familiares entre agresor y víctima o exista profunda tirantez. Por lo que para el Alto Tribunal el fundamento o base psicológica de la circunstancia atenuante de parentesco es el estado anímico del autor (59).

En otras resoluciones, justifica la mayor o menor responsabilidad para el comportamiento del sujeto, por el hecho de que se halle “unido” a la víctima; expresión a nuestro juicio imprecisa pero cuyo verdadero sentido se hace palpable dentro de una pacífica línea jurisprudencial (60).

Recientemente el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que no es posible estimar que existe normalidad de relaciones sino consta lo contrario; ya que ello supondría infringir el principio in dubio pro reo. Pues,

debe constar algo que sirva de soporte de agravación a la circunstancia mixta de parentesco (61).

Tras la Reforma de 1983, se dió una nueva redacción como apuntamos al artículo 11 añadiéndose la expresión “o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad”.

Para QUINTERO OLIVARES (62) la reforma no hace mas que añadir al catálogo de situaciones en las que “iures et de iure” se presume el afecto, aquellas en que dicho afecto realmente exista, aún sin mediar tales vínculos “análoga relación de afectividad”.

Ello significa, sin embargo, que la situación análoga de afecto sólo se acepta respecto a la relación matrimonial; lo que para Quintero merece una reflexión referente a las relaciones homosexuales, inclinándose por la idea de que quedan comprendidas en la análoga relación de afectividad.

La relación de análoga afectividad, a tenor de la nueva redacción del artículo 11, deberá probarse, lo que no sucede en los casos en que se da como supuesto de hecho, la relación parental descrita; en tales casos, se presumía dicho afecto y se destruía sólo si se probaba su no existencia. Como veremos en su momento “la análoga relación de afectividad” es compatible con la eximente incompleta de enajenación mental (63).

CONDE PUMPIDO (64) ha mantenido –comentando la nueva fórmula en el encubrimiento entre parientes– que la expresión “análoga relación de afectividad” que la conyugal, es un concepto normativo que el Juez “debera rellenar en cada caso concreto, recurriendo al entorno sociológico” y a los presupuestos de la relación existente entre ofensor y agraviado.

Para BAJO FERNANDEZ (65) “la análoga relación de afectividad reviste la misma problemática que las circunstancias atenuantes analógicas del artículo 9, nº 10, pero con una diferencia en que aquí se posibilita una circunstancia agravante de carácter analógico, lo que en base al principio de legalidad y a los principios que rigen la analogía, no lo hacen posible. El Tribunal Supremo entendió que no procedía la aplicación de la agravante de parentesco en base al principio de irretroactividad, pues los hechos homicidas se cometieron días antes de la entrada en vigor de la Reforma de 1983; y el Tribunal de instancia la habría aplicado erróneamente por ser la víctima persona “ligada por semejante afectividad a la del cónyuge”. Con todo, alguna Sentencia reciente, la Sentencia de 15 de Diciembre de 1994 ha admitido la agravación en situación de análoga afectividad (66).

Algún autor como Vives Antón señala que con la aparición de esta nueva fórmula no estamos ya ante una circunstancia mixta de parentesco, en el puro sentido de la palabra, ya que dentro de ella se dan situaciones afectivas de hecho pero sin existir vínculo parental.



## **COMPATIBILIDAD CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS**

Se ha cuestionado por la Doctrina y resuelto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo si la circunstancia mixta de parentesco era compatible con otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; concretamente con la provocación, la legítima defensa, la eximente incompleta de enajenación mental, y la atenuante de estado pasional.

La circunstancia agravante de parentesco, no se dará en aquellos casos en que la víctima provoque (67), pero es más, si estímulos más poderosos que el respeto familiar, impulsaron al reo a delinquir, incluso podrá ser considerada como atenuante (68). Con todo, esto último no será posible si ya se apreció la eximente incompleta de legítima defensa, porque ello supondría valorar doblemente unos mismos hechos (69).

Por lo que a la eximente incompleta de enajenación mental se refiere, el Tribunal Supremo ha declarado que es perfectamente compatible con la circunstancia de parentesco, por cuanto aquella no anula la objetividad de la relación de afecto (70).

Por último, del Alto Tribunal ha señalado la compatibilidad del parentesco con la atenuante de obcecación y arrebató —estado pasional— porque son dos hechos distintos (71).

## **POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 11 DEL CODIGO PENAL. (ARTICULO 23 DEL NUEVO CODIGO).**

Recientemente algún autor (72) ha señalado la posible inconstitucionalidad del artículo 11 –23 del nuevo Código–, por vulnerar el principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 de la Constitución al no ser una Ley cierta. En efecto, el Tribunal Constitucional en Sentencia, entre otras, 113/87 y 111/93, exige que los comportamientos punibles vengan determinados por una Ley escrita anterior a la conducta sancionada y que describa el hecho de forma precisa; a su vez tiene declarado en la misma Sentencia 111/93, que el mencionado principio “no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de esta, ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican normas no previstas por el ordenamiento” lo que explicaría el que desde la entrada en vigor de la Constitución ningún Juzgado o Tribunal haya reparado en su posible inconstitucionalidad sobrevenida.

Para estos autores, dada la redacción del artículo 11 “no es posible prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de la agravación”. En consecuencia, como mantiene el Tribunal Constitucional en Sentencia 89/93: “Serán contrarios a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución Española los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales”. Esta predeterminación normativa se ha de contemplar en su propio contexto legal y jurisprudencial, lo que les conduce a destacar su imprecisión en ambos casos.

En cuanto a su imprecisión, legal, su fundamento es distinto según la Doctrina, para Groizard (73) como agravante radica en que “es justo agravar la penalidad porque en el actor concurre algo digno de mayor reproche”.

Bajo, como apuntamos, lo sitúa en “la mayor o menor culpabilidad del agente”, Córdoba Roda en la antijuricidad, si bien lo decisivo radica en cada caso particular “en cuanto la concurrencia del parentesco origina un incremento o disminución del desvalor o gravedad del supuesto individual deberá estimarse la circunstancia como agravante o atenuante, respectivamente”.

En cuanto a su imprecisión Jurisprudencial en el trabajo del Profesor Esteban Mestre Delgado (74), se ha puesto de manifiesto la disparidad con que el Tribunal Supremo ha ido aplicando la circunstancia mixta de parentesco. Por otra parte, la regla general de que actúa como agravante en los delitos contra las personas presenta muchas excepciones como mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Marzo de 1988, que se hace eco de una reiterada Jurisprudencia en este sentido; asimismo la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuestiona, llegando a inaplicarla la excusa absolutoria de parentesco –artículo 564 del Código Penal– que entiende en Sentencia de 30 de Junio de 1981 “de fundamentos nada sólidos ni convincentes” quebrándose así también la regla general de que actúa como atenuante en los delitos contra la propiedad.

Operando como agravante, esencialmente en los delitos contra la vida y la integridad, al ser una norma incierta en su propio contenido y su aplicación supone aumentar la pena más allá de los trámites normales convienen estos autores que “no es acorde con el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española”.

Otro problema que plantean es lo que debe entenderse por análoga relación de afectividad a la conyugal máxime si como apunta Bajo y ya decía Quintano (75) está claro que en caso de homicidio o lesiones la afectividad falta no “se concibe entre parientes cariñosos”.

Tampoco es una Ley cierta en su aplicación como lo demuestra la controvertida Jurisprudencia dictada al efecto con la que han venido a quebrantarse las dos reglas generales que por ser una circunstancia mixta, mas o menos regían de aplicación como atenuante en los delitos contra la propiedad y de agravante en los delitos contra la vida e integridad, a mas de su aplicación contradictoria lo cual se debe al amplio margen de discrecionalidad que un tipo formulado en forma tan abierta ofrece a Jueces y Tribunales.

## **PROYECTOS POSTERIORES Y NUEVO CODIGO PENAL**

La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, no contemplaba la fórmula de análoga relación de afectividad, instaurada en la Reforma Parcial y Urgente del mismo año.

En el Proyecto de Código Penal de 1992, en su artículo 22, añadía a la actual redacción, la expresión ligado de “forma permanente por análoga...”.

Seguramente el Legislador pretendía con ello evitar que situaciones de afectividad episódicas en la pareja, no pudieran incardinarse en el ámbito de aplicación de la circunstancia; sin embargo, nos parece que la análoga significación, a la situación de cónyuge, ya denota una permanencia en el tiempo.

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, en su artículo 24, introducía una variación al sustituir el término análoga relación de afectividad por el de “convivencia”. A nuestro juicio, dicho término, se aleja de la significación que la afectividad implica en la circunstancia mixta que comentamos, ya que son numerosas las Sentencias que consideran que no es de aplicación en aquellos supuestos de fuerte enemistad o provocación, pese al hecho real de convivir. Pues, ni el afecto forzosamente lleva aparajada la convivencia, ni ésta el afecto.

De menor importancia, es la sustitución de la expresión hermano adoptivo por la de “hermano por adopción”.

El nuevo Código Penal de 1995, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 24 de Noviembre, se refiere a la circunstancia estudiada en el artículo 23. Se ha modificado la expresión “de forma permanente” por la de “forma estable”(76). El matiz nos parece insignificante, ya que según el Diccionario de la Real Academia por permanente ha de entenderse “que permanece”. Y permanecer significa “mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado, o calidad” y por estable “constante, durable, firme y permanente”.

En cualquier caso, reiteramos que tal expresión, nos parece superflúa.

Por último, no queremos acabar el presente trabajo, sin afirmar que a partir de la entrada en vigor del nuevo Código y suprimido el delito de parricidio, la llamada circunstancia mixta de parentesco, va a ser aplicada con mayor frecuencia por los Tribunales de Justicia.

- 
- (1) “El parentesco en el Derecho Penal”. Barcelona 1973, Pág.35.
  - (2) “Son circunstancias agravantes: 1º Ser agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o afín en los mismos grados del ofensor”.
  - (3) El Código Penal. Tomo I. Madrid 1867. Pág.214.
  - (4) Art. 10. 1º: Ser el agraviado cónyuge ó ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural ó adoptivo, ó afín en los mismos grados del ofensor. Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante ó atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito. GROIZARD, Alejandro. Tomo I, Madrid 1902. Pág. 421 y 422.
  - (5) Ob.cit. Pág.423.
  - (6) VIADA Y VILASECA, Salvador. El Código Penal de 1870, Madrid 1995. Pág.40.
  - (7) Ob. cit. Pág.36.
  - (8) Ob.cit. Pág.39
  - (9) Art. 69.3º: “Atenuan o agravan la responsabilidad del infractor: 3º. El parentesco, cuando el agraviado sea cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural, adoptivo o afín del ofendido, en los mismos grados, y el vínculo no califique la infracción o determine la pena”.
  - (10) FERRER SAMA, Antonio. Comentarios al Código Penal. Tomo I. Murcia, 1946. Pág. 438.
  - (11) “No deberá apreciarse el parentesco, ni como atenuante ni como agravante, en los delitos contra las personas, cuando la violencia hubiese sido iniciada por el ofendido (SS. de 5 de marzo de 1905 y 7 de junio de 1915), e igualmente cuando estímulos más poderosos que el respeto familiar hubieran determinado el acto punible (S. de 12 de febrero de 1919); que debe estimarse como atenuante en el que mata a su hermano movido por el ánimo de defender a su madre, y en el que lesiona a sus hermanas políticas, porque acaban de agredir a su hija (SS. de 8 de enero de 1910 y 26 de junio de 1918). Que el parentesco debe atenuar, en el caso de delito contra las personas, cuando por parte de la víctima haya existido provocación o amenaza adecuada (S. de 10 de julio de 1928)”.

- (12) “Art. 11: Es circunstancia que atenúa o agrava la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser agraviado cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados del ofensor”.
- (13) CUELLO CALON, Eugenio. Derecho penal. Tomo I. Parte General. Barcelona 1964. Pág. 591.
- (14) Sentencia de 5 de Octubre de 1995.
- (15) Derecho Penal. Parte General. Pág.718. “Las expectativas sociales derivadas de la relación de parentesco pueden conferir al hecho una mayor o menor gravedad. Ello afecta al grado del injusto penal (en su parte objetiva –“naturaleza” y “efectos” del delito– y en su parte subjetiva –“motivos”– del delito), y no a su culpabilidad de atribución al sujeto (culpabilidad).
- (16) Comentarios al Código Penal. Tomo I. Barcelona 1976. Pág..787.
- (17) Sentencia de 12 de Noviembre de 1984 “En los delitos contra las personas agrava porque incrementa el desvalor de la conducta del ofensor”. Sentencia de 15 de Septiembre de 1986. “Hay que atender a la mayor o menor malicia del ofensor o a su superior o inferior perversidad”.
- (18) En igual sentido Sentencia de 15 de Septiembre de 1986 “Hay que atender a la mayor o menor malicia del ofensor o a su superior o inferior perversidad”.
- (19) BAJO FERNANDEZ, Miguel. El parentesco en el Derecho Penal. Barcelona, 1973. Pág. 38.
- (20) Sentencia de 15 de Septiembre de 1986.
- (21) En este sentido Sentencia 22 de marzo de 1988.
- (22) ALONSO ALAMO, M. “El sistema de las circunstancias del delito”. Valladolid, 1981. Pág. 745.
- (23) Sentencia 8 de Marzo de 1995. “En el momento del hecho, la relación matrimonial, tenía tal grado de deterioro, que ya no puede ser fundamento suficiente para justificar un mayor reproche al autor”.
- (24) Sentencia de 8 de Febrero de 1990.
- (25) CASABO RUIZ, José P. El parentesco adoptivo en el Código Penal español. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1972.
- (26) El encubrimiento entre parientes. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1960.
- (27) La atenuante y la agravante de parentesco. Madrid 1995. Pág. 26.
- (28) Sentencias de 27 de Diciembre de 1991 y 13 de Octubre de 1993.
- (29) Sentencia de 22 de Abril de 1985.
- (30) Ob.cit. Pág. 29.
- (31) La Sentencia de 5 de Noviembre de 1992, la estimó respeto del homicidio del suegro “afines en los mismos grados”.
- (32) Pontente Magistrado: Vivas Marzal (Ar. 4674)

- (33) Sentencia de 4 de Julio de 1989.
- (34) En el mismo sentido Sentencia de 25 de Septiembre de 1987.
- (35) En Sentencia de 15 de Diciembre de 1982. Esta resolución afirmó que la relación parental tampoco afectaba a la estafa, porque el perjudicado no fué el titular de la libreta sino la Entidad Bancaria. Por lo que en este delito contra la propiedad tampoco atenuará.
- (36) Ob. cit. Pág. 47.
- (37) Ob. cit. Pág. 23.
- (38) Sentencia de 10 de Diciembre de 1992.
- (39) Ob. cit. Pág. 51.
- (40) Ob. cit. Pág. 788.
- (41) Ob. cit. Pág. 787.
- (42) Sentencia de 15 de Septiembre de 1986.
- (43) Sentencia de 28 de Abril de 1975.
- (44) Sentencia de 15 de Septiembre de 1986.
- (45) Ob. cit. Pág. 787.
- (46) Sentencia de 15 de Septiembre de 1986.
- (47) Ob. cit. Pág. 40.
- (48) Sentencia de 8 de Febrero de 1990: afirma además que tal conducta “aumenta la odiosidad del hecho”.
- (49) Sentencia de 5 de Octubre de 1995. Se trataba de una agresión grave a la libertad sexual de una persona y la situación de matrimonio resulta irrelevante, mucho más si se tiene en cuenta que las relaciones matrimoniales estaban en crisis por las desavenencias conyugales existentes, al punto de no dormir juntos sino en habitaciones separadas.
- (50) Sentencia de 25 de Noviembre de 1992.
- (51) Sentencia de 23 de Octubre de 1984.
- (52) Comentarios a la legislación penal. Pág. 786.
- (53) Ob. cit. Pág. 51.
- (54) Sentencia de 27 de Diciembre de 1991: la separación judicial, de hecho o convivencia con distanciamiento afectivo debidamente acreditado.
- (55) En este sentido Sentencia de 31 de Enero de 1981. No basta con el aspecto objetivo –lazos familiares indicados– para apreciar la agravante o atenuante de parentesco. Es preciso además valorar el aspecto subjetivo (existencia o no de afecto). Sólo así se podrá apreciar como atenuante, agravante o considerar irrelevante.
- (56) Sentencia de 15 de Marzo de 1982.

- (57) Sentencia de 5 de Febrero de 1987, comentada por José Maria LUZON CUESTA en la Ley de 18 de Noviembre de 1987.
- (58) Sentencia de 12 de Julio de 1994. No se apreció, como agravante ya que la relación entre agresor y agredido se encontraba rota por ausencia sino de afectividad, sí al menos de intereses comunes más o menos intensos, existiendo enemistad, intereses contrapuestos o cualquier otra razón, origen del distanciamiento.
- (59) Sentencia de 10 de Marzo 1982.
- (60) Sentencia de 12 de Noviembre de 1984.
- (61) Sentencia de 7 de Mayo de 1992.
- (62) Reforma Penal de 1983. Pág. 98.
- (63) Sentencia de 24 de Octubre de 1988, consideró que la eximente incompleta de enajenación mental no anulaba la objetividad de aquella relación de afecto.
- (64) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. “Encubrimiento de parientes”. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo V, Volumen 1, 1985. Pág. 351.
- (65) Comentarios a la Legislación Penal. Tomo V, Volumen 1°. Pág. 314. Relación de afectividad análoga a la de parentesco.
- (66) Sentencia de 15 de Diciembre de 1994. “Análoga a la del matrimonio, relación o unión de hecho permanente, estable y con vocación de futuro y continuidad.
- (67) Sentencias de 12 de Noviembre de 1988 y 10 de Octubre de 1988.
- (68) Sentencia de 15 de Septiembre de 1986.
- (69) La mencionada Sentencia de 10 de Octubre de 1988, establecía que “tanto el hecho de la provocación por parte de la víctima, –hermano– como las amenazas que hizo a su madre, fueron tenidas en cuenta por el Tribunal sentenciador para apreciar en el procesado la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa”.
- (70) Sentencia 24 de Octubre de 1988. Además, no se consideró provocación, la discusión iniciada por la mujer por no llevarla a un baile y golpearle con un tiesto.
- (71) Sentencia de 20 de Abril de 1993: Se suministró droga a su compañera que se hallaba en deplorable estado.
- (72) SANCHEZ-JUNCO MANS, Francisco y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. En la Revista Jurídica Aranzadi, n° 220 de 9 de Noviembre de 1995.
- (73) Ob. cit. Pág. 427.
- (74) Ob. cit. Pág. 22.
- (75) Comentarios al Código Penal. Madrid, 1966. Pág. 252.
- (76) Igual terminología que la empleada en el artículo 424, al referirse al cohecho en causa criminal por parte de determinados parientes e idéntica también a la usada en el artículo 454, referido al encubrimiento entre parientes.





**SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CIVIL**  
**DEL TRIBUNAL SUPERIOR**  
**DE JUSTICIA DE BALEARES**

Comentadas por:

Jaime Ferrer Pons  
Miguel Masot Miquel



En la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares se ha contemplado siempre con especialísimo interés cuanto hace referencia al Derecho civil balear.

Uno de los discursos de ingreso en la Academia –el de Jaime Ferrer Pons– versó, precisamente, sobre el tema “Libertad dispositiva mortis causa y el Derecho civil de Mallorca” y en el boletín II de la Academia figura un extenso artículo de Miguel Masot Miquel sobre “El Código civil y su aplicación en el Derecho civil balear”, que fue publicado asimismo en la obra CENTENARIO DEL CODIGO CIVIL, con la que la asociación de Profesores de Derecho civil conmemoró el centenario del Código.

Por ello, se ha juzgado de gran interés dar a conocer las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Superior de Justicia en materia de Derecho civil balear, juntamente con comentarios sobre las mismas por parte de algunos de nuestros Académicos.

Ciertamente, la primera impresión que tenemos tras la lectura de las sentencias, es la de que éstas han sido realmente de muy escaso número. Muy pocos han sido –no creemos que lleguen a uno por año– los pleitos de Derecho civil balear que han llegado hasta nuestro Tribunal de Casación.

No es el momento de analizar a fondo el tema, aunque sí se pueden apuntar brevemente algunas de las razones: la comunidad balear tiene muchos menos habitantes que otras comunidades forales; los pleitos sucesorios –nuestro Derecho foral es fundamentalmente sucesorio– se plantean con menos frecuencia que antes, por su larga tramitación, complicaciones y trascendencia fiscal; la condena en costas, obligatoria hoy, en principio, al litigante vencido, es un elemento disuasorio de iniciar nuevas aventuras casacionales para quien ha perdido la primera y segunda instancia, soportando, por tanto, las correspondientes condenas en costas; y, finalmente, el límite mínimo casacional de 6.000.000,- de pesetas impide que algunos litigios de cuantía inferior a la expresada puedan acceder a la censura casacional.

Sobre este último punto, es interesante destacar la aprobación por el Parlamento Gallego de una disposición permisiva del recurso de casación por

infracción de norma del Derecho civil gallego, cualquiera que sea la cuantía litigiosa del pleito. Tal vez es una cuestión que pueda ser objeto de estudio por nuestro Parlamento autonómico.

De todos modos, las pocas sentencias dictadas por nuestro tribunal Superior de Justicia en materia de derecho civil balear no tienen desperdicio; afrontan, casi todas ellas, aspectos muy importantes de nuestras instituciones y revelan que, a pesar del arduo trabajo que supuso la ley de nuestro Parlamento de 28 de junio de 1.990, modificativa de la Compilación de 1.961 y ampliamente superadora de la misma, aún se aprecian algunas lagunas en el tratamiento legal de las instituciones.

Por ello, creemos que la Academia rinde un servicio a los juristas de nuestra Comunidad al publicar estas sentencias con sus correspondientes comentarios.

## SENTENCIA Nº 1/92

En la ciudad de Palma de Mallorca, a veintiocho de Mayo de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía, con reconvención, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Inca, sobre determinadas declaraciones, cuyo recurso de casación ha sido interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Nicolau Rullán en representación de los demandantes apelados Don ..., Doña ..., Don ..., Don ... Don ..., Don ... y Don ... y Doña ..., defendidos por el Abogado D. Francisco Jesús Fiol Amengual; en el que es recurrida la demandada apelante Doña ..., representada por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Socias Rosselló y defendida por el Abogado D. Pedro A. Ventayol Monreal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1.– El Procurador de los Tribunales D. Pedro Puigdellivol Alou, en la representación de Don ..., Doña ..., Don ..., Don ..., Don ..., Don ... y Don ... y Doña ..., formuló demanda de menor cuantía contra Doña ..., antes el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Inca, en la cual, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación finalizó suplicado que, previos los trámites correspondientes, se dictara sentencia declarando ajustada a derecho, válida y eficaz la escritura pública de reversión legal de donación otorgada por sus mandantes en la ciudad de Inca el día veintiseis de junio de mil novecientos ochenta y cinco y que autorizó con el número 686 de su protocolo el Notario Don Luis Pareja Cerdó y condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración con cuantas consecuencias de la validez de dicho título se deriven y a desalojar, dejandola libre y expedita en el plazo máximo de treinta días, a disposición de los actores, la casa que se describe en la escritura pública de reversión legal de donación mencionada, sita en Sa Pobla, Calle Molino nº 51, con expresa imposición de las costas a la demandada si se opusiera a su justa demanda.

2.– El Procurador de los Tribunales Don Juan Balaguer Bisellach, en nombre y representación de la demandada Doña ..., contestó a la demandada

oponiéndose a la misma en base a los hechos expuestos en su escrito y después de alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que estimando la excepción planteada, desestimara en su totalidad la demanda interpuesta contra su principal, absolviéndola de la misma, con expresa imposición de costas a los actores por ser preceptivas, con todo lo demás que fuere procedente con arreglo a derecho. Formulando seguidamente, por medio de Otrrosi, demanda reconvenicional basada en los hechos que a continuación exponía, con alegación de los fundamentos de derecho considerados de aplicación al caso, finalizó con el suplico al Juzgado de que, previos los trámites de rigor, se sirviera dictar sentencia en su día por la que se declare y decrete: A.—Que su principal, Doña ... es heredera universal propietaria de los bienes pertenecientes a su difunto esposo Don ..., salvo la legítima que de estos bienes pudiera corresponder a los herederos forzosos del citado. B.— Declarar nula de pleno derecho la escritura pública de reversión legal de donación otorgada por los actores en la ciudad de Inca, el día 26 de Junio de 1985, que autorizó con el n° 686 de su Protocolo el Notario Don Luis Pareja Cerdó, con cuantas consecuencias de la nulidad de dicho título se deriven. C.— Declarar nulo de pleno derecho el Auto, emitido por el Juzgado de Primera Instancia de Inca, de fecha 24 de Octubre de 1986, en el que son declarados herederos abintestato universales a los hoy actores, en la herencia de Doña .... Y que se condene a los actores reconvenidos a estar y pasar por tales declaraciones, y al pago de las costas por ser preceptivas.

3.— Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Inca, dictó Sentencia con fecha 4 de Octubre de 1990, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: “Que desestimando la excepción de falta de legitimación activa, así como la demanda reconvenicional y estimando totalmente la demanda presentada por el Procurador Don Pedro Puigdellivol Alou, en nombre y representación de Don ..., Doña ..., Don ..., Don ..., Don ..., y Don ... y Doña ..., debo declarar y declaro ajustada a derecho, válida y eficaz la escritura pública de reversión legal de donación otorgada por los actores, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración con cuantas consecuencias de la validez de dicho título se deriven, y a desalojar la casa a la que hace referencia dicha escritura, condenándola igualmente al pago de las costas procesales”.

4.— Contra la expresada Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la demandada Doña ..., el cual fué admitido en ambos efectos y remitidas las actuaciones para la sustanciación del mismo, previos los trámites legales correspondientes, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta ciudad, señaló para la celebración de la vista de la

apelación el día 30 de Octubre de 1991, en cuya fecha tuvo lugar y mediante providencia de fecha seis de Noviembre siguiente, no habiéndose alcanzado mayoría de votos en la decisión del citado recurso, se declaró la discordia, acordándose al propio tiempo, oficiar al Illmo. Sr. Presidente de la Audiencia Provincial a fin de que se realizaran las oportunas designaciones para formar Sala de Discordia y señalar nueva Vista. Señalándose, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 356 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como posturas discordantes las siguientes: 1ª) Procedencia de la reversión.- 2ª) Improcedencia de la reversión por irrevocabilidad contractual.- 3ª) Improcedencia de la reversión perjudicando derechos legitimarios del cónyuge viudo. Con fecha 12 de Noviembre de 1991 se tuvo por nombrados como Magistrados que habían de dirimir la Discordia suscitada, a los integrantes de la Sección Cuarta y a los Illmos. Sres. Don Guillermo Vidal Andreu, y Doña Rosa Rigo Rosselló; señalándose para la celebración de nueva Vista, el día 15 de Noviembre de 1991, en cuya fecha tuvo lugar. Dictándose Sentencia en 29 siguiente, cuya parte dispositiva dice así: “FALLAMOS Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Socias en nombre y representación de Doña ..., contra la Sentencia de fecha 4 de Octubre de 1991, dictada por la Illma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Inca, que se revoca parcialmente, -manteniendo la desestimación de la falta de legitimación activa-, en el sentido de dejarla en lo demás sin efecto, y desestimando integramente la demanda, y por contrario con estimación parcial de la reconvencción DECLARAMOS: A.- Que la demandante reconviniente es heredera universal de los bienes pertenecientes a su esposo fallecido Don ..., salvo la legítima que de estos bienes pudiera corresponder a los herederos forzosos del mismo. B.- Declaro nula de pleno derecho la escritura pública de reversión legal de donación otorgada por los actores en la ciudad de Inca, el día 26 de Junio de 1985 y que autorizó así el número 686 de su protocolo el Notario Don Luis Pareja Cerdó, con cuantas consecuencias de la nulidad de dicho título se deriven. C.- No ha lugar a lo solicitado en el correlativo del suplico de la reconvencción. Y CONDENAMOS a los actores reconvenidos a estar y pasar por tales declaración (sic). Sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias”.

5.- Por los Illmos. Sres. Magistrados Don Guillermo Vidal Andreu, Presidente del Tribunal, y D. Miguel Angel Aguiló Monjo, se formuló Voto particular, cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: “DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Socias Rosselló, en nombre y representación de la demandada apelante Doña ..., en su consecuencia, CONFIRMAR integramente la resolución recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 145 de 1989 (sic), de la que el presente Rollo dimana. Sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada”.

6.– El Procurador de los Tribunales D. Jose Luis Nicolau Rullan, en nombre y representación de los demandantes, formalizó ante este Tribunal Superior de Justicia, a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 54 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de Diciembre de 1988, Recurso de Casación fundado en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.– Al amparo del apartado 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.– Error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. SEGUNDO.– Al amparo del apartado 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.– Infracción de las Normas de Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. A.– Infracción por no aplicación de la Disposición Final 2ª de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares (Ley de 19 de Abril de 1961) “En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general”. B.– Infracción por aplicación incorrecta e indebida del art. 50 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares (Ley de 19 de Abril de 1961) “Por la definición, los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres en contemplación a alguna donación o ventaja que estos les hicieran en vida”. C.– Infracción por no aplicación del artículo 812 del Código Civil. “Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión, si hubieran sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donante tuviera con relación a ellos, y en el precio si hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió”.

Por todo lo anteriormente expuesto, finalizó manifestando que la “definición entre ascendiente y definido tiene naturaleza lucrativa, que el supuesto se engloba en los presupuestos del artículo 812, que esta disposición no es contraria ni incompatible con la Compilación Balear y por tanto aplicable directamente como derecho supletorio y que la solución no implica desconocimiento de derechos legitimarios ya explícitamente renunciados o inexistentes”. Suplicando a la Sala que en su día dictara Sentencia por la que, por los motivos de casación formulados, decretara ajustada a derecho, válida y eficaz la escritura pública de reversión legal de donación otorgada por los recurrentes en la ciudad de Inca el día 26 de Junio de 1.985 y que autorizó con el número 686 de su Protocolo, el Notario D. Luis Pareja Cerdó y condenar a la demandada a estar y pasar por dicha declaración con cuantas consecuencias de la validez de dicho título se deriven y a desalojar, dejándola libre y expedita en el plazo máximo de treinta días, a disposición de los recurrentes, la casa que se describe en la escritura pública de reversión legal



de donación mencionada, sita en Sa Pobla, calle Molino n° 51, con expresa imposición de costas en primera instancia y en apelación, a la demandada.

7.– Admitido el Recurso de Casación a trámite y evacuado el traslado de instrucción conferido a las partes, se señaló para la Vista del mismo, el día doce de mayo de mil novecientos noventa y dos, a las diez y media de su mañana, en cuyo día y hora tuvo lugar con asistencia de los Letrados y procuradores de las partes; informando los primeros por su orden, en apoyo de sus respectivas pretensiones.

8.– Con fecha veintidos de los corrientes, la Sala dictó providencia acordando la designación de nuevo Ponente a efectos de redactar la Sentencia toda vez que el Iltmo. Sr. Magistrado D. Juan Lopez Gayá, Ponente del Recurso, no estaba conforme con la decisión de la mayoría.

Ha sido Ponente para la redacción de la Sentencia el Iltmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Muñoz Gimenez.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.– A fin de facilitar la comprensión de los problemas que se debaten en el presente recurso, resulta aconsejable dejar constancia previa de los hechos en que se sustentan las respectivas pretensiones de las partes litigantes.

Teles hechos, siguiendo sustancialmente el relato que de ellos efectúa el fundamento jurídico primero de la Sentencia recurrida, son estos: 1º) El día 4 de Febrero de 1.963 los consortes ... y ... mediante escritura pública, tras relacionar los bienes de los que eran propietarios, hicieron donación de la nuda propiedad de los mismos a sus hijos ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... y ..., especificando los concretos bienes que a cada uno de ellos donaban, correspondiendo a Don ... una casa situada en la calle Molino de la Villa de la Puebla, concretándose en el pacto quinto del referido instrumento que “las precedentes donaciones deberán servir a los donatarios en pago de sus derechos legitimarios en las herencias de los donantes, por lo cual dan carta de pago por “definición” de los aludidos derechos ... y quieren por tanto tenerse apartados de dichas herencias”; 2º) El día 10 de Mayo de 1.972 falleció Don ..., otorgante, como donante, de la repetida escritura; 3º) En fecha 25 de Abril de 1.983 murió Don ..., quien se hallaba casado con la ahora demandada-apelante Doña ..., sin que hubiera descendencia de dicho matrimonio; 4º) El 8 de septiembre de 1983, es decir poco más de cuatro meses después de la muerte de Don ..., falleció también su madre Doña ..., persona precisamente que fué propietaria del bien donado a su hijo premuerto; 5º) El repetido Don ... el día 8 de febrero de 1.967 había otorgado testamento abierto por el que instituía, a salvo de posibles derechos legiti-

marios, heredera universal propietaria a su esposa Doña ...; 6º) Por Auto del Juzgado de Primera Instancia de Inca de fecha 24 de Octubre de 1.986 se declaró herederos abintestato universales de Doña ... a sus hijos Don ..., Doña ..., Don ..., Don ..., Don ..., y Don ... y a su nieta Doña ..., hija de la fallecida Doña ..., los cuales debían heredar una octava parte cada uno de ellos; 7º) El 25 de Junio de 1.985 los anteriores nombrados, hijos y nieta de la Sra. ..., otorgaron ante el Notario de Inca Don Luis Pareja Cerdó escritura de aceptación de la reversión de la finca donada a Don ... que entendían legalmente producida en favor de su madre y abuela por aplicación del art. 812 del Código Civil, como únicas personas con derecho a la sucesión de la misma; y 8º) fracasada una anterior demanda de desahucio por precario contra Doña ... , se ejercita en el presente juicio ordinario acción declarativa y de condena contra la misma a fin de que se declare válida y eficaz la escritura pública de reversión legal de donación de 26 de Junio de 1.985 y se condene a la accionada a desalojar la finca revertida.

SEGUNDO.— El 29 de Noviembre de 1.991 la Sección 4ª de la Audiencia Provincial con sede en esta ciudad dicto sentencia por la que, revocando la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Inca el 4 de Octubre de 1.990, declaró nula de pleno derecho la escritura pública de reversión legal de donación otorgada por los actores el 26 de Junio de 1.985 con cuantas consecuencias se deriven de la nulidad de dicho título. Contra dicha sentencia recurren en casación los demandantes, articulando cuatro motivos. El primero de ellos se formaliza por la vía del apartado 4º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando supuesto error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. En cuanto se conocen las razones alegadas en defensa de este motivo, sin embargo, de inmediato se comprueba que está condenado irremisiblemente al fracaso. El motivo, en efecto, combate la aseveración de que Don ... había instituido heredera a su esposa; mas no porque dicha afirmación no sea cierta, que lo es y el propio motivo lo reconoce abiertamente, sino porque considera que es un hecho total y absolutamente irrelevante, y que no puede determinar ninguna clase de efectos en el pleito, ya que -aduce- el bien donado revertió automáticamente, al morir Don ... a su madre donante, de modo que en el sentir de los actores nunca habría formado parte del caudal relicto, ni, -consecuentemente, habría tenido nunca sobre él ningún derecho la demandada en condición de heredera de su esposo. Es claro, pues, que con este género de argumentación los recurrentes traen a la vía procesal prevista para corregir la errónea fijación del sustrato material de la controversia la discusión acerca de las consecuencias jurídicas que de dicho sustrato deben extraerse y que tiene que ventilarse por otro cauce; con lo que, además, están haciendo supuesto

de la cuestión en contra de una reiteradísima doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (SS. 22 Septiembre-1.989, 16-Abril, 5 y 14-Junio, 22-October y 2-Noviembre-1.990, 15-Marzo, 7-Mayo y 30-October-1.991, etc.). El motivo, por todo ello, decae necesariamente.

TERCERO.— Los restantes motivos de casación se formulan al amparo del nº 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El segundo imputa a la sentencia recurrida infracción por no aplicación de la Disposición Final Segunda de la Compilación del Derecho Civil de Baleares aprobada por Ley de 19 de Abril de 1.961; el tercero, la infracción por aplicación incorrecta e indebida del art. 50 de la referida Compilación; y el cuarto y último, la infracción por no aplicación del art. 812 del Código Civil. Aunque planteados de forma separada, los tres motivos, no obstante, se hallan profundamente entrelazados entre sí, dado que giran sobre una sola y única cuestión: la de si el derecho que el art. 812 del Código Civil concede a los ascendientes de suceder, con exclusión de otras personas, en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad es aplicable o, por el contrario, incompatible con la figura de la “definición” a la que se refiera el art.50 de la Compilación de 1.961, diciendo que, por virtud de ella “los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres en contemplación a alguna donación o ventaja que estos les hicieran en vida”. Dicha circunstancia autoriza, por tanto, a examinar de manera conjunta la procedencia de esos tres motivos, conforme se hará seguidamente.

CUARTO.— La primera cuestión que debe abordarse, es la de si, al tiempo de fallecer Don ... el 25 de Abril de 1.983, regía en Mallorca el derecho de reversión legal a favor de los ascendientes que establece el art. 812 del Código Civil, pues, de no ser así, las pretensiones de los actores carecerían de su base primordial. Nada decía sobre este extremo el Texto de la Compilación de 1.961, pero la opinión más extendida era la afirmativa, habida cuenta el carácter de derecho supletorio que corresponde a las normas del Código y que dimana del art. 13.2 del propio Código y de la Disposición Final Segunda de la Compilación a cuyo tenor, en lo no previsto en la misma, rigen “los preceptos del Código civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general”. De aquí se desprende que la efectividad de las normas del Código queda excluida cuando se refieren a materias que cuentan con regulación específica en la Compilación o que, aun sin precepto expreso en contra, resultan inconciliables por su índole con los principios y concepciones jurídicos peculiares del Derecho de las Islas Baleares. Ninguno de estos obstáculos, empero, se opone al reconocimiento de que el art. 812 del Código Civil poseía vigencia en Mallorca. El fenómeno de la reversión no era desconocido en el Derecho Romano, donde tenía lugar respecto de los bienes

objeto de la dote profecticia, esto es, la constituida por el padre o el abuelo paterno, en el caso de que falleciese la mujer durante el matrimonio. Tampoco existen razones para pensar que el derecho de retorno lleve a consecuencias contradictorias con cualquiera de los principios con arreglo a los cuales se organiza la sucesión “mortis causa” en la Isla, ni, en general, que produzca efectos distorsionadores dentro del sistema sucesorio. De otro lado, se trata de una figura que proporciona satisfacción al deseo -comúnmente sentido, y no sólo en las Baleares- de los ascendientes donantes de que los bienes donados no se aparten de la línea descendiente que encabeza el donatario y, en tal sentido, al prevenir este riesgo, no cabe duda de que puede contribuir, cuando no a estimular, sí, al menos, a desvanecer reticencias a la hora de realizar actos de donación en beneficio de los hijos y descendientes. La reciente reforma de la Compilación operada por la Ley 8/1.990, de 28 de Junio, de la Comunidad Autónoma, ha venido a ratificar, en fin, la aplicabilidad del derecho de recobro en la Isla de Mallorca, al expresar ahora el nuevo art. 43 en su párrafo último que cuanto dispone el propio precepto en relación con la legítima de los padres “se entiende sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 del Código Civil”. No cabe otra conclusión, por tanto, que la de afirmar que el tan repetido derecho de reversión estaba vigente en el momento de abrirse la sucesión de Don .... La cuestión que se suscita, acto seguido, es, entonces, la de determinar sí, dándose el supuesto de hecho que configura el art. 812 -premorienza al ascendiente donante del descendiente donatario que no deja posteridad-, la definición reúne características que hagan inviable la recuperación por el ascendiente supérstite de las cosas o valores en atención a cuya donación el descendiente difunto efectuó la renuncia a derechos sucesorios en que la definición, en su acepción estricta, consiste.

QUINTO.- La definición o “diffinitio”, institución que fue regulada por Privilegios del Rey Don Jaime I de 1.274 y otros del Rey Don Sancho de 1.319 aunque su uso parece que se remonta a época muy anterior y, desde luego, no estaba circunscrito al ámbito geográfico de Mallorca, era, históricamente, la renuncia a reclamar futuros derechos legitimarios- “pactum de non petendo”- que, en consideración a la constitución de la dote u otra donación, podían hacer las hijas al contraer matrimonio, primero, los hijos e hijas que profesaban órdenes religiosas, después, y posteriormente, los hijos varones que salían de la familia. Hoy la conservan los artículos 50 y 51 de la vigente Compilación, Texto Refundido de 6 de Septiembre de 1.990, -art. 50 de la Compilación de 19 de Abril de 1.961-; y si bien en la actualidad es muy probable que no se experimente como antaño la necesidad imperiosa de preservar unido el patrimonio familiar, que era la finalidad a que principalmente la institución servía, es indudable que puede rendir utilidad suma como medio de introducir un factor de seguridad en el fenómeno sucesorio por

causa de muerte, evitando futuras y eventuales situaciones conflictivas. Singularmente, puede ofrecer gran utilidad práctica como instrumento posibilitador de la distribución global y simultánea de los patrimonios de ambos progenitores en vida de éstos y entre todos los hijos, de manera equilibrada y equitativa, procediendo todos de común acuerdo, como ocurrió en el caso de autos, sobre todo cuando la respectiva composición de cada una de las masas patrimoniales no permite una cómoda satisfacción de las legítimas que pesarán sobre ellas, anticipando, de tal suerte, un resultado que en otros territorios ha de demorarse hasta el fallecimiento del segundo de los padres, permaneciendo, entre tanto, indivisa la herencia del primero.

