

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO BALEAR ⁽¹⁾

ILMO. SR. D. MIQUEL MASOT MIQUEL

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears

– SUMARIO –

I. INTRODUCCIÓN

- A) La proclamación de los principios generales como fuente del Derecho civil balear.*
- B) La imposibilidad de dar tratamiento unitario a las instituciones sucesorias de Baleares.*
 - 1. El Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca.
 - a) Su fundamentación en el Derecho romano justiniano.
 - b) Proceso histórico de adaptación de las instituciones sucesorias romanas.
 - c) La pervivencia de elementos e instituciones autóctonas.
 - 2. El Derecho sucesorio de Ibiza y Formentera.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO DE MALLORCA Y MENORCA

- A) Referencia histórica.*
- B) Necesidad de institución de heredero para la validez del testamento.*
- C) Universalidad de la sucesión del heredero.*
- D) Perdurabilidad de la condición de heredero.*
- E) Incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.*
- F) Otros posibles principios generales.*

(1) Este artículo se ha publicado en la obra “Derechos Civiles de España”, editada bajo el patrocinio del Banco Santander Central Hispano

1. El sustrato patrimonial de la institución de heredero.
2. La posibilidad de encargos de elección de heredero y de distribución y asignación de la herencia.
3. La sucesión contractual en Mallorca en su doble vertiente de pactos de adquisición de la herencia y de renuncia a la misma.
4. La concesión al heredero fiduciario de la cuarta trebeliánica.
5. El excepcional, pero importante, “*ius disponendi*” del heredero fiduciario.
6. La concesión de legítima a descendientes y cónyuge viudo.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE SUCESIONES DE IBIZA Y FORMENTERA

A) Introducción.

B) Posibilidad de sucesión contractual, en su doble vertiente de pactos de adquisición y pactos de renuncia a la herencia.

C) La delegación de facultades sucesorias en favor del cónyuge.

D) ¿Otros posibles principios generales?

BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El hecho de que se dedique el presente trabajo a los principios generales del Derecho sucesorio balear exige la exposición de dos cuestiones previas: el papel llamado a desempeñar por los principios generales del Derecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear y la cuestión torturante de si puede hablarse en puridad de la existencia de un Derecho sucesorio balear, dadas las profundas divergencias existentes entre el Derecho de Mallorca y Menorca, de una parte, y el de Ibiza y Formentera de otra.

A) La proclamación de los principios generales como fuente del Derecho civil balear.

Indudablemente, una de las novedades que presenta la actual Compilación de Baleares, tras la ley reformadora antes indicada, es la doble referencia que en la misma se hace a los principios generales del Derecho civil de Baleares.

En unas circunstancias totalmente distintas de las que condicionaron la gestación de la Compilación de 1961, los redactores de la actual Compilación partieron de la base de que el Derecho civil balear constituía un ordenamiento jurídico con sus propias fuentes de elaboración, sus amplias posibilidades de autointegración y su derivación de unos principios generales que dan fundamento y cohesión al sistema.

Todo ello, claro está, sin perjuicio, de reconocer la ubicación del Derecho civil balear –como ordenamiento o sistema jurídico autónomo– dentro de un marco más amplio, cual es el ordenamiento jurídico español y con sujeción, por tanto, a los principios constitucionales en que éste se sustenta.

Es evidente que han pasado años –aunque no demasiados– desde que en el Código civil se contenían aquellas ofensivas palabras de que “en las provincias y territorios en que subsista Derecho foral lo conservarán por ahora” conceptuándolos como Derechos excepcionales y limitados. Por el contrario, la reforma del Título preliminar del Código civil y las declaraciones de la Constitución de 1978 han variado profundamente el aspecto de la cuestión, pasándose –como tantas veces se ha dicho– del monosistema del Derecho civil común sustentado en el Código civil a un polisistema en el que los ordenamientos jurídicos privados no tienen otra barrera que los principios y normas constitucionales.

Dentro del Derecho civil balear, los principios generales actúan –según se desprende del art. 1º de la actual Compilación– en un doble sentido.

Por una parte constituyen elementos de interpretación e integración de las normas e instituciones del mismo. Y, de otro lado, actúan como válvula de cierre, impidiendo la aplicación supletoria del Código civil y demás leyes estatales, que no será viable cuando se opongan a dichos principios generales.