SEXTO.— Se ha polemizado mucho en el presente pleito con exposición de opiniones encontradas, incluso, en el órgano jurisdiccional de instancia, acerca de la caracterización de la definición como negocio oneroso o gratuito, haciéndose depender de dicho particular la reversión de la finca litigiosa, por cuanto que se considera que el art. 812 se refiere, únicamente, a las donaciones simples, y, si acaso, a las remuneratorias, mas no a las onerosas. Al respecto, si se admite el criterio de que negocio oneroso es aquel que impone sacrificios a las partes intervinientes, pero procurándoles también ventajas; y si se atiende a que la definición se inserta normalmente en un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados- el acto de liberalidad y la renuncia- y que se verifican el uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona, habrá que inclinarse por el punto de vista de la onerosidad, dado que con el perfeccionamiento de la definición ambas partes obtienen ventajas a costa de la otra: el ascendiente, porque elimina las limitaciones a la facultad de disponer de sus bienes que surgen de la necesidad de proteger la intangibilidad de las legítimas; y el descendiente, porque recibe una atribución patrimonial que normalmente no se habría entregado hasta la muerte del causante. Esta mera calificación, fruto de unas categorías dogmáticas de perfiles no siempre nítidos, no se reputa decisiva, sin embargo, por si sola, para resolver la cuestión controvertida. El dato trascendente hay que buscarlo, más bien, en el juego que despliega el hecho de que la causa de la atribución lucrativa que realiza el ascendiente, radica en el común propósito de las partes de imputar dicha atribución al pago adelantado de los derechos legitimarios o, en su caso, sucesorios, que corresponderán al descendiente, de manera que éste, dándose por satisfecho con cuanto ha percibido, se comprometa a no reclamar nada por tales conceptos en el futuro. Pero debe notarse que cuando la definición se produce no existen tales derechos legitimarios, que sólo se adquirirán si el descendiente sobrevive al ascendiente, y sí, únicamente, simples expectativas. Y, entonces, por efecto de la mutua condicionalidad en que se encuentran los dos elementos integrantes del tipo negocial, de la misma manera que si el beneficiario resultara despojado del bien donado por

consecuencia de evicción es obvio que la renuncia devendría ineficaz, la premoriencia del descendiente sin dejar posterioridad -esto es, la hipótesis que constituye el supuesto de hecho del art. 812 del Código Civil- y, consiguientemente, sin que nazca para sí ni para su estirpe derecho a legítima en la sucesión del ascendiente a que imputar el pago, priva a la atribución patrimonial de su razón determinante, de modo que no subsisten impedimentos que se opongan en la situación dicha a que los bienes donados vuelvan de nuevo a quien los donó. Idéntica solución ha de propugnarse también, y con mayor fundamento todavía, para aquellos casos, teóricamente no descartables, en que premuere el descendiente que se definió en contemplación de donaciones que se le habían entregado con anterioridad y que inicialmente no habían sido preordenadas a tal fin. Y no puede compartirse el argumento de que esta compatibilidad entre la definición y el derecho de retorno del art. 812 lleva aparejada la pérdida de entidad de la institución, al hacer de peor condición al hijo definido que al que cobra la legítima a la muerte de su causante. A este último hijo la reversión no le alcanza, no porque no se haya definido, sino simplemente porque sobrevive al ascendiente. Y en cuanto a los hijos que premueren, el que otorga definición disfruta, temporalmente, siquiera, de los derechos que se le han transmitido en vida, mientras que el que no lo hace es posible que nada reciba y lo que haya recibido por otra vía a título lucrativo está sujeto a reversión por virtud del tan aludido art. 812 del Código. Ello aparte de que el conocimiento por los ascendientes de que las cosas que donen para provocar la definición retornarán a su patrimonio en el caso de que los donatarios mueran sin posteridad, lejos de entrañar una rémora, es de presumir, muy al contrario, que favorecerá el empleo del pacto sucesorio.

SEPTIMO.- Cuanto acaba de señalarse no significa empero que, en el concreto caso que se enjuicia, el recurso haya de prosperar, toda vez que es doctrina reiterada que no se da la casación, cuando el fallo impugnado debe confirmarse con base en fundamentación jurídica distinta (SS. TS. 21-Diciembre 1.988, 30 de Octubre y 15-Noviembre- 1.989, 27-Enero 1.990, 23-Marzo y 17-Junio 1.991, etc.). Al otorgamiento de la escritura pública de 4 de Febrero de 1.963 concurrieron todos los miembros del grupo familiar -entre ellos los aquí recurrentes o sus causantes- guiados por la voluntad indudable de distribuir, entre los hijos, de consuno y evitando resultados antieconómicos, los bienes que formaban parte del patrimonio de los padres. En dicha distribución y con el asentimiento de todos, Don ... acepto la donación de un bien propiedad de su madre, pero en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle en las herencias de sus dos progenitores, por lo que dió carta de pago por “definición” de tales derechos respecto de la herencia, no sólo de la madre donante, sino también del padre. Esta posibilidad de que la renuncia a no reclamar derechos en la

futura sucesión de su progenitor se preste en consideración a una atribución lucrativa que proviene del patrimonio del otro, no está prevista en la Compilación, aunque tampoco puede estimarse prohibida y, menos, a partir de la entrada en vigor de la reforma practicada en su Texto por la Ley de 28 de Junio de 1.990, puesto que ahora el nuevo párrafo 1º del art. 48 facilita que la legítima se abone en bienes que no sean de la herencia. Además y habida cuenta del carácter “global” que revistió la más arriba aludida distribución familiar de bienes, cabe comprender, dentro del amplio concepto de “ventaja” que utilizaba el art. 50 en la redacción aplicable para la resolución del litigio, la indirecta de recibir un determinado bien, de mayor valor o de particular predilección, existente en el patrimonio de la madre a cambio, cabalmente, de no obtener nada material del padre. En todo caso hay que insistir en el hecho de que el reparto fué consentido por todos los interesados, a más de que nadie ha puesto en duda su validez. Y ocurre que, si bien el donatario Sr. ... murió antes que la madre, falleció, en cambio, años después de que lo hiciera su padre, de modo que devino legitimario efectivo de éste. Se consolidó entonces, siquiera en parte, la causa de la atribución realizada en 1.963, por lo que, al hallarse la donación directamente afectada al pago de la legítima paterna y haber ganado realidad esta legítima, la misma debe mantenerse. De otra suerte y dándose lugar a la reversión de la finca donada, vendría a suceder que, o bien no subsistiría en el patrimonio personal de Don ... por circunstancias ajenas a su capacidad de libre decisión valor alguno atribuible al cobro de su derecho de legítima en la herencia del padre, o bien habría que conceder viabilidad al ejercicio de las acciones conduncientes a obtener ese cobro, con la considerable perturbación que tal evento produciría. Tampoco sería solución convincente la de reducir los efectos de la reversión a sólo una porción de la finca litigiosa. No hay indicios que autoricen a sostener que en el ánimo de los otorgantes estuvo imputar la donación del inmueble al pago de las legítimas en ambas herencias mediante la consignación de cuotas proporcionales. Una decisión de tal naturaleza, por lo tanto, subvertiría la voluntad de los intervinientes en el negocio y, además, en el plano material, corre el riesgo de llevar a consecuencias muy probablemente del todo arbitrarias.

OCTAVO: Procede, así pues, desestimar el presente recurso de casación con imposición de costas a los recurrentes, por ser preceptivo, a tenor del último párrafo del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don ..., Doña ..., Don ..., Don ..., Don ..., y Doña ..., contra la Sentencia dictada el veintinueve de Noviembre de mil

novecientos noventa y uno por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, cuya parte dispositiva se confirma íntegramente. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Librese a la mencionada Sección Cuarta la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de Apelación remitidos.

ASI, por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Voto particular** que, al amparo del art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulan los Magistrados D. Alvaro Blanco Alvarez y D. Juan López Gayá en relación con la sentencia nº 1/92 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Unico.— Se aceptan y dan por reproducidos íntegramente los relatados en la sentencia.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.— Se aceptan igualmente los fundamentos jurídicos primero, segundo, tercero de la sentencia y, en definitiva, el fallo, surgiendo la discrepancia en la restante fundamentación en que aquél se ampara.

SEGUNDO.— Si bien los abajo firmantes coinciden en la conclusión que se alcanza en el sexto fundamento de la sentencia sobre el carácter oneroso de la definición, disienten del criterio de que tal calificación no resulta decisiva para resolver la cuestión controvertida. Sobre esta discrepancia conviene recordar que la doctrina científica y la jurisprudencia distinguen por sus efectos, a las donaciones en: a) Puras o simples, cuando la liberalidad no tiene otro propósito que el de favorecer al donatario; b) Condicionales, cuando la existencia de la relación jurídica depende de un acontecimiento futuro o incierto; c) Finalmente, onerosas, o lo que es lo mismo, con carga, llamadas también modales, en las que se impone al gratificado una obligación positiva o negativa conexas con la liberalidad, en forma de modo y no de condición. Las primeras vienen definidas en el artº 618 del Código Civil como “un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”. Así pues, el elemento esencial de esta clase de donaciones es la “gratuidad”, a diferencia de las que se



contemplan en el artº 619 del mismo Código. No cabe la menor duda que la donación que el artº 812 del C.c. sujeta a recesión legal o retorno al donante cuando el donatario falleciere sin posterioridad viene exclusivamente referida a la donación pura o gratuita del artº 618, pues de lo contrario la redacción del precepto hubiera sido distinta de la dictada por la Comisión Codificadora del Texto legal, la cual, para justificar la introducción en el Código del comentado artº 812, argumentó que “el fundamento, razonable y justo del precepto, consiste en que si alguien hace donación a un descendiente, ayudándole en el sostenimiento de sus necesidades para que viva más desahogadamente, es natural que, si el agraciado fallece sin posteridad y a su fallecimiento conserva lo donado, es justo que vuelva al donante con preferencia a cualquier otra persona”.

TERCERO.– Sentado lo anterior, interesa destacar que, en el derecho foral mallorquín, a diferencia del derecho común civil en cuyo Código se establece claramente el principio prohibitivo de los pactos sucesorios -arts. 816 y 1.271-, la sucesión contractual se mantiene viva y vigente a través de dos instituciones: Las donaciones universales de bienes presentes y futuros y el pago de la legítima en vida del causante, anticipo o finiquito de la misma, conocido con el nombre de “definición”. El origen de esta última institución -considerada por un ilustre jurista mallorquín como “una de las venerables instituciones autóctonas de nuestro derecho”- ha sido objeto de amplio estudio y debate por parte de los foralistas quienes coinciden en atribuir su aparición en los privilegios reales otorgados en los siglos XIII y XIV limitado a las hijas casadas con intervención de sus maridos y con edad legítima para ello, evolucionando, a través del derecho consuetudinario, su aplicación para los hijos e hijas emancipados, según se recoge en el art. 50 de la Compilación de 1961. La finalidad de esta peculiar institución parece que no es otra que la de mantener indiviso el patrimonio familiar en especial por lo que se refiere a los bienes raíces, generalmente en favor del primogénito, apartando de la sucesión, mediante la correspondiente compensación, a los demás hijos legitimarios, siendo muy frecuente que este pacto sucesorio se produjera con respecto a los hijos e hijas que ingresaban en órdenes religiosas con voto de pobreza. Pero sea cual fuera la génesis de la institución, lo cierto e incuestionado es que la sucesión contractual, en cualquiera de sus modalidades, es esencialmente opuesta a los principios del derecho romano y a las legislaciones inspiradas en él.

La mayoría de los comentaristas de este derecho especial sostienen y concuerdan que la “definición” queda enmarcada en el ámbito propio de los pactos sucesorios como un negocio jurídico bilateral, configurándose por ello como un contrato consensual, aleatorio, de carácter irrevocable y oneroso. Esta última característica, “la onerosidad” es la que importa aquí destacar, por cuanto de su aceptación o rechazo dependerá en gran parte la solución

de este litigio, pues tanto en el recurso de casación como en el voto particular emitido en la sentencia dictada en segunda instancia se destaca, como fundamento básico de sus respectivas conclusiones, el carácter gratuito y de mera liberalidad que debe atribuirse a la definición. Para ello, es obligado partir de lo establecido en el artº 1.274 del C.c. a tenor del cual se define a los contratos onerosos como aquellos en que cada parte ha de obtener alguna ventaja o compensación procedente o a cargo de la otra, y a los lucrativos, como aquellos en que uno de los contratantes se propone proporcionar al otro una ventaja sin equivalente alguno. De ello se infiere que no es posible incluir en el ámbito de estos últimos a la definición, pues no se está en presencia de una renuncia pura y simple a una legítima ya deferida, sino de una renuncia en “contemplación” o, lo que es lo mismo, en contraprestación a una donación o “ventaja” recibida por el hijo que otorga la definición. El acto de dar por finiquitada la legítima no es unilateral o espontáneo, sino que obedece precisamente a una donación o ventaja, de tal suerte que, el padre, futuro causante, no puede obligar al hijo a la recepción de la legítima anticipada, ni el hijo, legitimario en expectativa, tampoco puede exigirla de su padre. En definitiva, la onerosidad se manifiesta en la ventaja que obtiene el definido al recibir un bien del causante, a cambio de la ventaja que consigue éste con la renuncia por parte de aquél al derecho de legítima, en el bien entendido que la ventaja obtenida por el definido y la renuncia de éste a un derecho, constituyen actos jurídicos mutuamente condicionados e inseparables, como definidores de la onerosidad, lo que impide tomar en consideración la pretensión formulada por la parte recurrente en el acto de la vista, dirigida a que la escritura pública otorgada por los consortes ... y ..., en fecha 14 de febrero de 1963, debe ser calificada como de “verdadera donación”, pues, aún reconociendo que la redacción de tal instrumento puede inducir a cierta confusión, no deja lugar a dudas que la intención y voluntad de las partes era otorgar una escritura de definición al haberse establecido en el pacto quinto que “las precedentes donaciones deberán servir a los donatarios en pago de sus derechos legitimarios, por lo cual darán carta de pago por definición... y quieren por tanto tenerse apartados de dichas herencias”.

Una vez aceptada la calificación jurídica de la “definición”, como contrato oneroso, es obvio que esta institución deberá regirse por las reglas de los contratos y en particular por las contenidas en los arts. 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil, a cuyo tenor ha de entenderse perfeccionado el contrato definitorio desde que las partes prestaron su consentimiento en las recíprocas obligaciones pactadas en la escritura pública: por una parte una obligación de dar y, de la otra, una obligación de no pedir o renuncia a la legítima, sin que este perfeccionamiento pueda quedar desvirtuado, ante un evento

posterior, cual es el de que el definido premuera a su causante y desaparezca, por imperativo legal, su derecho legitimario, pues aunque las consecuencias fueran las mismas, no por ello dejarían de tener plena validez y eficacia las obligaciones contraídas por las partes en el contrato.

CUARTO.— La total inexistencia de doctrina jurisprudencial así como el escaso comentario exegético sobre el supuesto concreto que se dilucida, aconsejan a este Tribunal a cimentar la justa solución de la controversia, aplicando los principios que, a modo general, establece el artº 3º del Código Civil para la interpretación de las normas jurídicas, y, muy en particular, el artº 2º de la propia Compilación Balear al disponer que “para interpretar sus preceptos se considerará la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan”. De esta labor interpretativa puede llegarse, también, a la conclusión de que en el instituto de la “definición” no es aplicable “ope legis” la reversión que regula el artº 812 del Código Civil. Lo impide:

1º.— Una interpretación literal de la norma (artº 3º C.c.), ya que del contexto de la legislación aplicable al supuesto enjuiciado -Ley 5/1961 de 19 de abril- no se infiere ni vislumbra referencia alguna que posibilite la compatibilidad entre la definición y el derecho de retorno del artº 812, sin que ello quede subsanado, “lege ferenda”, por la reciente reforma operada por la Ley 8/1990 de 28 de junio, al expresar en la redacción del artº 43, en su párrafo último, que “lo dispuesto en los párrafos precedentes, se entiende sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 del Código Civil”, puesto que la referencia se hace concretamente a las personas que, a falta de hijos, tendrán la condición de legitimarios, sin que ello pueda hacerse extensivo a otros supuestos enmarcados en la Sección 4ª del Capítulo III de la nueva Compilación, ya que para ello el legislador hubiera insertado lo expresado en el último párrafo del aludido artº 43 al final de las disposiciones contenidas en la Sección 4ª, o en las especialmente referidas a la definición -arts. 50 y 51-.

2º.— Una interpretación inspirada en la tradición jurídica balear (artº 2º Compilación), totalmente ausente de precedentes en los que se reconozca, expresa o tácitamente, la aplicabilidad del derecho reversional, cuyo origen viene atribuido, en mayor grado, al derecho germánico y, asimismo, al Derecho Romano en el que se hallan proscritos los pactos sucesorios.

3º.— Porque el instituto de la definición constituye un derecho pleno y autóctono en la legislación civil balear, aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro. (Artº 13 del C.c. y 47 del Estatuto Balear), rigiendo únicamente los preceptos del Código Civil en lo no previsto en la Compilación y que no se opongan a ello. (Disposición Final 2ª Compilación).

4º.— Porque de admitirse la compatibilidad del artº 812 del C.c. con la “definición” traería como inmediata consecuencia la pérdida de entidad y alcance de esta institución foral, al producirse el contrasentido de que el hijo “definido” resultaría de peor condición que el hijo que recibe donación de su causante, sin previa renuncia a derecho alguno.

QUINTO.— Los anteriores razonamientos obligan a la desestimación íntegra del recurso, y, por ello, a imponer las costas causadas en el mismo a la parte recurrente, por imponerlo así el artº 1.715, último párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que respecto del depósito proceda pronunciamiento alguno por no haber sido necesario constituirlo, dada la disconformidad entre sí de ambas sentencias de instancia.

En su virtud,

### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don ..., Doña ..., Don ..., Don ..., Don ..., y Don ..., y Doña ..., contra la sentencia dictada el 29 de noviembre de 1991 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, la cual se confirma íntegramente. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de 28 de Mayo de 1.992 aborda un supuesto ciertamente interesante y controvertido. En pocas ocasiones se producen los votos particulares y en menos aún se declara la discordia por no haberse obtenido mayoría de votos, siendo precisa la celebración de nueva vista con cinco Magistrados. Todo ello acaeció en la Sección 4ª de la Audiencia Provincial al tenerse que dictar la sentencia correspondiente al recurso de apelación deducido contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Inca.

Por todo lo expuesto, se ha creído conveniente complementar la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia con la inserción de la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial con los consiguientes votos particulares de los Magistrados Señores Vidal Andreu y Aguiló Monjo.

## **SENTENCIA NUM. 48**

En Palma de Mallorca a veintinueve de Noviembre de mil novecientos noventa y uno.

VISTOS, por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, juicio de Menor Cuantía/con reconvencción, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Uno de Inca, bajo el número 145/89, Rollo de Sala 31/91, entre partes, de una como actora/apelada Don ..., Doña ..., Don ..., Don ..., Don ..., y Don ... y Doña ..., que han estado representados por el Procurador Don José Luis Nicolau Rullán y defendidos por el Letrado Sr. Fiol; y de otra como demandada/ apelante Doña ..., que ha estado representada por el Procurador Don Miguel Socías Rosselló y defendida por el Letrado Don Pedro Antonio Ventayol Monreal.

ES PONENTE la Iltma. Sra. Magistrada Doña Maria-Begoña Guardo Laso.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Por la Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia num. 1 de Inca, se dictó Sentencia en fecha 4 de Octubre de 1990, cuyo fallo dice: "Que desestimando la excepción de falta de legitimación activa, así como la demanda reconvenccional y estimando totalmente la demanda presentada por el Procurador Don Pedro Puigdel·livol Alou, en nombre y representación de Don ..., Doña ..., Don ... Don ..., Don ... y Don ..., y Doña ..., debo declarar y declaro ajustada a derecho, válida y eficaz la escritura pública de reversión legal de donación otorgada por los

actores, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración con cuantas consecuencias de la validez de dicho título se deriven, y a desalojar la casa a la que hace referencia dicha escritura, condenándola igualmente al pago de las costas procesales”.

SEGUNDO: Contra la anterior Sentencia se interpuso por la representación de la parte demandada, recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, y seguido el recurso por sus trámites, se celebró vista en 24 de Octubre del presente, no pudiendo celebrarse la misma según consta en el Rollo, y señalándose nuevamente para el día 30 de Octubre.

TERCERO: No habiéndose obtenido mayoría de votos en la deliberación y votación de la Sala, se declaró la discordia, celebrándose nueva vista el pasado día 15 de Noviembre actual.

CUARTO: El presente correspondió a esta Sección Cuarta en virtud de acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

QUINTO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, excepto la del plazo para dictar Sentencia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los de la Sentencia apelada que no contradigan a los siguientes.

PRIMERO: Resulta conveniente para la resolución del presente litigio, aunque en parte ya lo hace la sentencia combatida, recordar los principales datos o hitos fácticos que han quedado incuestionados o incombatisos y sobre los cuales habrá que proyectar después la consecuencia jurídica que el ordenamiento establece. Sistemáticamente tales elementos de hecho podrían resumirse en los siguientes: 1º) El día 4 de Febrero de 1963 los consortes ... y ... mediante escritura pública, tras relacionar los bienes de los que eran propietarios, hicieron donación de la nuda propiedad de los mismos a sus hijos ..., ..., ..., ..., ..., ..., y ..., especificando los concretos bienes que a cada uno de ellos donaban, correspondiendo a Don ... una casa situada en la calle Molino de la Villa de la Puebla, concretándose en el pacto quinto del referido instrumento que “las precedentes donaciones deberán servir a los donatarios en pago de sus derechos legitimarios en las herencias de los donantes, por lo cual dará carta de pago por “definición” de los aludidos derechos... y quieren por tanto tenerse apartados de dichas herencias”; 2º) El día 10 de Mayo de 1972 falleció Don ..., otorgante, como donante, de la repetida escritura; 3º) En fecha 25 de Abril de 1983 murió Don ..., quien se hallaba casado con la ahora demandada-apelante Doña ...,

sin que hubiere descendencia de dicho matrimonio; 4º) El 8 de Septiembre de 1983, es decir poco más de cuatro meses después de la muerte de Don ..., falleció también su madre Doña ..., persona precisamente que fue propietaria del bien donado a su hijo premuerto; 5º) El repetido Don ... el día 8 de Febrero de 1967 otorgó testamento abierto por el que instituía, a salvo de posibles derechos legitimarios, heredera universal propietaria a su esposa Doña ... ; 6º) Por Auto del Juzgado de Primera Instancia de Inca de fecha 24 de Octubre de 1986 se declaró herederos abintestato universales de Doña ... a sus hijos Don ..., Doña ..., Don ..., Don ..., Don ..., y Don ... y a su nieta Doña ..., hija de la fallecida Doña ..., los cuales debían heredar una octava parte cada uno de ellos; 7º) A 26 de Junio de 1985 los anteriormente nombrados, hijos y nieta de la Sra. ..., comparecieron ante el Notario de Inca otorgando escritura de aceptación de la reversión legalmente producida en favor de su madre y abuela por aplicación del art. 812 del Código Civil, como únicas personas con derecho a la sucesión de la misma; y 8º) Fracasada una anterior demanda de desahucio por precario contra Doña ..., se intenta ahora la presente acción declarativa y de condena contra la misma a fin de que se declare válida y eficaz la escritura pública de reversión legal de donación de 26 de Junio de 1985 y se condene a la accionada a desalojar la finca revertida.

SEGUNDO: Siendo rica la problemática jurídica que el presente supuesto plantea, conviene ir desbrozando temas para avanzar en la resolución del litigio.

El primero es el del alcance de la escritura pública de 4 de Febrero de 1963 que obviamente incorpora un supuesto de “definición” contemplado y regulado en el art. 50 de la Compilación de Baleares, objeto de reciente reforma y nueva redacción por Ley 8/1990 de 28 de Junio. Claramente la legislación aplicable es la anterior a tal reforma y, en consecuencia, habrá que atenerse a la antigua redacción del precepto, según el cual “por la definición”, los hijos e hijas emancipadas pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres, en contemplación a laguna donación o ventaja que éstos les hicieren en vida”.

Planteábase entonces la doctrina, y merece ser reproducida la cuestión por ser relevante para la resolución del problema, la temática de sí resulta admisible que la renuncia que necesariamente contiene la “definición” podría limitarse a la legítima o incluía necesariamente todos los demás derechos sucesorios. La dificultad nacía por el uso de la conjunción copulativa “y” en el texto legal del art. 50 de la Compilación (renuncia o finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres). La cuestión no es baladí por cuanto si se opta por la solución de entender que dicha renuncia comprende inexcusablemente todos los derechos sucesorios, parece evidente que al definido le está vedado promover el juicio de testamentaria o el de abintestato,

con lo cual el auto de declaración de herederos de los ahora actores, cuyo testimonio obra en autos, carecería de todo soporte o sostén jurídico.

Sin embargo, ya la doctrina que en torno al repetido art. 50 existía, en su anterior redacción ahora aplicable, se decantaba por admitir una “definición” amplia, comprensiva de todos los posibles derechos en la sucesión de los padres y otra limitada estrictamente a los derechos legitimarios, para lo cual se aducían razones como el espíritu de la institución (liberar de la herencia futura de los padres de la carga que impone la legítima, o derivadas -incluso- del principal de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del C.C.), dado su carácter contractual. La cuestión viene además aclarada por el actual texto del art. 50 reformado, el cual se trae a colación, no porque sea directamente aplicable, sino porque puede proyectar luz acerca del presente y anterior alcance de la “definición”, ya que la nueva redacción no hace sino desarrollar la anterior que, por escueta, presentaba dificultades de interpretación y aplicación. Y así se observa que el vigente artículo permite la denominada definición estricta y aún resalta que la definición sin fijación de su alcance se entienda limitada a la legítima.

De todo lo anterior se deduce que era y es posible la definición con renuncia escueta a los derechos legitimarios y éste es el alcance que hay que dar a la escritura de 4 de Febrero de 1986, por mucho que su redacción no sea afortunada al respecto al hablar de dar carta de pago de los derechos legitimarios y simultáneamente de tenerse apartados de las herencias, lo que indudablemente debe resolverse en favor del menor contenido de la renuncia por ser dicha institución de interpretación restrictiva y porque la supuesta renuncia a derechos hereditarios no puede sacarse del contexto y ampliarla mas allá de los legitimarios que expresamente se contemplan y mencionan.

TERCERO: Resuelto lo anterior se alcanza una primera conclusión, cual es que los actores, hijos y nieta de Doña ... podían promover la declaración de herederos abintestato, y que el auto que les reconoce tal carácter no es, por tanto, nulo de pleno derecho como en la demanda reconvenicional se pretende, lo que, a su vez, supone negar eficacia a la excepción de falta de legitimación activa planteada también por la demandada, pues fijada la condición de herederos de los actores y reclamada la finca de autos como formando parte (o mejor el todo del caudal hereditario frente a la que se dice su actual poseedora, es claro que la litis se ha trabado entre parte legítimas con independencia de si efectivamente el derecho en sí existe, lo que lejos de ser un requisito procesal impeditivo, conforma lo que comúnmente se denomina “cuestión de fondo”.

CUARTO: Expuesto cuando antecede, se pasa a la cuestión básica origen de la contienda, cifrada en el derecho que cree la apelante-demandada le



asiste como heredera universal en los bienes de su marido a salvo de posibles derechos legitimarios, e inexistencia de reversión de la finca en cuestión a la madre de los demandantes y de ésta a sus descendientes. Es conveniente poner de relieve la dificultad existente en la contemplación de los supuestos e interpretación de los preceptos legales que en definitiva vienen a fundamentar los derechos o expectativas de las partes, así arts. 50 de la Compilación Balear y art. 812 del Código Civil, y más aún en su posible interrelación y aplicación conjunta o exclusiva respectivamente, todo ello unido a la inexistente doctrina jurisprudencial, excepción hecha del conocido Auto de la Audiencia de Palma de Mallorca de 11 de Junio de 1940, referente a la definición; y a la escasa doctrina científica que se ha ocupado sobre el tema, la cual por otra parte reconduce en último extremo el argumento de la compatibilidad de ambos preceptos a principios generales de lógica y justicia. También es útil destacar que son varios intereses jurídicos controvertidos y que entran en aparente colisión son: a) los del cónyuge viudo, por su porción legitimaria y testamentaria; b) los de la madre fallecida y sus descendientes tanto en vía legitimaria como en base a la pretendida reversión; c) Los del esposo de la apelante, fallecido ya, que otorgó definición de los legítimos de sus padres; y d) De los demandantes-apelados como herederos abintestato de su madre ya fallecida. Pero en definitiva el c) y b) vienen a redundar en beneficio de la parte apelante, o de los apelados respectivamente.

QUINTO: No se comparte el criterio de la aplicabilidad del art. 812 al supuesto contemplado básicamente por los siguientes razonamientos: **Primero**, aquél precepto contempla un sistema excepcional sucesorio de carácter real, frente al sistema eminentemente personalista del Derecho Común, por tal carácter singular, no es factible aplicarle fuera de los supuestos expresamente previstos en el mismo. Lo cual lleva a analizar los distintos elementos que lo integran que son personales: 1.- hijo o nieto fallecido sin descendencia; 2.- padres y ascendientes respecto de su descendiente; y reales: bienes donados de estos a aquellos. Evidentemente de la literalidad del precepto que sólo en los supuestos de bienes donados puede plantearse la reversión apuntada. Están excluidos cualesquiera otros actos, contratos o negocios jurídicos intervivos o mortis causa por los cuales el descendiente puede adquirir bienes de sus ascendientes; entre ellos los bienes adquiridos por legítima, y también se excluye la sucesión contractual no admitida en el Derecho común. Es también de destacar en este momento que cierto sector doctrinal mantiene que la reversión no prevalece frente a los derechos del cónyuge viudo, criterio que se acepta íntegramente porque no es el supuesto expresamente previsto. **Segundo**, la “definición” del Derecho Balear ha sido objeto de distintos estudios y conceptualización doctrinal, de lo cual se extrae su naturaleza de negocio jurídico complejo, integrado por un acto de liberalidad de los padres a favor de sus hijos y por una

manifestación de voluntad de éstos de renunciar a lo que por legítima le correspondiese o a sus derechos hereditarios; actos, estos dos condicionados entre sí y sin que pueda prescindirse de ninguno de ellos en esa institución so pena de desvirtuarla, por ello no puede equiparse la “liberalidad” que encierra, a la donación de que habla el art. 812 del Código Civil, porque en definitiva no es una atribución gratuita, sino mediatizada por la renuncia a derechos legitimarios que se hace a cambio, -dándose la particular circunstancia que la renuncia no sólo alcanza los derechos legitimarios de la madre sino también del padre con lo cual la renuncia efectuada por el cónyuge de la apelante es mucho más onerosa. **Tercero**, la conceptualización de la definición como sucesión contractual hace presumir su carácter irrevocable en forma unilateral, lo cual es incompatible con la voluntad tácita resolutoria, que entiende la doctrina encierra las donaciones sujetas a reversión. **Cuarto**. No parece justo que se de distinto tratamiento al hijo que se define, que al que recibe su legítima o derechos hereditarios a la muerte de su causante, de forma que los mismos bienes en el primer supuesto estarían sujetos a reversión, mientras que no en el segundo, con lo cual sería una circunstancia negativa que podría frenar la utilización de la definición. **Quinto**, ambos preceptos recogen sistemas sucesorios especiales o particulares, que hacen que el uno al otro sea un cuerpo extraño, sin tradición, que plantearía problemas de conjunción y que podría llevar a situaciones tan peregrinas como que se privase de la finca del marido a su esposa, para dársela a la esposa del hermano, que hubiese fallecido posteriormente. **Sexto**, los derechos de la esposa y herederos legitimarios son claros y evidentes sin ningún género de duda tanto los hereditarios como los legitimarios, por cierto estos últimos de carácter intangible, mientras que los de los apelados-actores descansan en la tesis interpretativa que se adopte, y por tanto muy discutibles.

**SEXTO:** La sucesión contractual -pacto sucesorio por el que causante y heredero convienen en acto inter-vivos la sucesión de aquél-, es cosa prohibida en el Derecho Civil común (1271 C.C.) y por tanto no puede darse el supuesto actualizado en su ámbito estrictamente y estatutario personal. Consecuentemente el art. 812 no prevé ni comprende aquellas sucesiones distintas de la sucesión testamentaria o legítima, peculiar de derecho foral y relativa a la troncalidad, tampoco la recoge “strictu sensu” al permitir la subrogación real.

Considerar el caso de autos, supone estudiar en su complejidad, la sucesión, las legítimas y los efectos de los contratos, pues por la definición contemplada, el hijo mediante la donación del inmueble renuncia a la legítima que por herencia de la madre le correspondería. Conviene aclarar que al referir donación, abarcaría, su concepto, cualquier ventaja por el

que el hijo se da por reintegrado de su legítima, luego no puede confundirse donación y definición.

La sucesión legitimaria de la madre se anticipa, cuando el hijo recibe la legítima en vida y se obliga a nada más reclamar. Si la sucesión pactada constituye una transmisión simultánea habrá que considerar, que tal transmisión inter-vivos, estará sujeta mas a la normativa de los negocios jurídicos o contratos que a la sucesoria.

La transmisión de iure y de facto supone que su contenido se rija por todo aquello que deriva del propio negocio y se excluyan aquellos que entran en juego posteriormente y a consecuencia de la sucesión. La conclusión a que se llega es, repetimos, que el derecho de reversión y sucesión contractual son instituciones dispares y que difícilmente pueden compatibilizarse.

La legítima que recibió el hijo por definición, se congraciaba con la de la madre y a la vez del padre toda vez que el hijo premuerto y demás hermanos, se definieron respecto del padre y la madre. El hijo que sobrevivió a su padre y premurió a la madre por la legítima satisfecha en la definición renunció dualmente y a la vez, adquirió un derecho transmisible. Si se aceptara que por sobrevivencia de la madre no puede decirse que se haya extinguido el derecho de reversión, sí había que notar que con la reversión del inmueble quedaría sin sentido tanto la definición respecto del padre como los derechos sucesorios y legítimos del hijo. Razón ésta para considerar la definición como un acto intervivos ajeno a los condicionamientos de vida entre causante y herederos, tal como lo entendieron padres, hijos y hermanos, donde todos respecto de los bienes recibidos del padre y de la madre, se definieron “definitivamente” en cuanto unos y otros renunciando, implícitamente convenían nada recibir más respecto de los bienes, adjudicados y donados.

Convergen en la sucesión además los derechos de la madre y los de la viuda, aquélla como “heredera” legitimaria y ésta heredera universal. La esposa que en vida del marido tenía un derecho expectante a suceder y luego al fallecer su esposo un derecho definitivo lo verá reducido no sólo por la legítima del ascendiente sino también por el derecho de reversión. Si la reversión constituye un patrimonio separado por sucesión legal y automática, y admitida su constitucionalidad en el derecho mallorquín; concurriendo en el caso la condición de reservista y de legitimaria, el supuesto conlleva que la legítima del cónyuge viudo queda limitada a bienes distintos de los reservados, lo que supone la legítima de la viuda, por naturaleza intangible, sobre todos los bienes dejados por el causante. La inseguridad que ofrece la aplicación del derecho de reversión y el ataque a las legítimas, sería otra razón demás para inaplicarlo, máxime cuando el ascendiente tiene derecho a la legítima no colacionando a tales efectos los bienes revertidos.

En conclusión, si por definición debe entenderse cualquier pacto de presente para excluir un futuro incierto, pacto que requiere seguridad para el tráfico jurídico, y por tanto la vincularidad propia de la irrevocabilidad fuera de condición prevista, no puede decirse que al venir conformado en la realidad jurídica por una donación de inmueble, tenga que someterse a las reglas expresas de la donación, y luego a la reversión. Hay que tener bien presente que la legítima confiere carácter oneroso a la donación que alcanza el inmueble; de donde se desprende que la definición excluye la reversión por carencia de título lucrativo en la transmisión, carácter que teleológicamente contempla el art. 812.

SEPTIMO: Con arreglo a lo dispuesto en el art. 513 de la L.E.C., en atención a las particulares circunstancias de la cuestión debatida, su complejidad y disparidad de criterios y opiniones, se considera fundamentada la no imposición de costas de primera instancia.

Y según prescribe el art. 710 de la L.E.C., no procede la imposición de costas a ninguna de las partes en esta segunda instancia.

### **FALLAMOS**

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Socías en nombre y representación de Doña ..., contra la Sentencia de fecha 4 de Octubre de 1991, dictada por la Il.tra. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Inca, que se revoca parcialmente, –manteniendo la desestimación de la falta de legitimación activa–, en el sentido de dejarla en lo demás sin efecto, y desestimando íntegramente la demanda, y por contrario con estimación parcial de la reconvención **DECLARAMOS:**

A.– Que la demandante reconviniente es heredera universal de los bienes pertenecientes a su esposo fallecido Don ..., salvo la legítima que de estos bienes pudiera corresponder a los herederos forzosos del mismo.

B.– Declaro nula de pleno derecho la escritura pública de reversión legal de donación otorgada por los actores en la ciudad de Inca, el día 26 de Junio de 1985 y que autorizó así el número 686 de su protocolo el Notario Don Luis Pareja Cerdó, con cuantas consecuencias de la nulidad de dicho título se deriven.

C.– No ha lugar a lo solicitado en el correlativo del suplico de la reconvención.

**Y CONDENAMOS** a los actores reconvenidos a estar y pasar por tales declaración.

Sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente Juzgado, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS ILTOS.**

**SRS. DON GUILLERMO VIDAL ANDREU,**

**PRESIDENTE DEL TRIBUNAL Y**

**DON MIGUEL ANGEL AGUILO MONJO.**

## **SENTENCIA**

### **ENCABEZAMIENTO Y ANTECEDENTES DE HECHO**

UNICO: Se da por reproducidos el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la resolución de la Sala discutida, considerando estéril insistir en ellos, aunque la “quaestio facti” resulta imprescindible para la comprensión de lo decidido.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO: Entienden los firmantes del voto particular que efectivamente como señala la resolución mayoritaria, la cuestión sometida a enjuiciamiento es compleja, por afectar a diversas instituciones jurídicas compatibles o no entre sí, y poder ser polémica dada la escasez de precedentes doctrinales y jurisprudenciales acerca del tema debatido y es por ello, precisamente, que atendiendo en exclusiva a la resolución de la presente controversia, exponen su parecer disconforme.

La variedad de los problemas que se plantean es rica, especialmente si se pretende que la resolución que se adopte trascienda del caso concreto e incluso de la variedad de hipótesis fácticas imaginables sobre el mismo. Sin embargo, el debate jurídico, a juicio de los discrepantes está y debe verse en la resolución de los siguientes puntos de derecho: 1º) Naturaleza jurídica de la “definición”, institución de derecho balear contemplada en el art. 50 de la Compilación antes y después de su reforma, cuestión ya tenida en cuenta en la Sentencia disidente; 2º) Naturaleza y finalidad del derecho de reversión regulado en el art. 812 del Código Civil; 3º) Compatibilidad entre ambas instituciones; y 4º) Posible afectación de la solución que se adopte al principio de intangibilidad de las legítimas, en especial del descendiente definido y de

su cónyuge, una vez fallecido aquél.

Al estudio de cada uno de estos extremos se entra en los argumentos que siguen.

SEGUNDO: Respecto de la naturaleza de la “definición” no se discute que se trate de un negocio jurídico complejo y atípico o, más particularmente, de un pacto sucesorio o pacto de “non sucedendo” en tanto en cuanto implica la renuncia de los “definidos” en los derechos sucesorios o en los derechos legitimarios de sus progenitores, aunque sea en contemplación de alguna donación o ventaja que éstos les hicieren en vida (así rezaba el antiguo art. 50 de la Compilación, aplicable al caso). Ninguna dificultad ofrece conceder que se trata de actos jurídicos mutuamente condicionados, de manera que la renuncia trae causa de un acto anterior o simultáneo de liberalidad y, a su vez, este último puede estar mediatizado por la repetida renuncia. De ahí que pueda repetirse, como ya señalaba el Auto de la Audiencia de Palma de Mallorca de 11 de Junio de 1940, mencionado en la sentencia mayoritaria, que la “definición” es la donación “inter vivos” que se efectúa en favor de los hijos e hijas (actualmente ampliado) como anticipo de legítima liquidación y finiquito de ella y de los derechos hereditarios que, en su día, pudieran corresponderles en la herencia del donante.

Sin embargo, a los efectos que ahora interesan, lo decisivo posiblemente consiste en averiguar si la “definición” tiene una naturaleza onerosa o gratuita, pues en buena medida de ello depende la aplicabilidad del art. 812 del Código Civil, que otorga el derecho de reversión sólo a los ascendientes donantes.