Ello nos pone de relieve, consiguientemente, la extraordinaria importancia que dentro de nuestro sistema jurídico han adquirido los principios generales.

Sin embargo, se tropieza inmediatamente con el inconveniente de que no ha habido –salvo las excepciones que se verán– una tarea de decantación de dichos principios, lo cual hace que su aplicación por los Tribunales se vea limitada ante la total ausencia de un tratamiento doctrinal, al tener que deducir los mismos de un estudio de nuestras leyes históricas, costumbres, doctrina y jurisprudencia, es decir de lo que constituye la tradición jurídica balear.

Por todo ello parece conveniente que el tema de los principios generales comience a salir a la palestra, a fin de que se vaya formando un estado de opinión sobre cuáles son estos principios, dada la importantísima función que los mismos cumplen dentro de nuestro sistema jurídico. Venturosamente, en materia sucesoria, y por lo que respecta a Mallorca y Menorca, hay ya una parte importante de la tarea realizada al entenderse que en estas Islas han sido permanentemente de aplicación los viejos principios sucesorios romanos.

Pero no sucede lo mismo en Ibiza y Formentera. Y ello nos sitúa ante la segunda cuestión a abordar en esta introducción que no es otra que la de examinar si puede hablarse en puridad de un Derecho sucesorio balear o si, por el contrario, las divergencias existentes impiden el tratamiento unitario de la materia.

B) La imposibilidad de dar tratamiento unitario a las instituciones sucesorias de Baleares.

La afirmación clásica de que las leyes son un producto de la historia nos muestra la impropiedad de hablar de un Derecho sucesorio balear.

Las vicisitudes históricas por las que han pasado cada una de las islas, la mayor o menor influencia del Derecho romano o del Derecho catalán y, sobre todo, la absoluta separación que el hecho insular siempre ha supuesto han determinado diferencias muy apreciables entre el Derecho civil de Mallorca y Menorca, de una parte, y el de Ibiza y Formentera, de otra,

existiendo asimismo divergencias entre los dos primeros. Téngase en cuenta que antes del actual siglo no existían líneas regulares de navegación que conectaran las islas entre si de manera periódica, por lo que la comunicación entre los naturales de las diversas islas era en realidad nula. Tal vez, precisamente, la mayor distancia entre Mallorca e Ibiza, junto con otros factores políticos y sociales, han determinado esta amplia diversidad entre los ordenamientos sucesorios vigentes en una y otra isla.

Ciertamente, la propia sistemática de la actual Compilación, tras la revisión efectuada por la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear, manteniendo la clásica división en tres libros –como hacia la Compilación de 1961– para contener las normas aplicables respectivamente en Mallorca, Menorca e Ibiza y Formentera, pone de relieve cuál es el estado de la cuestión.

Sin embargo, es de justicia destacar que en la Comisión que preparó el proyecto de reforma que, tras su paso por el Parlament balear, se convirtió en la Ley 8/1990 se planteó la posibilidad de superar la dispersión sistemática de los preceptos de la Compilación en los tres libros apuntados, dada la identidad del régimen económico matrimonial en Mallorca y Menorca y su similitud respecto del de Ibiza y Formentera, así como el hecho de aplicarse en Menorca todos los preceptos de contenido sucesorio del Libro 1, salvo los relativos a los pactos sucesorios. Mas lo cierto es que razones tal vez de contenido marcadamente político aconsejaron el mantenimiento del sistema tradicional por considerarlo más respetuoso con el Derecho de cada una de las islas.

En todo caso, las diferencias se acentúan cuando se examinan las instituciones sucesorias de Mallorca y Menorca con relación a las de Ibiza y Formentera, y ello nos impone la necesidad de hacer unas consideraciones generales acerca del Derecho sucesorio de unas y otras islas.

1. El Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca.

a) Su fundamentación en el Derecho romano justinianeo.

El Derecho sucesorio aplicable en Mallorca y Menorca tiene una base esencialmente romana.

En una obra clásica en la materia, cual es la “Memoria sobre las instituciones de Derecho civil de las Baleares”, publicada en 1885 por Pedro Ripoll y Palou, se dice, con referencia a Mallorca, que “todo hace creer que en el inmenso vacío que se observaba en el Reino respecto de la legislación verdaderamente civil se acudió siempre al derecho canónico y al romano, que era el derecho universal y al que más fácilmente podía llegarse como supletorio, razón sin dada que explica satisfactoriamente cómo en una

compilación que con especial cuidado se confeccionó tiempo después o sea en el año mil seiscientos veintidós de orden de los Jurados de esta Ciudad y por los Doctores don Pedro Juan Canet y don Antonio Mesquida y Romaguera, se continúa una ordenación, aunque sin fecha, en que se manifiesta que quedaba estatuido y ordenado que todo cuanto se encontrase dispuesto por las franquezas, y privilegios, pragmáticas, ordenamientos, estilos y buenos usos de este Reino había de observarse como derecho municipal, y que en los casos no dispuestos por él se atendiese al derecho canónico y al alta del mismo al derecho común que era el romano conocido siempre con aquel nombre. No cabe dudar –apostilla dicho autor– que así aconteció y hasta puede asegurarse que el derecho romano tomó de tal suerte carta de naturaleza entre nosotros, que sólo a él se ha acudido en todo aquello que las propias franquezas no determinaban”.

Por tanto la aplicación del Derecho romano, bajo la formulación del *ius commune*, en Mallorca ha sido siempre incuestionable e incuestionada. El Tribunal Supremo sancionó de manera expresa la aplicación del Derecho romano justiniano en Mallorca en materia sucesoria en una amplia gama de sentencias, algunas anteriores a la promulgación del Código civil –así las de 12 de octubre de 1868, 12 de noviembre de 1872 y 8 de marzo de 1879– y otras posteriores a dicho cuerpo legal, cuales las de 6 de junio de 1905, 28 de diciembre de 1923, 8 de mayo de 1925 y 24 de octubre de 1964. Si bien esta última matizaba que la aplicación del Derecho romano era con el carácter de consuetudinario, no pudiéndose sostener la tesis de la vigencia total y global del Derecho romano justiniano como único supletorio allí donde falte la regulación específica del Derecho mallorquín, sino que tan sólo procederá su aplicación en los casos en que, consuetudinariamente, hubiere llegado a alcanzar fuerza normativa. Para calibrar el alcance de la sentencia debe tenerse en cuenta que la misma se dictó estando en vigor el antiguo artículo 13 del Código civil –en su anterior redacción a la ley reformadora de 31 de mayo de 1974–, sancionador de la entrada en vigor del Código civil en Aragón y Baleares como Derecho supletorio “en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes”, lo cual llevaba a considerar que la aplicación del Derecho romano tenía que ser en base a su consideración de Derecho consuetudinario y no como Derecho supletorio.

Actualmente está fuera de toda duda que el Derecho romano justiniano integra la tradición jurídica balear, a la que aludía el art. 2º de la Compilación de 1961 como elemento de interpretación, elevado por la Ley reformadora 8/1990, de 28 de junio a la categoría de elemento de integración del Derecho civil balear, al señalarse en el art. 1º que éste se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan,

así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas.

De nuevo constatamos la existencia de un reconocimiento a la diversidad jurídica de las islas, empleándose, en sustitución del término “tradición jurídica balear”, el de “tradición jurídica de las islas” y razonando la exposición de motivos de la Ley reformadora de 1.990 que “nuestro Derecho no sólo se interpretará sino que se integrará tomando en consideración (...) las leyes, costumbres, Jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición Jurídica de cada una de las islas”.

Es un botón de muestra del hecho de acudirse continuamente a los viejos preceptos del Derecho romano para colmar las lagunas legales la curiosa circunstancia de que dos de los recursos de casación presentados ante el Tribunal Superior de Justicia de Baleares se basaban en la infracción de la doctrina de viejos textos del Derecho romano. Así, el recurso de casación que dió lugar a la sentencia de 21 de mayo de 1993 se fundamentaba en la infracción, entre otros, de textos del Digesto (30.114 párrafo 14) y del Codex (título 43, leyes 2 y 3 versículo 3), mientras que el recurso que dió lugar a la sentencia de 5 de diciembre de 1995 se basaba en la infracción de las Novelas 18a, 115 y 118.

Sin embargo, esta asimilación entre Derecho sucesorio mallorquín –y menorquín– y Derecho romano justinianeo no puede suponer, como es lógico, una identificación total.

En primer lugar porque los condicionamientos históricos, sociales y económicos han marcado su impronta sobre las instituciones jurídicas, modificándolas o suprimiéndolas, de acuerdo con lo que en cada momento demandaba la realidad social; y, en segundo lugar, por la pervivencia hasta nuestros días de instituciones sucesorias autóctonas. A ello vamos a dedicar los dos siguientes apartados.

b) Proceso histórico de adaptación de las instituciones sucesorias romanas.