En principio resulta incuestionable que mediante la “definición” el ascendiente se empobrece en su patrimonio y produce un correlativo enriquecimiento en el descendiente definido, sin que exista otra causa que los justifique que la mera liberalidad, ya que ni legal ni convencionalmente “ab initio” resulta obligado a ello. Podrá decirse que la liberalidad no existe ya que, en definitiva, no se hace más que donar en vida lo que por derecho necesario corresponde inexcusable y legalmente al legitimario. Mas dicha construcción olvida que los derechos a la legítima en vida del causante son meras expectativas, sólo computables al fallecimiento del mismo sin perjuicio de la inoficiosidad y de la colación que ahora no son objeto de debate jurídico. De este modo resulta concluyente que quien en vida del causante recibe bienes en pago de legítima resulta doblemente beneficiado, en primer lugar por la anticipación de su entrega y, en segundo término, porque eventualmente su legítima pudiera resultar menor que los bienes en que es “definido”.

No en vano los foralistas que han estudiado la definición destacan su carácter aleatorio, de manera que el empobrecimiento del futuro causante resultaría beneficioso para el hijo y, en cambio, sería para éste perjudicial un

enriquecimiento de aquél. Con ello no quiere sino advertirse que si por azares de la vida o de la fortuna los bienes del donante-ascendiente se hubieran enteramente perdido sin previa definición, la legítima de sus hijos se vería reducida a la nada. Con lo anterior no se hace sino descollar el carácter gratuito, aunque por vía contractual, que la “definición” encierra, que -no se olvide produce efectos “inter vivos”.

Seguramente en base a parecidos o similares razonamientos cierta parte de la doctrina taxativa y categóricamente afirma que la lucratividad en la definición “es tan notoria que no parece patrocinable el criterio de la onerosidad”, o que -en todo caso- la renuncia que implica “no es contraprestación en favor del donante, sino, en todo caso, prestación en favor o en perjuicio de los demás legitimarios... y aún posiblemente ni esto”.

Cierto que el pacto de “non sucedendo” del art. 50 de la Compilación puede ser calificado de negocio jurídico bilateral y de irrevocable, mas también es cierto que como la donación misma, de la que participa de ambos caracteres, la definición es un acto gratuito y de mera liberalidad entre donante y definido.

TERCERO: Avanzando en la resolución de la cuestión examinada conviene entrar ahora en el análisis del art. 812 del Código Civil. Dos posturas doctrinales se han mantenido al respecto. La primera sostiene que el supuesto que contempla está basado en una condición resolutoria tácita, de manera que los ascendientes que donan bienes a sus hijos o descendientes lo hacen “sub conditione” de que los donatarios les sobrevivan con posteridad, ya que si les premueren sin descendencia, es decir “conditio existens”, la donación deviene ineficaz y los bienes donados revierten en el patrimonio del donante “ipso iure” y por el mero hecho del incumplimiento de la condición. Una segunda construcción defiende que la reversión legal del art. 812, lejos de contemplar una donación sometida a condición resolutoria, encierra un verdadero derecho sucesorio, de manera que comparándolo con el artículo inmediatamente anterior (el art. 811) se señala que así como este último supone una limitación de la legítima de los ascendientes, aquél entraña su ampliación; o bien, lo que es doctrina mayoritaria incluso resaltada en la sentencia disentida, que la reversión es una sucesión especial, legal, excepcional o anómala, tesis apoyada en el vocablo “suceden” que utiliza la disposición comentada y en su ubicación sistemática en el Código Civil.

Cualquiera que sea, no obstante, la doctrina que se acepte, es obvio que la muerte del donatario con antelación al donante y sin posteridad conduce a la reversión automática del bien donado en el patrimonio del donante, sin necesidad de que éste ejercite un derecho ya adquirido y consolidado. Que ello

es así lo atestigua la doctrina científica y la Jurisprudencia (Sentencia del T.S. de 12 de Noviembre de 1990).

Así se comprende que los derechos de los herederos, voluntarios o forzosos, del donante fallecido con posterioridad al donatario premuerto se adquieran por derecho propio, y no por derecho de representación o transmisión, ya que son sucesores de un bien (el donado) reingresado en el patrimonio del donante, en vida del mismo, y perfectamente transmisible a su muerte, como postulan los ahora actores, declarados herederos “ab intestato” de su madre.

Todavía podría ser problemática si la reversión que establece el art. 812 del Código Civil es aplicable a toda donación, bien sea simple, remuneratoria u onerosa, decantándose la doctrina por entender que en las donaciones puras y remuneratorias (que se equiparan) la aplicabilidad íntegra es incuestionable y señalando algunos destacados autores que en las remuneratorias la reversión opera únicamente en el valor que excede el bien donado sobre la carga impuesta. El tema es enjundioso, aunque faltaría por determinar cual es exactamente el “onus” o la carga que asume en la “definición” el “definido”. Si es la renuncia a los derechos legitimarios en la herencia del donante, ya se ha visto que la carga es nula, mas en el supuesto presente la repetida renuncia lo es a los derechos legitimarios de ambos progenitores, padre y madre, y no únicamente de los de la madre-donante, de modo que podría pretenderse que el hijo premuerto renunció a los derechos legitimarios en la herencia de su padre en contemplación a una donación “inter vivos” hecha por su madre y en ello consistiría la supuesta carga que se le atribuye. Asumir tal argumentación implicaría subvertir el espíritu de la “definición” y olvidar la renuncia que tal institución implica, verificada en el caso en ambas herencias. Si la legítima es intangible en derecho común, no lo es en derecho foral balear en que se permiten pactos sucesorios aleatorios por los cuales los legitimarios pueden recibir contractualmente menos que su porción legitimaria en la sucesión de sus padres. Tampoco el argumento que, en todo caso no es coincidente con la decisión mayoritaria ni con las alegaciones de las partes, sirve para desestimar íntegra o parcialmente la demanda instauradora de la presente “litis”.

CUARTO: De lo anteriormente razonado pueden desprenderse ya elocuentes conclusiones sobre la pretendida incompatibilidad entre el art. 50 de la Compilación y el art. 812 del Código Civil. Conviene recordar de inmediato que la Disposición adicional Segunda de la Compilación, en su texto aplicable al caso, refería que “en lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general”. Es evidente que la reversión del art. 812 no está prevista en el derecho especial foral y que, por ende, debería ser aplicable directamente. Mas quienes se oponen a tal conclusión,



argüen que la repetida disposición es un cuerpo extraño y contradictorio con el sistema sucesorio balear y que no se compadece con la posibilidad de una sucesión contractual, prevista en la legislación especial y prohibida en derecho común. Tampoco opinan los disidentes que sea éste argumento decisivo. El art. 812 del Código Civil, incorporado “in extremis” a dicho Cuerpo Legal es de difícil ensamblaje no sólo en la Compilación de Baleares, sino también en el Código Civil y, por tanto, la posible falta de coherencia es predicable de ambos sistemas legislativos. No es asumible, en consecuencia, que siendo “cuerpo extraño” en ambas legislaciones se asuma su aplicabilidad en una y su exclusión en la otra. Por otra parte el cuerpo de todo el presente voto discrepante se ha esforzado en razonar que la definición, como acto de liberalidad del donante-ascendiente, por mucho que se la defina como sucesión contractual o pacto sucesorio tiene esencialmente o fundamentalmente naturaleza gratuita y por ello no debe hurtarse a la previsibilidad general del art. 812 que no se olvide, parte de un presupuesto que difícilmente ocurre en la vida cotidiana, cual es el de la supervivencia de los ascendientes respecto de sus descendientes, muertos sin posteridad y que haya mediado –además– donación entre ellos. De ahí la especialidad de la norma, su escape hacia soluciones troncales o semi-troncales y la finalidad que con la misma se pretende conseguir que no puede decirse colisiona con la coherencia del sistema sucesorio balear. Así lo han resaltado los más eminentes comentaristas de la Compilación, sin que ello suponga reducir la temática a simple “argumento de autoridad” pero sí realzar lo que es “comunis opinio” sobre la cuestión.

QUINTO: Por último comentar que los derechos legitimarios del donatario premuerto no pueden estimarse conculcados por cuanto usó, disfrutó y pudo disponer en vida del bien donado, razón por la cual renunció a su porción legitimaria, consistiendo la única circunstancia que le impidió transmitirlos “mortis causa” precisamente la premoriencia de donante sin descendencia, lo que, no hace falta recordarlo, es supuesto de aplicación de la reversión legal y no impedimento de tal imposibilidad. También hay que resaltar que el referido art. 812 concede un derecho sucesorio a los ascendientes “con exclusión de otras personas” y, por tanto, del cónyuge viudo ya que, conceptualizada la reversión como una sucesión especial y anómala se comprende que los bienes donados y revertidos forman una masa distinta de la general del caudal relicto del descendiente que sigue sus propias reglas excepcionales, no siendo, en consecuencia, tales bienes computables para el cálculo de las legítimas, con lo cual aún siendo la demandada apelante heredera universal de su marido, vía testamentaria, se alcanzará la conclusión de que ningún derecho legitimario tiene sobre el bien revertido.

SEXTO: En resumen, de todos los argumentos que preceden se extrae

que la “definición” entre ascendiente y definido tiene naturaleza lucrativa, que el supuesto se engloba en los presupuestos del art. 812, que esta disposición no es contraria ni incompatible con la Compilación Balear y por tanto aplicable directamente como derecho supletorio y que la solución no implica desconocimiento de derechos legitimarios ya explícitamente renunciados o inexistentes.

En virtud de todo lo cual los Magistrados firmantes del voto particular opinan que debería haberse desestimado el recurso, confirmar –aunque ampliando los argumentos de la instancia– la sentencia recurrida, sin expresa imposición de las costas de esta alzada dada la complejidad del supuesto enjuiciado y consecuentemente haberse dictado el siguiente:

### **FALLO**

**DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Socías Rosselló, en nombre y representación de la demanda-apelante Doña ... y, en su consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la resolución recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 145 de 1.989, de la que el presente rollo dimana. Sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente Juzgado, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

# COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES DE 28 DE MAYO DE 1992.

Por Jaime Ferrer Pons

Cuestión litigiosa: Validez de Escritura pública de reversión legal.-

Antecedentes: 1º.- En 4 de febrero de 1.963, los conyuges Don ... y Doña ... otorgan escritura de donación a favor de sus hijos: ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., y ..., declarandose los donatarios “definidos en las herencias de los donantes”, ya que a tenor de la mencionada escritura “las precedentes donaciones deberán servir a los donatarios en pago de sus derechos legítimos en las herencias de los donantes, por lo cual dan carta de pago por “definición”... y quieren, por tanto, tenerse apartados de dichas herencias”.

2º.- El 10 de mayo de 1.972 fallece el donante, Don ...

3º.- El 25 de abril de 1.983 fallece el donatario e hijo del anterior, Don ..., el cual habia recibido, en donación, la nuda propiedad de una casa, propiedad de la donante, Doña ...

Dicho Don ... falleció en estado de casado con Doña ..., de cuyo matrimonio no habia nacido descendencia, y con testamento en el cual instituyó heredera a su citada esposa, a salvo las legítimas.

4º.- El 8 de Septiembre de 1.983 fallece la donante, Doña ..., propietaria que habia sido de la casa.

5º.- En auto de declaración judicial de herederos de Doña ..., se declararon como tales a sus hijos (sobrevivientes) Don ..., Doña ..., Don ..., Don ..., Don ..., y Don ..., y a la nieta de la causante, Doña ..., (hija de la premuerta, Doña ..., y por ende, nieta de la causante).

6º.- Los anteriores (y en calidad de herederos abintestado de la donante y causante, Doña ...), en fecha 26 de junio de 1.985 otorgaron escritura de aceptación de reversión legalmente producida a favor de su madre y abuela, por aplicación del artículo 812 del C. Civil.

**Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.** Por los hijos y nieta

de los donantes se interpuso demanda contra la viuda del fallecido hijo/donatario Don ... para que se declarara válida la escritura de reversión. La demandada, Doña ..., contestó a la demanda anterior, oponiéndose a la misma y solicitando fuera desestimada; asimismo formuló demanda reconvenzional, solicitando se declarara:

a.– Que Doña ... es heredera universal de Don ..., a salvo la legítima; tal legítima, al carecer de descendientes, se concretaba en la correspondiente a la madre del causante y donante, en su día, Doña ...

b.– La declaración de nulidad de la escritura de reversión legal, indicada bajo el apartado 6º de los supuestos fácticos.

c.– La declaración de nulidad del auto de declaración judicial de herederos abintestato, indicado bajo el Apartado 5º de los supuestos de hecho.

La sentencia declaró la validez de la Escritura de reversión legal.

**Sentencia en recurso de apelación.** Interpuesto recurso de Apelación por Doña ... contra la anterior sentencia, se celebró la vista de la apelación en la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y no habiéndose alcanzado mayoría de votos en la decisión del citado recurso, se declaró la discordia, siendo posturas discordantes:

A.– Procedencia de la reversión.

B.– Improcedencia de la reversión por irrevocabilidad contractual.

C.– Improcedencia de la reversión, perjudicando derechos legitimarios del cónyuge viudo.

Celebrada nueva vista el 15 de noviembre, se dictó Sentencia con el Voto particular de dos Magistrados.

Procede distinguir “Sentencia” y “Voto Particular”.

**Sentencia.**– Declara:

1.– Que Doña ... es heredera universal de los bienes de su fallecido esposo (donatario según el número 1º de los Antecedentes), Don ...

2.– Nulidad de la Escritura de reversión legal, indicada bajo el Apartado 6º de los mismos antecedentes.

**Voto Particular.**– Confirmación de la Sentencia recurrida y, por tanto, de la Escritura de reversión legal.

Los temas analizados en la sentencia fueron los siguientes:

a.– Alcance de la Escritura de donación con “definición” de fecha 4 de febrero de 1.963. Estudia la sentencia la posibilidad legal de dos clases de

“definición”, o con mayor precisión del alcance de la renuncia que la “definición” comporta: Si podía tal renuncia limitarse a la legítima o incluía necesariamente todos los demás derechos sucesorios. Arguía la sentencia que el artículo 50 (antes de la reforma) lo interpretaba la doctrina en el sentido de admitir una “definición” amplia (comprensiva de todos los posibles derechos en la herencia de los padres) y otra limitada estrictamente a los derechos legitimarios: añadía que la cuestión viene resuelta por el Artº 50 (en su actual redacción), admitiendo las dos clases o tipos de definición y que ello era también posible en el estado legal anterior, durante cuya aplicación se otorgó la Escritura de donación con “definición”; y finalizaba estimando que, a pesar de la redacción poco afortunada en la escritura de donación, éste era el alcance (renuncia limitada a la legítima) que se había dado a tal renuncia, ya que la cuestión debe resolverse en favor del menor contenido de la renuncia.

b.– Validez/invalidéz del auto de declaración judicial de herederos abintestato, indicado bajo el Apartado 5º de los Antecedentes. Se decantaba por su validez, lo que suponía negar eficacia a la excepción de falta de legitimación activa.

c.– Como cuestión básica: Validez/invalidéz de la Escritura de reversión de la donación. Para el estudio de dicho extremo, considera la sentencia fundamental un estudio de los artículos 50 de la Compilación y 812 del C. Civil. Teniendo en cuenta la inexistencia de doctrina jurisprudencial, y la escasa aportación de la doctrina científica, reconduce el argumento de la compatibilidad de ambos preceptos a principios generales de lógica y justicia. La sentencia comparte el criterio de inaplicabilidad del artículo 812 del Código Civil (anticipando el fallo: invalidéz de la Escritura de reversión legal) en base a la siguiente línea argumental:

La reversión sólo es posible respecto de bienes donados. En otras palabras: a los bienes adquiridos en “acto de liberalidad”. Por todo ello, la sentencia entra en el estudio del carácter de la “definición”, planteando si dentro de su carácter de negocio complejo, la donación con “definición” debe entenderse como acto de liberalidad (en cuyo supuesto sería posible la reversión), o, por el contrario, teniendo en cuenta la renuncia del donatario, la transmisión no puede estimarse como una atribución gratuita (lo que imposibilitaría la reversión). En resumen: Si la “definición” hace tránsito a un acto de liberalidad (gratuito) o tiene mas bién un carácter oneroso.

Otros extremos estudiados por la Sentencia estimo son de menor incidencia en el estudio del supuesto, ya que, conforme queda indicado, la cuestión básica es la lucratividad o la onerosidad de la transmisión base de la “definición”. Ya se ha indicado que la sentencia se inclina por la onerosidad.

Estos otros aspectos relacionados con la “definición” y la compatibilidad/incompatibilidad con la reversión legal son los siguientes:

- la definición es una sucesión contractual, lo que hace presumir su carácter de irrevocable.

- no parece justo dar tratamiento distinto al hijo que se define y al que recibe su legítima o derechos hereditarios al fallecimiento del causante.

El fallo, conforme se indica, se inclina por la inaplicabilidad del artículo 812 del C. Civil, declarando, por ende, la nulidad de la Escritura de reversión.

Los extremos estudiados en el **Voto particular** formulado por dos Magistrados son los siguientes:

1.– Naturaleza de la “definición”.

2.– Naturaleza y finalidad de la reversión.

3.– Compatibilidad entre ambas instituciones.

4.– Efectos de la solución que se adopte en el principio de intangibilidad de las legítimas.

Me parece interesante el estudio de estas cuatro cuestiones que en el citado Voto particular se realiza:

1.– Naturaleza de la “definición”. Se la considera como un negocio jurídico complejo y, más particularmente, un pacto sucesorio de “non sucedendo”. Pero, a los efectos del litigio, estima que lo decisivo es averiguar si la “definición” tiene una naturaleza onerosa o gratuita, ya que de ello depende, en buena medida, la aplicabilidad del artículo 812 del C. Civil. Se decanta por el carácter gratuito, ya que la causa no es otra que la mera liberalidad del ascendiente/donante estimando que los derechos legitimarios del descendiente/donatario son meras expectativas y que si por azares de la vida los bienes del ascendiente se hubieran enteramente perdido sin previa definición, la legítima de los hijos se vería reducida a la nada. En apoyo de esta tesis, recoge la opinión de parte de la doctrina favorable a la lucratividad de la definición.

Esta tesis es más que discutible, ya que también hay parte de la doctrina que se inclina resueltamente por la onerosidad.

2º.– Análisis del artículo 812 del C. Civil. Sin profundizar en el estudio de la posible interpretación del fundamento del artículo, considera obvio que al fallecimiento del donatario con antelación al donante y sin posterioridad, se produce la reversión automática del bien donado al patrimonio del donante. Al inclinarse por la lucratividad, estima que la renuncia a los derechos legitimarios en ambas herencias (la paterna y la materna) y no

únicamente a los derechos legitimarios en la herencia de la madre/donante, tampoco puede estimarse una supuesta carga.

3.– Con relación a la compatibilidad del artículo 50 con el 812 (de la Compilación y del C. civil, respectivamente), considera que la naturaleza lucrativa de la definición determina la aplicabilidad de la reversión del artículo 812, y así lo han entendido los más eminentes comentaristas de la Compilación.

Parece evidente la aplicabilidad, en Derecho Balear, del derecho de reversión. Así se ha entendido antes de la reforma y así lo recoge la Compilación después de la reforma. Pero la aplicación en el supuesto presente depende del carácter (oneroso o lucrativo que se atribuya a la definición).

4º.– Finalmente y respecto a posible lesión que la aplicación del artículo 812 del C. civil pudiera causar en derechos legitimarios y más concretamente en los del cónyuge viudo del donatario, considera que dichos bienes sujetos a reversión forman una masa diferenciada del caudal relicto de dicho donatario y, por ello, que su viuda ningún derecho legitimario ostenta con relación al bien, objeto de reversión.

Como consecuencia de esta línea argumental, el Voto particular determina el fallo de confirmar la sentencia recurrida y, por ello, considerar válida la Escritura de reversión.

## **RECURSO DE CASACIÓN**

### **1.– Motivos.**

A.– Error en la apreciación de la prueba. Considera irrelevante que el testador, Don ..., instituyera heredera a su esposa, ya que al fallecer el testador el bien revirtió automáticamente a su madre, la donante, de modo que nunca habría formado parte del caudal hereditario del citado, Don ... No se admite el motivo indicado, por cuanto los recurrentes traen a la vía procesal para corregir la errónea fijación del sustrato material de la controversia, la discusión acerca de las consecuencias jurídicas que de dicho sustrato deben extraerse.

B.– Infracción por no aplicación de la Disp. Final Segunda de la Compilación del Derecho Civil de Baleares.

C.– Aplicación incorrecta e indebida del artículo 50 de la Compilación.

D.– Infracción por no aplicación del artículo 812 del C. Civil.

2.– Planteamiento. Según la sentencia los motivos B, C y D giran en torno a una sola y única cuestión; si el derecho que el artículo 812 del C. Civil concede a los ascendientes de suceder con exclusión de otras personas,

en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad es aplicable o, por el contrario, incompatible con la figura de la “definición” a la que se refiere el artículo 50 de la Compilación balear.

En base a este planteamiento, la Sentencia examina conjuntamente la procedencia de estos tres motivos. El examen se realiza desglosando las siguientes :

Cuestiones.

Primera.— Si al fallecimiento de Don ... (25 de abril de 1.983) regía en Mallorca el derecho de reversión legal del artículo 812 del C. Civil. En la citada fecha no se había promulgado la Ley de reforma de la Compilación y regía la aprobada en 1.961. La sentencia se inclina por la opinión afirmativa:

-Por la opinión doctrinal y aplicación supletoria del C. civil.

- Porque el fenómeno de la reversión no era desconocido en el Derecho Romano.

- Porque la aplicación del derecho de reversión no lleva a consecuencias contradictorias con los principios con arreglo a las cuales se organiza la sucesión “mortis causa” en el Derecho civil de Mallorca.

- Porque da satisfacción al deseo comúnmente sentido en Baleares por los ascendientes donantes de que los bienes donados no se aparten de la línea descendente que encabeza el donatario.

Finaliza la sentencia esta argumentación en el sentido de que después de la reforma de la Compilación, no hay ninguna duda acerca de este particular, conforme el artículo 43 del citado Cuerpo legal.

Segunda.— Sentada la primera conclusión, la Sentencia entra en el estudio de si la “definición” reúne características que hagan inviable la recuperación por el ascendiente de las cosas donadas al descendiente fallecido sin posteridad.

Después de este planteamiento, la Sentencia empieza refiriéndose a la utilidad que la “definición” puede introducir, como factor de seguridad, en el fenómeno sucesorio, singularmente como instrumento posibilitador de la distribución igual y simultánea de los patrimonios de ambos progenitores entre todos los hijos, sobre todo cuando la respetiva composición de cada una de las masas patrimoniales no permite una cómoda satisfacción de las legítimas que pesarán sobre ellas.

Continúa la sentencia con el estudio de la polémica, con opiniones encontradas en instancias anteriores, acerca de si la “definición” debe estimarse un negocio lucrativo u oneroso, haciendo depender de dicho particular la procedencia o no de la reversión de la finca transmitida en la



“definitio”. La sentencia se inclina por la tesis de la onerosidad, al tratarse de un negocio complejo en el que “se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona”. Ambas partes contratantes obtienen ventajas; el ascendiente porque elimina las limitaciones a la facultad de disponer, como consecuencia de la intangibilidad de las legítimas, y el descendiente porque recibe una atribución patrimonial que normalmente no se habría entregado hasta el fallecimiento del causante.

Pero la sentencia no considera decisiva esta calificación. Lo decisivo es que la causa de la atribución que realiza el ascendiente radica en el común propósito de ambas partes de imputar dicha atribución al PAGO ADELANTADO de los derechos legitimarios y, en su caso, sucesorios del descendiente. Pero estos derechos legitimarios SOLO SE ADQUIRIRAN SI EL DESCENDIENTE SOBREVIVE AL ASCENDIENTE, hasta cuyo evento no existen derechos legitimarios y sí únicamente simples expectativas.

Y si la renuncia por el “definido” devendría ineficaz si resultara despojado del bien donado por consecuencia de evicción, la premoriencia del descendiente al ascendiente sin posteridad y, por ello, sin que haya nacido ni para él ni para su estirpe derecho a legítima en la sucesión del ascendiente, priva a la atribución patrimonial de su razón determinante (una legítima futura que no ha llegado a nacer) de modo que no existen impedimentos que se opongan a que los bienes donados vuelvan de nuevo a quién los donó.

En resumen, la sentencia establece que es decisivo, para la aplicabilidad o no del derecho de reversión, que el descendiente, al fallecer antes que el ascendiente, produjo la consecuencia de privar a la atribución patrimonial de su razón determinante.

Pero ello no significa que deba prosperar la tesis de la aplicabilidad del derecho de reversión. Y no puede prosperar la tesis de la aplicabilidad en el caso contemplado en base a la siguiente argumentación, continuación de la solución y tesis antes planteada: Al formalizarse la atribución con “definición”, los miembros del grupo familiar se guiaron por su voluntad indudable de distribuir, entre todos los hijos, de común acuerdo, todos los bienes que formaban parte del patrimonio de ambos padres. El donatario, Don ..., recibió un bien de la madre, pero definiéndose (dando carta de pago) de sus derechos, no sólo en la herencia materna, sino también en la paterna. Esta posibilidad no puede estimarse prohibida por la Compilación y menos desde el momento en que la citada Compilación facilita (artº 48) que la legítima se abone en bienes que no sean de la herencia; además y dentro del amplio concepto de “ventaja” cabe la indirecta de recibir un determinado bien del patrimonio de uno de los padres a cambio, cabalmente, de no obtener nada material del patrimonio del otro padre.

Por todo ello y siendo que Don ... falleció antes que su madre, pero en cambio después que el padre y, en consecuencia devino legitimario efectivo de éste, por lo cual al hallarse la atribución/donación directamente afectada al pago de la legítima paterna y haber ganado realidad dicha legítima, la misma debe mantenerse y, en consecuencia, no procede la reversión.

3º.- **Voto particular.**— Esta Sentencia del T. Superior, tuvo el voto particular de dos Magistrados que, si bien coinciden en la solución de fondo —o sea que no es de aplicación el derecho de reversión— basan tal solución en la naturaleza de la definición, configurandola como un contrato consensual, aleatorio, de carácter irrevocable y ONEROSO, cuya última característica es la que importa para la solución del presente litigio. Considerando que los contratos onerosos son aquellos en los que cada parte ha de obtener una ventaja o compensación procedente o a cargo de la otra, estima evidente la onerosidad, pues no se está en presencia de una renuncia pura y simple a una legítima ya diferida, sino de una renuncia en contemplación o, lo que es lo mismo, en “contraprestación” a una donación; o ventaja recibida por el hijo que otorga la definición; la onerosidad se manifiesta en la ventaja que obtiene el definido al recibir un bien del causante, a cambio de la ventaja que consigue éste con la renuncia por aquél al derecho de legítima. Una vez aceptada esta calificación y completada esta argumentación con otra en el sentido de que en el instituto de la “definición” no es aplicable “ope legis” la reversión que regula el artículo 812 de C. Civil, este voto particular declara no haber lugar al recurso de casación, o sea la improcedencia de la reversión.

DOCTRINA.— Particularmente interesante parece esta sentencia por las soluciones que aporta a algunos de los numerosos problemas y cuestiones que plantean los artículos 50 de la Compilación (Definición) y 812 del C. Civil (Derecho de reversión).

Primero.— Naturaleza de la “definición”. Ante la discusión doctrinal acerca del carácter lucrativo u oneroso, la sentencia se inclina resueltamente por la onerosidad, con indicación de las respectivas contraprestaciones, base de la defendida onerosidad. Como señala en forma muy gráfica: “Se dona (transmite) porque se renuncia, y se renuncia porque se recibe”.

Segundo. Ampliación del concepto de “ventaja”, que en la fecha del otorgamiento utilizaba el artículo 50 de la Compilación. Acepta como posible ventaja (lo que en la actual redacción del precepto podría equivaler a “Atribución/compensación”), en el caso de definición en las herencias de ambos padres, el recibir en una, más de lo que correspondería al “definido” a cambio de la renuncia de la legítima/herencia del otro ascendiente.

Parece importante esta interpretación que, al ampliar una aplicación del precepto, puede servir de cauce para la solución de un problema no

infrecuente: Una desigual composición de los patrimonios de los ascendientes, con una pretendida igualitaria distribución de dichos patrimonios entre los descendientes, dejando en segundo plano la procedencia patrimonial de cada adquisición.

Tercero.— La fijación de una íntima relación entre la transmisión/donación por parte del ascendiente y la renuncia a la legítima/demás derechos sucesorios por parte del descendiente, estimando que si tales legítima/derechos sucesorios (simples expectativas en vida de los ascendientes) no quedan concretados por la sobrevivencia de los descendientes, queda sin base sustantiva el negocio y, por ello, no habiendo nacido ni para el descendiente ni para su stirpe derecho a la legítima en la sucesión del ascendiente, priva a la atribución patrimonial de su razón determinante (una legítima futura que no ha llegado a nacer). Esta interpretación estimo debe ajustarse a la cuestión de fondo, o sea a la procedencia/improcedencia de la reversión legal, y cuya improcedencia se basa precisamente en el hecho de que si bien el descendiente premurió a la madre, sobrevivió al padre, con lo cual habiéndose concretado el derecho de legítima con relación a esta sucesión (paterna), quedó confirmada la transmisión (en base a la cual se renunció) y por ello no cabe la reversión legal en el supuesto fáctico examinado.



# SENTENCIA N° 1/90

## Tribunal Superior de Justicia de Baleares Sala de lo Civil y Penal

### SENTENCIA N° 1/90

Excmo. Sr.  
Presidente:

Don Angel Reigosa Reigosa

Ilmos. Sres.  
Magistrados:

Don Julio A. Llovet Alabau  
Don Francisco J. Muñoz Jiménez  
Don José Zaforteza Calvet  
Don Juan López Gayá

En la ciudad de Palma de Mallorca, a ocho de marzo de mil novecientos noventa.

VISTOS por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, integrada por los señores del margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada, en grado de apelación, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de los autos del Juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca sobre determinadas declaraciones, cuyo recurso fué interpuesto por Don V. C. P., representado por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Ferragut Rosselló y asistido por el Abogado Don Juan Ginard Sanchez, en el que son recurridos, Doña A. M. R., representada por el Procurador Don Miguel Socías Rosselló y asistida por el Abogado Don Jaime Rodríguez Viñals, y Don B. G. G., no personado (fué declarado en rebeldía en cuya situación continúa).

## ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca, fueron vistos los autos de juicio declarativo de menor cuantía, a instancia de Don V. C. P., contra Don B. G. G., y Doña A. M. R.; la demanda instauradora de dicho proceso expone en síntesis los siguientes hechos: 1º.- Mediante documento privado de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos ochenta y dos, el demandado Don B. G. G., compró a los consortes Don B. M. C., y Doña A. M. A. M., una porción de terreno procedente del Predio Son Maxella, del término municipal de Esporlas, de una extensión superficial de 3.253,50 metros cuadrados aproximadamente —adjuntó copia del documento privado de referencia—. 2º.- El precio pagado por el demandado fue de 3.090.825 pesetas. 3º.- Posteriormente el Sr. G., se gastó mas de siete millones de pesetas en construir una casa o chalet sobre la parcela de referencia, para lo que solicitó y obtuvo, del actor, un préstamo de 525.000 pesetas. 4º.- Llegada la fecha de devolución del préstamo el actor no pudo conseguir, pese a todas las gestiones extrajudiciales llevadas a cabo, que el demandado Sr. G. le abonase la suma adeudada. El demandante con sorpresa pudo comprobar que la escritura pública de dicha parcela había sido otorgada a favor del demandado Sr. G., y de su esposa, la también demandada Doña A. M. R., quien, a título gratuito o de donación había hecho suyas, no solamente la mitad indivisa del terreno sino también de la edificación construida sobre el mismo, ya que mediante escritura pública de fecha doce de junio de mil novecientos ochenta y seis otorgada por los consortes Don B. M. C., y Doña A. M. A. M., ante el Notario de este Colegio Don José A. Carbonell Crespí, los demandados adquirieron la finca, por mitades indivisas. El uno de junio de mil novecientos ochenta y siete, ante el mismo fedatario público el demandado Sr. G., vendió su mitad indivisa a su esposa, por el precio de quinientas mil pesetas. —Acompañó copia simple de las escrituras de compraventa de referencia—. 5º.- Según el Derecho Foral de Mallorca los actos y contratos gratuitos entre los esposos son nulos y la prueba del carácter oneroso corresponde a la esposa. En la escritura pública de doce de junio de mil novecientos ochenta y seis no existe prueba que el Sr. G., vendiera la mitad indivisa a su esposa, ya que ambos comparecieron ante el Notario actuante, como compradores proindiviso, de la finca. La simulación en la escritura de uno de junio de mil novecientos ochenta y siete es patente ya que en su estado actual vale más de doce millones de pesetas y en ella se pretende que, la mitad, se vende en quinientas mil pesetas. 6º.- De lo expuesto resulta que los demandados, con la finalidad de burlar a los acreedores del esposo, llevaron a cabo las operaciones sin tener en cuenta, en lo referente a la compra de la finca, que la legislación foral aplicable prohíbe las donaciones entre esposos y en lo que atañe a la segunda escritura (uno de junio de mil novecientos ochenta y siete) intentaron burlar

la prohibición simulando una compraventa. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó procedentes y suplicó que se dicte sentencia declarando nulas la escritura pública de segregación y compraventa de fecha doce de junio de mil novecientos ochenta y seis, otorgada por Don B. M. C., y Doña A. M. A., a favor de Don B. G. G., y Doña A. M. R., autorizada por el Notario de este Ilustre Colegio Don José A. Carbonell Crespí (nº 217/86 de su protocolo) y la escritura pública de compraventa de fecha uno de junio de mil novecientos ochenta y siete, otorgada por Don B. G. G., a favor de Doña A. M. R., y autorizada por el mismo fedatario público bajo el nº 263/87 de su protocolo; y consecuentemente se declare la nulidad de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad como consecuencia de las escrituras mencionadas (Libro 68 de Esporlas, tomo 4.835 del archivo, folio 1, finca 3.057), y que la expresada finca registral 3.057 pertenece al patrimonio del demandado Don B. G. G.

Admitida la demanda, la contestó la codemandada Doña A. M. R., en base a los siguientes hechos: 1º al primero. Cierta la existencia del contrato de compraventa, cuyo documento, como es deducible, ha sido facilitado al actor por el demandado Sr. G. Cierto es que, en casi su totalidad, el precio de la compra fué satisfecho por la señora M. R., que junto con las aportaciones efectuadas por su trabajo, lo hizo igualmente con un millón de pesetas que obtuvo en la lotería. El Sr. G., desde su matrimonio y durante los dos primeros años no dispuso de trabajo fijo y pocos ingresos, y a partir de mil novecientos ochenta y dos inició un trabajo en el bar conocido con el nombre de “Sa Ximbomba” sito en Palma (Génova); en mil novecientos ochenta y tres formó una sociedad para la explotación del antedicho negocio con otras tres personas, creándose una deuda importante a ser atendida por el Sr. G. en pago de su participación. Dicha sociedad que quedó formada por el Sr. G. y Doña M. D. H., continuó en mil novecientos ochenta y cinco, mil novecientos ochenta y seis y mil novecientos ochenta y siete hasta que el día veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y siete la participación del cincuenta por ciento del negocio es comprada por ocho millones de pesetas por el Sr. G. El matrimonio formado por Don B. G. G. y Doña A. M. R., está separado, desde el día uno de abril de mil novecientos ochenta y siete, el Sr. G., abandonó el domicilio conyugal, fijando su residencia en el nº ... de la Carretera de E., convivencia que duró tres meses y medio aproximadamente. Durante este período y a cambio de no pasarle ayuda económica mensual para ella ni para el niño, el Sr. G. hizo la transmisión onerosa del cincuenta por ciento que figura escriturado a su nombre y así quedó formalizada la vivienda de la demandada. En la actualidad el Sr. G., convive con otra mujer. La construcción de la vivienda de la señora M. R., se llevó a cabo muy lentamente y se efectuó 1º con los ingresos que obtenía la esposa de su trabajo (los del marido se reinvertían en el negocio del bar mencionado

al igual que el importe del préstamo o préstamos que pudo solicitar si lo hizo), 2º, con el importe obtenido por la venta de la vivienda, propiedad de la esposa en documento privado, sita en la calle Santa Luisa Marillach nº 7 (Palma) y 3º con la colaboración de los siguientes profesionales: Albañil -Don J. R. A., primo de la demandada-, Carpinteros -Don J., y Don G. R. S., tíos de la señora M. R.- 2º al segundo.- Incierto, pues si bien el precio de 3.090.825 pesetas fué convenido por la compra del terreno, dicha suma fué, en su casi totalidad, satisfecha por la esposa y a su cargo. 3º al tercero.- No es cierto que la construcción del chalet costara la que se indicó en el correlativo, pues gracias a la intervención de profesionales vinculados familiarmente con la demandada, se abarató considerablemente el coste de la obra. Desconoció la existencia de préstamo alguno por parte del Sr. C. , al Sr. G., y negó rotundamente que se hubiera invertido dinero de dicha procedencia en la vivienda familiar que ocupa la señora M. R. 4º al cuarto.- El Sr. C., poco interés tuvo en su día en conocer la situación de fiabilidad de la persona a la que dice dejó dinero. 5º al quinto.- La onerosidad de las transmisiones impugnadas se probará oportunamente. 6º al sexto.- Doña A. M. R., no ha tratado de burlar a nadie y siempre ha actuado dentro de la legalidad. Distinta en la conducta observada por el actor y por el codemandado que tratan de burlar la Ley y la Justicia. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicó que se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda contra ella formulada, con expresa imposición de las costas al actor.

El codemandado Don B. G. G., no se personó, no obstante haber sido emplazado en debida forma, por lo que fué declarado en rebeldía.

Tras practicarse las pruebas propuestas y de formular las partes personadas sus escritos de resumen de prueba, el Juzgado dictó sentencia con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: “Que desestimando como desestimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Ferragut Rosselló en nombre y representación de Don V. C. P., debo absolver y efectivamente absuelvo de los pedimentos en la misma contenidos al rebelde Don B. G. G., como también a Doña A. M. R., representada en autos por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Socías Rosselló, imponiendo a la actora la satisfacción de las costas procesales causadas.

Contra esta sentencia podrá interponerse en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de cinco días a contar desde su notificación”.

2.- Contra dicha Sentencia se interpuso por la parte actora recurso de apelación, que fué admitido en ambos efectos y sustanciada la alzada, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia



con fecha uno de julio de mil novecientos ochenta y nueve, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: FALLO: 1º) Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Don V. C. P., contra la sentencia de veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Uno de los de esta ciudad. 2º) Se condena al apelante al pago de las costas de esta alzada.

3.- Previo depósito de veinticinco mil pesetas, el Procurador de los Tribunales Don Miguel Ferragut Rosselló, en nombre y representación de Don V. C. P., formalizó recurso de casación ante este Tribunal Superior de Justicia a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 54 de la Ley de 28 de diciembre de 1988, fundado en los siguientes motivos:

PRIMERO: Al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción del artículo 13.2 del Código Civil en relación con la Ley 5/1.961 de 19 de abril, sancionando la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares y en concreto los artículos 1º y 2º de este Derecho Civil Especial. Ni la sentencia dictada en primera instancia ni la que es objeto del presente recurso, aplican el Derecho Civil Especial de Baleares, es más, esta última en sus Fundamentos de Derecho, afirma “por cuyo motivo, esta Sala –como sin derecho el Juez “ad quo” apreció pese a su omisión en su sentencia– no considera aplicable al supuesto litigioso el Derecho Foral Mallorquín”.

Esta afirmación, no sólo ignora todas las disposiciones legales antes citadas, sino también la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en Sentencia de cuatro de abril de mil novecientos ochenta y ocho (Aranzadi 2.648), reconoce y aplica tal Derecho.

Efectivamente, se podrá considerar que existe o no una donación o contrato gratuito entre los demandados, cuyo resultado es el otorgamiento de la escritura pública de compra del terreno de doce de junio de mil novecientos ochenta y seis a favor de ambos cuando en el documento privado suscrito el veinticuatro de abril de mil novecientos ochenta y seis, sólo figura el esposo. La misma argumentación sirve para la venta de primero de junio de mil novecientos ochenta y siete, pero todo el problema que ello supone, debe ser contemplado, juzgado y sentenciado con arreglo al Derecho Foral de Baleares y no puede, como dice la sentencia recurrida, considerarse que tal Derecho no es de aplicación.

Por ello y al no estimarlo así, la sentencia recurrida debe ser casada.

SEGUNDO: Al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil. Infracción del artículo 4.3 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares y la doctrina legal contenida en la Sentencia del

Tribunal Supremo de cuatro de abril de mil novecientos ochenta y ocho. En la demanda que ha dado lugar a estos autos, se impugna la escritura pública de fecha doce de junio de mil novecientos ochenta y seis ya que se afirma que habiendo adquirido los terrenos únicamente el Sr. G., mediante documento privado de veinticuatro de abril de mil novecientos ochenta y dos, cuatro años después, aparecía su esposa la señora M., como titular de la mitad indivisa del terreno y del edificio construido sobre el mismo y que ello suponía una donación gratuita por cuanto no existía ninguna escritura o documento mediante el cual el esposo vendiera una mitad indivisa a la esposa.