Si, como antes se decía, las leyes son un producto de la historia es de la mayor evidencia que el devenir histórico modifica y configura las instituciones jurídicas.

Ello ha sido apreciable en el Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca, pues el paso del tiempo ha revelado que algunas de las instituciones sucesorias romanas habían ya cumplido su destino histórico, no adecuándose en modo alguno a las realidades sociales del momento.

Ya la Compilación de 1961 hizo tabla rasa con una serie de instituciones sucesorias tradicionales en nuestro Derecho, pero que se revelaban obsoletas o poco acordes con los actuales tiempos.

Así, se sustituyó la cuarta marital –que correspondía a la viuda (no al viudo) pobre e indotada– sustituyéndola por unos derechos legitimarios del cónyuge viudo similares a los del Código civil, la cuantía de los cuales se ha incrementado, por cierto, en la reciente Ley 8/1990, de 28 de junio. Ello era de pura lógica jurídica, aunque es cierto que la institución estaba arraigada a un en la conciencia colectiva y da prueba de ello el hecho de que con mucha frecuencia viudas recientes hablan todavía de su derecho “a la cuarta”.

Aparte de ello, se hizo desaparecer la regla del Derecho romano según la cual los hermanos eran legitimarios en caso de ser preteridos por institución a favor de persona torpe, se reconocieron derechos hereditarios a los hijos adoptivos, se simplificó la regulación romana del derecho de acrecer, se limitaron los llamamientos en la sustitución fideicomisaria y se modificó la Novela 22, capítulo 27 de Justiniano, sancionadora de la Ley Hac Edictali.

Estos cambios han sido mucho más ostensibles tras la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear. Por demandarlo la Constitución –y la realidad social– se ha establecido la equiparación de todos los hijos a efectos de legítimas, terminando así con la distinción anteriormente existente entre parentesco matrimonial y extramatrimonial; se excluyen recíprocamente como legitimarios, en la sucesión de unos y otros, los hijos adoptivos y sus padres por naturaleza, salvo el supuesto –seguido por las más modernas legislaciones– de que un consorte adopte a los hijos por naturaleza del otro; se restringe la legítima de los ascendientes, limitándola a los padres –mientras que según el art. 42 de la Compilación de 1961 eran legitimarios, a falta de descendientes, los padres y ascendientes legítimos–, reduciendo, además, la misma a una cuarta parte del haber hereditario, mientras en aquélla era un tercio de la herencia. Por el contrario, se han aumentado los derechos del cónyuge viudo, que pasan a ser el usufructo de la mitad del haber hereditario si concurre con descendientes, el usufructo de dos tercios del mismo concurriendo con los padres del causante y, en los demás casos, el usufructo universal.

Se ha suprimido igualmente la limitación derivada de la antigua Lex Hac Edictali–encarnada en el art. 53 de la Compilación de 1961– según la cual el cónyuge sobreviviente que concurriera con descendientes legítimos de cualquier matrimonio anterior del premuerto, sólo podrá adquirir de éste a título lucrativo, directa o indirectamente, bienes por un valor que no exceda del correspondiente a las atribuciones efectuadas al hijo legítimo menos

favorecido, supresión recomendada –se dice en la exposición de motivos de la ley reformadora– por su estricta justicia, discordancia con la actual conciencia social y posible inconstitucionalidad. Se introduce la regulación de la desheredación y la preterición, colmando de esta manera una laguna legal cuya existencia era particularmente grave por el hecho de girar el Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca sobre la base de los principios de necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento e incompatibilidad de la sucesión testada e intestada, principios inexistentes en el Código civil, lo cual impedía acudir al mismo en su consideración de Derecho supletorio.

Sin perjuicio de mantener la tradicional conceptualización de la legítima como *pars bonorum hereditatis*, se introduce, siguiendo el precedente ya apuntado por el proyecto de Apéndice de 1920, la posibilidad de realizar su pago en metálico, haciendo de esta manera realidad el deseo de muchos testadores y herederos y permitiendo, a la par, la conservación del patrimonio familiar, en evitación de la atomización que la anterior normativa comportaba al poder exigir el legitimario el pago de su legítima en bienes de la herencia.

Se da también una regulación amplia y detallada de los contratos sucesorios, tanto adquisitivos –donación universal de bienes presentes y futuros– como abdicativos –definición– siguiendo las consideraciones que en ambos casos había hecho la doctrina.

Anticipándose a la Ley estatal 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos, se simplifican las formalidades de los testamentos, suprimiendo de manera general los testigos instrumentales –salvo en los supuestos de excepción– y posibilitando que éstos sean, en estos supuestos, los empleados del Notario.

Y finalmente, se reitera la afirmación, ya contenida en la Compilación de 1961, de aplicación del Código civil en materia de sucesión intestada, con el alcance que supone la nueva disposición final 2ª de la ley reformadora de 1990, cuando establece 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 la misma, con lo cual nos movemos en el ámbito de lo que la doctrina ha llamado remisiones estáticas, pues, de esta manera –como dice la exposición de motivos de la ley reformadora– no se ha hecho más que incorporar a nuestro Derecho las normas de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificativa del Código civil, con la consiguiente preferencia del cónyuge viudo sobre todos los colaterales en la sucesión intestada, culminando de esta forma una reforma sucesoria que cabe caracterizar por el aumento sustancial de los derechos del cónyuge supérstite, muy de

acuerdo con el nuevo concepto de familia.

c) La pervivencia de elementos e instituciones autóctonas.

Como en Derecho no se conoce regla general sin excepción, constituye un supuesto de interés dentro de este panorama sucesorio de marcado carácter romanista la pervivencia desde antiguo en Mallorca –no así en Menorca– de la sucesión contractual, mediante las llamadas donaciones universales de bienes presentes y futuros.

Aunque es claro –como afirma Guilio Vismara– que no puede hablarse de la existencia de una prohibición total en Roma de los pactos sucesorios si se considera históricamente el desenvolvimiento de los actos por causa de muerte, lo cierto es que son numerosos los textos del Corpus sobre los cuales se construyó el principio general “hereditas viventis non dicitur”. Principio que se basaba en que, dada la irrevocabilidad del pacto sucesorio, con su otorgamiento quedaba eliminado uno de los derechos considerados como fundamentales del ciudadano romano: la libertad de testar, derecho que debía ser mantenido hasta la muerte. Uniéndose a esta fundamental motivación otras de carácter moral, dirigidas a eliminar los “captatores hereditatam” que, con la irrevocabilidad del contrato sucesorio, quedaban a cubierto de las ulteriores revocaciones que son consustanciales al testamento.

Por el contrario, es muy antigua la existencia en Mallorca de la sucesión contractual mediante estas figuras de las donaciones universales de bienes presentes y futuros, de la cual encontramos abundantísimas huellas en los protocolos notariales de los siglos pasados.

Precisamente, un pergamino obrante en el Archivo Histórico de Mallorca de 26 de mayo de 1474 nos suministra el primer ejemplo documentado de donación universal, conteniéndose referencias a la institución en la Recopilación de Canet y Mesquida de 1622, así como en la mayoría de textos históricos de nuestro Derecho.

Como he tenido ocasión de afirmar en mi obra “El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros”, la aparición de figuras diversas de sucesión contractual debe explicarse en base a una tradición consuetudinaria que posiblemente se remonta a épocas anteriores a la dominación romana en las Islas. Y ello es así porque de los tres sistemas de transmisión hereditaria comúnmente admitidos –ley, testamento y contrato sucesorio– el primero en el tiempo, el más sencillo y el de mayor arraigo, desde el punto de vista histórico, en las comunidades ha sido éste último; la transmisión de la herencia en virtud de

testamento o mediante ley exige en las comunidades unos medios y una organización que el contrato sucesorio no precisa. Es esta misma sencillez y simplicidad –y no el peso de unos precedentes germánicos que históricamente no acaban de ser rastreables– lo que ha determinado la aparición del contrato sucesorio en diversas legislaciones históricas y, entre ellas, en Mallorca, a pesar de su falta de precedentes romanos.

2. El Derecho sucesorio de Ibiza y Formentera.

En Ibiza y Formentera la situación es radicalmente distinta de la expuesta respecto de Mallorca y Menorca.