Del mismo modo y por igual motivo se impugna la venta del Sr. G., de su mitad indivisa, a su esposa, escriturada el uno de junio de mil novecientos ochenta y siete por el precio de quinientas mil pesetas.

Tanto en una como en otra y en virtud del precepto legal citado correspondía a los demandados el probar el carácter oneroso de la operación, lo que significa que existe una presunción de su carácter gratuito.

La sentencia recurrida incurre en un continuo error ya que, en primer lugar, ignorando el contenido del párrafo 3º del artículo 4º de la Compilación, dice y repite, apoyándose en sentencias que no hacen al caso, que debía probar el actor que se trataba de una donación, cuando es evidente que, en este caso, la carga de la prueba se invierte y tienen que ser los demandados quienes prueben el carácter oneroso de la operación.

En el primer caso, escritura pública de doce de junio de mil novecientos ochenta y seis, no existe ninguna prueba en autos que acredite su carácter oneroso; es más, aún considerando esté probado que el terreno lo pagó el Sr. G., con su propio dinero y que su esposa no aportó cantidad alguna; (ver las confesiones en juicio del Sr. G.); que, en cuanto al edificio, la esposa, sólo aportó el treinta por ciento de su valor y por último que la venta de uno de junio de mil novecientos ochenta y siete fué enteramente simulada para evitar unos pagos a la Seguridad Social.

En cuanto a la Sentencia del Tribunal Supremo citada, declara vigente en Baleares y con todas sus consecuencias, la prohibición de donaciones entre cónyuges regulada en el Derecho Civil Especial.

En consecuencia la carga de la prueba correspondía a los demandados y al no estimarlo así la sentencia recurrida debe ser casada.

**TERCERO:** Al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil. Infracción del artículo 6.3 del Código Civil. En el caso que nos ocupa las ventas del Sr. G., a favor de su esposa la señora M., son nulas radicalmente, son inexistentes ya que encubren una donación y van contra

una norma legal, el artículo 4.3 de la Compilación del Derecho Civil Balear, que prohíbe las donaciones entre cónyuges.

Esto nos lleva al tema de la acción ejercitada. La sentencia recurrida no acaba de ponerse de acuerdo en la clase de acción que se ejercita, si bien desde ahora se aclara que es la de nulidad. Ahora bien, desde el momento en que la presunción de gratuidad le da un carácter fraudulento a la operación, a tenor de lo previsto en el artículo 1.297 del Código Civil, cabe la posibilidad, de entrada, de ejercitar la acción rescisoria del artículo 1.291-3º de dicho cuerpo legal, en conexión con el artículo 1.111 de la misma Ley. E, incluso, cabe acumular –de manera alternativa o subsidiaria– a la petición de rescisión, la de nulidad de la donación, por tratarse de un acto jurídico contrario a la Ley, según el artículo 4.3 de la Compilación y que es, además, nulo, por falta de un requisito formal sustancial cual es la necesidad de que la donación de inmuebles conste en escritura pública bajo pena de nulidad tal y como dispone el artículo 663 del Código Civil.

En consecuencia y al no apreciarlo así la sentencia recurrida, deber ser casada.

CUARTO: Al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción del artículo 1.302 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1.946 y 26 de octubre de 1.962 y de 13 de junio de 1.959. Basta la sola cita del mencionado artículo 1.302 para desmontar toda la estrategia adversa basada en una supuesta connivencia entre el actor y el demandado Sr. G. Desde el momento en que éste no necesitaba la ayuda de nadie, para instar la nulidad de dichas operaciones, es gratuito pensar que se busca la complicidad del actor.

No obstante, el mismo demandado Sr. G., reconoció expresamente al absolver posiciones, que era deudor al actor.

Ahora bien, la jurisprudencia ha admitido –Sentencias de 26 de noviembre de 1.946 y 26 de octubre de 1.962– la legitimidad de los que tengan intereses legítimos, como es el caso del actor, a quien el propio Sr. G., reconoce adeudar una cantidad, cantidad que, al contrario de lo que parece suponer la sentencia recurrida, no se reclama en el presente procedimiento.

Y por último, en virtud de la sentencia también citada como infringida, de 13 de junio de 1.959 –que afirma que “por aplicación del artículo 4º (antiguo) la nulidad de pleno derecho de los actos en fraude de Ley, debe ser declarada de oficio”–, debía ser el propio Tribunal, quien así lo declarara.

En consecuencia no sólo está legitimado el actor para interesar la nulidad radical de las operaciones de que se trata, sino que ésta debía haber

sido declarada de oficio, una vez comprobado que no había existido una operación onerosa entre ambos cónyuges.

Y al no apreciarlo así la sentencia recurrida, debe ser casada.

QUINTO: Al amparo del número 4° del artículo 1.692 de la Ley de Procedimiento Civil. La Ley citada habla de la existencia de documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Juzgador, en el presente caso lo que demuestra su equivocación es la falta absoluta de documentos en los autos, que demuestren el acierto. Efectivamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Compilación eran los demandados quienes debían demostrar que se trataba de ventas y no de donaciones, en particular la esposa al ser la única personada; y la verdad es que no existe ningún documento que lo acredite y tampoco hay coincidencia entre lo que se dice en el escrito contestando la demanda y las pruebas practicadas. Así en la primera se dice que la esposa aportó el dinero necesario para la compra del solar y la construcción de la casa y que la venta por el esposo, en junio de mil novecientos ochenta y siete, de su mitad indivisa era un reconocimiento de que era primordialmente de la esposa y se la cedió a cambio de no pasarle ayuda económica. Por su parte, el esposo nos dice que el solar lo pagó él, que la esposa aportó un treinta por ciento del importe de la construcción de la casa y que le puso a su nombre la otra mitad indivisa para que no se la embargara la Seguridad Social; y por último el testigo adverso Sr. D., que dice ser el artífice del Convenio de la separación matrimonial, afirma que la venta de la mitad indivisa el uno de junio de mil novecientos ochenta y siete, obedece al acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal. Es decir que hay tres versiones que no coinciden.

En cambio hay tres documentos que no han sido desmentidos, cuales son el contrato privado de compra del terreno, a nombre del esposo únicamente, que cuatro años después se convierte en escritura pública a favor del matrimonio y la venta del esposo de su mitad indivisa a la esposa.

Y quizás la prueba evidente de que esta última operación encubre una donación gratuita es el hecho de continuar siendo titular el Sr. G., de unos derechos de agua necesaria a la finca. De haber entregado su mitad indivisa en compensación a una condonación de pensiones, habría incluido los derechos de agua. Si únicamente se trató de ponerla a nombre de la esposa para eludir el pago de unas deudas a la Seguridad Social, es lógico que se dejaran fuera unos derechos de agua que ningún valor tienen separados de la finca.

No cabe duda pues, que no existe en Autos ni una sola prueba de la onerosidad de las operaciones de que se trata y al no apreciarlo así, la sentencia recurrida debe ser casada.

4.– Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señalo para la Vista el día veintidos de febrero actual en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Julio A. Llovet Alabau.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.– Como antecedentes para el adecuado enjuiciamiento del presente recurso han de establecerse los siguientes: A) El objeto del juicio declarativo de menor cuantía de que dimana, esto es, pretensiones de la demanda, deducida por Don V. C. P., contra Doña A. M. R., y Don B. G. G., este último declarado en rebeldía –en cuya situación continúa–, lo constituye: 1º) La declaración de que la escritura pública de segregación y compraventa de fecha doce de junio de mil novecientos ochenta y seis otorgada por Don B. C. M., y Doña A. M. A. M., a favor de Don B. G. G., y Doña A. M. R., y autorizada por el Notario de este Ilustre Colegio Don José A. Carbonell Crespi (nº 217/86 de su protocolo) es nula. 2º) La declaración de nulidad de la escritura pública de compraventa de fecha uno de junio de mil novecientos ochenta y siete, otorgada por Don B. G. G., a favor de Doña A. M. R., y autorizada por el mismo fedatario público bajo el nº 263/87 de su protocolo. 3º) La declaración de ser nulos los asientos practicados en el Registro de la Propiedad como consecuencia de las escrituras antes mencionadas, al libro 68 de Esporlas, tomo 4.835 archivo, folio 1, finca 3.057; y 4º) La declaración de que la finca registral antes reseñada pertenece al patrimonio del demandado Don B. G. G., B) La sentencia pronunciada en primera instancia por razón de fondo, desestima la demanda y absuelve de ella a los demandados con imposición de las costas a la parte actora. C) Apelada la sentencia, es confirmada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, con condena al apelante al pago de las costas de la alzada; y D) Esta última sentencia fué recurrida en casación ante esta Sala de lo Civil –apartado a) del artículo 54 de la Ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho– al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cuatro primeros motivos; infracción del artículo 13.2 del Código Civil en relación con los artículos 1º y 2º de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares, sancionada por la Ley 5/1.961, de 19 de abril, motivo primero de casación; infracción del artículo 4.3 de la citada Compilación y doctrina legal contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1.988, el motivo segundo; infracción del artículo 6.3 del Código Civil, motivo tercero; e infracción del artículo 1.302 del Código Civil –el motivo cuarto–; y al amparo del nº 4 del citado artículo 1.692, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios –el quinto y último motivo de casación–.

2.— Es doctrina reiterada la de que, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo contempla de manera genérica los procesos acumulativos litis consorciales, como surgidos del ejercicio de un derecho potestativo por parte demandante según lo demuestra su artículo 156, no por ello se opone a que, en determinadas hipótesis sea imprescindible, para que la relación jurídico procesal quede válidamente constituida, la integración en el juicio de cuantos elementos subjetivos estén vinculados frente al actor de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo de que deriven la acción hecha valer ante los Tribunales, bien por imperativo de algún precepto legal o porque dichas personas pudieran resultar afectadas por la resolución judicial que pusiese fin a la controversia, puesto que de otra forma se conculcaría el principio general de derecho que establece que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, con lo que, de todas formas, incluso de oficio, habría que estimarse la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario y decretar la absolución en la instancia sin resolver sobre el fondo de las pretensiones puestas en juego en el litigio, así como que, cuando por naturaleza jurídico material de la acción ejercitada no pueden producirse unas declaraciones, sino con referencia a varias partes, éstas han de figurar como demandantes o como demandadas en el proceso, dado su interés en el derecho remitido a controversia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos cuantos debieron ser demandados, señalándose también la necesidad de evitar fallos contradictorios, por lo que, cuando esto suceda debe apreciarse, incluso de oficio y aunque no lo haya propuesto las partes litigantes, la existencia del litis consorcio pasivo necesario (sentencias de 4 de febrero de 1.966, 22 de diciembre de 1.978, 14 de enero y 25 de junio de 1.984, 24 de mayo de 1.986 y 25 de febrero de 1.988).

3.— En el supuesto contemplado en el presente recurso, la primera pretensión sustantiva de la demanda deducida por Don V. C. P., es que se declare la nulidad de la escritura pública de segregación y compraventa de una finca rústica otorgada por Don B. M. C., y Doña A. M. A. M., —como vendedores— y Don B. G. G., y Doña A. M. R., —como compradores—, y si bien estos dos últimos fueron citados en legal forma en el presente juicio, los vendedores, el Sr. M. C., y la Sra. A. M., no fueron llamados a este proceso, ni comparecieron, ni fueron oídos, no obstante tener un claro y directo interés en dicha compraventa y poder resultar afectados de una manera inmediata por la mencionada nulidad que se propugna —artículo 1.303 del Código Civil—, lo que lleva a esta Sala a estimar de oficio falta de legitimación pasiva por litis consorcio pasivo necesario, en cuanto a la primera pretensión deducida en la demanda instauradora de este juicio.

4.– Defecto que no alcanza a la segunda pretensión instada en dicho escrito inicial, al no existir interdependencia entre las dos primeras pretensiones formuladas, ya que desde el punto de vista sustantivo son totalmente independientes entre sí, de suerte que si en su día se estima o no prospera la pretensión primera, ello carecerá de repercusión directa y sustantiva en la segunda pretensión, y como en esta han sido llamados a juicio los dos contratantes –el Sr. G. G. (vendedor) y la Sra. M. R., (compradora)– de la compraventa documentada en la escritura pública de fecha 1 de junio de 1.987 (folios 12/14) cuya declaración de nulidad se propugna, es por que quedó validamente constituida, en cuanto a esta última cuestión litigiosa, la relación jurídico procesal. Conviene no obstante señalar, como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional –sentencia n° 124 de 1.988, de 23 de junio– que del artículo 24.1 de la Constitución se deriva el derecho a la obtención de una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, una resolución que normalmente habrá de decidir sobre el fondo, pero también podrá abstenerse de entrar en el mismo si encuentra causa legal justificada para ello.

5.– En el acto de la vista de este recurso extraordinario, la parte actora, para hacer desaparecer las dudas que se exponen en la sentencia dictada en segunda instancia en cuanto a la acción ejercitada –la de nulidad o la de rescisión en fraude de acreedores–, concretó que la acción por ella promovida era la de nulidad. Esta, como toda acción, su viabilidad viene condicionada, dentro de una relación jurídico procesal validamente constituida, además de la legitimación, que es, como se ha dicho con acertada síntesis, un concepto que suministra el Derecho material y que en el proceso supone la facultad de ejercicio de los derechos subjetivos (Sentencia de 26 de noviembre de 1.987), a la existencia de un interés legítimo en su ejercicio. El recurrente, como tercero ajeno que es a la segunda compraventa –también lo fué a la primera–, solo puede instar la nulidad de aquel contrato –la compraventa de 1 de junio de 1.987–, si ostenta un interés legítimo en ello; interés legítimo que tendría que consistir en ser titular de un crédito contra el codemandado Sr. G. G., crédito que la sentencia recurrida declara no probado. Declaración fáctica que implica negarle al demandante toda legitimación para accionar y que no ha sido debidamente combatida por el cauce del número 4° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no se cita, por no existir en autos, documento alguno que demuestra la equivocación del Juzgador, lo que conlleva la desestimación del cuarto motivo de casación y con ello la de todos los demás motivos que dan por supuesta una legitimación inexistente.

Por todo lo expuesto

### **FALLAMOS**

QUE CASANDO PARCIALMENTE la sentencia dictada, con fecha uno de julio de mil novecientos ochenta y nueve, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y con revocación parcial de la de Primera Instancia, SE DESESTIMA la primera pretensión del escrito de demanda por falta de litis consorcio pasivo necesario —apreciada de oficio—, ABSOLVIENDO de dicha pretensión en la instancia a los demandados; SE CONFIRMA, al no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don V. C. P., la sentencia impugnada en cuanto a los demás pronunciamientos, excepto el que a continuación se expresa. No se hace imposición de costas ni en este recurso ni en las dos instancias, pagando cada parte las suyas y las comunes por mitad. Devuélvase al recurrente el depósito constituido en este rollo.

Notifíquese esta resolución en forma edictal al demandado declarado en rebeldía, si en el plazo de cinco días no se insta su notificación personal; y verificado, líbrese a la mencionada Sección Tercera la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así, por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.— Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. Don Julio Antonio Llovet Alabau, Ponente que ha sido en este trámite en el mismo día de su audiencia pública, de que certifico. Palma de Mallorca, a ocho de marzo de mil novecientos noventa.



# COMENTARIO

Por Miguel Masot Miquel

## SUMARIO:

*1.– Introducción. 2.– Los hechos del litigio, condicionantes de las sentencias recaídas en el mismo. 3.– Algunas consideraciones sobre el litis consorcio pasivo necesario. 4.– La falta de acción.*

### **1.– Introducción.**

Esta sentencia fue la primera pronunciada en materia civil por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

El Tribunal era competente para el conocimiento del recurso dado que el mismo se fundamentaba, entre otros motivos de casación, en la infracción del antiguo art. 4.3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares –en su redacción anterior a la Ley reformadora de 28 de Junio de 1.990–, sancionador, por tanto, por vía indirecta, de la prohibición de donaciones entre cónyuges. En este caso, el art. 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuía el conocimiento del recurso a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, aunque, curiosamente, en la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial se dice textualmente que “... esta Sala –como sin duda el Juez “a quo” apreció pese a su omisión en la sentencia– no considera aplicable al supuesto litigioso el Derecho foral mallorquín cuyo art. 4.3 de dicha Compilación prohíbe la donación entre cónyuges”, pronunciamiento que tiene su base en el hecho de que la Sala de instancia no consideró acreditada en modo alguno la existencia de la donación entre cónyuges. Más, como el criterio de atribución de la competencia casacional lo constituye la infracción de norma foral como fundamento del recurso, es indudable la correcta admisión del mismo por la Sala de lo Civil.

### **2.– Los hechos del litigio, condicionantes de las sentencias recaídas en el mismo.**

Aún cuando en los Antecedentes de Hecho se expone el complicado presupuesto fáctico de la sentencia, los hechos se pueden resumir de la siguiente manera: el actor, acreedor que dice ser –y, como veremos, el

problema es que solo lo dice pero no prueba— del demandado Sr. G., interpone demanda contra éste y su esposa Sra. M., solicitando la nulidad de una escritura de compraventa de una porción de terreno procedente del predio Son Maxella de Esporles, otorgada a favor de amos cónyuges, cuando en el precedente documento privado de compraventa figuraba tan solo como comprador el marido, de lo cual deriva el actor la existencia de una donación entre cónyuges de la mitad de la finca. Y solicita asimismo la nulidad de una posterior escritura pública mediante la cual el marido vende a la esposa la mitad indivisa que le restaba de la finca en cuestión. Como secuela de todo ello termina el actor solicitando que se reintegrara al patrimonio de su deudor la finca en cuestión. Hay que hacer constar que al interponerse la demanda los cónyuges demandados estaban ya separados de hecho.

Las sentencias de instancia fueron absolutamente desfavorables a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma manifiesta en la sentencia su extrañeza ante el hecho de que el crédito del actor no aparezca plasmado en documento alguno y actor y demandado ni siquiera estén de acuerdo sobre la cuantía exacta del mismo. Aparte de ello, se señala, igualmente, en la sentencia que aparece dudoso que existieran realmente donaciones entre los esposos, en realidad separados, enmarcándose las operaciones realizadas dentro de lo que constituiría una especie de liquidación de la sociedad conyugal “quedándose la mujer con el chalet litigioso y el marido con un negocio de Café Bar”. Precisamente, el hecho de que este negocio cubriera sobradamente la cuantía del crédito reclamado, pudiendo el acreedor haber perfectamente cobrado su crédito mediante el embargo del mismo, constituye el tercer argumento en el cual fundamenta la sentencia del Juzgado la desestimación de la demanda, al no haber la impugnación de los contratos realizados en fraude de acreedores sino cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe, según señala el art. 1.111 Cc y ratifica el art. 1.294 Cc, proclamadores de la subsidiariedad de la acción pauliana.

La sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial —en ponencia de la Magistrada Suplente Dª Isabel Tapia Fernández— comienza por plantearse cual pueda ser el tipo de acción ejercitada por el actor, indicando que, o bien se está ante una acción de nulidad de los arts. 1.261 y siguientes o ante una acción de rescisión en fraude de acreedores de los arts. 1.291 y siguientes del Código civil.

De considerarse acción de nulidad, razona la sentencia, solo está legitimado para instar la nulidad de un contrato quien ostenta un interés legítimo, lo cual no ha sucedido en el caso de autos, pues el actor “ni aporta documento alguno en que basar su crédito ni siquiera se muestra seguro de la cuantía del mismo”.

Y si se dice que estamos ante una acción de rescisión por fraude igualmente se impone el pronunciamiento desestimatorio del recurso, al no resultar acreditado el fraude –sino que más bien parece estarse ante un ajuste del patrimonio conyugal como consecuencia de la separación del matrimonio– ni haberse cumplido en modo alguno el requisito de la subsidiariedad de la acción rescisoria, pues “con toda evidencia se demuestra en el pleito que el supuesto acreedor no solo no ha agotado los medios legales para cobrar su crédito, sino que ha acudido al más extorsionante de todos”.

Con una tenacidad encomiable y, desde luego, con más moral que la del conocido equipo de fútbol, el actor interpuso recurso de casación por los motivos que se recogen en la sentencia. Y, ciertamente, se hizo buena la máxima de que “la fortuna ayuda a los audaces” (1), porque si bien no consiguió la casación total de la sentencia recurrida, no dejó de obtener una importante victoria, cual fue dejar sin efecto las condenas en costas impuestas por el Juzgado y por la Audiencia.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia –en ponencia del Magistrado don Julio A. Llovet Alabau, Presidente que fue de la última Sala de lo Civil de la extinta audiencia Territorial y a cuya grata memoria dedico este comentario, a título de modesto homenaje– comienza por transcribir las peticiones contenidas en el suplico de la demanda, de lo cual deriva que se está ante el ejercicio de una acción de nulidad de dos escrituras públicas: la de compraventa de la finca por parte de los entonces esposos por mitades indivisas y la de compraventa de la mitad indivisa del marido, otorgada por éste a favor de su cónyuge.

Respecto de la primera –se dice a continuación– debe tenerse en cuenta una circunstancia no puesta de manifiesto en las sentencias de instancia, cual es la no presencia en el litigio de los vendedores de la finca, no habiéndose podido constituir por ello debidamente la relación jurídico procesal e impidiéndose, por tanto, entrar en el fondo del tema por falta del litis consorcio pasivo necesario. La declaración de nulidad de un contrato exige, en efecto, la presencia en el litigio de todos los que intervinieron en su otorgamiento, lo cual no ha ocurrido respecto de los vendedores que “no fueron llamados a este proceso, ni comparecieron, ni fueron oídos, no obstante tener un interés claro y directo en dicha compraventa y poder resultar afectados de una manera inmediata por la nulidad que se propugna”, dado el pronunciamiento del Art. 1.303 Cc, que obliga a los contratantes a restituirse recíprocamente, declarada la nulidad de un contrato, la cosa percibida con sus frutos y el precio con sus intereses.

Por lo que respecta a la segunda escritura –la compraventa entre cónyuges– aquí sí está debidamente constituida la relación jurídico procesal

al ser parte en el litigio los otorgantes de la misma. Pero el actor, como tercero que es respecto de dicho contrato, solo estaría legitimado para el ejercicio de la acción de nulidad si demuestra un interés legítimo, que, en el presente caso, no podría sino consistir en el hecho de ser titular de un crédito contra el esposo demandado, crédito que la sentencia recurrida declara no probado; y este extremo fáctico de la sentencia no ha sido debidamente combatido, dada la inexistencia en los autos del título justificativo del crédito y no constar, por tanto, documento alguno que demuestre la equivocación del Juzgador, de acuerdo con lo que preceptuaba por aquel entonces el art. 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La introducción en la materia litigiosa de la falta del litis consorcio pasivo necesario –respecto de la primera de las escrituras cuya nulidad se postula– determina la revocación parcial de la sentencia recurrida, pasándose a desestimar la nulidad postulada en base a un fundamento distinto, mientras que se confirma la sentencia impugnada en cuanto a los demás pronunciamientos. Ello conlleva la no imposición de costas ni en el recurso de casación ni en las dos instancias, aunque, curiosamente, en la sentencia no se hace comentario alguno sobre este particular.

La sentencia se revela sólida y bien construida, compartiéndose plenamente los razonamientos de la misma.

### **3.– Algunas consideraciones sobre el litis consorcio pasivo necesario.**

Nuevamente se está ante un supuesto de estimación de oficio de la defectuosa integración del litis consorcio pasivo necesario; y, realmente, la corrección de ello es evidente, al existir una jurisprudencia reiterada expresiva de que la declaración de nulidad de un contrato exige la presencia en el litigio de todos los que lo otorgaron.

Ello es así, ciertamente, pero no podemos por menos de saludar con alborozo la reciente doctrina de nuestro Tribunal Supremo, encarnada en las sentencias de 22 de Julio de 1.991, 14 de Mayo de 1.992, 18 de Marzo y 7 de Octubre de 1.993 y 9 y 18 de Junio de 1.994, según las cuales el defecto litisconsorcial puede ser corregido o subsanado utilizando la comparecencia del art. 693 LEC, bien haya sido aducido por las partes bien se aprecie de oficio por el Juez; la facultad judicial de apreciar ex officio la excepción de litis consorcio pasivo necesario ha de entenderse supeditada a que, previamente, se ponga de manifiesto a las partes el problema para apreciar su carencia; y la apreciación tardía de la falta litisconsorcial –después de celebrada la comparecencia del art. 693 LEC– no puede llevar a una mera absolución de la instancia sino a una reposición de las actuaciones en el

momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación.

Tales pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo creemos que contribuirán a colocar en su debido lugar el defecto litisconsorcial, del cual, hay que reconocerlo, se ha venido haciendo un uso excesivo para proclamar absoluciones de instancia evitando entrar en el fondo de la cuestión litigiosa.

Y esta doctrina es, además, absolutamente congruente con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, al suponer una actuación judicial que coadyuva a eliminar las dificultades procesales —en vez de oponerlas— para que el justiciable pueda obtener una resolución que entre en el fondo de las cuestiones que plantea. Y más sintonía aún guarda con el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado por el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulan y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido por las leyes.

A este respecto señalaba Muñoz Jiménez (2), después de constatar que la configuración jurídica del litis consorcio pasivo necesario es obra de la jurisprudencia, al no regularlo nuestro Ordenamiento jurídico —a diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, austriaco, francés e italiano— que ello ha contribuido en no pequeña medida a difuminar los verdaderos perfiles de la institución y a entorpecer la delimitación de las ocasiones en que concurre, propiciando un alarmante abuso de su empleo —que se ve favorecido por su cualidad de presupuesto controlable de oficio— del cual, muy posiblemente, ningún órgano jurisdiccional español del orden civil ha conseguido liberarse siempre.

En buena hora, pues, el golpe de timón de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relegando el litis consorcio pasivo necesario al sitio que le corresponde.

#### **4.— La falta de acción.**

El segundo pronunciamiento de la sentencia que se comenta, desestimatorio de la pretendida nulidad de la compraventa entre cónyuges, es absolutamente ortodoxo, al basarse en una regla básica del proceso sancionada por una inveterada tradición jurídica, cual es la de que DONDE NO HAY INTERESES NO HAY ACCION, principio congruente con la consideración de todo litigio como un conflicto de intereses, que quedaría desnaturalizado de no existir en el mismo intereses contrapuestos (3).

En el caso de autos, la sentencia de la Audiencia y la del Tribunal

Superior de Justicia coinciden en aducir la falta de interés legítimo por parte del actor para impugnar la compraventa –o donación– entre cónyuges, al no resultar probado el crédito que dice ostentar contra el marido. En estas circunstancias, el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión deducida estaba fuera de toda duda. ¿Como puede pensarse en anular contratos ya consumados a fin de que pueda cobrarse un crédito que no está probado en modo alguno?. No deja de extrañar que se entrara en un litigio tan complicado, en el que se postula nada menos que la nulidad de dos escrituras públicas, para intentar resarcirse el actor de un crédito de cuantía pequeña –525.000.– pesetas– y no documentado en forma alguna.

Decía Maragall que “todas las cosas del mundo son hijas o nietas del azar” (4). Y, ciertamente, ha sido el azar –revestido, en este caso, de impedimentos procesales que vedan entrar en el fondo del asunto– lo que ha determinado el curioso contrasentido de que en la primera de las sentencias dictada por nuestro Tribunal Superior de Justicia en materia de Derecho civil balear ni una sola línea de la sentencia haga referencia al mismo.

Palma de Mallorca, a 8 de Enero de 1.995

---

#### NOTAS

- (1) Audentes fortuna juvat, Virgilio, LA ENEIDA, X, 284.
- (2) Muñoz Jiménez, Francisco Javier, CONSIDERACIONES EN TORNO AL LITISCONSORCIO NECESARIO Y LOS VINCULOS DE SOLIDARIDAD PASIVA, pág. 9. Discurso de entrada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares.
- (3) La regla “donde no hay interés no hay acción” ha sido profusamente estudiada en el Derecho alemán, francés, italiano y español. Entre otros, puede verse DEMOGUE, SOBRE LA REGLA “DONDE NO HAY INTERES NO HAY ACCION” Rev. D. Privado 1.928; CHIOVENDA, L'AZIONE NEL SISTEMA DEI DIRITTI, pág. 87 y ss; PRIETO CASTRO, LA ACCION DECLARATIVA, Madrid 1.932, etc...
- (4) Joan Maragall, ELOGIOS (Preliminar), Edición 1.913.

# SENTENCIA N° 2/90

## Tribunal Superior de Justicia de Baleares Sala de lo Civil y Penal

### SENTENCIA N° 2/90

Excmo. Sr.

Presidente:

Don Angel Reigosa Reigosa

Ilmos. Sres.

Magistrados:

Don Francisco J. Muñoz Jiménez

Don Gabriel Fiol Gomila

Don José Zaforteza Calvet

Don Juan López Gayá

En la ciudad de Palma de Mallorca, a veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa.

VISTOS por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, integrada por los señores del margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada, en grado de apelación, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de los autos del Juicio Declarativo de Mayor Cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ibiza sobre determinadas declaraciones, cuyo recurso fué interpuesto por Don P. R., representado por el Procurador de los Tribunales Don José Luis Nicolau Rullán y asistido por el Abogado Don César González Martín, en el que es recurrida Doña V. R. R., representada por el Procurador Don Juan José Pascual Fiol y asistida por el Abogado Don Juan Andreu Pujol.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1.— El Procurador de los Tribunales Don José López López, en la representación de Doña C. R. S., formuló demanda de Mayor Cuantía contra Doña V. R. R., ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ibiza, en la cual tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que, previos los trámites correspondientes, se dicte sentencia en la que: 1º.— Se declare la revocación del contrato de donación celebrado entre la demandante y la demanda, de fecha 15 de octubre de 1.982, ordenando la cancelación de la correspondiente inscripción de dominio practicada en el Registro de la Propiedad de Ibiza de los inmuebles descritos en el hecho primero de la demanda. 2º.— Se declare la obligación de la donataria Doña V. R. R., de pagar a la actora los daños y perjuicios que la donación de los inmuebles reseñados en el hecho primero de la demanda le haya ocasionado, si no fuera posible la devolución de los mismos, en cantidad a determinar en ejecución de sentencia, y condenándola a estar y pasar por esta declaración. 3º.— Se declare por último, la obligación de la donataria a devolver los frutos que hubiese percibido de los bienes donados desde que hizo la donación, y en todo caso desde la interposición de la demanda, en cantidad a determinar en ejecución de sentencia, y condenándola a estar y pasar por esta declaración. Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada. Suplicando así mismo se acuerde la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de Ibiza de la demanda, sobre las fincas descritas en el hecho primero de la demanda.

2.— La Procuradora de los Tribunales Doña Asunción García Campoy, en nombre y representación de Doña V. R. R., contestó a la demanda oponiéndose a la misma en base a los hechos expuestos y después de alegar los fundamentos de Derechos oportunos, terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia desestimando la demanda íntegramente y absolviendo a la demandada de todos los pedimentos, con expresa imposición de las costas a la parte actora. Oponiéndose por medio de Otrosí a la petición de anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, formulada de contrario.

3.— Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ibiza dictó sentencia en fecha 27 de julio de 1.988, cuyo FALLO es como sigue: “Que, ESTIMANDO COMO ESTIMO en todas sus partes la demanda formulada por el Procurador Don José López López en nombre y representación de Doña C. R. S., contra Doña V. R. R., representada procesalmente por la Procuradora Doña Asunción García Campoy, debo declarar y declaro haber lugar a la revocación del contrato de donación que con fecha del día quince de octubre de mil novecientos ochenta y dos fué celebrado en esta ciudad entre las partes litigantes Doña C. R. S., y Doña V. R. R., en su



consecuencia, con efectos desde el día quince de octubre de mil novecientos ochenta y dos debo condenar y condeno a la parte demandada Doña V. a que proceda a la devolución a la actora Doña C. R., de todos los frutos percibidos y producidos por los bienes donados a que se refiere el expositivo E de la escritura pública de donación, en la cantidad que se determinará en ejecución de sentencia, así como a la restitución a la demandante C. R. de los referidos bienes inmuebles quedando nulas las enajenaciones que de los mismos hubiesen sido hechas por la demandada V. R., y sin perjuicio de los derechos de terceros conforme a lo establecido en la Ley Hipotecaria, en cuyo caso quedará sustituida la devolución por la indemnización de daños y perjuicios a concretar en ejecución de sentencia, así como a estar y pasar por tales declaraciones, y ordenando, en su consecuencia, que se cancelen las inscripciones contradictorias del dominio, ejecutoria que sea esta resolución y sin perjuicio de los derechos de los referidos terceros, todo ello con expresa imposición de las costas producidas en esta litis a la referida parte demanda”.

4.– Contra la meritada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Doña V. R. R., el que fué admitida en ambos efectos y recibidas las aclaraciones en la Sección Tercera de la Audiencia Provincial para la sustanciación del mismo, previos los trámites legales correspondientes, se dicta sentencia con fecha 12 de diciembre de 1.989 cuya parte dispositiva dice así: “Fallo: Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Juan José Pascual Fiol en nombre y representación de Doña V. R. R., contra la sentencia dictada el día veintisiete de Julio de mil novecientos ochenta y ocho por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ibiza en el juicio declarativo de menor cuantía del que el presente rollo dimana en consecuencia, se revoca y deja sin efecto dicha resolución. Se desestima la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don José López López en nombre y representación de Doña C. R. S. contra Doña V. R. R., representada por la Procurador Doña Asunción García Campoy, quedando absuelta esta última de todos los pedimentos de la demanda. Se condena a la actora al pago de las costas causadas en primera instancia. No se hace pronunciamiento alguno respecto a las ocasionadas en esta alzada”.

5.– El Procurador Don José Luis Nicolau Rullán en nombre y representación de Don P. R. R., (por fallecimiento de su madre Doña C. R. S.), formalizó recurso de casación ante este Tribunal Superior de Justicia a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 54 de la Ley de 28 de diciembre de 1.988, fundado en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.– Al amparo del número 5º, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe por infracción el artículo 467 del Código Civil, que dispone “El usufructo de derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de

conservar su forma y sustancia...”, y el 471 del mismo Cuerpo Legal “El usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados..., en relación con el 647 párrafo 1º del Código Civil en cuanto manda que “La donación será revocable a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso”. SEGUNDO.– Al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe, por no aplicación, el artículo 480 del Código Civil, que dispone “Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito...”, en relación con el 647 párrafo 1º del Código Civil en cuanto dispone que “La donación será revocable a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso”. TERCERO.– Al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe por no aplicación, el artículo 7 del Código Civil, “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para un tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

6.– Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló para la Vista el día once de septiembre actual en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Muñoz Jiménez.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.– Para un adecuado enfoque de las cuestiones que plantea el presente recurso de casación, resulta aconsejable dejar constancia previa de los siguientes antecedentes de hecho: a) Don J. R. C., marido de la actora, Doña C. R. S., con la que tuvo dos hijos, P. y V. R. R., era el propietario del Hotel P., sito en San Antonio Abad (Ibiza), hasta que, debido a las deudas acumuladas a lo largo de su gestión, se vió precisado a transmitir la titularidad del establecimiento al Banco de Crédito Balear en el año 1.953; b) en 1.966, Doña C. recuperó de la mencionada entidad bancaria la propiedad del hotel, que pasó en adelante a ser explotado por su hijo P., hasta que éste, a causa de la esquizofrenia que padecía, hubo de ser internado en 1.979 en el Hospital Frenopático de Barcelona; c) ante esta situación, Doña C., persona ya de edad, pues había nacido el 29 de diciembre de 1.905,

confirió el 20 de marzo de 1.979 poder, con amplísimas facultades para realizar todo tipo de actos de administración, a su hija V., quien así habilitada, comenzó a regentar el hotel y el conjunto del patrimonio familiar; d) el 15 de octubre de 1.982 Doña C. otorgó escritura pública de donación en favor de su hija V., nombrándola e instituyéndola heredera universal y donataria universal suya al uso y forma tradicional del derecho de Ibiza y Formentera; e) fueron disposiciones especiales de la donante, recogidas en la escritura, que se reservaba para sí y por mientras viviera el usufructo de todo lo donado; que imponía a la donataria la obligación de satisfacer a su hermano P. su portuna legítima, destinando para tal fin la finca rústica denominada Can B.; y que imponía también a la donataria la obligación de cuidar de su hermano y del hijo de éste, en cuanto que fuera imposible hacerlo a su padre; f) a comienzos de 1.985, sin embargo, Don P.R., que se había recuperado de su grave enfermedad mental, regresó a la isla de Ibiza y, a enterarse de la existencia de la indicada escritura, pidió explicaciones a su madre, quien a partir de entonces trató de persuadir a V. para que consintiera dejar sin efecto la donación universal por mutuo disenso; g) al no acceder a ello la donataria, Doña C., el 10 de agosto de 1.986, revocó el poder general que había concedido a su hija y, posteriormente, tras la celebración el 8 de octubre de 1.986 de un acto de conciliación sin avenencia, el 30 de diciembre del mismo año, procedió a formular contra Doña V. demanda, solicitando que se declare judicialmente la revocación de la donación universal por causa de ingratitud e incumplimiento de cargas, alegando que nunca se le habían entregado los frutos y rentas de los bienes donados, a pesar de haberse reservado el derecho de usufructo sobre los mismos, y que la donataria se había despreocupado por completo del cuidado de su madre, de su hermano P. y del sobrino; h) la sentencia de primera instancia descarta que la donataria haya incurrido en la causa de revocación por ingratitud contemplada en el número 3º del artículo 648 del Código Civil por haber negado indebidamente alimentos a la donante, así como que pueda decretarse la revocación de la donación universal por incumplimiento de cargas con base en un supuesto abandono de su hermano P. y del hijo de éste; pero da lugar a la demanda con fundamento en el artículo 647 del Código, por cuanto que considera que, no habiéndose acreditado la percepción de frutos y rentas por la usufructuaria, Doña V. no ha respetado el derecho de usufructo perteneciente a la donante y que ello entraña incumplimiento de una de las obligaciones o cargas impuestas en el contrato de donación; i) recurrida dicha sentencia por la demandada y hallándose en trámite la fase de apelación, Doña C. R. falleció el 9 de enero de 1.989; personándose en autos para continuar el ejercicio de la acción revocatoria Don P. R. a título de hijo de la difunta y de heredero universal de la misma, en méritos de la institución ordenada por Doña C. en el testamento abierto

que otorgó ante Notario el 22 de diciembre de 1.987; j) esta personación de Don P. y pese a la oposición de su hermana, fué aceptada por la Audiencia mediante auto de 29 de julio de 1.989, sin que la cuestión haya vuelto a suscitarse de nuevo por ninguno de los litigantes; k) la sentencia de segunda instancia razona que, en síntesis, la obligación de rendir cuentas y de entregar a la madre los frutos y rentas producidos por los bienes donados no nace del contrato de donación, ni tiene la naturaleza de una carga, sino que proviene del contrato de mandato celebrado en el año 1.979, por lo que, concluyendo que el incumplimiento de la referida obligación no constituye la causa de revocación del negocio de liberalidad que establece el artículo 647 del Código Civil, acoge el recurso, revoca la sentencia apelada y desestima íntegramente la demanda.

SEGUNDO.— Contra dicha sentencia de la Audiencia Provincial Don P. R. interpone recurso de casación, que articula en tres motivos, formalizados, todos ellos, al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de tales motivos denuncia infracción, por no aplicación, de los artículos 467 y 471 del Código Civil en relación con el párrafo primero del artículo 647 del propio Cuerpo legal, en cuanto este último precepto determina que “la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso”. En su desarrollo, el recurrente argumenta que el pacto 4º de la escritura de donación de 15 de octubre de 1.982, en el que se estipuló literalmente que la donante “se reserva para sí y por mientras viviera el usufructo de todo lo donado”, estatuye una obligación o carga impuesta a la donataria; que Doña V., como nuda propietaria que era a partir del 15 de octubre de 1.982, tenía obligación de entregar a la donante los frutos y rentas de los bienes objeto de la donación; que, ello no obstante, esos cuantiosos frutos y rentas han ido a parar en su totalidad, a la donataria; y termina por sostener que, en consecuencia, Doña V. incumplió una de las obligaciones o cargas establecidas por la donante Doña C. en el contrato de donación y que, consiguientemente, debe estimarse la pretensión revocatoria deducida en la demanda. El segundo de los motivos acusa a la sentencia recurrida de haber infringido, también por inaplicación, el artículo 480 del Código Civil en relación, asimismo, con el artículo 647, párrafo primero, del citado Código; aduciéndose ahora que el contrato de mandato reflejado en el poder general conferido a favor de la demandada por su madre, Doña C., en fecha de 20 de marzo de 1.979, quedó extinguido al convertirse la mandataria en nuda propietaria de los bienes inmuebles que por el indicado contrato le correspondía administrar y que, en todo caso, fué revocado de forma expresa el 13 de agosto de 1.986; que la donataria, en calidad de nuda propietaria, estaba obligada a ofrecer a la donante las rentas que generaban los bienes donados, lo que no hizo; que, además, Doña V., el 15 de mayo de 1983 y siendo

ya nuda propietaria, celebró un contrato de arrendamiento, en concepto de arrendadora, sobre uno de los bienes comprendidos en la donación; y que todo ello implica que la donataria no se atuvo a las obligaciones o cargas que se le impusieron, ya que no respetó el derecho de usufructo que se reservó la donante, a la que privó de aprovechar y de arrendar por sí misma la cosa usufructuada. Dado que la problemática que proponen estos dos motivos de impugnación se reconduce a un único tema: el de si el derecho de usufructo vitalicio que retuvo la disponente al tiempo de nombrar mediante contrato a su hija donataria universal y heredera suya, es o no una carga, cuya transgresión por la beneficiaria da vida a un derecho potestativo de la donante para revocar el negocio jurídico de disposición, el exámen de la procedencia de esos dos motivos se llevará a cabo seguidamente de manera conjunta.