Un profundo estudioso del Derecho civil de aquellas islas –José Cerdá Gimeno– en sus comentarios a la Compilación de Baleares, señala que “los principios esenciales y solemnes de la legislación romana, tales como la imposibilidad de coexistencia de herederos testamentarios y legítimos y la obligatoriedad de la institución de heredero (...) se esfumaron hace muchos años de nuestra vida jurídica, y ahora, ni obligan ni se recuerdan más que como perspectiva histórica. No se tiene en cuenta desde tiempo inmemorial el principio romano “*nemo por parte testatus et pro parte intestatus morietur*” disponiendo el testador ibicenco en muchas y frecuentes ocasiones de parte de sus bienes, falleciendo ab intestato de otros, y es también frecuente que no contenga el acto de última voluntad institución de heredero y solo de legatarios, y sin embargo, el testamento, absolutamente válido, causa su correspondiente inscripción registral y nunca es impugnado. Si rigiese el Derecho romano en materia de sucesiones, ¿podría admitirse todo lo expuesto? Sólo el mencionarlo sería una herejía jurídica?”

Lo cierto es que la naturaleza del Derecho sucesorio ibicenco, es sumamente compleja.

Se ha hablado del carácter trifronte del mismo, al haber sufrido la triple influencia del Derecho mallorquín, del Derecho catalán y del Código civil. Ello es incluso observable en la actual Compilación, en la que se contienen considerables remisiones al Código civil (arts. 70, 79, 80, 83 y 84) y al Derecho de Mallorca (arts. 70 y 77).

Pero estas influencias no pueden perder de vista los condicionamientos de la realidad social y los distintos factores económicos y políticos que, a lo largo de los siglos, han marcado su impronta en las instituciones, dotándolas –a pesar de las influencias antes remarcadas– de unas peculiaridades propias. Por ello se impone acudir, al estudiar en profundidad las instituciones, al método historicista, para la certera comprensión de las mismas, al objeto de calibrar la incidencia de todos los factores apuntados.

Fundamentalmente no pueden perderse de vista las profundas transformaciones económicas experimentadas en Ibiza y Formentera, las cuales, indefectiblemente, nos plantearán la cuestión de si la casa payesa o campesina seguirá siendo por mucho tiempo el centro alrededor del cual gravitan las instituciones sucesorias ibicencas, y si el pacto sucesorio comprensivo de la misma –los heredamientos– sigue constituyendo –cual dice Cerdá Gimeno en la obra antes citada– la piedra clave de la arquitectura sucesoria foral.

Es muy significativo, a este respecto, que el único caso de Ibiza que ha sido contemplado por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Baleares a consecuencia de recursos de casación por infracción de norma foral, hacía referencia a una revocación de donación universal por ingratitud, con la particularidad de que el objeto de la donación era, entre otros bienes, un hotel ubicado en San Antonio de Portmany.

Ello nos pone, de alguna manera, en la pista del hecho de que las instituciones sucesorias desbordan en ocasiones el contexto para el cual fueron creadas, y en el que se movían libremente, sirviendo para regular nuevos intereses y solucionar nuevos conflictos para los que en absoluto fueron pensadas; ciertamente, la realidad dinámica del Derecho muestra cuántas veces se produce este proceso de adaptación de los viejos moldes a las nuevas realidades.

Y, de otro lado, todo lo expuesto hasta el momento nos indica claramente que las diferencias entre el Derecho sucesorio de las Baleares y las Pitiusas son tan ostensibles que es necesario exponer por separado los principios generales informadores de uno y otro, cual voy a hacer seguidamente.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO DE MALLORCA Y MENORCA

A) Referencia histórica.

La regulación de las sucesiones en Mallorca y Menorca está estructurada sobre unos principios generales, que suponen la pervivencia hasta la época justinianea –así como desde entonces hasta los tiempos actuales– de las características esenciales de la sucesión en las primeras etapas del Derecho romano.

En ellas, la sucesión tenía un carácter marcadamente político: según Bonfante, la herencia romana no era sino una sucesión en el poder soberano del jefe de una gran familia agnaticia; y la adquisición por los

herederos del patrimonio dejado por el causante no era sino una consecuencia de dicha sucesión en la soberanía del grupo. Entonces la familia era un organismo político para el cual eran primordiales los fines de defensa del grupo: el mantenimiento del orden en el interior del organismo familiar y la capacidad para la defensa en el exterior. El heredero se convertía, por tanto, en el nuevo jefe de la gran familia agnaticia, a quien se transmitía el patrimonio del causante, colocándose in locum et ius del mismo.

Al llegarse a la época histórica, sin embargo, la familia ha dejado de ser un órgano político y la antigua sucesión en la jefatura del organismo familiar se ha convertido en la simple sucesión en la titularidad de un patrimonio; pero el conservadurismo romano hace que en este heredero y en la sucesión del patrimonio perduren muchos rasgos de la antigua sucesión en la soberanía familiar.

Vistos desde esta perspectiva histórica se explicitan claramente los principios generales de nuestro Derecho sucesorio.

Todo testamento ha de contener institución de heredero, porque el órgano familiar no puede quedar sin jefe. Ha de haber necesariamente un sucesor que asuma la jefatura y defensa del mismo.

El heredero sucede en la universalidad de la herencia porque, al ocupar el lugar del antiguo jefe del grupo familiar, se coloca in locum et ius del mismo, sucediéndole en el conjunto y haz de los derechos, voces, acciones y obligaciones de los que aquél era titular.

La perdurabilidad de la condición de heredero (*semel heres semper heres*: el que es heredero lo es siempre) viene fundada en la propia necesidad de que exista siempre un jefe al frente del grupo familiar, evitando que el mismo pueda quedar en cualquier momento desvalido.

Y la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada es asimismo una consecuencia de los anteriores principios. Si el heredero sucede al causante en todos sus bienes y deudas —a excepción de los bienes particularmente deferidos como legados a otras personas—, y en todo testamento ha de contenerse institución de heredero, es obvio que existiendo testamento es absolutamente innecesario acudirse a la sucesión intestada; por el mero hecho de haber testamento existirá heredero y éste será llamado a todos los bienes del causante.

De estos cuatro principios esenciales se extraen otros de los cuales son lógica e ineludible consecuencia. Así ocurre con la responsabilidad del heredero por las deudas del causante —lo cual es de la mayor evidencia al subrogarse el heredero en su lugar, sucediéndole en el haz de relaciones

patrimoniales de las que éste era titular—, y la necesidad de que la institución de heredero tenga un sustrato patrimonial, con el juego de la cuarta falcidia, que permite al heredero excesivamente gravado con legados reducir éstos a fin de que le quede por lo menos una cuarta parte del activo hereditario líquido.

Lo cierto es que esta concepción de la primitiva *successio mortis causa* romana explica bastante bien —en palabras de Arias Ramos— muchas de las singularidades que la hereditas romana ofrece ya en tiempo históricos y algunos de los rasgos de la misma, tildados de precoces por los estudiosos del Derecho comparado.

Y, particularmente, estos principios dan armonía y cohesión a todo el entramado sucesorio, sirviendo de soporte a su normativa y determinando que principios y consecuencias estén concatenados entre si, semejando una gran catedral gótica en la que la fuerza y vigor de los pilares permite un más acabado desarrollo del conjunto a lo largo de bóvedas y arbotantes.

Pero lo que hoy en día da fuerza y credibilidad a estos principios sucesorios es el hecho de haber estado siempre vigentes en la sucesión de estos territorios insulares, pasando a convertirse en una tradición y un sentir colectivo.

No conciben las gentes de Mallorca y Menorca que pueda existir un testamento en el que no se nombre heredero, pues necesariamente se considera debe existir un sucesor del *decius*, y sin sucesor no hay sucesión posible. En definitiva, es hoy el propio sentir popular, y no ya los textos de *Corpas* justiniano, quienes han convertido a la institución de heredero en cabeza y fundamento de la sucesión mallorquina.

Es una satisfacción constatar que la Ley 8/1990, de 28 de junio, del *Parlament balear*, no sólo conserva totalmente tales principios, sino que en su Exposición de Motivos señala: “Los principios sucesorios romanos, tradicionales en el Derecho civil balear, fueron plenamente aceptados, como se sabe, por la *Compilación* de 1961 y han sido, en parte, complementados en el nuevo texto que se propone y en cuyos artículos 6 y 7 sólo se han introducido leves retoques de matiz. El sistema sucesorio romano derivado de tales principios, no sólo resulta un sistema indudablemente lógico para ordenar la sucesión por causa de muerte, sino que, a pesar de los profundos cambios sociales, económicos y familiares experimentados a través de los tiempos, continúa siendo hoy un sistema que responde debidamente a las necesidades y exigencias prácticas actuales y en consecuencia, y esto es lo decisivo, funciona bien y con normalidad en Mallorca y Menorca y no genera, en su realización diaria, problemas que pudieran aconsejar su modificación”.