TERCERO.— El párrafo 1º del artículo 8º de la Compilación del Derecho Civil propio de Baleares aprobado por Ley de 19 de abril de 1.961 —y que resulta aplicable en las Islas de Ibiza y Formentera por virtud de la remisión que el artículo 69 efectúa en bloque a los artículos 8 al 13 del Libro I, donde se contienen las disposiciones aplicables en la Isla de Mallorca— se limita a decir que la donación universal de bienes presentes y futuros, valedera de presente y efectiva a la muerte del donante o de su consorte, será irrevocable. Esta declaración, sin embargo, no significa que la donación universal no sea susceptible de padecer ineficacia sobrevinida en determinados supuestos excepcionales. La tajante afirmación de la norma debe entenderse, más bien, como guiada por el propósito de resaltar el carácter contractual de la institución de heredero que la donación universal comporta, la naturaleza bilateral del negocio jurídico que constituye su origen, y, por tanto, la derivada imposibilidad jurídica (artículo 1.256 del Código Civil) de que la subsistencia y efectividad de la institución puedan quedar dependientes del libérrimo albedrío de cualquiera de las partes, por contraste con la nota de revocabilidad “ad libitum” consustancial a las disposiciones testamentarias, que el artículo 737 del Código proclama. La opinión común de los autores actuales es, en tal sentido, la de que el silencio del artículo 8º no impide la retrodonación, ni excluye tampoco que el disponente goce de facultades para revocar unilateralmente el contrato sucesorio en los concretos casos que previenen, siquiera, los artículos 647 y 648 del Código Civil para las donaciones ordinarias; preceptos de los cuales el primero, como es sabido, no emplea la palabra “condiciones” en su acepción técnica de sucesos futuros e inciertos cuya realización determina el nacimiento o extinción de una relación jurídica, sino en un sentido vulgar de obligaciones o cargas impuestos por el donante al beneficiario de su acto de liberalidad. Y estos criterios han sido asumidos por la reciente Ley sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares de 11 de julio de 1.990, la cual

reforma el artículo 8º, proporcionándole una nueva redacción, en cuyo párrafo segundo se establece que la donación universal es irrevocable, pero que, ello no obstante, puede ser revocada, solamente por el donante, en el caso de incumplimiento de cargas o de ingratitud, y que también puede dejarse sin efecto o modificarse por acuerdo del donante y del donatario o de los herederos de éste, consignando en escritura pública.

CUARTO.— La reserva por el donante del usufructo vitalicio sobre los bienes objeto de la donación no engendra, sin embargo, cargas propiamente dichas para el donatario. Desde el derecho romano justiniano se ha considerado siempre a la carga, también conocida con el nombre de modo, como una cláusula de un negocio jurídico a título gratuito con la que se impone al destinatario de una liberalidad un cierto comportamiento. La doctrina moderna destaca, igualmente, que la carga consiste en una obligación que sujeta al beneficiado por una atribución patrimonial verificada a título gratuito, a realizar una determinada prestación, positiva o negativa, real o personal, en provecho del propio disponente o de un tercero. La constitución del usufructo, en cambio, no somete al nudo propietario a verdaderas cargas, pues éste, fuera de algunas obligaciones de neto rango secundario, como son las de costear las reparaciones extraordinarias que fuesen indispensable para la subsistencia de la cosa (artículos 501 y 502) y la de abonar las contribuciones que gravan directamente el capital (artículo 505), no contrae otros deberes frente al usufructuario que los de no alterar la forma y sustancia de los bienes usufructuados, ni hacer nada que le perjudique, de conformidad con el artículo 489 del Código Civil; deberes que, en realidad, son manifestaciones del deber general de abstención que a todos alcanza, —y no solamente al nudo propietario, bien que éste se encuentre en una situación de sujeción particularmente intensa—, de respetar el derecho real ajeno. El usufructo, atribuye a su titular el derecho de percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes sobre los que recae, a tenor de lo que disponen los artículos 467 y 471 del Código, ciertamente; pero siendo, como es, un derecho de inequívoca naturaleza real el usufructuario está investido del poder de ejercitar ese derecho de manera directa y por sí sin mediación de nadie ni necesidad de recabar, y menos exigir coactivamente, la colaboración activa del nudo propietario; que es lo que expresa el artículo 480, cuando dice que el usufructuario puede aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada. Es por ello del todo correcta la afirmación de la sentencia recurrida de que Doña V., como nuda propietaria que era, no tenía obligación alguna de entregar a su madre rentas o frutos, ya que ésta, como usufructuaria, tenía derecho y plenas facultades para recibirlos por sí. Y ni siquiera cabe sostener, tampoco, que la demandada quebrantó sus deberes de nuda propietaria al arrendar el 15 de mayo de 1.983 la vivienda sita en “Ca'n Coix”, Sa Vorera, de San Antonio Abad, puesto que concertó

dicho arrendamiento en calidad de administradora, y no de propietaria de la finca, según se desprende, del contenido del documento aportado por la misma parte actora al litigio y que figura a los folios 132 a 135 de las actuaciones.

QUINTO.— Es cierto, no obstante, que Doña V. R. estaba obligada a poner a disposición de su madre los frutos y rendimientos de los bienes donados. Pero esta obligación no dimana del contrato sucesorio de donación universal cuya revocación se postula, sino del contrato de mandato instrumentalizado mediante el otorgamiento de un poder general para administrar el 20 de marzo de 1.979 y que, contrariamente a lo que mantiene el impugnante, no se extinguió hasta su revocación expresa el 13 de agosto de 1.986, toda vez que la donación de la nuda propiedad en absoluto constituye un acto incompatible con el mandato o revelador de la existencia de una voluntad tácita en la mandante de dejarlo sin efecto. Dicha obligación es la que con arreglo al artículo 1.720 del Código, asume el mandatario de dar cuenta de sus operaciones y de abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aún cuando lo recibido no se deba al segundo. Consiguientemente, el incumplimiento de la referida obligación, que se encuentra genéricamente desvinculada por completo del negocio jurídico lucrativo, no es apto para fundar la pretensión revocatoria con base en el artículo 647 del Código Civil, que el recurso invoca como infringido, al no merecer la conceptualización de carga, ya que caracteriza a esta última, el tener su fundamento en el acto de liberalidad; al punto de que, algunos autores llegan a defender que la obligatoriedad de la carga no comienza, sino después de que la persona obligada haya recibido efectivamente la ventaja que se le atribuye, pues la idea es que, de la liberalidad de que se beneficia, obtenga los medios para ejecutar la prestación impuesta.

SEXTO.— En atención a todo lo señalado, los dos primeros motivos de casación que formaliza el recurso deben rechazarse. Lo que no significa, evidentemente, que Doña C. R. estuviera desasistida de remedios jurídicos para reaccionar contra la conducta transgresora de su hija. Pudo, sin duda, ejercitar las oportunas acciones tendentes a reclamarle el cumplimiento de sus obligaciones de administradora y a que cesara de lesionar el derecho de usufructo. Incluso, habida cuenta de que la demandada se apropió de frutos y rentas, de bienes, en fin, pertenecientes a su madre sobre los que ésta conservaba la facultad de disponer libremente por actos “inter vivos” hasta el momento de su muerte, acaso habría cabido la posibilidad de encuadrar esa apropiación —en la medida en que no hubiera sido conocida y consentida por la madre— en la causa legal de revocación de donaciones por ingratitud que prevé el número 1 del artículo 648 del Código, pues hoy día la palabra “delito” que emplea dicho precepto, no se interpreta en su acepción técnico-penal

rigurosa de infracción criminal castigada con pena catalogada de grave, sino en el amplio sentido de comprender cualquier comportamiento del donatario, punible o no, de grave entidad y merecedor de reproche, ejecutado de propósito y que atente contra los intereses fundamentales del donante. Pero lo que resulta claro es que la falta de entrega a la donante de los rendimientos producidos por los bienes donados y que la donataria percibía en calidad de mandataria, no entraña incumplimiento de una carga impuesta al tiempo de virificarse la donación, ni, por tanto, permite instar la revocación de esta última por la vía del párrafo 1° del artículo 647 del Código Civil; que es la precisa cuestión que el recurrente plantea y sobre la cual la Sala debe pronunciarse.

SEPTIMO.— El tercero de los motivos denuncia, por el cauce, asimismo, del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción, en concepto de inaplicación, del artículo 7° del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial acerca del abuso del derecho; y ello porque, según el recurrente, la actuación de Doña V. desde que el año 1.979 se le otorgó un poder para administrar los bienes del patrimonio familiar, pasando por la donación realizada en 1.982, hasta que el poder fué revocado en 1.986, consistió en un continuo abuso de las facultades que tenía por los contratos de mandato y donación, actuando de forma manifiesta de mala fé y para su propio provecho. La desestimación de este tercer y postrero motivo impugnativo es forzosa. En primer lugar, porque introduce una cuestión jurídica nueva, ya que no fué propuesta, ni debatida, ni resuelta en la instancia, lo cual la convierte, en el presente trámite, en inaceptable, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, de la que son ejemplo las sentencias de 5 y 21 de diciembre de 1.984, 28 de mayo de 1.985, 23 de enero de 1.987, 19 de julio de 1.989, etc. En segundo término, y aún salvando este inconveniente procesal, la desestimación del motivo procedería, porque el abuso del derecho únicamente es susceptible de fundar una acción autónoma, cuando no existan otras normas jurídicas que amparen específicamente la pretensión del perjudicado de combatir el daño, lo que aquí no acontece, al margen de que no se haya hecho uso concreto o acertado de las mismas. Además, y sobre todo, en el supuesto litigioso no se trata tanto de una extralimitación por parte de la demandada en el ejercicio de sus derechos y facultades y, en general, de los poderes jurídicos de los que es legítima titular —que es lo que la prohibición del abuso del derecho trata de reprimir—, como de un incumplimiento de sus obligaciones; categoría de ilicitud de esencia bien diversa. En último extremo, tampoco parece que la revocación de la donación que persigue la demanda encuentre acomodo dentro del ámbito de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la comisión del abuso y que son, con arreglo al artículo 7.2 del Código Civil, el pago por el causante de la indemnización correspondiente y la adopción



de las mediadas judiciales o administrativas encaminadas a impedir su persistencia. Por lo que debe rechazarse este motivo de casación y, con él, el recurso en su integridad; con la consiguiente y preceptiva condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas, en aplicación del artículo 1.715, párrafo final, de la Ley de Enjuiciamiento.

Por todo lo expuesto

### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don P. R. R. contra la sentencia dictada el doce de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, la cual se confirma íntegramente. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Líbrese a la mencionada Sección Tercera de la Audiencia Provincial la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así, por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

# COMENTARIO

Por Miguel Masot Miquel

## SUMARIO:

*1.– La donación universal de bienes presentes y futuros: el “desuso” de la institución y su posible interés en la actualidad. 2.– La irrevocabilidad de la donación universal: supuestos de excepción. 3.– Los hechos del litigio y la respuesta judicial a las pretensiones deducidas. 4.– Algunas consideraciones sobre la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas e ingratitud. 5.– Inexistencia de abuso de derecho.*

### **1.– La donación universal de bienes presentes y futuros: el “desuso” de la institución y su posible interés en la actualidad.**

No había transcurrido un año desde la primera sentencia dictada en materia civil por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia cuando se dictó la segunda, abordando, esta vez, el estudio de una institución tradicional de nuestro Derecho Civil, cual es la donación universal de bienes presentes y futuros.

Es curioso recordar que en nuestros ambientes jurídicos se haya dicho en ocasiones que la donación universal es un fósil de otorgamiento absolutamente inusual e infrecuente. Me tuve que referir a este tema en mi obra sobre el contrato sucesorio mallorquín (1), tratando, precisamente, del “desuso” de la donación universal. Desuso entre comillas, porque no estábamos ante una situación definitiva sino –decía– transitoria. Históricamente habían actuado en contra de la institución diversas causas que, una vez superadas, podrían conducir a su normalización; aunque, posiblemente, sin alcanzar las cotas del Derecho histórico de Mallorca, dado que en los protocolos notariales anteriores al actual siglo aparecen con muchísima frecuencia las donaciones universal en sus varias formas, bien sea la tradicional de “valedera de presente y efectiva a la muerte del donante”, bien valederas y efectivas de presente, bien condicionando a cualquier otro evento la eficacia de la donación, siendo frecuente, por ejemplo, pactar que la donación sería valedera de presente y efectiva a realizar la donante los votos solemnes en un Instituto u Orden religiosa.

Será interesante dar un leve repaso a estos acontecimientos que jugaron en contra de la institución, pues se da la feliz circunstancia de que bastantes de ellos han desaparecido.

En la obra indicada señalaba expresamente como factores determinantes del desuso de la institución —con obvia referencia a la coyuntura de 1.976, año de publicación de la obra— la posibilidad de otorgar la donación universal bajo la forma de donación simple o de compraventa, el antiforalismo histórico de ciertos sectores, las deficiencias en la conceptualización y regulación de la institución, la errónea conceptualización de la donación universal como muerte civil anticipada del donante y los inconvenientes de carácter fiscal, por enmascararse frecuentemente las donaciones bajo la simulación relativa de la compraventa.

En puridad, todos estos inconvenientes, salvo el primero, han desaparecido.

Una vez aprobada la Constitución española de 1.978, e incluso antes, al superarse la desafiante redacción de los artículos 12 y 13 del Código civil por la Ley reformadora de 31 de Mayo de 1.974, no puede hablarse de antiforalismo. Los diferentes Derechos civiles existentes en el territorio español conviven en un clima de respeto, de acuerdo con las reglas prefijadas en el marco constitucional. Y si bien no existe aún —lamentablemente— una situación de igualdad o paridad entre los Derechos civiles que se aplican en los territorios históricos o forales y el que rige en el resto del territorio nacional —ahí están, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de Mayo de 1.993 sobre los arts. 2 y 52 de la Ley del Parlament Balear de reforma de la Compilación y la de 8 julio de 1.993 resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Diputación General de Aragón contra la reforma de los arts. 14.3 y 16.3 del Código civil por la Ley 11/90 de 15 de Octubre— no se oyen ya dentro de nuestra Comunidad Autónoma pronunciamientos abogando por la desaparición del Derecho propio, a diferencia de lo que históricamente ha ocurrido (2). Incluso, el que en cada Comunidad Autónoma con Derecho civil propio los recursos de casación por infracción de norma foral se fallen por la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, excluyendo al Tribunal Supremo del conocimiento de los mismos, es botón de muestra de este clima de respeto a que me vengo refiriendo. Y, de manera incipiente, comienza a considerarse —certestamente a mi juicio— que, como puso de relieve la Escuela Histórica, el Derecho propio es, al igual que el lenguaje, tradiciones, folklore, etc... uno de los signos de identidad de cada pueblo, debiendo por ello ser objeto de protección y estima por parte de las instituciones.

Tampoco existen hoy en día razones fiscales que desaconsejen el otorgamiento de la donación universal. En puridad, desde que el legislador fiscal de 1.940 reaccionó ante las compraventas entre padres e hijos aplicándoles el tipo de las herencias si fuere mayor que el de la compraventa, se terminó con la posibilidad de acudir a la simulación relativa de la compraventa. Y las

reformas fiscales últimas, al poder exigirse al comprador la justificación de la procedencia del importe del precio de compra han alejado aún más la posibilidad de enmascarar la donación universal bajo forma onerosa.

Las deficiencias en la conceptualización y regulación de la institución se puede decir que, fundamentalmente, han desaparecido tras la aprobación de la Ley de reforma de la Compilación de 28 de Junio de 1.990. Las grandes lagunas en la regulación de la donación universal en el texto de 1.961 –forma que ha de revestir el otorgamiento de la donación, posibilidades de revocación, concepto de bienes futuros, la cuestión de si necesariamente la donación universal ha de ser efectiva a la muerte del donante, etc, etc...– están ya prácticamente superadas en el texto legal actualmente en vigor. Las viejas contradicciones –piénsese en la que existía entre los dos párrafos del antiguo art. 8º Comp., dado que en uno se decía que la donación universal debía ser efectiva a la muerte del donante, mientras que en el otro se indicaba que éste debía reservarse en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias– han desaparecido. Y, al socaire de todo ello, la falsa consideración –desmentida por los testimonios históricos– de que los bienes futuros que pueda adquirir el donante se transmiten ipso iure al donatario, convirtiendo el otorgamiento de la donación en una especie de muerte civil anticipada, ha desaparecido totalmente de la regulación de la Compilación, al darse un concepto lógico y racional de bienes futuros, entendiendo por tales los que se conserven en el patrimonio del donante al tiempo de su muerte, sin haber dispuesto de ellos en modo alguno. Tras el otorgamiento de la donación universal, el donante puede, por tanto, disponer inter vivos, e incluso mortis causa, de los bienes que en el futuro puedan ingresar en su patrimonio.

En realidad, el único factor que sigue jugando en contra de la institución no es sino la posibilidad de otorgar la donación universal bajo la forma de donación simple, siendo muy frecuente, particularmente en la ruralía, que los padres distribuyan, en los últimos años de su vida, su patrimonio entre los hijos otorgando unas donaciones simples, que, en rigor, vienen a ser verdaderas donaciones universales, pues el espíritu que informa la actuación del donante es que los donatarios sean sus herederos y ni siquiera pasa por su mente la idea de hacer testamento a favor de los mismos. Ya Pons y Marqués puso de relieve esta situación (3) y a ella hace referencia la espléndida sentencia de 22 de Julio de 1.986 de la Audiencia de Palma, en la que, precisamente, se aborda un supuesto en que el negocio jurídico transmisivo no aparece titulado como donación universal de bienes presentes y futuros, no recayendo tampoco sobre una “universitas” patrimonial, sino sobre una serie de bienes precisos e identificados; pero, deduciéndose de las pruebas practicadas que la liberalidad abarcó el íntegro patrimonio de titularidad de la donante, y habida cuenta de que, –dice la sentencia– en la realidad social

de las Islas, se suelen otorgar donaciones inter vivos por los padres a favor de uno o más hijos que en la práctica son donaciones universales, aunque así no se exprese gráficamente, de ello se deriva que la donante quiso y eligió al donatario como heredero suyo.

De todos modos, creo que se está, tal cual antes se indicaba, ante una situación transitoria. A medida que se vaya admitiendo que el tipo jurídico que encuadra con estas donaciones es, precisamente, el regulado en los arts. 8 a 13 Comp. y se considere que esta normativa contempla de una manera lógica y racional la problemática de la institución, irá desapareciendo la idea –que me habían expresado algunos Notarios en base al antiguo texto de la Compilación– de que el otorgamiento de una donación universal viene a suponer una especie de salto al vacío.

Es cierto, finalmente, que la institución –como todos los contratos sucesorios– nació en un entorno rural, y que, consiguientemente, han jugado también en contra de la misma la actual situación de colapso y siniestro total de la agricultura. Pero también es cierto –según indicaba el Profesor Lacruz (4)– que es predecible el traslado del contrato sucesorio, de obvia tradición y raigambre rural, a otros ámbitos socioeconómicos, pues el resultado de asegurar la situación futura a un colaborador, sin desprenderse el instituyente inmediatamente de sus bienes, puede ser igualmente beneficiosa para la continuidad de un patrimonio industrial o mercantil, donde la situación de encontrados intereses y necesidades no será muy distinta.

Realmente, en base a la irrevocabilidad que es esencial al contrato sucesorio, es lógico que se expanda a cualesquiera ámbitos y sectores socioeconómicos –así, en la sentencia que se pasa a comentar se encuentra entre los bienes donados un hotel–, pues solo el contrato sucesorio –y, entre nosotros, por tanto, la donación universal– puede dar una previsión cierta y segura de la futura sucesión mortis causa en la totalidad de un patrimonio.

## **2.– La irrevocabilidad de la donación universal: supuestos de excepción.**

El aspecto concreto de la donación universal que es objeto de consideración en la sentencia comentada es la posibilidad revocatoria de la misma. Realmente, la irrevocabilidad es una característica esencial de la donación universal, en cuanto manifestación del carácter contractual de la institución. La doctrina ha venido sosteniendo, de manera casi pacífica, el carácter mixto de la donación universal –como del contrato sucesorio en general– al participar simultáneamente de la naturaleza de los negocios jurídicos inter vivos y mortis causa, apareciendo su contenido integrado por instituciones de Derecho sucesorio y revistiendo externamente la forma del contrato, suponiendo, por tanto, una amalgama de estos elementos sucesorio y contractual (5).

En este sentido, la irrevocabilidad sería manifestación del carácter contractual de la institución, del mismo modo que la atribución al donatario de la condición de heredero del donante es muestra del contenido sucesorio de la misma. Tales elementos definitorios de la donación universal aparecían en los arts. 8 y 10 de la Compilación en su redacción anterior a la Ley reformadora de 28 de Junio de 1.990 –normativa que es, por cierto, la que rige el caso que contempla la sentencia comentada– y hoy en el primero de los artículos –el art. 8º– que se dedica a la institución. Los antecedentes de la Compilación –desde la Memoria de Ripoll a la Exposición de Motivos que prologa el proyecto de apéndice de 1.903, pasando por este proyecto y los ulteriores de 1.921 y 1.949– sancionan de manera absolutamente coincidente el carácter irrevocable de la donación universal, como ya lo había declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de Noviembre de 1.887 y la Audiencia de Palma en sentencia de 22 de Diciembre de 1.886 y 29 de Noviembre de 1.887, entre otras.

Pero no es lógico que la irrevocabilidad se mantenga en términos absolutos sin admitir excepciones. entre otras cosas, y ya de entrada, porque el Derecho no es el reino de lo absoluto sino que, en la adaptación de la norma a la realidad del caso que ha de juzgarse, siempre habrá supuestos en que la aplicación incondicionada del principio jurídico determinaría un tratamiento injusto e ilógico de la situación.

En el Derecho histórico de Mallorca existían excepciones a la irrevocabilidad, pues eran frecuentes las retrodonaciones, mediante las cuales, en virtud del mutuo disenso, se dejaba sin efecto la donación universal.

Los Compiladores de 1.961, sin embargo, establecieron el principio de la irrevocabilidad de la institución, sin la previsión de supuestos de excepción, contrariamente a como se había hecho en otras Compilaciones. Así, el art. 103 de la Compilación del Derecho civil de Aragón preveía la posibilidad de que el disponente revocara sus disposiciones con arreglo a las normas del Código civil sobre donaciones, exigiendo solo que el incumplimiento de condiciones o cargas fuere grave, a juicio de la Junta de Parientes; y según las Leyes 160 y 118 de la Compilación navarra, la donación universal puede ser revocada por las causas pactadas y por el incumplimiento de cargas impuestas al donatario que sean esenciales.

Hoy, el art. 79 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco de 1 de Julio de 1.992 señala que los instituyentes de pactos sucesorios pueden revocar la designación por las causas pactadas, por incumplimiento grave de las cargas y condiciones establecidas, por haber incurrido el instituido en causa de indignidad y desheredación, por conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar y en los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los instituidos, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención a este matrimonio. Sorprende favorablemente la inclusión entre las causas revocatorias, de la conducta del instituido atentatoria contra la normal

convivencia familiar, al haberse ampliado la posibilidad revocatoria fuera de los cauces, de por sí estrechos, de la indignidad y desheredación.

Por todo ello, no es extraño que la ley del Parlament Balear de 28 de Junio de 1.990 sancionara la posibilidad revocatoria de las donaciones universales por incumplimiento de cargas e ingratitud, la aplicabilidad a las mismas del mutuo disenso y la ineficacia de las otorgadas por razón de matrimonio si éste no llega a celebrarse.

Sin embargo, tal legislación no podía ser aplicada al caso debatido, dado el hecho de haberse iniciado el litigio bajo la vigencia de la Compilación de 1.961, en la que se parte de la irrevocabilidad de la institución sin el aditamento de excepción alguna.

A pesar de ello, las tres sentencias dictadas en el caso que se contempla son coincidentes en considerar –de acuerdo con lo que la doctrina científica había indicado– que la irrevocabilidad, consustancial a la donación universal, no debe ser llevada a extremos absurdos, cabiendo la posibilidad revocatoria en los supuestos contemplados por los arts. 647 y 648 del Código civil, o sea en concurrencia con el incumplimiento de cargas o la ingratitud. Los tres órganos judiciales que han contemplado el caso –Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ibiza, Audiencia Provincial (Sección 3ª) y Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia– muestran idéntico parecer en esta primera cuestión que les suscita la demanda.

En cambio, hay divergencias entre la sentencia del Juzgado y las de los Tribunales subsiguientes en el importante extremo de si la conducta de la donataria puede dar lugar o no a la revocación de la donación universal. Para el análisis de la cuestión es preciso contemplar los hechos del litigio, a lo cual se dedica el siguiente apartado.

### **3.– Los hechos del litigio y la respuesta judicial a las pretensiones deducidas.**

La “cuestio facti” viene relatada en los antecedentes de hecho y en el primero de los Fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, haciéndose igualmente consideraciones a los mismos en la sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de fecha 12 de Diciembre de 1.989, de la cual fue ponente el Presidente de Sala Sr. Gómez Martínez.

De su lectura, se desprende que la demanda se formuló basando la revocación en ingratitud de la donataria e incumplimiento de la carga impuesta a la misma de cuidar del hijo y nieto de la donante, en la medida, en cuanto a éste, en que su progenitor no pudiese hacerlo, así como en la falta de entrega a la madre donante de las rentas y frutos del patrimonio donado, cuyo usufructo, por cierto, se había reservado la donante al otorgarse la donación universal.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ibiza consideró que no concurrían en el supuesto examinado ni la ingratitud por falta de prestación de los alimentos ni el incumplimiento de la carga de cuidar la donataria de su hermano y sobrino; admitiendo, en cambio, que era procedente la revocación por la falta de rendición de cuentas a la donante y consiguiente entrega a la misma de las rentas y frutos del patrimonio recibido por la hija donataria al efectuarse la donación.

El problema radica en que la sentencia solo fue apelada por la parte demandada, aquietándose, por tanto, la actora a las declaraciones de la sentencia de no concurrencia de las causas de ingratitud por no prestación de los alimentos e incumplimiento de la obligación modal de cuidar del hijo y nieto de la donante, con lo cual la apelación –y subsiguiente casación– circulaban ya por el estrecho cauce consistente en la consideración de si la falta de rendición de cuentas y entrega de los frutos del patrimonio donado suponía o no el incumplimiento de una de las cargas de la donación universal.

Y la visión que dan del tema tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Superior de Justicia es coincidente: el hecho de reservarse la donante el usufructo de lo donado no determina una obligación de la donataria –nuda propietaria de los bienes donados– de rendir cuentas y entregar los frutos y rentas de los mismos, pues es la usufructuaria quien tiene per se las facultades de administración y disfrute de los bienes, por lo cual no puede exigirse de la donataria una obligación que no viene establecida expresamente en la donación universal ni es impuesta por la Ley al nudo propietario. Y, con mayor motivo, no puede fundamentarse en el incumplimiento de esta obligación la revocación de la disposición.

En este sentido, resultan absolutamente ortodoxas y acertadas las consideraciones que se hacen en la sentencia de la Audiencia Provincial y en el Fundamento de Derecho 4º de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia –en ponencia del Magistrado Sr. Muñoz Jiménez– acerca del concepto de carga y de la posición jurídica del nudo propietario, resultando ocioso insistir en dicho particular.

Pero la realidad de lo hechos –según parece deducirse de lo que se dice en el fundamento jurídico 6º de la sentencia comentada– es que la donataria demandada “se apropió de frutos y rentas, de bienes en fin, pertenecientes a su madre sobre los que ésta conservaba la facultad de disponer libremente por acto inter vivos hasta el momento de su muerte” –transcribimos literalmente las palabras de la sentencia–, y en la sentencia de la Audiencia Provincial se dice (fundamento de Derecho 6º) que “en realidad era la demandada quien percibía las rentas del patrimonio donado”.

Existió, por tanto, por parte de la demandada donataria un incumplimiento de una obligación jurídica, pero no derivada –en ello coinciden



también las dos sentencias— de la donación universal sino del contrato de mandato que se formalizó entre madre e hija con anterioridad a la donación universal —el 20 de Marzo de 1.979, mientras ésta se otorgó el 15 de Octubre de 1.982— confiriendo la primera a la segunda amplísimas facultades para realizar todo tipo de actos de administración, y comenzando la hija mandataria a regentar el hotel así como el conjunto del patrimonio familiar.

Late en la sentencia comentada la consideración de que la postura de la hija donataria no es, ciertamente, plausible, por lo cual se hace una oportuna referencia a los remedios legales de que hubiera podido estar asistida la madre para obtener los frutos y rentas de los bienes donados, cuyo usufructo la misma mantenía; e incluso se contiene la interesante consideración de que acaso habría cabido la posibilidad de encuadrar la apropiación de los frutos y rentas —en la medida en que no hubiera sido conocida y consentida por la madre— en la causa legal de revocación de donaciones por ingratitud que prevé el número 1 del art. 648 Cc, pues hoy en día —dice la sentencia— la palabra “delito” que emplea dicho precepto no se interpreta en su acepción técnico penal rigurosa de infracción criminal, castigada con pena catalogada de grave, sino en el amplio sentido de comprender cualquier comportamiento del donatario, punible o no, de grave entidad y merecedor de reproche, ejecutado de propósito y que atente contra los intereses fundamentales del donante.

Pero el problema —como siempre priman las consideraciones procesales— radica en que el recurso de casación se interpone precisamente por infracción del art. 647 -1° del Código civil que hace exclusiva referencia a la revocación de las donaciones por incumplimiento de cargas, con lo cual se excluye la posibilidad de entrar en la interesante temática de si la falta de entrega de los frutos de los bienes donados podría ser constitutiva de ingratitud, y la única cuestión a resolver en base al recurso se centra en la determinación de si ello constituye o no incumplimiento de una de las cargas impuestas por la donante. Y al tenor de las atinadas consideraciones que se hacen en la sentencia, es de la mayor evidencia que mal puede darse la revocación por incumplimiento de una obligación, si esta no ha sido impuesta expresamente en el propio negocio jurídico donacional ni deriva directamente del mismo ni tiene tampoco apoyo en precepto legal alguno.

#### **4.— Algunas consideraciones sobre la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas e ingratitud.**

La doctrina expuesta en la sentencia encaja, además, con la conceptualización que a los autores y a la jurisprudencia merece la revocación contemplada por el art. 647-1° Cc, vinculándola al incumplimiento de cargas, obligaciones o gravámenes modales, cuya concurrencia provoca un juego semejante al del art. 1.124 Cc (6). Señala, en efecto, la doctrina que el modo, para dar

lugar a la resolución, ha de tener alguna entidad, como lo exige también la interpretación jurisprudencial del art. 1.124 Cc para que el incumplimiento contractual dé lugar a la resolución. En este sentido, un sector de la doctrina (7) ha preconizado la aplicación a la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas del “espíritu” del art. 1.124, exigiendo, para que proceda la revocación, que se esté ante un incumplimiento del modo imputable al donatario; señalando en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1.990 que si no se cumple en su totalidad la carga o “modus” establecido por el donante, y ello no es por culpa o hecho dependiente de la voluntad de los donatarios, sino por la vigencia de disposiciones imperativas, no puede imputarse a los donatarios el incumplimiento de cargas o condiciones impuestas por el donante, lo que impide que la donación pueda ser revocada al tenor del art. 647 Cc.

Se señalan asimismo –como secuelas de la aplicación del art. 1.124 Cc– que la revocación exige que se esté ante un incumplimiento básico o esencial de la obligación modal y no ante un cumplimiento imperfecto o parcial de la misma; que puede ser de aplicación al supuesto –mutatis mutandi– el pronunciamiento del inciso final del párrafo 2º del art. 1.124 Cc, en el sentido de poder el donante revocar la donación después de haber exigido el cumplimiento de la obligación modal si ello no resultare posible; e incluso ha indicado la doctrina que cabría la posibilidad de que el Tribunal pueda señalar un plazo al donatario para el cumplimiento de la carga impuesta en vez de decretar la revocación, si existieren causas justificadas que autoricen tal pronunciamiento, de acuerdo con lo señalado por el párrafo 3º del art. 1.124 del Código civil.

Todas estas consideraciones doctrinales avalan el pronunciamiento de la sentencia expresivo de la imposibilidad de revocar la donación por incumplimiento de una carga modal si ésta no aparece claramente establecida.

Por lo que respecta al pronunciamiento –indudablemente con carácter de *obiter dictum*– que se hace en la sentencia sobre la posibilidad de encuadrar la falta de entrega de los frutos y rentas de los bienes donados en un supuesto de ingratitud, es de destacar que la jurisprudencia se ha hecho eco de las diferentes opiniones existentes entre los autores sobre la causa 1ª del art. 648 Cc. Para algunos, al condicionar el art. 648 Cc la revocación de las donaciones por ingratitud a la comisión por parte del donatario de algún delito contra la persona, honor o bienes del donante, se está ante una remisión a los tipos delictivos del Código penal, sin posible extensión a otros supuestos –y así Lacruz señala que siendo el precepto de interpretación estricta no entran en él las faltas, ni tampoco las causas de indignidad, salvo que éstas fueran encuadrables en los supuestos contemplados por el precepto (8)– mientras que, por el contrario, Díaz Alabart señala que cuando el art. 648 - 1º utiliza la expresión “delitos” quiere referirse a conductas socialmente reprobables (9).

Esta interpretación viene avalada por la jurisprudencia más reciente; así la sentencia del Tribunal Supremo de 23 Octubre de 1.983 conoce de un supuesto de revocación de donación hecha por los padres en favor de su hija, a la que luego se procesa por lesiones producidas a su padre, pero no a su madre, no existiendo por tanto delito contra uno de los donantes. El Tribunal Supremo rechaza el motivo del recurso basado en ello y mantiene el pronunciamiento revocatorio de la donación, afirmando que al lado de las lesiones causadas al padre están las coacciones y vejaciones producidas a ambos cónyuges, las cuales tienen una naturaleza penal indudable aunque no llegaran a ser calificadas de punibles y, consiguientemente, a ser sancionadas por la competente jurisdicción penal.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Noviembre de 1.987, el art. 648, núm 1º, se refiere como causa de revocación de donaciones al hecho de “cometer el donatario algún delito contra la persona, la honra (hoy, el honor, en virtud de la ley reformadora de 15 de Octubre de 1.990) o los bienes del donante”, expresiones que por su literalidad no hay que reconducir a títulos del Código penal en concreto, pues no existe con esas palabras más que el título de “delitos contra las personas”; de ahí que la norma haya de interpretarse, como hace gran parte de la doctrina científica, en el sentido de que no es preciso para que se produzca el efecto revocatorio que se trate de uno de los delitos catalogados en el Código penal contra las personas, la honestidad o la propiedad, sino que el precepto se refiere a todos aquellos por los cuales resulte ofendido el donante que revelen ingratitud. Así lo es, sin duda, la condena por un delito de coacciones que afecta a la libertad y seguridad de la persona del donante, puesto que es innegable que un delito de esa naturaleza recae directamente sobre la persona física del sujeto pasivo, que se ve constreñido o coartado en su libertad de conducta, sea ésta lícita o ilícita, y sufre personalmente los efectos de la conducta del agente o sujeto activo del delito. Criterio análogo ha seguido la S. 23 oct. 1983, de la que se deduce que no sólo cuando haya delito declarado, y frente al sujeto pasivo del mismo, actúa esta causa de revocación de donaciones por ingratitud, sino también aunque otro de los donantes no sea a la sazón sujeto pasivo y para el que la acción delictiva sobre el otro repercute solamente como conducta socialmente reprochable condenable, que es suficiente para la revocación sin necesidad de que formalmente haya sido declarado delito.

Una ulterior sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de Diciembre de 1.993, alerta contra una interpretación extensiva y amplia del precepto, al indicar que las dos sentencias transcritas, si bien abogan por una interpretación amplia de dicho precepto legal, se refieren a conducta socialmente reprochable pero con base en acciones que puedan ser delictivas aunque no formalmente declaradas tales, quedando excluidas aquellas conductas, como las que describe la sentencia recurrida, de enfrentamientos dialécticos entre hermanos

por cuestiones particulares sin trascendencia social, aunque repercutan en cierta medida sobre el donante, favorecedor de sus descendientes; por ello -sigue diciendo la sentencia -no concurre en el caso ahora contemplado lo que se entiende por ingratitud en su sentido propio, como “desagradecimiento, olvido o desprecio de los beneficios recibidos” de la recurrente; o al menos ello no deriva de la apreciación de la prueba que efectuó la Sala de instancia, a la que como se dijo ha de atenerse este Tribunal, y menos tomando como base el precepto legal, que alude solamente a “delitos”.

Muy interesante resulta la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1.995, dictada precisamente en un litigio que comenzó en uno de los Juzgados de Primera Instancia de Mallorca. Se trataba de la revocación de una donación de bienes inmuebles realizada por los padres en favor de la hija común, en razón al hecho de haber ésta abandonado el hogar en el que convivía con su esposo, hijos y padres donantes para trasladarse a Palma a fin de convivir con una persona de raza árabe. La anécdota, –que guarda obvias concomitancias con la conocida novela de Antonio Gala “La pasión turca”, aunque en esta ocasión el amante era marroquí– da ocasión al Tribunal Supremo para alertar de nuevo contra una interpretación excesivamente laxa del precepto sancionador de la revocación de las donaciones por ingratitud.

Comienza por indicar el Tribunal Supremo que el art. 648.1 Cc se refiere, como causa de revocación de donaciones, al hecho de cometer el donatario algún delito contra las personas, la honra (hoy, el honor) o bienes del donante, expresiones éstas que por su literalidad no hay que encajar en títulos concretos del CP; de ahí que la norma haya de interpretarse como hace la doctrina científica y la jurisprudencia, en el sentido de que no es preciso, para que se produzca el efecto revocatorio, que se trate de uno de los delitos catalogados en el CP contra las personas, la honestidad o la propiedad, sino que el precepto se refiere a todos aquellos por los cuales resulte ofendido el donante y que revelen ingratitud.

Hace después una referencia a la comunis opinio doctrinal, que entiende suficiente para la revocación de la donación una conducta socialmente reprochable, pero introduciendo el importantísimo matiz de que tales conductas socialmente reprochables han de consistir en acciones que puedan ser consideradas delictivas, aún cuando no hayan sido declaradas formalmente tales.

Ello determina la improsperabilidad del recurso deducido por los padres donantes contra la sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 3<sup>a</sup>), la cual, a su vez, había desestimado el recurso de apelación interpuesto por los mismos contra la sentencia del Juzgado desestimatoria de la demanda.

El razonamiento del Tribunal Supremo es ciertamente lógico y plausible. El Tribunal de casación –se dice en la sentencia– comparte en conjunto el parecer del Tribunal de instancia, que atribuyó a los padres de la demandada

una actitud de intolerancia, cuando no de racismo, tratando de presionar y desprestigiar a su hija no sólo por haber abandonado su domicilio con un hombre, sino, sobre todo, por considerar grave la afrenta al ser el amante persona de raza árabe. No puede estimarse mancillada la honra del padre por haber abandonado la hija a su marido e hijas, máxime cuando estas últimas personas han olvidado –reanudando la convivencia familiar– la crisis que motivó el abandono; además, ningún delito propiamente dicho ha cometido la donataria por el que resulten ofendidos los donantes, y si la causa de la revocación se busca en la conducta observada por la hija al abandonar el domicilio conyugal para trasladarse a convivir con otro hombre de raza árabe, la única persona ofendida podría ser el esposo de la donataria, pero en modo alguno los donantes, pues aún comprendiendo que dicha conducta, socialmente reprochable, especialmente en un pueblo, puede afectar y causar disgustos a los padres, no es motivo suficiente para arroparla en el art. 648.1 Cc.

Meditando sobre las sentencias transcritas, tal vez pueda llegarse a la conclusión de que sea ésta una de las materias en las que es más difícil dar reglas o criterios uniformes de interpretación. Antes al contrario, por la innegable incidencia de elementos éticos o morales en el caso a juzgar, es muy posible que en alguno supuestos se considere por los Tribunales que no existe ingratitud si no ha realizado el donatario acciones contra los donantes que puedan ser consideradas como delito, aún cuando no haya existido sentencia previa penal ni siquiera apertura de diligencias penales, mientras que, en otros, considerarán que basta la existencia de conductas socialmente reprochables para que proceda la revocación. Entre otras cosas porque la legislación penal no puede tipificar como delitos todas las acciones susceptibles de entrar en el concepto de conductas socialmente reprochables.

Es posible que con ello sufra la seguridad jurídica, pero es indudable que se dispondrá así de unos criterios que permitan un tratamiento más justo del caso a juzgar. De todos modos, cuando se proceda a revocar una donación por ingratitud en base a una conducta del donatario que no se pueda encajar en los tipos delictivos sancionados por la ley penal, debe exigirse que sean actos ejecutados con total voluntariedad, graves y trascendentes, sin que haya mediado provocación por parte del donante, demostrativos de la escasa o nula consideración que al donatario merece el donante y constitutivos de lo que la doctrina ha llamado conductas socialmente reprochables, en el sentido de merecer un juicio colectivo altamente desfavorable, al revelar que el donatario no se ha hecho, en definitiva, merecedor de la donación que anteriormente se le hizo.

## **5.– Inexistencia de abuso de derecho.**

Finaliza la sentencia haciendo unas atinadas consideraciones sobre el abuso del derecho, introducido por la parte recurrente como tercer motivo de

casación. La improcedencia del mismo en el presente caso –en el que, hablando propiamente, no hay un derecho ejercitado abusivamente por la donataria demandada sino un incumplimiento por la misma de unas obligaciones, aunque derivadas de un anterior contrato de mandato y no de la donación universal– es manifiesta. Por ello, y en virtud de todo cuanto se expresa en el fundamento jurídico séptimo, el tercer motivo del recurso sigue igual suerte desestimatoria que los otros dos.

Palma de Mallorca, a 17 de Marzo de 1.995

#### NOTAS

- (1) El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca. La donación universal de bienes presentes y futuros. Palma 1.976.
- (2) Aparte del conocido VOTO PARTICULAR de Guasp y Socías (Palma 1.930), puede citarse el acuerdo adoptado por el Colegio de Abogados de Palma mientras se estaba elaborando el Código civil, partidario de hacer, en beneficio de la unidad “todas las supresiones de este Fuero que no perturben el estado jurídico de las Islas”.
- (3) Pons y Marqués, Félix, DERECHO CIVIL DE MALLORCA, publicado en NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA, Barcelona 1.950, pág. 281.
- (4) Lacruz-Sancho, DERECHO DE SUCESIONES, Barcelona 1.971, tomo I, págs. 731 y 732.
- (5) Pueden verse en este sentido SALVA, Derecho de Familia en Mallorca, Palma 1.918, pág.145, HERNANDEZ-CANUT y ESCRIVA, La Compilación del Derecho civil especial de Baleares, publicado en Anuario de Derecho civil 1.961 fascículo III, pág. 668, SUBIAS FELIU, La Compilación del Derecho civil especial de Baleares, publicado en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 210 (1.961), pág 622 y MASOT MIQUEL, (Ob. citada, pág. 15 y siguientes).
- (6) Así LACRUZ, Elementos del Derecho civil II-3º, pág. 66.
- (7) Por todos, DIAZ ALABART, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Tomo VIII, vol. 2º, pág. 374.
- (8) LACRUZ, Ob. cit., pág. 67.
- (9) DIAZ ALABART, Ob. cit., pág. 429.

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 28 de Febrero de 1.991 afronta un supuesto litigioso de una gran complejidad, en el que se suscitan muchas y muy interesantes cuestiones de nuestro Derecho civil. La circunstancia de que algunas de ellas las resolviera la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial sin que sobre las mismas se pronunciara el Tribunal de Casación, al no ser objeto de recurso, impone la publicación de esta sentencia, en cuyo primer Fundamento de Derecho se recoge, además, un resumen de los hechos.

## **SENTENCIA N° 492**

Ilmo. Sr.

Presidente:

Don Carlos Gómez Martínez

Ilmos. Sres.

Magistrados:

Don Guillem Rosselló Llaneras

Doña Rosa Rigo Rosselló

Palma de Mallorca, a 27 de Julio de 1990

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, Juicio Declarativo de Menor Cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n°1 de Manacor, bajo el número 142 de 1988, Rollo de Sala número 410 de 1989, entre partes, de una como actor-apelante Don L. V. V., representado por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Ferrer Amengual y defendido por el letrado Don Jorge Carreras Llansana, y de otra, como demandados-apelantes Doña M. y Doña J. A. B. N., representadas por el Procurador Don Francisco Javier Gayá Font y defendidas por el letrado Don Miguel Coll Carreras.

Es ponente el Ilmo. Sr. Presidente Don Carlos Gómez Martínez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.— Por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Manacor, el 24 de mayo de 1989 se dictó sentencia cuyo fallo dice: “Que

estimado parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Quetglas en representación de Don L. V. V., contra Doña M. y Doña J. A. B. N., declaro: 1.— Que los bienes relictos por Don J. V. T. en su último y válido testamento de 14 de octubre del 33, adjudicados a Don M. V. V., por medio de escritura de manifestación, partición y entrega de legados de 5 de julio de 1935 han pasado a ser del actor al fallecer el referido Don M. V. V. el día 30 de septiembre de 1976 sin dejar descendencia. 2.— En su condición de heredero fidelcomisario y al cumplirse la correspondiente condición, el actor se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones que incumbían al fiduciario en el llamado contrato de arrendamiento del inmueble e industria concertado el 1 de marzo de 1982, con la compañía “S.T. de P.M. S.A.” y en la correspondiente relación jurídica nacida de dicho contrato existente hoy con la compañía “S.A. del C.M. S.A.” por su absorción de la primitiva arrendataria. 3.— Las demandadas, como causahabientes de Don M. V. V., heredero fiduciario por Don J. V. T., tienen derecho a detraer de los bienes fideicomitidos la cuarta trebeliánica, previa la correspondiente liquidación. 4.— Las demandadas tienen derecho a retener los bienes objeto de fideicomiso hasta que les sea liquidado el valor de la cuarta trebeliánica lo cual deberá llevarse a efecto en ejecución de sentencia. 5.— Las rentas correspondientes a la anualidad de 1986 del arriendo de la segunda declaración pertenecen a las demandadas. Absolviendo a las partes de los demás pedimentos articulados en los escritos de demanda y reconvención. Condeno a las partes a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, debiendo cada parte satisfacer las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad”

SEGUNDO.— Contra la anterior sentencia se interpuso por las partes actora y demandada recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos y mejorado en tiempo y forma, y seguido el recurso por sus tramites, se celebró vista el día 23 de julio de 1990, con asistencia de las defensas de las partes, informando en voz en dicho acto sus letrados en apoyo de sus respectivas pretensiones.

TERCERO.— En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a los que siguen:

PRIMERO.— Son hechos admitidos por las partes y que deben ser tomados en consideración para la resolución del presente pleito los siguientes: 1) el 14 de octubre de 1934, Don J. V. T. otorgó testamento en el que instituyó herederos propietarios a sus dos sobrinos Don L. V. V. y Don M. V. V. disponiendo que si cualquiera de ellos fallecía sin descendencia, le sustituiría el otro que



le sobreviviese; 2) Don J. V. T. falleció, vigente este testamento, el 14 de febrero de 1935, otorgándose el 5 de julio siguiente escritura pública de manifestación, partición y entrega de legados en virtud de la cual se adjudicó a Don M. V. V. una parte de la finca denominada “Punta Mitjana” sita en Porto Petro que, por su proximidad al mar y la instalación en su suelo de un complejo turístico adquiriría importancia económica; 3) en efecto, en la década de los sesenta el arrendatario de “Punta Mitjana”, “P.T. S.A.” construyó en la finca edificaciones e instalaciones propias de una industria de camping que, en virtud de lo pactado con el heredero fiduciario, devendrían, al cabo de 20 años, de propiedad de Don M.V.; 4) el 4 de diciembre de 1967 se formalizó un contrato de arrendamiento entre Don M. V. y Don A. M. R. que tenía por objeto la finca y sus instalaciones en el que se estipuló que estas últimas pasarían a ser, el 1 de abril de 1982, propiedad del arrendador; 5) en el propio contrato de arrendamiento se previó la posibilidad de subrogación en la titularidad arrendaticia que se produjo en favor de “S.T. P.M. S.A.”, entidad con la que se celebraría nuevo contrato de arrendamiento el 1 de marzo de 1982; 6) el 25 de octubre de 1979 Don M. V. otorgó testamento en el que nombraba heredera fiduciaria a su esposa Doña A. C. V. y herederas fideicomisarias de residuo a sus sobrinas Doña M. N. V. y Doña M. V. V.; 7) el 14 de junio de 1982 Don M. V. V. vendió a las hoy demandadas Doña M. y Doña J. A. B. N. hijas de Doña M. N. V., el derecho a detraer la cuarta trebeliánica y a obtener el valor de las mejoras que correspondían a Don M. V. como heredero fiduciario de Don J. V. T., todo ello bajo condición suspensiva de que se produjese el fallecimiento, sin hijos, del vendedor; 8) el 30 de septiembre de 1986 murió, sin descendencia, Don M. V. V.; 9) el 13 de noviembre de 1986 la heredera fiduciaria de residuo de Don M., su esposa Doña A. C. V., otorgó escritura pública en la que ratificaba la transmisión verificada por su causante de la cuarta trebeliánica, derecho al valor de las mejoras, posesión y derecho de retener en favor de las demandadas, hermanas B. N.

SEGUNDO.— El desarrollo de los hechos anteriormente relatados ha generado el conjunto de cuestiones sometidas a la decisión de la Sala y que las propias partes recurrentes han sintetizado en tres puntos; a) la validez de la transmisión en favor de las demandadas de la cuarta trebeliánica y derecho a percibir mejoras que correspondían a Don M. V. V. como heredero fiduciario; b) si las demandadas tenían derecho al valor de las mejoras útiles efectuadas en la finca “Punta Mitjana” en vida del heredero fiduciario; c) si las hermanas B. N. gozan del derecho de retención sobre los bienes puestos en fideicomiso mientras no sean reintegradas de la cuarta trebeliánica y de las mejoras. La parte actora principal niega validez a la escritura de 14 de junio de 1982 en virtud de la cual Don M. V. transmitía a las hoy demandadas su derecho a la cuarta trebeliánica y al valor de las mejoras por entender que al someterse la compraventa a la condición suspensiva de que el vendedor

muriese sin hijos, se configuró un pacto sucesorio no previsto en la Compilación y, por tanto, prohibido por su art. 6. Argumenta, además, que dicho negocio jurídico no pudo producir efecto pues al no haber detraído el heredero fiduciario su cuarta trebeliánica y no haberla transmitido a sus herederos, se produjo una renuncia tácita, semejante a la prevista en el art. 200 de la Compilación Catalana y aplicada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 1980.

TERCERO.— El derecho a detraer la cuarta trebeliánica había quedado incorporado al patrimonio de Don M. V. V. desde la delación a la herencia del fideicomitente Don J. V. T. pues; a) a diferencia de lo previsto en el art. 784 del Código Civil con arreglo al cual “el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario”, el art. 27, primer inciso, de la Compilación de Baleares exige que el fideicomisario sobreviva al instante en que la condición se cumpla para que se opere la adquisición. Mientras los bienes se hallan en poder del fiduciario, el fideicomisario solo tiene en el derecho propio de las Baleares, una expectativa. El haz de facultades que integran el dominio, con excepción de las de disponer y gravar sobre las que recaen ciertas limitaciones que, como se dirá más adelante, no afectan a la cuarta trebeliánica, pertenece, pendiente la condición al heredero fiduciario; b) el art. 33 b) de la Compilación permite que el fiduciario enajene o grave bienes fideicomitados para satisfacerse de la cuarta trebeliánica sin otro requisito que la notificación a los fideicomisarios conocidos lo que revela su concepción legal como integrante del activo del patrimonio del heredero fiduciario y como tal susceptible de ser transmitido por acto intervivos o mortis causa; c) este último supuesto, cesión “mortis causa”, es el previsto en el art. 29 de la Compilación que establece que el derecho a retraer la cuarta trebeliánica es transmisible a los herederos. La duda sobre la validez del contrato otorgado 14 de junio de 1982 no surge de que este tuviese por objeto, además del derecho de indemnización por las mejoras, la cuarta trebeliánica, sino porque la transmisión se condicionó a la muerte, sin hijos, del heredero fiduciario. Así, en la estipulación primera del documento firmado por las demandadas y su causahabiente leemos: “Don M. V. V. vende, cede y transfiere a favor de Doña M. B. N. y Doña J. A. B. N. todos los derechos y acciones que, caso de cumplirse la condición de que el cedente falleciera sin descendencia, le corresponderían en su cualidad de fiduciario en cuanto a la detracción de la cuarta trebeliánica y la obtención de las mejoras habidas en fideicomiso y que han sido relacionadas en la parte expositiva. En su consecuencia, las cesionarias, caso de cumplirse la condición que se configura como suspensiva...”. El art. 6 de la Compilación prevé como contrato sucesorio, únicamente, las donaciones universales de todos los bienes presentes y futuros y de ello los comentaristas, aunque con matices, deducen la imposibilidad de otro tipo de

pactos sucesorios. La doctrina no es unánime al conceptuar la sucesión contractual y el pacto sucesorio. Así para Roca Sastre y Puig Brutau, el segundo es todo convenio que se refiera a materia sucesoria pudiendo ser su objeto la institución de heredero, la ordenación de un legado o la renuncia a suceder. En cambio, según estos autores, cuando se habla de sucesión contractual, la materia queda reducida a la primera de estas manifestaciones, es decir, a la institución de heredero. Por su parte, Miguel Masot, al comentar el art. 6 de la Compilación señala que “todo contrato sucesorio viene marcado por dos características esenciales; entrañar una institución de heredero y ser irrevocable”. El art. 1271 del Código Civil prohíbe aquellos contratos que tengan por objeto la herencia futura. El demandante reconvenional sostiene que al provenir el derecho a detraer la cuarta trebeliánica de la herencia abierta a la muerte del fideicomitente, el contrato discutido hace referencia a una herencia ya deferida, no a una herencia futura. Sin embargo, hemos de hacer las siguientes precisiones; a) la escritura de 14 de junio de 1982 tenía por objeto no sólo el derecho a detraer la cuarta trebeliánica sino también el de percibir el valor de las mejoras, derecho este último que no proviene de la herencia del fideicomitente sino, como más adelante se razonara de la condición de poseedor de buena fe del fiduciario; b) ambos derechos se habían incorporado al patrimonio de Don M. V. V. cuando dispuso de ellos y, al igual que el resto de los elementos que lo integran pudieron haber sido transmitidos a su herederos (recuerdese lo mas arriba comentado en relación al art. 29 de la Compilación); c) el fiduciario pudo haber detraído su cuarta trebeliánica y vender los concretos bienes que la integraban a las hijas de su sobrina o transmitirles el derecho a detraer sin hacer depender los efectos de la enajenación de su fallecimiento sin hijos puesto que la cuarta trebeliánica le correspondía desde que se abrió la sucesión del fideicomitente; d) al deferir los efectos de la transmisión al momento en que se produjese la muerte de una de las partes, el negocio jurídico hacia referencia a la futura sucesión del vendedor ya que, entre otras cosas, desviaba la cuarta trebeliánica del camino previsto en el art. 29 de la Compilación y participaba, en cierto modo, de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad tal como prevé el art. 620 de Código Civil para las donaciones “mortis causa”. Por todo lo anterior, la tan comentada escritura de 14 de junio de 1982 al poder entrañar un pacto sucesorio, no es apta para que en ella pueda fundarse la pretensión de las actoras reconvenionales.

CUARTO.—La parte actora principal entiende que al no haber detraído el fiduciario la cuarta trebeliánica en vida ni haberla transmitido expresamente a los herederos, conforme a su entender exige el art. 29 de la Compilación y siendo nula la escritura de 14 de junio de 1982, se ha producido una especie de renuncia tácita semejante a la prevista en el art. 200 de la Compilación Catalana. Dicho precepto no es de aplicación al caso que nos ocupa porque

hace referencia al supuesto de que el fiduciario haga entrega al fideicomisario de la posesión de los bienes fideicomitidos sin hacer reserva de la cuarta trebeliánica, entrega que no se produjo en vida del causante y tampoco después de su muerte como revela la misma existencia del presente pleito en el que ambas partes pretenden tener la posesión mediata de los bienes puestos en fideicomiso. En definitiva dicho precepto descansa sobre la inactividad del fiduciario en el transito de los bienes fideicomitidos al fideicomisario, transito que en caso enjuiciado aún no se ha tenido lugar. Pero es mas, respecto a la renuncia de derechos, la Jurisprudencia viene insistentemente exigiendo que la misma, como todo acto de desprendimiento y de perdida, debe manifestarse de forma clara, precisa e inequívoca (SSTS de 7 de diciembre de 1983, 26 de septiembre de 1983 y 1 de diciembre y 11 de junio de 1987, entre otras muchas). Dicha manifestación terminante no se ha producido en el supuesto sometido a nuestra decisión, más bien lo contrario, puesto que, con independencia de la validez y efectos que pudiera tener, la escritura de 14 de junio de 1982 lo que si recoge es una manifestación de voluntad de Don M. V. V. de hacer efectivo, de alguna manera, su derecho a la cuarta trebeliánica.

QUINTO.— La dirección letrada de Don L. V. V. mantiene que la transmisión a los herederos del fiduciario de la cuarta trebeliánica a la que se refiere el art. 29, párrafo primero de la Compilación, ha de ser una transmisión expresa. Dicha argumentación no puede ser acogida por este Tribunal por los siguientes motivos ; a) Supone añadir un requisito o exigencia allí donde la ley nada había previsto; b) debemos entender que dicha transmisión expresa se verificaría a través de testamento. ¿Que ocurriría, entonces, con los herederos abintesto a los que el art. 29 de la Compilación no discrimina de los testados?; c) dicha interpretación no parece conforme con el espíritu de la ley que, en esta materia de cuarta trebeliánica parte del principio contrario, es decir, de que la cuota puede detraerse si el fideicomitente no lo ha prohibido expresamente. Al no otorgarse a la escritura de 14 de junio de 1982 los efectos pretendidos por las demandadas por poder suponer un pacto sucesorio prohibido por la ley, hemos de concluir que el derecho a detraer la cuarta trebeliánica se transmitió a la heredera fiduciaria de residuo, Doña A. C. V. Llegados a este punto hemos de hacer la advertencia de que la sentencia de primera instancia contiene un error al dar por sentado que las herederas de Don M. V. V. eran las demandadas. En efecto, como ya se indico en el fundamento jurídico primero, punto 6 de la presente resolución, en su testamento de 25 de octubre de 1979 Don M. V. V. instituyó heredera fiduciaria de residuo a su esposa, Doña A., y herederas fideicomisarias de residuo a sus sobrinas Doña M. V. V. y Doña M. N. V., esta última madre de las demandadas. Así se desprende con toda claridad del expositivo I del documento de 13 de noviembre de 1986, aportado con la contestación a la demanda.

SEXTO.— Doña A. C. V. adquirió, como heredera de Don M. V. V., el derecho a detraer la cuarta trebeliánica y a obtener el valor de las mejoras introducidas en vida del fiduciario en los bienes fideicomitidos y como titular que era de tales derechos, los transmitió a las demandadas en virtud de escritura de 13 de noviembre de 1986, al tiempo que les hacía entrega de su posesión y del derecho a retenerlos en tanto no les hubiera sido satisfecha la cuarta trebeliánica y el importe de las mejoras. Se trata de una transmisión entre vivos que no se supedita al fallecimiento de ninguna de las partes ni de un tercero puesto que produce efectos desde el mismo instante de su otorgamiento y, en consecuencia, debe reputarse enteramente válida. Digamos, además, que la parte demandada reconvenional no ha impugnado dicho documento ni cuestionado su eficacia excepto en el extremo, antes comentado y rechazado, de que Doña A. C. V. no podía transmitir un derecho que, según la tesis de esta parte procesal, se había extinguido por renuncia tácita del heredero fiduciario. De esta manera la vía que la dirección letrada de la parte demandada principal y actora reconvenional consideraba subsidiaria, es decir, aplicable sólo en defecto de la principal línea de argumentación (plena validez de la escritura de 14 de junio de 1982), pasa a ser la que da auténtico fundamento a sus pretensiones.

SEPTIMO.— La Compilación no regula explícitamente el tema de las mejoras que el fiduciario haya podido realizar en los bienes puestos en fideicomiso. El art. 185 de la Compilación Catalana, en cambio, contempla el derecho a las mejoras configurandolo como crédito que el fiduciario o sus herederos pueden hacer efectivo en el momento de la restitución de los bienes fideicomitidos. Los comentaristas de la Compilación entienden que el heredero fiduciario goza de los mismos derechos que el Código Civil, singularmente sus arts. 453 y 456, concede al poseedor de buena fe. La parte demandada reconvenional tampoco niega al fiduciario, en general, el derecho a las mejoras pero, en argumentación que la sentencia de primera instancia hace suya, estima que al haber realizado las edificaciones e instalaciones sobre el suelo de “Punta Mitjana” un tercero, en concreto, la entidad “P.T. S.A.”, primitivo arrendatario, no correspondía a Don M. V. y, por tanto, tampoco a sus causahabientes, derecho alguno a percibirlos. Es un hecho admitido por las partes que sobre la mencionada finca se realizó un complejo apto para la explotación turística. Es cierto que no ha quedado plenamente acreditado que las principales inversiones las hiciese, personalmente, Don M. V. pero lo que es indudable es que estas hubieron de repercutir sobre su patrimonio. Al decidirse por la explotación de “Punta Mitjana” el heredero fiduciario tenía dos opciones; hacer una fuerte inversión inicial que le posibilitara el cobro de una elevada renta o permitir que el propio arrendatario hiciese la inversión lo cual, obviamente, había de redundar en una renta inferior. Don M. V. optó por esta segunda solución, pero ello no implica, ni mucho menos, que su patrimonio no se viese afectado en cuanto que, en definitiva,

tuvo menos ingresos a cambio de, al cabo de los veinte años que se pactaron, devenir propietario de lo construido. Por tanto, debe darse acogida en este punto a las pretensiones de la parte apelante y actora reconvenzional y revocar en este extremo la sentencia dictada por el Juez “a quo”.

OCTAVO.— Resueltos los temas de la transmisión de la cuarta trebeliánica y del derecho a percibir el valor de las mejoras, hemos de abordar el del derecho de retención accesorio a ambos (art. 36 de la Compilación y art. 453 del Código Civil). La demandada reconvenzional considera que, aunque se tuviese por válida la transmisión de la cuarta trebeliánica, no correspondería a las hermanas B. N. el derecho de retención ya que el art. 36 de la Compilación lo concede sólo a los fiduciarios y a sus herederos, condición que no reúnen las demandadas principales. Dicha objeción quedaría circunscrita a la cuarta trebeliánica pues en cuanto al derecho a percibir mejoras, las demandadas, en virtud de lo dispuesto en el art. 440 y 438 del Código Civil, son poseedoras de los bienes y, gracias a lo previsto en el art. 453, pueden retenerlos hasta que se les abonen los gastos necesarios y útiles. En cuanto a la cuarta trebeliánica, es cierto que el art. 36 de la Compilación considera como titulares del derecho de retención solo al fiduciario y sus herederos pero si hemos dejado sentado anteriormente que la heredera de Don M., transmitió, por acto intervivos, su derecho a detraerla, igualmente hemos de entender que se transmitió este derecho de retención accesorio del anterior, y comprendido expresamente en el pacto tercero de la escritura de 13 de noviembre de 1986. Las hermanas B. N. como poseedoras de buena fe de los bienes fideicomitidos tiene derecho, además, a hacer suyos los frutos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión (art. 451 del Código Civil).

NOVENO.— Al estimarse parcialmente la demanda instauradora de la litis que solicita algunos pronunciamientos que son procedentes a los que se opuso la parte demanda, en virtud de lo dispuesto en el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas causadas en primera instancia. Siendo el contenido de la presente resolución agravatorio para la apelante-actora, en relación a la sentencia dictada en primera instancia, al concederse a las demandadas y a la vez actoras reconvenzionales y apelantes el derecho a percibir mejoras que la resolución recurrida les había negado, procede condenar a la primera al pago de las costas ocasionadas en esta alzada conforme a lo establecido en el art. 710 de la Ley Procesal.

## **FALLO**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los Tribunales Don Pedro Ferrer Amengual, en nombre y representación de Don L. V. V., contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de

Primera Instancia nº 1 de Manacor el día 24 de mayo de 1989 en el juicio declarativo de menor cuantía del que el presente rollo dimana.

Se estima el recurso de apelación interpuesto contra la misma sentencia por el procurador Don Francisco Javier Gayá Font, en nombre y representación de Doña M. y Doña J. A. B. N. En consecuencia, se revoca y deja sin efecto dicha resolución y en su lugar:

Previa estimación parcial de la demanda interpuesta por el procurador don Bartolomé Quetglas Mesquida en nombre y representación de Don L. V. V. y de la íntegra estimación de la demanda reconvenzional interpuesta por el procurador de los Tribunales Don Francisco Riera Jaume, en nombre y representación de Doña M. y Doña J. A. B. N.

1. Se declara que los bienes relictos por Don J. V. T. en su testamento de 14 de octubre de 1933, adjudicados a Don M. V. V. mediante escritura de 5 de julio de 1935, han pasado a ser propiedad de Don L. V. V. por haber fallecido Don M. V. V. el 30 de septiembre de 1986.

2. Se declara igualmente que, en su condición de heredero fideicomisario, al cumplirse la condición de morir el testador sin hijos, Don L. V. V. se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones que incumbían al fallecido Don M. V. V. en el llamado contrato de arrendamiento de inmueble e industria, concertado el día 1 de marzo de 1982, todo ello sin perjuicio de lo acordado en los pronunciamientos 4 y siguientes de esta misma resolución.

3. Se absuelve a las demandadas del resto de los pedimentos de la demanda instauradora de la litis.

4. Se declara que Doña M. y Doña J. A. B. N. tienen derecho a detraer de los bienes fideicomitidos la cuarta trebeliánica, con práctica de la liquidación pertinente.

5. Se declara que Doña M. y Doña J. A. B. N. tienen derecho a ser indemnizadas por el valor de las mejoras consistentes en complejo industrial conocido por “camping” de Porto Petro, introducidas en la finca “Punta Mitjana”.

6. Se declara que Doña M. y Doña J. A. B. N. son poseedoras, reales, efectivas y de buena fe, de los bienes fideicomitidos cuya posesión les fue transmitida por Doña A. C. V., viuda y heredera de Don M. V. V., sin que desde entonces, haya habido interrupción.

7. Se declara que Doña M. y Doña J. A. B. N. tienen derecho a retener los bienes fideicomitidos y a percibir los correspondientes frutos, en tanto no se les reintegre la cuarta trebeliánica y se les satisfaga el importe de las mejoras reseñadas en el punto 5 de esta parte dispositiva de esta sentencia, previa las pertinentes operaciones de partición y liquidación que se llevarán

a efecto en trámite de ejecución de sentencia.

8. Se condena a Don L. V. V. a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

No se hace pronunciamiento respecto a las costas de la primera instancia. Se condena a la parte actora principal y apelante al pago de las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se libraré certificación para su unión al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.



**Tribunal Superior de Justicia de Baleares**  
**Sala de lo Civil**

**SENTENCIA N° 1/91**

Excmo. Sr.  
Presidente:  
Don Angel Reigosa Reigosa

Ilmos. Sres.  
Magistrados:  
Don Alvaro Blanco Alvarez  
Don Francisco J. Muñoz Jiménez  
Don José Zaforteza Calvet  
Don Juan López Gayá

En la ciudad de Palma de Mallorca, a veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y uno.

VISTOS por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, integrada por los Sres. del margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada, en grado de apelación, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de los autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía con reconvenición, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Manacor sobre determinados declaraciones, cuyo recurso fué interpuesto por Don L. V. V., representado por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Ferrer Amengual y asistido por el Abogado Don Jorge Carreras Llansana, en el que son recurridas Doña M. y Doña J. A. B. N., representadas por el Procurador Don Francisco Javier Gayá Font y asistidas por el Abogado Don Miguel Coll Carreras.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1.– El Procurador de los Tribunales Don Bartolomé Quetglas Mezquida, en la representación de Don L. V. V., formuló demanda de Menor cuantía contra Doña M. y Doña J. A. B. N., ante el juzgado de 1ª instancia número Uno de Manacor, en la cual tras exponer los hechos y fundamentos de derechos

que estimó de aplicación, terminó suplicando que, previos los trámites correspondientes, se dicte sentencia por la que: 1º.— Se declare que los bienes relictos por Don J. V. T., en su último y válido testamento de 14 de octubre de 1.933, adjudicados a Don M. V. V., por medio de escritura de manifestación, partición y entrega de legados de 5 de julio de 1.935, han pasado a ser propiedad de mi mandante al fallecer el referido Don M. V. V., el día 30 de septiembre de 1.986, sin dejar hijos ni descendientes. 2º.— Se declare igualmente que, en su calidad de heredero fideicomisario y al cumplirse la condición de morir el fiduciario sin hijos ni descendientes, mi mandante se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones que incumbían al fallecido Don M. V. V. en el llamado contrato de arrendamiento de inmueble e industria, concertado el 1º de marzo de 1.982, con la compañía “S.T. de P.M. S.A.”, y en la correspondiente relación jurídica, nacida de dicho contrato, existente hoy con la compañía “S.A. del C.M, S.A,” y por su absorción de la primitiva arrendataria. 3º.— Se declare igualmente que las demandadas se arrojan sin título ni derecho, la propiedad y posesión de los bienes objeto de las anteriores declaraciones. 4º.— Se condene a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, además: A) abstenerse de realizar acto alguno de disposición, posesión o administración sobre los bienes a que se contraen las dos primeras declaraciones y a no arrogarse, en lo sucesivo, la propiedad o la posesión de los bienes en cuestión. B) A abstenerse igualmente en lo sucesivo de perturbar las relaciones arrendaticias descritas en el pedimento segundo y a desistir de cualquier acción que hubiesen emprendido contra la sociedad arrendataria. C) A reintegrar a mi mandante la suma percibida, como renta de la anualidad correspondiente al año 1.986, de la sociedad arrendataria, en la cuantía que se determine en período probatorio, y con más los intereses legales desde la fecha de su percepción hasta la del efectivo reintegro. Y D) Al pago de las costas causadas en el juicio, a no ser que se allanen a las justas pretensiones de su representado.

2.— El Procurador de los Tribunales Don Francisco Riera Jaume, en nombre y representación de Doña M. y Doña J. A. B. N., contestó a la demanda oponiéndose a la misma, en base a los hechos expuestos y después de legar los fundamentos de derecho oportunos, finalizó suplicando al Juzgado dictara sentencia desestimando la demanda íntegramente y absolviendo de la misma a sus representadas, condenado a Don L. V. V. al pago de las costas del juicio; formulando por medio de otrosí, al amparo del artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconvención contra el susodicho Don L. V. V., en la cual tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportuno finalizó suplicando al juzgado que a la vista de las alegaciones expuestas, tuviera por planteada reconvención, en nombre de Doña M. y Doña J. A. B. N., contra Don L. V. V., con el fin de que, en la sentencia que se dicte, se comprendan los siguientes pronunciamientos: 1º.— Declarar que Doña M. y

Doña J. A. B. N. como causahabientes de Don M. V. V., heredero fiduciario de Don J. V. T. tienen derecho a detraer de los bienes fideicomitidos la cuarta trebeliánica, con práctica de la partición y liquidación pertinentes. 2º.— Declarar que sus representadas tienen asimismo derecho a ser indemnizadas por el valor de las mejoras consistentes en el complejo industrial conocido por “Camping” de Porto Petro, introducidas en la finca “Punta Mitjana” por Don M. V. V., por cuanto dicho complejo con sus elementos inmobiliarios urbanos y su fondo de comercio, es posterior al fallecimiento del fideicomitente Don J. V. T. por lo que no pudo formar parte, nunca, de los bienes objeto del fideicomiso engendrado por dicho causante. 3ª.— Declarar que Doña M. y Doña J. A. B. N. son poseedoras, en su expresada cualidad de causahabientes de Don M. V. V., de los bienes fideicomitidos que pertenecieron a Don J. V. T. y fueron deferidos a dicho Don M. V. V. a título de heredero fiduciario, y que la posesión la adquirieron, real, efectiva y de buena fe, al conferírseles, fallecido el fiduciario, por Doña A. C. V., viuda y heredera del precitado Don M. V. V., sin que, desde entonces se haya experimentado interrupción en tal orden de cosas. 4º.— Declarar que las mencionadas hermanas B. N., en su repetida cualidad de causahabientes de Don M. V. V., heredero fiduciario, tienen derecho a retener, en concepto de poseedoras de buena fe, con las facultades inherentes, como la de percepción de frutos, los bienes de Don J. V. T. atribuidos en fiducia al repetido Don M. V. V., en el bien entendido de que dicho derecho a retener subsistirá hasta que finalice satisfactoriamente el proceso de liquidación y adjudicación correspondiente al señalamiento y adjudicación adecuados en función de la cuarta trebeliánica que incumbe a sus representadas y a la determinación y efectividad, en su provecho, de las mejoras introducidas en los bienes de referencia por el fiduciario. 5º.— Declarar que, en trámite de ejecución de sentencia, ha de procederse a liquidar, con las operaciones de partición y adjudicación pertinentes, la susodicha cuarta trebeliánica y que, asimismo, en igual trámite, han de ser fijadas, para su pago inmediato, las valoraciones de las mejoras aludidas en el párrafo anterior. 6º.— Condenar al reconvenido a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, a ejecutar, de grado o por fuerza, cuanto sea necesario para la efectividad de los mismos, en todo o en parte, y, además, a pagar las costas del pleito.

3.— Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Manacor, se dictó sentencia con fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve cuya parte dispositiva es como sigue: “Fallo: que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Quetglas en representación de Don L. V. V., contra Doña M. y Doña J. A. B. N. DECLARO: 1.— Que los bienes relictos por Don J. V. T. su último y válido testamento de 14 de octubre del 33. adjudicados a Don M. V. V., por medio de escritura de

manifestación, partición y entrega de legados de 5 de julio de 1.935 han pasado a ser del actor al fallecer el referido Don M. V. V. el día 30 de septiembre de 1.976 sin dejar descendencia. 2.— En su condición de heredero fideicomisario y al cumplirse la correspondiente condición, el actor se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones que incumbían al fiduciario en el llamado contrato de arrendamiento de inmueble e industria concertado el 1 de marzo de 1.982, con la compañía “S.T. de P.M. S.A.” y en la correspondiente relación jurídica nacida de dicho contrato existente hoy con la compañía “S.A. del C.M, S.A.” por su absorción de la primitiva arrendataria. 3.— Los demandados, como causahabientes de Don M. V. V., heredero fiduciario por Don J. V. T. tienen derecho a retraer de los bienes fideicomitivos la cuarta trebeliánica, previa la correspondiente liquidación. 4.— Los demandados tienen derecho a retener los bienes objeto de fideicomiso hasta que le sea liquidado el valor de la cuarta trebeliánica lo cual deberá llevarse a efectos en ejecución de sentencia. 5.— Las rentas correspondientes a la anualidad de 1.986 del arriendo de la 2ª declaración, pertenecen a las demandadas. Absolviendo a las partes de los demás pedimentos articulados en los escritos de demanda y reconvención. Condeno a las partes a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, debiendo cada parte satisfacer las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

4.— Contra la meritada sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación por las representaciones de ambos litigantes, los que fueron admitidos en ambos efectos y recibidas las actuaciones en la Sección Tercera de la Audiencia Provincial para la sustanciación de la apelación, previos los trámites legales correspondientes, se dictó sentencia con fecha 27 de julio de 1.990, cuya parte dispositiva dice así: “FALLO: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Ferrer Amengual, en nombre y representación de Don L. V. V., contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Manacor el día 24 de mayo de 1.989 en el juicio Declarativo de Menor Cuantía del que el presente Rollo dimana. Se estima el recurso de apelación interpuesto contra la misma sentencia por el Procurador Don Francisco Javier Gayá Font, en nombre y representación de Doña M. y Doña J. A. B. N. En consecuencia, se revoca y deja sin efecto dicha resolución y en su lugar; previa estimación parcial de la demanda interpuesta por el Procurador Don Bartolomé Quetglas Mesquida en nombre y representación de Don L. V. V. y de la íntegra estimación de la demanda reconvencional interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Riera Jaume, en nombre y representación de Doña M. y Doña J. A. B. N. 1.— Se declara que los bienes relictos por Don J. V. T. en su testamento de 14 de octubre de 1.933, adjudicados a Don M. V. V. mediante escritura de 5 de julio de 1.935, han pasado a ser propiedad de Don L. V. V. por haber fallecido Don M. V. V. el

30 de septiembre de 1.986. 2. Se declara igualmente que, en su condición de heredero fideicomisario, al cumplirse la condición de morirse el testador sin hijos, Don L. V. V. se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones que incumbían al fallecido Don M. V. V. en el llamado contrato de arrendamiento de inmueble e industria, concertado el día 1 de marzo de 1.982, todo ello sin perjuicio de lo acordado en los pronunciamientos 4 y siguientes de esta misma resolución. 3. Se absuelve a las demandadas del resto de los pedimentos de la demanda instauradora de la litis. 4. Se declara que Doña M. y Doña J. A. B. N. tienen derecho a detraer de los bienes fideicomitidos la cuarta trebeliánica, con práctica de la liquidación pertinente. 5. Se declara que Doña M. y Doña J. A. B. N. tienen derecho a ser indemnizadas por el valor de las mejoras consistentes en complejo industrial conocido por “Camping” de Porto Petro, introducidas en la finca “Punta Mitjana”. 6. Se declara que Doña M. y Doña J. A. B. N. son poseedoras, reales, efectivas y de buena fe, de los bienes fideicomitidos cuya posesión les fué transmitida por Doña A. C. V., viuda y heredera de Don M. V. V., sin que desde entonces haya habido interrupción. 7. Se declara que Doña M. y Doña J. A. B. N. tienen derecho a retener los bienes fideicomitidos y a percibir los correspondientes frutos, en tanto no se les reintegre la cuarta trebeliánica y se les satisfaga el importe de las mejoras reseñadas en el punto 5 de esta parte dispositiva de esta sentencia, previas las pertinentes operaciones de partición y liquidación que se llevarán a efecto en trámite de ejecución de sentencia. 8. Se condena a Don L. V. V. a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos. No se hace pronunciamiento respecto a las costas de la primera instancia. Se condena a la parte actora principal y apelante al pago de las costas de esta alzada”.

5.—El Procurador Don Pedro Ferrer Amengual en nombre y representación de Don L. V. V., formalizó recurso de casación ante este Tribunal Superior de Justicia a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 54 de la Ley de 28 de diciembre de 1.988, fundado en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO.—Incongruencia “extrapetita” la sentencia dictada en apelación, que se denuncia al amparo del artículo 1.692, número 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haberse quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

SEGUNDO: Infracción de las normas del ordenamiento jurídico que se indicarán a continuación, y cuya denuncia se formula al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Infracción de los artículos 1.281, párrafo 1º y 1.283 del Código Civil e infracción del artículo 29 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares.

TERCERO: Incongruencia “extrapetita” de la sentencia impugnada, denunciada al amparo del número 3º del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio consistente en una infracción del artículo 359 de la propia Ley, en cuanto norma reguladora de la sentencia.

CUARTO: Infracción por la Sala de instancia de la norma contenida en el artículo 453 del Código Civil, que se denuncia al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.— Infracción de las normas contenidas en los artículos 36 y 35 de la Compilación de Derecho Civil, Especial de Baleares, y en los artículos 440, 438 y 451 del Código Civil, denunciada al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO.— Infracción de la norma contenida en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciada al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la propia Ley.

Por todo lo expuesto, finalizó suplicando a la Sala que en su día dictara sentencia por la que, por los motivos de casación formulados y conforme a lo previsto en el artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decretara los siguientes pronunciamientos: PRIMERO.— Estimando los motivos primero y/o segundo de los formulados, se case y revoque la sentencia impugnada en cuanto a los pronunciamientos 3º a 8º, ambos inclusive, y al último inciso o reserva del pronunciamiento 2º, y se dicten otros por los que se estime íntegramente la demanda, y se desestime, también íntegramente, la reconvencción formulada de contrario, con las correspondientes declaraciones, condenas y absolución, y con imposición a la parte adversa de las costas correspondientes a la primera instancia del juicio, sin que proceda condena en costas en la alzada o en casación. SEGUNDO.— Eventualmente, si los motivos primero y segundo fuesen desestimados, A) Estimando los motivos tercero y/o cuarto, se case y revoque la sentencia impugnada en cuanto al pronunciamiento quinto, y en el inciso correlativo del séptimo, absolviendo al demandante de la pretensión de Doña M. y Doña J. A. B. N. de ser indemnizadas por el valor de las mejoras consistentes en complejo industrial conocido por “Camping” de Porto Petro, introducidas en la finca Punta Mitjana. B) Estimando además el motivo quinto del recurso, se case y revoque la sentencia impugnada en cuanto a los pronunciamientos sexto y séptimo, y en su lugar se declare que las demandadas reconvinentes carecen de derecho de retención de los bienes objeto de fideicomiso, y que, en todo caso, la posesión fué interrumpida a los treinta días de habérseles emplazado a consecuencia de la demanda, sin que tengan derecho a percibir los frutos civiles o rentas del arrendamiento correspondientes a las anualidades posteriores a 1.986; y C) En todo caso, se revoque el pronunciamiento por el que se condena a su representado al pago de las costas de la segunda

instancia, declarando que no ha lugar a hacer pronunciamiento sobre las costas de la apelación y de la casación.

6.—Admitido el recurso, previo informe razonado del Ministerio Fiscal y evacuado el traslado de instrucción conferido a las partes, se señalo para la Vista el día once de febrero actual en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.— Al amparo del artículo 1.692, número 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en la sentencia de la Sala “a quo” se han quebrantado las formas esenciales del juicio, se articulan el primer y tercer motivo del recurso, que serán objeto de resolución conjunta dada la práctica identidad entre ambos.

La incongruencia “extra petita” de la sentencia dictada en apelación se denuncia, en el primer motivo, por entender infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que las sentencias sean congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, ya que, a juicio de la representación recurrente, se ha acogido una pretensión postulada en la reconvencción pero lo ha sido por causa de pedir distinta de la argüida por dicha representación.

En el tercer motivo, la parte recurrente alega que la sentencia contra la que se muestra disconforme acogió una variación, que juzga esencial, introducida extemporáneamente por la parte reconviniente respecto a que el resarcimiento sobre el importe de las mejoras debía acogerse aún cuando éstas no hubiesen sido sufragadas con dinero del fiduciario o a su cargo, sino incluso en el supuesto de que Don M. V. hubiere simplemente sido su propulsor, con independencia de cual hubiera sido la “caja” financiera de las obras.

Ambos motivos deben parecer. El primero porque al contestar la demanda y formular reconvencción la representación de las Sras. B. N. como fundamento de la reclamación acerca de la titularidad sobre los derechos que había ostentado el fiduciario, alegó no sólo la escritura de 14 de junio de 1.982, sino también la de 13 de noviembre de 1.986, relacionándolas en un mismo “hecho”, por el orden de fecha de su otorgamiento y aportando copia de ambos títulos. Esta duplicidad se reiteró al formular la reconvencción, lo que motivó que la parte actora, en su escrito de contestación a la reconvencción pudiera rebatir la validez y eficacia de ambos títulos con la amplitud que estimara conveniente, por lo que no cabe alegar indefensión. Si la representación de Don L. V. se opuso a la demanda reconvenccional aduciendo —como adujo— que la escritura de 14 de junio de 1.982 encubría un pacto sucesorio,

podía igualmente haber combatido la validez y eficacia de la de 13 de noviembre de 1.986, lo que, sin embargo, no hizo.

Y en el escrito que la parte reconviniendo formuló al amparo de lo dispuesto en el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se afirma que “Para agotar el tema puedo –por otro camino– llegar a las mismas consecuencias a las que llegué en fase expositiva del pleito”, lo que, seguidamente, le da pié para resaltar la trascendencia que, en orden a la transmisión de los derechos del fiduciario ya fallecido había que atribuir a la escritura de 13 noviembre de 1.986, tal y como ya había sostenido en la “fase expositiva del pleito”, o sea, al contestar la demanda y formular reconvención.

La circunstancia de que la Sala sentenciadora entendiera que la escritura de 14 de junio de 1.982 carecía de eficacia para transmitir los derechos del fiduciario a quienes pasaron después a ser demandadas reconviniendo, y sí, en cambio, a dichos efectos reconociera plena validez a la escritura de 13 de noviembre de 1.986 es exponente de un distinto criterio jurídico, pero esta discrepancia no permite entrever la incongruencia “extra petita”.

La sentencia recurrida cuida, con acierto, de despejar cualquier duda respecto a la eficacia que puede y debe desplegar en el litigio una escritura pública presentada al contestar la demanda, afirmando que “así se desprende con toda claridad del expositivo I del documento de 13 de noviembre de 1.986, aportado con la contestación a la demanda” (fundamento jurídico cuarto). Y en su parte dispositiva, acogiendo parcialmente el petitum formulado en la reconvención, se declara el derecho de las reconviniendo a ejercitar las facultades que, a criterio de la Sala sentenciadora, les había transmitido Don M. V. V.

Es decir, en la sentencia recurrida no se declara derecho alguno disconforme con el contenido del suplico de la reconvención, ni esta se acoge parcialmente fundándose en título o causa de pedir que no estuviere introducida, alegada en forma y documentada debidamente desde el momento en que se formuló la demanda reconvencional.

Y en lo que concierne al tercer motivo, tampoco se da la incongruencia “extra petita” porque el criterio interpretativo del artículo 453 del Código Civil en que, en dicha sentencia de la Sala “a quo”, se fundamenta el acogimiento de la petición atinente a las mejoras no puede, ni remotamente, ser tachado de incongruente, pues, con independencia de que un principio general de derecho recuerda proclamar que “iura novit curia”, la parte demandada-reconviniendo cuidó de alegar expresamente la, a su juicio, pertinencia de aplicar al caso de autos el artículo 453 del Código Civil.

Con independencia de ello –y la consideración que sigue es aplicable lo



mismo al primer que al tercer motivo— como tiene reiteradamente establecido el Tribunal Supremo, la incongruencia surge en los supuestos de discordancia entre el “petitum” —lo mismo el de la parte actora que el de la reconviniente— y la parte dispositiva de la sentencia (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1.978; 22 de abril de 1.978; 27 de noviembre de 1.984; 7 de noviembre de 1.986; 26 de diciembre de 1.989; 19 y 28 de abril de 1.990), y su doctrina puede resumirse en que la incongruencia es la discrepancia o falta de adecuación que resulta entre las pretensiones deducidas por las partes con más su razón de pedir y la resolución acordada; no la hay en sentencias que, respetando la exposición fáctica de las partes, acogen, con fundamentación jurídica adecuada y distinta, la pretensión.

Así, pues, como queda razonado, en la sentencia de la Sala sentenciadora no se da la discordancia que pueda generar incongruencia alguna, por lo que deben perecer los motivos primero y tercero del recurso.

SEGUNDO.— En el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se fundamenta el motivo segundo de casación, por entender infringidos en la sentencia de la Sala sentenciadora los artículos 1.281, párrafo 1, y 1.283 del Código Civil, así como el 29 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

Al formular el escrito rector del litigio, la representación de Don L. V. dirige la acción que ejercita únicamente contra Doña M. y Doña J. A. B. N., figurando entre los pedimentos del “suplico” algunos de tanta trascendencia como los recogidos en los ordinales primero y segundo, en los que insta un pronunciamiento judicial declarando que el actor ha pasado a ser propietario de todos los bienes que en la escritura de 5 de julio de 1.935 se habían adjudicado a Don M. V. V. en su condición de fiduciario de Don J. V. T., así como que el promovente del litigio se ha subrogado en concepto de parte arrendadora en el contrato que el 1 de Marzo de 1.982 había otorgado dicho fiduciario.

Pues bien, llegado el momento de poder disentir de algunos pronunciamientos de la resolución de la Sala Sentenciadora, en los que se ha acogido la reconvencción formulada por las dos demandadas, la representación actora no duda en sostener que se ha infringido el artículo 29 de la Compilación Balear, que al regular lo concerniente al derecho a detraer la cuarta trebeliánica establecida a favor del fiduciario cuida de detallar que “este derecho es transmisible a los propios herederos”. Y con fundamento en este precepto, y atendido el contenido de las escrituras otorgadas el 14 de junio de 1.982 (entre Doña A. C. V., viuda y heredera del fiduciario y dichas Sras. B. N.) entiende que al reconocer a éstas el derecho a la cuarta

trebeliánica se conculca el antes citado artículo 29 de la Compilación Balear, ya que, dice la parte recurrente en casación, sólo reconoce tal derecho al fiduciario y “a los propios herederos”, y las reconvinentes, sigue argumentando la representación recurrente, no son “herederas” de Don M. V. V.

El motivo debe decaer, ya que la sentencia de la Sala “a quo” no infringe el aludido artículo de la Compilación, ni el 1.281, párrafo 1, ni el 1.283 del Código Civil, dedicados a la hermeneútica que debe aplicarse a las cláusulas contractuales, puesto que, sin forzar precepto interpretativo alguno, de la escritura de 13 de noviembre de 1.986 se deriva con nitidez el derecho de las Sras. B. N. para postular como lo hacen en la reconvención –con independencia, naturalmente, de que su impetración reconvencional deba o no ser acogida–, lo que es obvio incluso para la parte actora, aunque al formular el recurso pretende volverse contra sus propios criterios, con olvido de su decisión de que las Sras B. N. han sido demandadas porque, a juicio de la parte actora, eran las únicas que traían causa, directa o indirecta, –pues la causa no tiene por que ser de primer grado– de Don M. V., el fiduciario fallecido y, por tanto, eran únicamente ellas quienes debían cumplir las obligaciones que la Compilación Foral impone, una vez fallecido el fiduciario, a quienes traen causa de él.

Así pues, el motivo enjuiciado no debe ser acogido.

TERCERO.– En el cuarto motivo del recurso, y bajo la cobertura procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 453 del Código Civil.

Aun cuando los Proyectos de Apéndice de Derecho Foral Balear redactados en 1.903, 1.921 y 1.949 se pronunciaban expresamente sobre la procedencia de que las mejoras introducidas por el fiduciario en los bienes fideicomitidos fueran abonadas por el fideicomisario, la Compilación vigente guarda silencio al respecto, por lo que la doctrina acude, como fuente supletoria, al Código Civil y sienta unánimemente la conclusión de que el importe de las impensas debe ser resarcido por el fideicomisario, siempre que se trate de mejoras hechas de buena fé, que quepa aplicarlas el calificativo de “útiles” y que se acredite que su coste ha sido satisfecho por el fiduciario.

Concordes las partes litigantes en la concurrencia en el caso de autos de los dos primeros requisitos, la discordancia surgió en el concerniente a si el coste de las mejoras realizadas en la finca “Sa Punta Mitjana” había sido satisfecho por el fiduciario o por los sucesivos arrendatarios. A este respecto la tesis de la parte demandada y reconviniente puede resumirse en la locución sentada al contestar la demanda en la que se afirma que Don M. V. V. “creó” “en los años sesenta de este siglo una ciudad de vacaciones”, sin que

en fase de alegaciones llegue a sostenerse nitidamente que dicho Don M. V. hubiese pagado o satisfecho el importe de las obras. Por el contrario, la tesis de la parte actora y reconvenida es inequívoca al respecto, afirmando “que Don M. V. V. no realizó en la finca Sa Punta Mitjana gasto alguno”.

Ante esta discordancia, y atendidas las probanzas practicadas, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia acoge la última tesis y en su tercer considerando argumenta que “Dicha pretensión debe rechazarse, en primer lugar por no haberse alegado y probado la realización de concretos gastos útiles pagados por el fiduciario y, en segundo lugar, porque ha quedado acreditado que todas las edificaciones existentes en Sa Punta Mitjana han sido satisfechas por los sucesivos arrendatarios”.

En la sentencia dictada por la Sala sentenciadora se sienta que “Son hechos admitidos por las partes y que deben ser tomados en consideración para la resolución del presente pleito los siguientes: 1) ...; 3) en efecto, en la década de los sesenta el arrendatario de “Punta Mitjana”, “Pal Tour , S.A.”, construyó en la finca edificaciones e instalaciones propias de una industria de camping que, en virtud de lo pactado con el heredero fiduciario, devendrían, al cabo de 20 años, de propiedad de Don M. V. Y en el séptimo fundamento de derecho se razona así: “Es cierto que no ha quedado plenamente acreditado que las principales inversiones las hiciese personalmente Don M. V. el heredero fiduciario tenía dos posibles opciones: hacer una fuerte inversión inicial que le posibilitara el cobro de una elevada renta o permitir que el propio arrendatario hiciese la inversión, lo cual, obviamente, había de redundar en una renta inferior. Don M. V. optó por esta segunda solución”.

No obstante tal afirmación, la sala “a quo”, aplicando el artículo 453 del Código Civil, acoge la pretensión de las demandadas reconvinientes respecto a las mejoras, y en la parte dispositiva de la sentencia declara que “Doña M. y Doña J. A. B. N. tienen derecho a ser indemnizadas por el valor de las mejoras consistentes en el complejo industrial conocido por “camping” de Porto-Petro, introducidas en la finca Punta Mitjana”.

Ante esta declaración de la sentencia, se alza el cuarto motivo de casación por entender que se ha infringido el artículo 453 del Código Civil. El motivo debe ser acogido, porque dicho precepto se refiere concretamente a los “gastos” que ha realizado el poseedor de buena fé y, como antes queda dicho, no consta acreditado en autos que las mejoras hubiesen sido sufragadas por el fiduciario, tal y como, con acierto, sienta como hecho probado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y no desvirtúa ni contradice la de la Sala sentenciadora.

Además, la infracción en dicha resolución del artículo 453 del Código Civil se hace patente al considerar que el aludido precepto reconoce al que

vence en la posesión –en este caso el fideicomisario– la facultad de optar entre “satisfacer el importe de los gastos o (por) abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa”. Y en la sentencia recurrida en casación se declara que las reconvinentes “tienen derecho a ser indemnizadas por el valor de las mejoras”, infringiéndose el artículo 453 del Código Civil, pues no se reconoce la facultad de optar al fideicomisario o nuevo poseedor, sino al fiduciario o primer poseedor, lo que obliga igualmente a la estimación del motivo de casación objeto de consideración.

Ahora bien, esta Sala de Casación ha de poner especialísimo cuidado en que la aplicación e interpretación de un precepto que tenga su sede en el Código Civil, o en cualquier otro texto legal distinto de la Compilación, pueda entrar en contradicción, abierta o veladamente, con la normativa civilística específica de esta Comunidad Autónoma.

Mas, no se da contradicción alguna en el presente caso, puesto que, como consecuencia de que ambas partes se han aquietado ante la segunda declaración de la sentencia de la Sala “a quo”, hay que reconocer fuerza de cosa juzgada a la subrogación a favor del fideicomisario respecto al contrato que, el 1 de marzo de 1.982, suscribió el fiduciario con la entidad “S.T. P.M, S.A.”, y en el que, con meridiana claridad, se fija el precio del arrendamiento del “terreno” en un veinte por ciento del total, siendo el ochenta por ciento restante atribuido a “las obras, instalaciones y mejoras de toda índole, tanto las ya existentes como las que la parte arrendataria introduzca durante la vigencia del contrato”. La consecuencia que deduce la parte que reclama al fideicomisario el abono de las mejoras es la de que “Por lo tanto, a la hora de calibrar la trascendencia de lo “uno” y de lo “otro”, es decir del inmueble objeto del fideicomiso y de las mejoras debidas al fiduciario, hay que tomar nota de la relación de uno a cuatro como signo indicativo de la “distancia” existente, en lo económico, entre los expresados componentes de la “cosa” arrendada”.

Dado que, como singularidad del derecho balear frente a las normas del Código Civil –en el que está residenciado el precepto cuya infracción se denuncia en el motivo de casación–, las causahabientes del fiduciario Don M. V. V. tienen derecho, en primer lugar, a detraer la cuarta trebeliánica –puesto que se han desestimado los dos primeros motivos del recurso de casación– si se reconociera a aquellas derecho a percibir del fideicomisario “el valor de las mejoras consistentes en el complejo industrial conocido por “Camping” de Porto Petro, introducidas en la finca Punta Mitjana” (y así dice el fallo que, en cuanto a este particular, contiene la sentencia recurrida) el resultado a que se llegaría es el de que debía detraerse una cuarta parte del íntegro valor del inmueble en concepto de trebeliánica y después, para abonar las mejoras, el ochenta por ciento de las restantes tres cuartas partes,

lo que vendría a significar el 85% del total, trayendo aparejada la consecuencia de que el actor, designado fideicomisario de la integridad de la herencia del fideicomitente, pasaría incluso a ser de peor condición que el fideicomisario de residuo, pues a éste la Compilación, en su artículo 37, le reserva una cuarta parte de la herencia –la denominada “cuarta inversa”– ya que al fideicomisario Don L. V. se le entregaría o, como dice la doctrina moderna, se le “reintegraría”, sólo una parte del inmueble valorada en el quince por ciento de su íntegro precio. Si a lo expuesto se añade que el fideicomisario, como consecuencia directa del contrato suscrito por el fiduciario el uno de marzo de 1.982, recibe la finca “Sa Punta Mitjana” arrendada hasta el año 2.001 a una persona jurídica que goza, por concesión del fiduciario, de los derechos de tanteo y de retracto, se llega a la conclusión de que la correcta aplicación del conjunto de normas que la Compilación Balear dedica a la institución del fideicomiso tampoco puede conducir a la exigibilidad, en el caso de autos, de las mejoras introducidas en “Sa Punta Mitjana”, máxime si se tiene en cuenta que la citada Compilación –a diferencia de lo que acontece en derecho civil común– regula, con la debida minuciosidad, las facultades de que está investido el fiduciario, –quien puede incluso enajenar los bienes fideicomitados para percibir la cuarta trebeliánica (artículo 29) o para obtener una mayor rentabilidad de los mismos (artículo 33)–, y se considera, además, que a través de la cuarta trebeliánica las causahabientes del fiduciario se beneficiarán, en la cuantía fijada por el legislador, de las mejoras introducidas vigente el fideicomiso, pero que no habían sido sufragadas por el fiduciario, sino por los sucesivos arrendatarios de la finca de constante referencia. En resumen: no puede admitirse la aplicación del artículo 453 del Código Civil al supuesto de autos porque ni el fiduciario ni sus causahabientes han acreditado haber satisfecho el importe de los “gastos” originados por la ejecución de las mejoras cuya detracción postulan, y, además, porque la impetración que formulan no puede engarzar sin resaltes en la normativa que la Compilación Balear dedica a la sustitución fideicomisaria, cuya preeminencia sobre cualesquiera otros textos legales debe explicitarse de modo inequívoco. En consecuencia, procede acoger el cuarto motivo del recurso de casación y revocar la sentencia recurrida en cuanto al derecho de las demandadas reconvinientes a ser indemnizadas por el valor de las mejoras, cuya postulación al respecto se deja sin efecto.

CUARTO.– En el quinto motivo del recurso denuncia la parte recurrente la infracción de los artículos 35 y 36 de la Compilación Balear, en relación con los artículos 440, 438 y 451 del Código Civil, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 35 de la Compilación tiene por objeto puntualizar dos

extremos: es el primero el relativo a la ineludible exigencia que tiene el fiduciario o sus herederos de cumplir la obligación de entrega de la herencia al fideicomisario. El segundo es el concerniente a la fijación de un plazo dentro del cual, a partir del requerimiento, debe tener lugar el tránsito de la herencia del fiduciario o sus herederos al fideicomisario, con la admonición de que si este tránsito o reintegro no tuviere lugar, aquéllos “tendrían la consideración de meros detentadores”.

Por su parte el artículo 36 de la Compilación otorga al fiduciario o a sus herederos el “beneficio de retención de los bienes fideicomitidos mientras no sean reintegrados del saldo a su favor y de la cuarta trebeliánica que pueda corresponderles”.

Si bien en el recurso de casación se relaciona la infracción de los dos precedentes artículos con la de los 438, 440 y 451 del Código Civil, entiende esta Sala de Casación que dada la regulación específica que la Compilación Balear dedica al tema del tránsito de los bienes del fiduciario o sus causahabientes al fideicomisario, así como que en aquellos no surgen lagunas que deban ser colmadas con fuentes supletorias, el examen del presente motivo quedará circunscrito a cuanto disponen los preceptos de la Compilación Balear.

En este ámbito, y atendido el hecho de que en la demanda instauradora de la litis, entre otros pedimentos, se impetra el reconocimiento del dominio sobre todos los bienes fideicomitidos por Don J. V. T., no ofrece lugar a dudas que el plazo de treinta días a que se refiere el artículo 35 de la Compilación ha de entenderse iniciado desde que el Juzgado de 1ª Instancia emplazó a las demandadas para que contestaran la demanda, tal y como se argumenta en el escrito de formulación del recurso de casación y se ratificó en el acto de la vista. Y dado que el citado emplazamiento tuvo lugar, respecto a las dos demandadas, el día 18 de Agosto de 1.988, es obvio que la posesión de las Sras B. N. quedó interrumpida el 19 de septiembre de 1.988, así como que, a partir de ésta última fecha, deben tener la consideración de meras detentadores, sin derecho a percibir los frutos civiles de los bienes fideicomitidos. El motivo debe, pues, ser acogido parcialmente por haberse infringido en la sentencia de la Sala sentenciadora el artículo 35 de la Compilación Balear.

En cambio, y en contra de lo sostenido por la parte recurrente, la resolución de la Sala “a quo” no ha vulnerado el artículo 36 de la Compilación, en el que se dispone que “El fideicomisario no podrá entrar en posesión de la herencia fideicomitada sin la previa liquidación correspondiente. El fiduciario o sus herederos disfrutarán del beneficio de retención de los bienes fideicomitidos mientras no sean reintegrados del saldo a su favor y de la cuarta trebeliánica que pueda corresponderles”.

En el caso de autos, y atendido el contenido de los precedentes funda-

mentos de derecho, es obvio que las demandadas tienen derecho a detraer la cuarta trebeliánica, por lo que, en aplicación del precepto antes transcrito, las Sras B. N. tienen el beneficio de retención de todos los bienes fideicomitidos, en tanto no se les haya adjudicado la cuarta trebeliánica. Así, pues, y en cuanto a este particular, no se acoge el motivo quinto de casación.

QUINTO.— Bajo la cobertura procesal del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción del artículo 710 de dicho cuerpo legal.

Dado el acogimiento de algunos motivos del recurso de casación, y en atención a lo dispuesto en el apartado 4º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre imposición de costas en la primera y segunda instancia, se hace innecesario entrar a examinar este sexto motivo del recurso.

SEXTO.— La peculiaridad concurrente en el presente litigio, en el que se ha debatido la aplicación e interpretación de la práctica totalidad de las normas que la Compilación Balear dedica a la institución fideicomisaria, así como la circunstancia de que las partes no contaban con antecedentes jurisprudenciales que hubiesen podido orientarles acerca de cual sería el fallo judicial que, en definitiva, iba a recaer, son, a juicio de esta Sala de Casación motivos dotados de excepcionalidad que justifican la no imposición de costas en las instancias, por lo que cada parte debe abonar las causadas en su interés, sin que tampoco proceda especial imposición de las causadas en este recurso.

Por todo lo expuesto, y en atención a los dos pedimentos de la demanda que fueron acogidos en la sentencia de la Sala “a quo” y no se formuló recurso respecto a ellos, así como a lo que se deriva de la íntegra estimación del motivo 4º del recurso de casación, y del parcial acogimiento del 5º.

## FALLAMOS

Que casando en parte la sentencia dictada, con fecha 27 de julio de 1.990, por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y revocando parcialmente la del Juzgado de 1ª instancia de 24 de mayo de 1.989, debemos declarar y declaramos la estimación parcial de la demanda deducida por Don L. V. V., representado por el Procurador Don Bartolomé Quetglas Mesquida, contra Doña M. y Doña J. A. B. N. representadas por el Procurador Don Francisco Riera Jaume, así como también la estimación en parte de la reconvencción, y declaramos:

1º.— Que los bienes relictos por Don J. V. T., en su testamento de 14 de octubre de 1.933, adjudicados a Don M. V. V. mediante escritura de 5 de julio de 1.935, han pasado a ser propiedad de Don L. V. V. por haber

fallecido Don M. V. V. en 30 de septiembre de 1.986.

2º.– Que Don L. V. V., en su condición de heredero fideicomisario, al cumplirse la condición de morir el testador sin hijos, se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones que incumbían al fallecido Don M. V. V. en el llamado contrato de arrendamiento de inmueble e industria, concertado el día 1 de marzo de 1.982.

3º.– Se absuelve a las demandadas del resto de los pedimentos de la demanda instauradora de la litis.

4º.– Que Doña M. y Doña J. A. B. N. tienen derecho a detraer de los bienes fideicomitidos la cuota trebeliánica. 5º.– Que Doña M. y Doña J. A. B. N. tienen derecho a retener los bienes fideicomitidos en tanto no se les adjudique y entregue la cuarta trebeliánica. 6º.– Se absuelve al actor del resto de los apartados del suplico reconvenicional.

Y se condena a las demandadas a estar y pasar por los antecedentes pronunciamientos primero y segundo, y al actor por los precedentes apartados 4º y 5º, todos ellos del presente fallo

No se hace pronunciamiento respecto a las costas en ninguna de las instancias ni en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.– Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. Don José Zaforteza Calvet, Ponente que ha sido en este trámite en el mismo día de su audiencia pública, de que certifico. Palma de Mallorca, a veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y uno.



# COMENTARIO

Por Miguel Masot Miquel

## SUMARIO:

*I.- INTRODUCCION. II.- EL DERECHO DEL FIDUCIARIO A DETRAER LA CUARTA TREBELIANICA: 1) Adquisición del derecho. 2) La transmisibilidad del derecho a la cuarta trebeliánica. III.- EL DERECHO DERIVADO DE LAS MEJORAS OPERADAS EN LOS BIENES FIDEICOMITIDOS Y SU POSIBLE TRANSMISIBILIDAD. IV.- LAS MEJORAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE REINTEGRO AL LIQUIDARSE EL FIDEICOMISO. V.- CONSIDERACION DE LA COMPRAVENTA DEL DERECHO A LA CUARTA TREBELIANICA Y AL REINTEGRO DE LAS MEJORAS COMO PACTO SUCESORIO. VI.- LOS CONTRATOS SUCESORIOS AUTORIZADOS EN EL DERECHO CIVIL DE MALLORCA. VII.- EL "IUS RETENTIONIS". VIII.- EL DERECHO A LOS FRUTOS DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS MIENTRAS SE EJERCITA EL DERECHO DE RETENCION.*

## I.- INTRODUCCION

Estamos ante una de las más interesantes sentencias dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia en materia de Derecho civil Balear. El supuesto de hecho, francamente anómalo por otra parte –se trata de una cesión del derecho del fiduciario a la cuarta trebeliánica y a reintegrarse en el importe de las mejoras efectuadas– da lugar al planteamiento de una serie de cuestiones de gran interés jurídico. Precisamente, el hecho de que algunas de estas cuestiones hayan sido resueltas por la Audiencia Provincial, sin que sobre las mismas terciara el Tribunal de Casación, ha exigido que, al lado de la sentencia de este último, figure la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial, de la que fue Ponente su Presidente de Sala Sr. Gómez Martínez.

Los hechos del litigio, que aparecen resumidos en el fundamento de Derecho I de la sentencia de la Audiencia Provincial, dan lugar al planteamiento y análisis de las siguientes cuestiones: momento de adquisición por

el fiduciario de su derecho a la cuarta trebeliánica y su posible transmisibilidad, el derecho del fiduciario a reintegrarse en el valor de las mejoras y su transmisibilidad, el concepto y alcance de las mejoras o impensas útiles introducidas por el fiduciario en los bienes objeto del fideicomiso, la consideración del negocio jurídico con eficacia limitada por la condición suspensiva de que el fiduciario fallezca sin hijos como pacto sucesorio, la cuestión de cuales sean los contratos sucesorios autorizados dentro de nuestro sistema jurídico, el “ius retentionis” del fiduciario o de sus causahabientes hasta la liquidación del fideicomiso y el derecho a los frutos de los bienes fideicomitados mientras se ejercita el “ius retentionis”.

Sin más preámbulo vamos a analizar cada una de estas cuestiones, partiendo el análisis de una escritura otorgada en fecha 14 de junio de 1.982 mediante la cual D. Miguel V. V. –heredero fiduciario de Don Juan V. T.– vendió a Doña M. y Doña J. A. B. N. el derecho a detraer la cuarta trebeliánica y a obtener el valor de las mejoras que le correspondía percibir como fiduciario, ello bajo la condición suspensiva de que se produjese el fallecimiento sin hijos del vendedor.

## **II.– EL DERECHO DEL FIDUCIARIO A DETRAER LA CUARTA TREBELEANICA.**

### **1) Adquisición del derecho.**

La primera cuestión que se plantea consistirá en analizar la naturaleza del derecho del fiduciario a la cuarta trebeliánica y, a reglón seguido, su posible transmisibilidad; y, de estarse ante un derecho transmisible, ver si cabe una transmisión inter vivos o ésta ha de ser mortis causa; y, en este caso, si solo se puede transmitir este derecho a los herederos o se puede disponer también de él por vía de legado.

El estudio del tema debe iniciarse adentrándonos en la naturaleza del derecho a la cuarta trebeliánica, lo cual impone, ante todo, el recuerdo de su origen (1).

La cuarta trebeliánica apareció en el mundo jurídico para favorecer la aceptación de las herencias gravadas con feideicomiso, al igual que la cuarta falcidia nació para que el heredero aceptase una herencia excesivamente gravada con legados. En ambos casos es claro que la cuarta constituía un señuelo o acicate para que el heredero aceptase la herencia. De acuerdo con ello, hay que entender que el derecho a la cuarta trebeliánica nace al haber aceptado el fiduciario la herencia fideicomitada; no tendría sentido, en efecto, que, habiendo surgido la trebeliánica como acicate para que el fiduciario aceptara la herencia, no pudiera, empero, hacer efectivo este derecho hasta

que se produjera el tránsito al fideicomisario de la herencia fideicomitada.

Debe partirse, por tanto, de la consideración de que, por el hecho de haber aceptado el fiduciario la herencia fideicomitada, ha consolidado su derecho a la trebeliánica, derecho que aparece hoy –por la exigencia legal del art. 29 Comp.– sometido además a la “conditio iuris” de haberse practicado inventario de la herencia fideicomitada, con los requisitos legalmente establecidos (2).

En defensa de esta tesis, puede alegarse, a mayor abundamiento, el principio fundamental de que todo derecho es exigible de inmediato, mientras su eficacia no venga sometido a condición o plazo, ya sea convencional o legal. Principio establecido para las obligaciones contractuales por el art. 1.113 Cc. y, deducido, a sensu contrario, del art. 1.125 de dicho Cuerpo legal; preceptos que si bien están en sede de contratos, son, en principio, aplicables a toda clase de obligaciones y derechos. No tiene sentido, en efecto, imponer el aplazamiento en el ejercicio de un derecho, si el plazo no deriva de disposición legal, pacto o viene impuesto por la propia naturaleza de derecho en cuestión.

De acuerdo con ello, no es extraño que la doctrina haya proclamado la posibilidad de que el fiduciario pueda hacer efectivo su derecho a la cuarta una vez ha aceptado la herencia fideicomitada, sin necesidad de esperar la transmisión de la misma al fideicomisario. Así Zaforteza de Corral, al estudiar las posibles detracciones de la herencia fideicomitada para efectuar pago de legítimas y de la cuarta trebeliánica dice que estas detracciones puede hacerlas efectivas (el fiduciario) tanto al producirse la delación fideicomisaria como con anterioridad a la misma es decir mientras está en posesión del fideicomiso (3).

Sin embargo, es cierto que en la mayoría de fideicomisos, en los que la delación fideicomisaria tiene lugar por fallecimiento del fiduciario, éste habrá estado en posesión de la herencia fideicomitada en su integridad, sin separar lo que le correspondía en plena propiedad, por integrar la cuarta trebeliánica, del resto de la herencia que debía ser objeto de restitución.

Es tal vez por ello, poniendo especial énfasis en este supuesto –que, desde luego, era el normal pero no el único– por lo que Pascual González indica, contrariamente a la opinión expuesta, que el fiduciario universal tiene derecho a retener una porción alícuota en plena y libre propiedad consistente en una cuarta parte de la herencia o porción de ella afecta al fideicomiso, añadiendo a continuación que este derecho surge al verificarse la restitución (4). Asimismo, se plantea dicho autor el tiempo de reclamación de la cuarta trebeliánica, diciendo que el mismo será al restituir la herencia añadiendo que si el fiduciario ha fallecido sus herederos están facultados para reclamar dicha cuarta así como las demás detracciones (5). Ello concuerda con la real cédula de Felipe V –el Monarca que dictó los Decretos

de nueva planta— promulgada el 31 de Agosto de 1.736 (6) en la que, refiriéndose a Mallorca, manifiesta el Rey que es su real dignación declarar que se observasen los estilos antiguos y que era incontrastable y cierta la costumbre y práctica de que, en los juicios de liquidación y posesión de los fideicomisos en este reino... no se comprendía en los bienes restituibles la porción de legítima y cuarta trebeliánica, que debía satisfacerse... a los herederos del gravado y no al fideicomisario, al no ser suyo, todo lo cual se llama detracciones legales.

La cuestión, como se ve, no es pacífica. Mediante sobre ambas posturas, teniendo en cuenta la naturaleza expuesta de la cuarta trebeliánica, y considerando muy especialmente la posibilidad —recogida por la Compilación de 1.961— de que el fiduciario pueda enajenar y gravar los bienes fideicomitidos para percibir su cuarta trebeliánica, de ello no puede, sino, a mi juicio, derivarse la consideración de este derecho como una facultad de la que está investido el fiduciario por el mero hecho de haber aceptado la herencia fideicomitida y, por lo tanto, ejercitable tras la aceptación de ésta y cumplimiento de la “conditio iuris” consistente en la formalización del inventario en tiempo y forma. Coadyuva también a esta conclusión el principio, antes apuntado, del libre ejercicio de los derechos, siendo un contrasentido imponer limitaciones o aplazamientos al mismo, siempre que no exista una norma legal o convencional que los exija.

Analizando la sentencia de la Audiencia Provincial no deja de encontrarse en la misma una consideración del derecho a la cuarta trebeliánica coincidente con el expuesto, particularmente al afirmar —en el fundamento de Derecho 3º— que se revela en la Compilación una conceptualización de la cuarta trebeliánica como “integrante del activo del patrimonio del fiduciario y como tal susceptible de ser transmitido por acto inter vivos o mortis causa”. En este mismo fundamento de Derecho se dice que el derecho a la cuarta estaba incorporado al patrimonio del heredero fiduciario cuando dispuso de ellos y, al igual que el resto de los elementos integrantes de dicho patrimonio, pudo haber sido transmitido a sus herederos; y, como argumento de refuerzo, se dice, finalmente, que el fiduciario pudo haber detraído su cuarta trebeliánica y vender los concretos bienes que la integraban a Doña Margarita y Doña Juana Ana B. N. o bien transmitir a éstas el derecho a detraer la cuarta trebeliánica... De todo ello, en definitiva, parece colegirse la consideración de la cuarta trebeliánica como un derecho del que está investido el fiduciario por el mero hecho de aceptar la herencia fideicomitida y una vez se ha dado cumplimiento al requisito del inventario. En cuanto a la forma de ejercicio de este derecho, puede exigir el fiduciario que la cuarta se integre mediante bienes de la herencia o bien enajenar o gravar los mismos para percibirla en metálico. Se trata de una opción que libremente puede ejercitar el fiduciario

salvo disposición en contra expresa del testador.

Analizada por tanto la cuestión previa de la naturaleza del derecho, hay que examinar a continuación su posible transmisión.

## **2.– La transmisibilidad del derecho a la cuarta trebeliánica.**

Si el derecho a la cuarta, como se ha indicado y como dice la sentencia de la Audiencia Provincial, constituye un elemento integrante del activo del patrimonio del heredero fiduciario, ello lleva consigo su posible transmisibilidad.

La Compilación, tanto en el texto de 1.961 como en el actual, proclama que el derecho a la cuarta es transmisible a los propios herederos con lo que plantea la importante duda de si no existe una disponibilidad general de este derecho sino que tan solo será factible su transmisión mortis causa a los herederos. Posiblemente la razón de ser del art. 29 Comp., establecedor de una norma que no se encuentra en los proyectos de Apéndice de 1.903, 1.921 y 1.949, radica en el hecho de que, en la mayoría de fideicomisos, no tenía lugar una detracción previa de la cuarta sino que el fiduciario estaba en posesión de la integridad de la herencia y era a su fallecimiento, al producirse la transmisión de la misma al fideicomisario, cuando sus herederos la reclamaban. Pero, tal cual antes se ha dicho, es claro que no necesariamente tiene porqué ser así. Al fiduciario le puede interesar percibir su cuarta trebeliánica antes de su fallecimiento, saber cuales van a ser los bienes que van a integrarla y poder disponer de ellos.

Por otra parte, la declaración del art. 29 Comp. es innecesaria, pues por el mecanismo de la sucesión hereditaria, se transmiten a los herederos del fiduciario todos los bienes, derechos y obligaciones que a éste pertenecían, según nos dice el artículo 659 Cc... Si no existe precepto alguno –ni razón alguna– que sancione la intransmisibilidad a los herederos del derecho a la cuarta, es evidente que éste está incluido en el as hereditario y, por el solo hecho de la muerte del fiduciario, se transmite a sus herederos.

Hay que decir también que nunca ha tenido el derecho a la cuarta la consideración de derecho personalísimo del fiduciario en la tradición jurídica balear, porque, precisamente, quienes naturalmente lo ejercitaban, según se ha dicho, eran sus herederos.

Lo cierto es que el innecesario pronunciamiento del art. 29 Comp. al señalar que el derecho a la cuarta es transmisible a los herederos del fiduciario plantea un doble problema: si es posible su transmisión mortis causa por vía de legado y si es factible su transmisión inter vivos.

Si se parte de la conceptualización de la cuarta trebeliánica como elemento integrante del activo del fiduciario, hasta el punto de que, como dice la

sentencia de la Audiencia Provincial, el derecho a la cuarta le corresponde al fiduciario desde que se abrió la sucesión del fideicomitente, es evidente que este derecho debe seguir la regla general de transmisibilidad propia de todos los derechos, siendo posible la transmisión inter vivos o su disposición mortis causa por vía de legado. En este sentido hay que tener en cuenta el principio general de libre transmisión de los derechos, lo cual hace que haya que interpretar de manera restrictiva las prohibiciones de disponer y eliminar todo cuanto se pudiera oponer al ejercicio y transmisión de los mismos.

En la sentencia de la Audiencia Provincial, se apuesta decididamente por esta libre transmisibilidad, al decir que el derecho a detraer la cuarta trebeliánica, integrante del activo del heredero fiduciario, es, como tal, “susceptible de ser transmitido por acto inter vivos o mortis causa”. Igualmente se dice en dicha sentencia que las dudas que suscita la validez de la escritura pública de 14 de Junio de 1.982 no surgen por el hecho de tener por objeto, además del derecho de indemnización por las mejoras, la cuarta trebeliánica, sino por la cuestión que se va analizar después de si dicha escritura entraña un pacto sucesorio.

Ello determinó la suerte desestimatoria de alguna de las pretensiones de la parte actora principal —el heredero fideicomisario D. Lorenzo V. V.— que abogaba por la necesidad de una disposición expresa en favor de los herederos del fiduciario para que se pueda entender transmitido el derecho a la cuarta trebeliánica. Exigencia que, en modo alguno, es compartida por los Tribunales, arguyéndose, certeramente, en la sentencia de la Audiencia Provincial, entre otras razones, que, de exigirse disposición expresa, no tendrían derecho a detraer la cuarta trebeliánica los herederos ab intestato del fiduciario, con el consiguiente absurdo que ello supondría.

Precisamente, uno de los motivos de casación fue la infracción del art. 29 de la Comp. establecedor de que el derecho a la cuarta es transmisible a los propios herederos, entendiendo la parte recurrente —el heredero fideicomisario Don Lorenzo V. V.— que no tenían tal condición Doña M. y Doña J. A. B. N. Hay que recordar, en este punto, que, según la sentencia de la Audiencia Provincial, el derecho del fiduciario a la detracción de la cuarta trebeliánica pasó, vía sucesión mortis causa, a su esposa y heredera Doña A. C. V.; y ésta lo transmitió a Doña M. y Doña J. A. B. N. en virtud de escritura de 13 de noviembre de 1.986, mediante la cual ratificaba la transmisión de la cuarta y de la indemnización por mejoras efectuada por su causante el 14 de junio de 1.982 y les entregaba la posesión de los bienes integrantes de la herencia fideicomitada y su derecho a retenerlos hasta tanto les hubiera sido satisfecho la cuarta trebeliánica y el importe de las mejoras.

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia no

hace consideraciones doctrinales sobre el tema sino que se limita –para desestimar el recurso– a poner de relieve un hecho de la mayor evidencia: es tan obvia –dice– la condición de ser Doña M. y Doña J. A. B. N. herederas del fiduciario Don M. V. V. que el recurrente ha sido contra ellas contra quien ha dirigido su demanda, puesto que, a juicio de la parte actora, eran las únicas que traían causa, directa o indirecta –pues la causa no tiene porqué ser de primer grado– de Don M. V. el fiduciario fallecido, y, por tanto, eran únicamente ellas quienes debían cumplir las obligaciones que la Compilación foral impone, una vez fallecido el fiduciario, a quienes traen causa de él.

Es lástima que un argumento de tal rotundidad –que por si solo es suficiente para la desestimación del motivo del recurso– haya impedido efectuar a la Sala consideraciones doctrinales sobre la interesante cuestión de la transmisión del derecho a la cuarta trebeliánica y en particular de quienes sean los posibles destinatarios de esta transmisión y de si la misma puede ser tambien inter vivos o por vía de legado.

### **III.– EL DERECHO DERIVADO DE LAS MEJORAS OPERADAS EN LOS BIENES FIDEICOMITIDOS Y SU POSIBLE TRANSMISIBILIDAD.**

Al revés de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos (7) en la Compilación del Derecho Civil de Baleares ni ahora ni antes de la ley reformadora de 28 de junio de 1.990 se contiene disposición alguna acerca de este importantes extremo.

Sin embargo, de la tradición jurídica balear, a la cual se refiere el art. 1 Comp. como elemento de interpretación e integración, puede deducirse el derecho del fiduciario de resarcirse del valor de las mismas al transmitirse la herencia al fideicomisario.

En la Real Cédula de 31 de Agosto de 1.736 a la que antes se ha hecho referencia, se dice expresamente que “... también competía por práctica y costumbre del reino al mismo heredero gravado la separación de las llamadas detracciones accidentales (la cuarta trebeliánica y las legítimas eran llamadas detracciones legales), que eran los créditos que pagó por la herencia del vinculante y sus deudas, funeral, redención de censos y otras cosas, cuyas cantidades hasta que efectivamente fuesen satisfechas por el fideicomisario no podía obtener posesión de la porción correspondiente de bienes del fideicomiso...”. El empleo de la expresión “otras cosas” es indicativa del amplio margen autorizado respecto de estas detracciones accidentales.

Pascual González señalaba expresamente que “el fiduciario tiene derecho a que se le satisfagan los gastos extraordinarios necesarios, las mejoras de

igual clase y las simplemente útiles hechas en los bienes afectos al fideicomiso. En los fideicomisos condicionales o a plazo –añade– tiene derecho el fiduciario a obtener los gastos necesarios de la herencia, las reparaciones extraordinarias, las mejoras útiles efectuadas de buena fe y pagadas con dinero propio: pero no los gastos de conservación” (8).

En los proyectos de Apéndice de 1.903, 1.921 y 1.949 se contienen preceptos –los arts. 22, 23 y 25, respectivamente– expresivos de que al entregar la herencia el fiduciario puede efectuar las deducciones que correspondan a mejoras, entre otros posibles conceptos determinantes de la deducción (gastos y deudas de la herencia, legítimas, etc...).

A análoga conclusión llega la doctrina que más recientemente ha estudiado la materia. Coll Carreras distingue –y sintetizamos en este punto su autorizada exposición– entre reparaciones ordinarias y extraordinarias, de un lado, y entre impensas (o mejoras) útiles o de puro recreo de otro.

Al fiduciario le corresponde satisfacer –sin posible repercusión alguna sobre la herencia fideicomitida– las reparaciones ordinarias, como compensación de los frutos que percibe de los bienes fideicomitados, y son enteramente de su cargo y cuenta las mejoras de recreo y ornato, precisamente por tener este carácter. En cambio las reparaciones extraordinarias y las mejoras útiles realizadas permiten al fiduciario recuperar la inversión con cargo a la herencia fideicomitida. A esta conclusión llega el autor citado por la doble vía de los precedentes integrantes de la tradición jurídica balear y de la aplicación supletoria de los arts. 453 y 454 del Código civil –dada la obvia consideración del fiduciario como poseedor de buena fe– y de la aplicación analógica de los arts. 500 y 501 que distinguen, en sede de usufructo, entre reparaciones ordinarias y extraordinarias (9).

Y Zaforteza de Corral señala en su documentada obra que en la liquidación a practicar al tener lugar la delación fideicomisaria cabe incluir, entre otros, los gastos hechos en concepto de mejoras, los créditos que el fiduciario tuviera contra el fideicomitente, y, en general, todos aquellos pagos que el fiduciario hubiere realizado de su propio peculio y fueran con cargo al fideicomisario (10).

Hay que entender que el derecho del fiduciario a resarcirse de las mejoras o impensas útiles hechas en los bienes fideicomitados nace desde el momento en que las mismas se han efectuado, si bien la percepción de su importe con cargo a la herencia fideicomitida, tendrá lugar al transmitirse la misma al fideicomisario, dentro de la liquidación que debe efectuarse en dicho momento y disponiendo el fiduciario –o sus causahabientes– del derecho de retención hoy establecido por el art. 36 Comp. y ya proclamado por la Real Cédula de Felipe V de 31 de Agosto de 1.736.



Se trata, por tanto, de un derecho del fiduciario que nace una vez realizada la mejora útil, por lo que puede ser objeto de disponibilidad, tanto inter vivos o mortis causa, aunque su efectividad quede aplazada hasta el momento de la delación fideicomisaria.

En defensa de la disponibilidad de este derecho se pueden alegar las mismas razones que antes se han expuesto con relación a la cuarta trebeliánica, no existiendo aquí la problemática que, respecto de la cuarta trebeliánica, planteaba el artículo 29 Comp. al afirmar que este derecho era transmisible a los herederos del fiduciario.

#### **IV.– LAS MEJORAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE REINTEGRO AL LIQUIDARSE EL FIDEICOMISO.**

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia comienza sentando, en este punto, la ilustrativa afirmación de que aún cuando los proyectos de Apéndice de 1.903, 1.921 y 1.948 se pronunciaban expresamente sobre la procedencia de que las mejoras introducidas por el fiduciario en los bienes fideicomitidos fuesen abonados por el fideicomisario, la Compilación vigente guarda silencio al respecto, por lo que la doctrina acude como fuente supletoria al Código Civil y sienta unánimemente la conclusión de que el importe de las impensas debe ser resarcido por el fideicomisario siempre que se trate de mejoras hechas con buena fe, que quepa aplicarles el calificativo de útiles y que se acredite que su coste ha sido satisfecho por el fiduciario.

Tal cual antes de decía no solamente la aplicación supletoria del Código civil sino también los precedentes integrantes de la tradición jurídico balear abonan el derecho del fiduciario –o sus herederos o cesionarios– a reintegrarse en el importe de las mejoras útiles efectuadas en los bienes fideicomitidos. Este derecho pasa por el cumplimiento de las tres exigencias que, con buen acierto, se imponen en la sentencia que es objeto de este comentario.

No existiendo duda alguna del hecho de estarse, en el caso de autos, ante mejoras útiles hechas de buena fe, la discrepancia entre las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Superior de Justicia se centra en si se da el último de los tres requisitos; es decir si el coste de la mejora ha sido satisfecho por el fiduciario, en cuyo caso el derecho al reintegro en el importe de la misma es de la mayor evidencia.

De entrada, hay que remitir a la relación de hechos –que se efectúa en el fundamento de Derecho I de la sentencia de la Audiencia Provincial– en la que se nos cuenta la actividad efectuada por el heredero fiduciario durante el período de tiempo en que estuvo en posesión de los bienes

fideicomitidos y en especial de la finca denominada “Punta Mitjana”, de Porto Petro, procediendo al arrendamiento de la misma para la construcción de un camping turístico ampliamente conocido en la Isla. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Manacor consideró que no había quedado acreditado que las mejoras –en realidad, la construcción del camping de vacaciones– habían sido efectuadas por el fiduciario, por cuyo motivo estableció que quienes traen causa del fiduciario no deben percibir cantidad alguna en concepto de mejoras.

Este extremo fue revocado por la sentencia de la Audiencia Provincial. La misma, además de señalar la posible aplicación supletoria por los arts. 453 y 456 Cc., parte de la base de que, si bien no ha quedado plenamente acreditado que las principales inversiones las hiciera personalmente el heredero fiduciario, es lo cierto que estas inversiones hubieron de repercutir en su patrimonio, dado que, entre las dos posibles opciones que aquel tenía –hacer una fuerte inversión inicial que le posibilitara el cobro de una elevada renta o permitir que el propio arrendatario hiciera la inversión lo cual supondría una renta inferior– el fiduciario optó por la segunda solución, lo cual no implica, ni muchos menos que su patrimonio no se viese afectado por el hecho de tener menos ingresos a cambio de devenir, tras la finalización del arriendo, propietario de las edificaciones realizadas.

Habiendo sido este extremo de la sentencia objeto de casación, la Sala de lo Civil estimó el motivo y sienta la conclusión de que no tienen las Sras. M. y J. A. B. N., derecho a resarcirse del importe de estas mejoras, fundamentalmente por no haber sido sufragadas por el fiduciario Don Miguel V. V.

En apoyo de tal consideración da la Sala una serie de consideraciones que, fundamentalmente, se adscriben a lo que podríamos denominar argumentos de equidad, que, como tales, son merecedores de todo respeto, aunque se pueda disentir de ellos.

Es cierto, según se desprende de la lectura de las sentencias, que no se ha probado en modo alguno que la construcción del camping se sufragara por el fiduciario; pero, al parecer, también lo es –y por otra parte, entra en ello dentro de la mayor lógica– que la renta que el mímico percibió fue notablemente inferior, al ser la propia arrendataria quien acometió tales construcciones, que debían revertir a la propiedad a la finalización del arriendo. Por tanto, la incidencia de ello sobre su patrimonio es de la mayor evidencia.

En la sentencia que se comenta se pone especial énfasis en el hecho de que, en el contrato de arrendamiento de la finca fideicomitada de 1 de Marzo de 1.982, se fija el precio del arrendamiento del terreno en un 20 por ciento del total correspondiendo el 80 por ciento restante a “las obras, instalaciones y mejoras de toda índole, tanto las ya existentes como las que

la parte arrendataria introduzca durante la vigencia del contrato”. Dado que –dice la sentencia– los causahabientes del fiduciario tienen derecho, en primer lugar, a detraer la cuarta trebeliánica, si se les reconociera, además, derecho a percibir el valor de las mejoras consistentes en el complejo industrial conocido como Camping de Porto Petro, el resultado es que debería detraerse una cuarta parte del íntegro valor del inmueble en concepto de trebeliánica y después, para abonar las mejoras, el 80 por ciento de las restantes 3/4 partes. Además, se dice más adelante, a través de la cuarta trebeliánica, los causahabientes del fiduciario se beneficiarán, en la cuantía fijada por el legislador, de las mejoras introducidas vigente el fideicomiso, mejoras que no habían sido sufragadas por el fiduciario.

Tal argumentación puede ser discutida. En primer lugar, no es exacto que los causahabientes del fiduciario se beneficien a través de la cuarta trebeliánica de las mejoras porque, precisamente, al no formar parte estas mejoras de la herencia fideicomitida, no deben ser tenidas en cuenta para el cálculo y determinación de la cuarta trebeliánica. Así lo expone Pascual González para quien la trebeliánica comprende la cuarta parte de la herencia sujeta al fideicomiso y para su cómputo deberán rebajarse del valor de los bienes que la forman: las deudas del fideicomitente, gastos de última enfermedad, entierro, funeral e importe de los legales piadosos, y también –añade– se deducirán por pertenecer al fiduciario, las mejoras verificadas por él y las legítimas de los herederos forzosos (11).

Ello, por otra parte, concuerda con las consideraciones que se han hecho sobre la naturaleza del derecho a la trebeliánica. Si nace este derecho al aceptar el fiduciario la herencia fideicomitida y constituye una facultad que puede aquel ejercitar desde entonces, integrando la cuarta con bienes de la herencia, o, incluso, vendiéndolos para hacer efectivo su importe, parece que han de tomarse en consideración los bienes en sí mismos, sin tener en cuenta las posibles mejoras.

En cuanto al hecho de que en el contrato de arrendamiento se establezca la proporción del 20 y el 80 por ciento como precio del arrendamiento del terreno y de las edificaciones existentes en el mismo, no constituye, a mi parecer, un elemento interpretativo de especial importancia. Es obvio que no puede separarse el terreno de las construcciones y, por lo tanto, lo cierto es que existía un solo precio del arrendamiento, aunque a efectos ilustrativos se hiciera la distribución antedicha. De otra parte el derecho de reintegrarse el fiduciario en el importe de las mejoras no podría suponer en modo alguno que éstas deban necesariamente valorarse en una cantidad que, con relación al valor del terreno, esté en una proporción del 80 y del 20 por ciento.

Lo esencial, a mi juicio, para resolver la cuestión radicaría en si ha

existido en el litigio una prueba absolutamente fiable de la cual pudiera derivarse que la renta del arrendamiento fue notablemente inferior a lo que normalmente se hubiera pactado, por el hecho de pasar a ser propiedad del arrendador, a la finalización del arriendo, las construcciones efectuadas por la arrendataria. De ser así es obvio que se está ante una mejora que, directa o indirectamente, ha sido sufragada por el fiduciario. Piénsese, en este punto, que el fideicomisario va a recibir, en el año 2.001, fecha de finalización del contrato de arrendamiento, un complejo turístico que se podrá arrendar a vender a unos precios ciertamente importantes; y, piénsese, también que ello habrá sido debido, fundamentalmente, a la actividad e iniciativa del heredero fiduciario.

Por todo ello, no parece tan descabellado contemplar la posibilidad de que las causahabientes del fiduciario pudieran resarcirse de las mejoras efectuadas a su instancia en la finca fideicomitada porque las mismas, de una manera directa o indirecta, incidieron en su patrimonio.

En lo que sí estoy totalmente de acuerdo con la sentencia comentada es en el hecho de considerar que el art. 453 del Código civil no puede engarzar sin resaltes en la normativa que la Compilación balear dedica a la sustitución fideicomisaria. Pero ello es así solo en cuanto dicho precepto establece una opción —en este caso del fideicomisario— entre satisfacer el importe de la mejora o abonar el aumento de valor que a consecuencia de la misma haya adquirido la finca fideicomitada. Por lo que respecta al resto del art. 453, y, en particular, el derecho del fiduciario de reintegrarse en el valor de las mejoras o impensas útiles, con posible derecho de retención hasta que se le satisfagan, entiendo que ello armoniza con la tradición jurídica balear tal cual antes ha quedado expuesto.

Consiguientemente, el reconocimiento del derecho del fiduciario —o sus herederos o causahabientes— a reintegrarse del valor de las mejoras puede derivar de la integración de la Compilación con los elementos constitutivos de la tradición jurídica balear, sin necesidad de acudir a la aplicación supletoria del Código civil. Aunque bueno será apuntar la laguna legal que se contiene en la Compilación respecto de las mejoras, por si un día se acomete una nueva reforma de nuestro texto compilado.

## **V.— CONSIDERACION DE LA COMPRAVENTA DEL DERECHO A LA CUARTA TREBELIANICA Y AL REINTEGRO DE LAS MEJORAS COMO PACTO SUCESORIO.**

Líneas atrás indicaba el carácter ciertamente anómalo y excepcional de la escritura de compraventa de 14 de Junio de 1.982, pues, realmente, creo que en pocas ocasiones ha sido objeto de transmisión onerosa el derecho del

fiduciario a la cuarta trebeliánica y al resarcimiento de las mejoras efectuadas en la finca fideicomitida. Pero esta excepcionalidad llega a cotas altísimas cuando, además, se somete tal disposición a la condición suspensiva de que el vendedor fallezca sin hijos. ¿Que alcance hay que dar a esta condición?. ¿Convierte un negocio jurídico inter vivos en mortis causa?. ¿Transforma una compraventa en pacto sucesorio?.

La sentencia de la Audiencia Provincial se inclina abiertamente por esta posibilidad, señalando que, al deferir los efectos de la transmisión al momento en que se produjese la muerte de una de las partes, el negocio jurídico pasa a hacer referencia a la futura sucesión del vendedor ya que, entre otras cosas –sigue diciendo la sentencia– desviaba la cuarta trebeliánica del camino previsto en el art. 29 Comp. y participaba, en cierto modo, de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, tal como prevé el art. 620 Cc. para las donaciones mortis causa.

La cuestión es, ciertamente, interesante.

El hecho de desviar la cuarta trebeliánica del camino previsto en el art. 29 Compilación no considero tenga mayor relevancia, dado el derecho del fiduciario a disponer de la misma, tal cual antes se ha razonado, adscribiéndose dicho pronunciamiento dentro de los “obiter dicta” de la sentencia.

Sí, en cambio, es de la mayor evidencia que se desnaturaliza la compraventa al subordinarse su eficacia a la muerte sin hijos del vendedor. La causa típica de la compraventa, tal como debe inferirse del art. 1.274 Cc, queda fuertemente difuminada cuando se somete a una condición como la antedicha. El fiduciario no vende sus derechos a la cuarta y a las mejoras en consideración al precio que recibe, pues ni es seguro que lo perciba –al venir subordinada la efectividad del negocio a una condición suspensiva– ni, desde luego, lo va a percibir él, dado que habrá que esperar a su muerte para ver si se ha cumplido o no la condición del fallecimiento sin hijos. Por lo tanto, el móvil inductor, que se convierte en causa, del contrato de compraventa, o sea la percepción de un precio en dinero o signo que lo represente a cambio del bien que se transmite, no parece avenirse con las características del pacto estipulado.

Es curioso que en el litigio no haya sido objeto de debate la adecuación del precio pactado al presumible valor de los bienes vendidos.

No se recoge tampoco en las sentencias pronunciamiento alguno relativo a la cuestión de si la compraventa otorgada encubre, en realidad, una donación.

Por ello, no hay otra alternativa que partir del anómalo contrato de compraventa que se viene contemplando, relacionándolo, empero, con el entramado de negocios jurídicos que han existido entre las personas a las

que se refiere el litigio y, en particular, con las dos disposiciones de última voluntad relacionadas en el fundamento de derecho primero de la sentencia de la Audiencia Provincial.

En efecto, unos años antes del otorgamiento de la escritura de compraventa, el 25 de Octubre de 1.975, el después vendedor Don M. V. V. otorgó testamento –hay que suponer último testamento– en el que nombraba heredera fiduciaria a su esposa Doña A. C. V. y herederas fideicomisarias de residuo a sus sobrinas Doña M. N. V. y Doña M. V. V., siendo la primera madre de Doña M. y Doña J. A. B. N., las cuales intervienen después como compradoras en el otorgamiento de la escritura de compraventa del derecho a la cuarta y a las mejoras.

Y, fallecido sin descendientes el 30 de Septiembre de 1.986 Don Miguel V. V., su esposa Doña Antonia C. V., heredera fiduciaria de residuo del mismo, otorgó escritura pública ratificando la transmisión verificada por su causante de la cuarta trebeliánica y del derecho al valor de las mejoras, dando posesión de los bienes fideicomitidos con derecho de retención a las hermanas Doña M. y Doña J. A. B. N.

Si partimos del principio jurídico, ampliamente sancionado por la jurisprudencia, de que los contratos son lo que son, independientemente de la forma en que los han revestido sus otorgantes, está claro que en la compraventa que se contempla late un indudable carácter sucesorio: el móvil fundamental de esta disposición radica en la atribución a Doña M. y Doña J. A. B. N. –hijas de Doña M. N. V. que, a su vez fue designada en el testamento de Don Miguel V. V. como heredera fideicomisaria de residuo– de unos bienes concretos al fallecimiento de Don Miguel V. V. , de ahí que el pacto mediante el cual se establece esta disposición venga atinadamente considerando en la sentencia como pacto sucesorio. Se trata de un negocio jurídico que ha de surtir efecto al fallecimiento del disponente, de ahí que se considere pacto sucesorio, siendo plausible la referencia analógica que, como elemento de refuerzo, se hace al art. 620 Cc, sancionador de que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participen de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.

Puede suscitar alguna duda el hecho de que un elemento no esencial del negocio jurídico, cual es la condición –dentro de las calificaciones efectuadas por la dogmática jurídica– pueda convertir el contrato en algo que no se aviene en absoluto con las declaraciones de voluntad vertidas exteriormente por las partes contratantes. Pero el examen pormenorizado del contrato de que se trata y de las circunstancias de su otorgamiento llevan a la conclusión de la falta, en el mismo, de la causa típica del contrato de compraventa, y ésta

sí constituye un elemento esencial del negocio jurídico.

Partiendo del hecho de estarse, pues, ante un pacto sucesorio, el punto siguiente a tratar es el de si es posible su admisibilidad dentro de nuestro sistema jurídico.

## **VI.- LOS CONTRATOS SUCESORIOS AUTORIZADOS EN EL DERECHO CIVIL DE MALLORCA.**

En algunos Ordenamientos jurídicos el contrato sucesorio constituye un amplio molde en el que tiene cabida la generalidad de disposiciones por causa de muerte, hasta el punto de que las posibilidades de disposición en los contratos sucesorios son las mismas que en los testamentos.

Es paradigmático, en este sentido, el Derecho alemán, dado que el art. 2.278 del B.G.B., establece que “en un contrato sucesorio cada una de las partes que lo concluyen puede adoptar disposiciones contractuales por causa de muerte”, añadiendo que “otras disposiciones que instituciones de herencia, legados y modos no pueden ser adoptados contractualmente”.

Theodor Kipp señalaba a estos efectos que el Derecho alemán, bajo la denominación general de contratos sucesorios, regula las siguientes clases:

1º.- Los denominados contratos sucesorios o adquisitivos, que son aquellos mediante los cuales el causante atribuye algo a determinada persona. Estos son:

a) Contratos sucesorios en sentido estricto, contratos de institución de heredero, contratos sucesorios universales, cuando la atribución tiene forma de institución de heredero.

b) Contratos de ordenación de legado, o sea, contratos sucesorios singulares cuando la atribución se refiere a objetos aislados.

2º.- Contratos de renuncia de herencia, llamados contratos sucesorios abdicativos (12).

Tratando de encuadrar la compraventa de que se viene tratando en el esquema de los contratos sucesorios certeramente trazado por Kipp es evidente que se estaría ante una ordenación de legado. El “vendedor” Don Miguel V. V. en realidad ordena a favor de las hijas de su sobrina un legado, consistente en el derecho a la cuarta y a las mejoras, siempre que fallezca sin hijos. ¿Pueden existir obstáculos de validez jurídica respecto de dicho pacto sucesorio en el Derecho civil de Mallorca?

Indudablemente así es. En nuestro sistema jurídico no se admiten los contratos sucesorios como categoría jurídica genérica. Tradicionalmente

nunca se ha considerado que sea vehículo idóneo el pacto sucesorio para la ordenación de un legado, sino que se ha reservado la figura para las disposiciones básicas de los negocios de última voluntad, cuales son la institución del heredero y la renuncia a la herencia, dándose con ello lugar a las dos instituciones fundamentales de la donación universal, de una parte, y la definición de otra.

No solamente se apoya la consideración apuntada en motivos tradicionales, aunque éstos ciertamente son de peso: en el buen número de escrituras antiguas de donación universal que examiné al escribir mi obra sobre dicha figura (13) no recuerdo ninguna en la que no se estableciera la institución de heredero. Pero es que, además, siendo la institución de heredero un elemento esencialísimo en la sucesión mallorquina, no se concibe un contrato sucesorio sin heredero –salvo que el pacto sucesorio tenga precisamente por objeto la renuncia a la herencia–, de la misma forma que no puede existir testamento sin institución de heredero.

El actual art. 6º Comp. sanciona precisamente la donación universal como el único posible contrato sucesorio de delación hereditaria, al señalar que la herencia se defiere por testamento, por Ley y por contrato sucesorio mediante las donaciones universales de bienes presentes y futuros.

El texto fue en su día criticado, señalándose que no acompaño la fortuna a los redactores del artículo 6º Comp., ya que con su lectura se advierte que solo la donación universal de bienes presentes y futuros es el pacto autorizado para mallorquines, menorquines, ibicencos y formenterenses; y esto no es así, toda vez que del propio articulado de la Compilación se desprende ser una de las fórmulas sucesorias contractuales pero no la única. En el artículo 50 está el privilegio de definición (hoy arts. 50 y 51) y en el artículo 70 (hoy art. 72 y siguientes) se regulan los heredamientos ibicencos.

En contra de tales consideraciones, puede afirmarse que la definición aunque es, desde luego, un pacto sucesorio, no es realmente un pacto de delación hereditaria (pacto de sucedendo) sino más bien todo lo contrario (pacto de non sucedendo), por lo que no cabe su encaje en el art. 6º Comp., ya que este precepto tiene como objeto establecer los tres sistemas mediante los cuales se produce el fenómeno de la transmisión mortis causa, pero no dar la relación de los posibles pactos sucesorios autorizados. Y en cuanto a la falta de mención de los heredamientos ibicencos, ello se debe al hecho de estar inserto el art. 6º dentro del libro I dedicado a las disposiciones aplicables en Mallorca. En definitiva, parece apropiado abrir la normativa relativa a las sucesiones fijando los tres cauces tradicionales en el Derecho civil de Mallorca a través de los cuales se produce el fenómeno de la delación hereditaria.

No se extraña, por tanto, que de manera unánime la doctrina (14) haya



señalado como una de las características definitorias de la donación universal la de constituir una institución de heredero a favor del donatario, característica que proviene de su conceptualización como pacto sucesorio, mientras la irrevocabilidad –su segunda característica esencial– es manifestación de su conceptualización como contrato, apareciendo la institución como un negocio jurídico en el que se combinan el contenido sucesorio y la forma contractual. Estas características concuerdan, además, con los precedentes que suministra la práctica notarial y las sentencias de la antigua Audiencia así como los textos contenidos en los proyectos de Apéndice que precedieron a la Compilación de 1.961.

¿Pueden existir en nuestro ámbito jurídico otros contratos sucesorios adquisitivos aparte la donación universal?. Me ocupé del tema en el comentario al art. 6º Comp. (15), pero solo para hacer referencia al supuesto –que se ha dado en la práctica– de mallorquines emigrados a países cuya legislación admite el contrato sucesorio, habiendo pactado al contraer matrimonio una institución recíproca de heredero, no otorgada, obviamente, bajo la forma de donación universal. Una amplia serie de consideraciones avalaban, a mi juicio, la permisibilidad, a modo de excepción, de la disposición. Pero lo que ya ni siquiera me planteé, por considerar obvia su improcedencia, era la viabilidad –dentro de nuestro sistema jurídico– de un pacto sucesorio de ordenación de legado, al ser anómalo, atentar contra las tradiciones y principios esenciales de nuestro Derecho sucesorio –según se ha visto– y no ser tampoco admisible en el sistema del Código civil, en su consideración de Derecho supletorio.

La conclusión que se deriva de todo ello es la de que, al ser la compraventa de 14 de junio de 1.982 un pacto sucesorio, en el que se establece un legado de la cuarta trebeliánica y del derecho a las mejoras a favor de quienes aparecen en dicho otorgamiento como compradoras, bajo la condición suspensiva de fallecer el disponente sin hijos, no tiene validez, apareciendo absolutamente correcto el pronunciamiento de la sentencia en que así se dispone.

La nulidad de la susodicha compraventa no impide, empero, según la sentencia de la Audiencia Provincial, que los derechos a la cuarta y al reintegro de las mejoras puedan considerarse transmitidos a Doña M. y Doña J. A. B. N. a consecuencia de la escritura de 13 de Noviembre de 1.986, en la que Doña A. C. V., heredera fiduciaria de residuo de Don Miguel V. V., ratificaba la transmisión efectuada por su causante de la cuarta trebeliánica y derecho a las mejoras, a la par que les transmitía la posesión de los bienes integrantes del fideicomiso y el derecho a retenerlos hasta la percepción de aquellas.

No es que se esté ante un supuesto de convalidación de un contrato nulo,

lo cual no se avendría con las consecuencias que el instituto de la nulidad comporta, resumidas en los aforismos “quod nullum est nullum efectum producit”y “quod ab initio vitiossum est non potest tractu tempore convalescere”.

Se trata –según cuida de precisar la sentencia de la Audiencia– de que Doña Antonia C. V., esposa y heredera del fiduciario Don Miguel V. V., adquirió el derecho a la cuarta y a las mejoras a título de herencia, transmitiéndolos después a las Sras. B. N. en virtud de la escritura de 13 de Noviembre 1.986, mediante la que ratificaba la anteriormente otorgada por su causante. De esta ratificación –que realmente, y por las razones indicadas, no es tal– deriva la sentencia una voluntad de transmitir los derechos a la cuarta y a las mejoras que, como heredera del fiduciario, correspondían a Doña Antonia C. V.

Estamos, en definitiva, ante un curioso caso en que una escritura ratificatoria –denostadas en ocasiones por la doctrina– permite salvar unas disposiciones que habrían devenido, de no ser por ella, absolutamente ineficaces.

## VII.– EL “IUS RETENTIONIS”.

El tránsito de los bienes fideicomitidos de fiduciario a fideicomisario exige una previa liquidación del fideicomiso, siendo tradicional la consideración de que el fiduciario –o sus herederos– pueden retener los bienes integrantes de la herencia fideicomitada hasta que se les satisfaga el saldo resultante de la liquidación, en la que, lógicamente, se habrán tenido en cuenta todos los conceptos atendibles, tales como deudas de la herencia, legítimas satisfechas, cuarta trebeliánica, mejoras útiles, etc...

En la Real Cédula de Felipe V de 31 de Agosto de 1.736 se hace referencia a este derecho, indicando que hasta que efectivamente hayan sido satisfechas por el fideicomisario las llamadas detracciones legales (legítima y cuarta trebeliánica) y detracciones accidentantes (deudas de la herencia, funeral, redención de censos y otras cosas), no podía aquel “obtener posesión de la porción correspondiente de bienes del fideicomiso”.

Según Pascual González (16), desde antiguo se venía ejerciendo este derecho de retención, expidiéndose la Real Cédula antes indicada para confirmar la secular costumbre de Mallorca. Ha figurado el derecho de retención en los proyectos de Apéndice y se sanciona su existencia en la vigente Compilación señalando el art. 36 que el fiduciario o sus herederos disfrutarán del derecho de retención de los bienes fideicomitidos mientras no sean reintegrados del saldo a su favor (de la liquidación a practicar al producirse el tránsito de la herencia fideicomitada) y de la cuarta trebeliánica que pudiera corresponderles.

Precisamente, el tenor literal del precepto, al referirse, tan solo, como titulares del derecho de retención “al fiduciario o sus herederos”, suscita una de las cuestiones debatidas en el litigio, cual es la de si las hermanas Doña M. y Doña J. A. B. N. pueden hacer efectivo este derecho al no ser, propiamente, ni fiduciarias ni herederas del fiduciario Don Miguel V. V.

Tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia no tienen dudas en la consideración de que las Señoras B. N. ostentan este derecho de retención, dado que éste, en definitiva, no es sino una garantía o elemento accesorio de un derecho principal: la percepción de la cuarta trebeliánica y del saldo resultante de la liquidación del fideicomiso. Consiguientemente, si las Sras. B. N. ostentan estos derechos es lógico que disfruten también del derecho de retención de la herencia fideicomitida, que constituye una garantía legal para su efectividad. Ello es tanto más predicable en el caso de autos, en que, incluso, hay una transmisión expresa a las Señoras B. N. del derecho de retención en la escritura de 13 de Noviembre de 1.986.

Sin embargo, el que las sentencias resolvieran la cuestión de manera absolutamente lógica y acertada, no puede hacernos olvidar que la Compilación no se expresa en este punto con el rigor que sería de desear. Al igual que se indicaba al tratar de la posibilidad de transmisión del derecho a la cuarta —en que el tenor literal del art. 29 Comp. suscita la cuestión de si cabe la transmisión de este derecho a otras personas que no sean los herederos del fiduciario—, también aquí se ha suscitado la cuestión de si solo tienen el derecho de retención el fiduciario y sus herederos, como podría derivarse de una interpretación absolutamente literal del art. 36. Por ello podría tomarse buena nota de la conveniencia, en próximas reformas de nuestro texto compilado, de sustituir la palabra “herederos” por la de “causahabientes”, con lo cual se entendería investido del “ius retentionis” al fiduciario y a todos los que adquieran del mismo su derecho a la cuarta o cualesquiera derechos derivados de su condición de fiduciario, sin que sea preciso que tal adquisición sea a título de heredero.

## **VIII.— EL DERECHO A LOS FRUTOS DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS MIENTRAS SE EJERCITA EL DERECHO DE RETENCION.**

Es obvio que el fiduciario hace suyos los frutos que producen los bienes fideicomitidos hasta que se produce la transmisión de la herencia al fideicomisario. El problema se centra en la cuestión de si el derecho de retención se extiende también a los frutos de los bienes fideicomitidos, y, consiguientemente, si quien ejercita el derecho de retención puede percibir dichos frutos, y, en caso de poderlos percibir, si viene obligado a su devolución

cuando se le satisfaga el saldo resultante de la liquidación del fideicomiso o puede hacerlos definitivamente suyos.

Hay que recordar, en este sentido, y según ponen de relieve las sentencias comentadas, que la Compilación trata del tema –como veremos sin resolver– en los arts. 35 y 36. Según el primero de ellos, el fiduciario o sus herederos vendrán obligados a entregar la posesión de la herencia al fideicomisario dentro de los treinta días siguientes al requerimiento procedente; si no lo hicieren tendrán la consideración de meros detentadores. Y el art. 36, por su parte, señala que el fideicomisario no podrá entrar en posesión de la herencia fideicomitida sin la previa liquidación correspondiente. El fiduciario o sus herederos disfrutará del beneficio de retención de los bienes fideicomitados mientras no sean reintegrados del saldo a su favor y de la cuarta trebeliánica que puede corresponderles.

Curiosamente, las sentencias comentadas han resuelto la cuestión suscitada de manera contrapuesta.

La sentencia de la Audiencia Provincial considera que las Señoras B. N. tienen derecho a hacer suyos los frutos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión, de acuerdo con lo que dispone el art. 451 Cc. Por el contrario, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia considera que al emplazarse a las demandadas tuvo lugar el requerimiento a que se refiere el art. 35 Comp., por lo que, una vez transcurrido el plazo legal (30 días) desde dicho emplazamiento, las demandadas pasan a tener la consideración de meras detentadoras, sin derecho a percibir los frutos civiles de los bienes fideicomitados.

La sentencia de este Alto Tribunal dio lugar, en este punto, a un recurso de aclaración –desestimado– en base, fundamentalmente, a la contradicción existente entre el pronunciamiento del Tribunal que concede a las Señoras B. N. derecho de retención de los bienes fideicomitados –con lo cual les considera poseedoras legítimas de los mismos– con la declaración denegatoria del derecho a los frutos producidos por dichos bienes, al considerarlas meras detentadoras desde que transcurrió el plazo legal de 30 días a contar del emplazamiento. Por otra parte, se apunta en el recurso, la posible existencia de un enriquecimiento sin causa al considerarse en la sentencia que el fideicomisario tiene derecho a todos los frutos, desde la indicada fecha, cuanto, por el juego de la cuarta trebeliánica, solo debe percibir los que produzca la parte de la herencia fideicomitada que él va a recibir, o sea las tres cuartas partes de la misma.

Fácil es adivinar el importante sustrato económico que subyace tras la cuestión jurídica debatida. Se trata de las rentas devengadas por el arrendamiento del Camping de Porto Petro desde el 19 de Septiembre de 1.988 hasta la fecha en que se haga la correspondiente liquidación del fideicomiso.

Meditando sobre tan interesante tema, surgen enseguida una serie de consideraciones.

La primera radica en la de que las Señoras B. N., como causahabientes del fiduciario, al estar investidas de un derecho de retención hasta que se les satisfaga el saldo resultante de la liquidación del fideicomiso, tienen un innegable derecho a percibir –no a hacer suyos, como veremos– los frutos de los bienes fideicomitados, pues a estos frutos hay que entender que se extiende lógicamente el derecho de retención. Sería un contrasentido pensar que una persona retiene los bienes y otra percibe los frutos que los mismos producen.

Los textos legales históricos y actuales que regulan la materia son constantes en afirmar que el fideicomisario no podrá entrar en posesión de la herencia fideicomitada sin la previa liquidación correspondiente. Por tanto, hasta tanto se realice la misma, con la consignación o pago del saldo resultante de la liquidación, el fideicomisario no puede pretender la entrega de la herencia fideicomitada, por lo que el derecho de retención de la misma se extiende tanto a los bienes como a los frutos que éstos produzcan. En este sentido, se comparten los razonamientos que se hacen en el recurso de aclaración, expresivos de que, al estarse en posesión de los bienes fideicomitados en virtud de un derecho de retención legalmente establecido, no pueden tener en ningún caso las señoras B. N. la condición de meras detentadoras. Como dice Zaforteza de Corral en su documentada obra (17) mientras se mantiene el derecho de retención, el que retiene sigue siendo un poseedor de buena fe aunque ya ha cambiado el título en virtud del cual posee los bienes fideicomitados. Con lo que es evidente que el régimen a seguir es el mismo que se ha visto al hablar del fiduciario: el del poseedor de buena fe del artículo 451 y siguientes del Código civil; de otra forma podría considerarse que al retener el fiduciario –o sus herederos– actúa de mala fe. Señala asimismo dicha autora que la percepción de frutos es no solo un derecho del fiduciario sino, incluso, una posible obligación que encaja dentro del deber de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia que recae sobre quien –cual el fiduciario– viene obligado a entregarla a otra persona.

Todo ello lleva a la conclusión de que el fideicomisario no puede percibir los frutos de los bienes fideicomitados sino a partir del momento en que tenga lugar el tránsito de la herencia fideicomitada, con la premisa previa de la liquidación correspondiente, siendo, hasta que ello se produzca, el fiduciario, o sus causahabientes, quienes los percibirán.

Pero –y tal es la segunda conclusión– no hay que olvidar que la percepción de frutos operará a consecuencia de un derecho de retención de los bienes que los producen. Y este derecho de retención no puede extenderse más allá de su contenido primario, que no es otro que autorizar al titular del derecho a mantener la posesión de unos bienes hasta que se le satisfaga un

crédito. Analizando de manera generalizada el derecho de retención dice Díaz Picazo que es una garantía poco vigorosa, pues el acreedor solo ostenta la facultad de continuar la detentación y de rehusar la restitución (18). Para este autor, el derecho de retención no es un derecho real; no constituye –dice– un derecho subjetivo autónomo e independiente, sino una mera facultad que se concede al acreedor y que forma parte de la compleja situación jurídica en que éste se encuentra. Los antecedentes del derecho de retención se sitúan en la *exceptio doli generalis*, que podía alegar el poseedor de una cosa cuando se le exigía la restitución sin pagar los gastos o indemnizar los perjuicios derivados de la tenencia de la cosa, contraviniendo un principio general de equidad.

A la luz de estas consideraciones es claro que el derecho de retención no puede legitimar una adquisición de la propiedad de los frutos por parte de quien retiene, sino, tan solo, una mera retención hasta tanto se satisfaga el crédito en cuya garantía el derecho de retención está establecido.

En sede de sustitución fideicomisaria, es obvio, por tanto, que el fiduciario o sus causahabientes percibirán los frutos de la herencia fideicomitida hasta que se les satisfaga el saldo resultante de la liquidación del fideicomiso, momento en que cesará su derecho de retención de bienes y frutos, que deberán entregarse al fideicomisario, con entrada en juego de las reglas de la compensación, en su caso, si se dan los requisitos exigidos para que tenga lugar la compensación legal.

En todo caso, están excluidos de la obligación de devolución los frutos percibidos por el fiduciario –o sus causahabientes– producidos por los bienes que integran la cuarta trebeliánica, pues, los mismos los ha venido poseyendo el fiduciario como propietario y no en virtud de un derecho de retención.

Palma de Mallorca, a 4 de Junio de 1.995.

---

#### NOTAS

- (1) El Senado consulto Pegasiano, lo cual hace que se propugne por algunos autores la denominación de cuarta pegasiana en vez de trebeliánica.
- (2) Requisitos que establece el propio art. 29 Compilación.
- (3) Zaforteza de Corral, *EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO DE MALLORCA Y MENORCA*. Edic. Palma 1.992, pág. 188.
- (4) Pascual González, *DERECHO CIVIL DE MALLORCA*, Palma 1.979, pág. 259.

- (5) Pascual González, DERECHO CIVIL DE MALLORCA , Palma 1.979, pág. 263.
- (6) Analizada por Coll Carreras, COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL Y COMPILACIONES FORALES, Madrid 1.980, pág. 515.
- (7) Así, en el Derecho civil de Cataluña, el art. 215 del Código de Sucesiones por causa de muerte señala que “cuantas mejoras o bienes incorpore materialmente el fiduciario al fideicomiso quedarán efectos al gravamen fideicomisario, si bien, al deferirse aquél, el fiduciario o sus herederos podrán optar por retirar las mejoras o incorporaciones, cuando pueda hacerse sin detrimento de los bienes fideicomitidos, o exigir su importe, que se estimará por el aumento del valor que los bienes hayan experimentado, sin que pueda exceder del precio de coste actualizado.
- (8) Pascual González, Ob. cit., pág. 256.
- (9) Coll Carreras, Ob. cit., pág. 546.
- (10) Zaforteza de Corral, Ob. cit., pág. 264.
- (11) Pascual González, Ob. cit., pág. 261.
- (12) Theodor Kipp, DERECHO DE SUCESIONES, Vol. I, Barcelona 1.951, pág. 205.
- (13) Masot Miquel, EL CONTRATO SUCESORIO EN EL DERECHO FORAL DE MALLORCA. LA DONACION UNIVERSAL DE BIENES PRESENTES Y FUTUROS, Palma 1.976.
- (14) Coll Carreras, Ob. cit., pág. 57. Pascual González, Ob., cit., pág. 57. Hernández-Canut y Escrivá, LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES, Anuario Derecho civil 1.961, pág. 668. Masot Miquel, Ob. cit., pág. 15.
- (15) Masot Miquel, COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL Y COMPILACIONES FORALES, pág. 169.
- (16) Pascual González, Ob. cit., pág. 257.
- (17) Zaforteza de Corral, Ob. cit., pág. 266 y siguientes.
- (18) Díez Picaso, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL, I, pág. 580.