Se hace a continuación una breve reseña de estos principios que, como es sabido, configuran la sucesión de manera radicalmente distinta a la del Código civil, pues establecen la necesidad, universalidad y perdurabilidad de la institución de heredero, mientras que en el sistema del Código civil la institución de heredero es innecesaria, no supone de por sí un llamamiento a la totalidad de la herencia, puede, en principio, estar limitada por la condición y el plazo y es compatible, a diferencia de lo que sucede en el Derecho de Mallorca y de Menorca, con la sucesión intestada.

B) Necesidad de institución de heredero para la validez del testamento.

Se expresa tal principio en el párrafo 2º, título 23, libro II de la Instituta (“*alioquin inutile este testamentam in quo nemo heres instituitur*”) y el párrafo 34º, título 20 del mencionado Libro sanciona la institución de heredero como “*caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti*”.

El artículo 14 de la actual Compilación ha recogido tal doctrina al señalar que “la institución de heredero es requisito esencial para la validez del testamento”.

Por el contrario, y según es sabido, el artículo 764 CC establece claramente que el testamento es válido aunque no contenga institución de heredero.

Es plausible el aditamento que se contiene en el art. 14 del actual texto compilado, según el cual “aunque no se emplee la palabra heredero, valdrá como hecho a título universal cualquier disposición del testador que atribuya claramente al favorecido esta cualidad”.

Con ello se satisface una aspiración de la doctrina expresiva de que se insertase en el texto compilado una disposición similar a la existente por aquel entonces en Derecho catalán (párrafo 2º del art. 109 de la Comp. catalana, hoy art. 137 del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña), según el cual el simple empleo por el testador del nombre o cualidad de heredero o la disposición a título universal, aunque no se emplee aquella palabra, siempre que sea clara la voluntad de atribuir al favorecido la condición de sucesor en todo su derecho o en una parte de él, implicará institución de heredero.

Con dicha norma interpretativa es posible salvar algunos testamentos ológrafos que se hundan irremisiblemente al faltar el elemento esencial de la institución de heredero y no se introduce ningún elemento extraño en nuestro Derecho, sino que se interpreta la esencialidad de la institución de

heredero con la amplia elasticidad que dicho requisito fue mostrando a lo largo del proceso evolutivo del Derecho romano.

C) Universalidad de la sucesión del heredero.

El heredero se coloca “in locum et ius” del causante, y por tanto, le sucede, en principio, en el haz de sus bienes, derechos, voces, acciones y obligaciones que giraban en torno al mismo.

Esta regla se halla establecida en varios textos romanos:

Digesto, Libro L, título XVII, ley 62: *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit*. Y también en Digesto Libro XXVIII, título V, ley 13ª, párrafo 2º, e Instituta, Libro II, título 14º, párrafo 5º.

La recoge el artículo 15 de la Compilación al señalar que “si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta, se estimarán legatarios de ella, y en cuanto al resto de la herencia tendrán el carácter de herederos universales, por partes iguales si fuesen varios”. Igualmente, el artículo 24, párrafo 3º señala que “las cuotas hereditarias vacantes por la no actuación del derecho de acrecer o por no haber dispuesto de ellas el testador incrementarán, necesaria y proporcionalmente, las de los demás herederos instituidos que efectivamente lleguen a serlo”.

Por el contrario, y según es sabido, el artículo 764 CC establece que el testamento es válido aunque no comprenda la totalidad de los bienes, debiéndose en este caso cumplir las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes y pasar el remanente de los bienes a los herederos legítimos.

D) Perdurabilidad de la condición de heredero.

El que es heredero lo es siempre, no partiendo perder este carácter por motivo alguno.

Se contiene esta regla en el Digesto, Libro IV, título IV, ley 7ª fragmento 10º (*sine dubio heres manebit, qui semel extitit*) y en el Codex, libro VI, título XXXI ley 4ª (“así como el mayor de veinticinco años que repudia, antes de adirla, la sucesión deferida, no puede adquirirla después, así tampoco hace nada renunciando a la adquirida, sino que retiene el derecho que tuvo”. Más expresiva y conocida es la máxima latina que se cita por vía de aforismo: “*semel heres semper heres*”).

El artículo 16 de la Compilación, al señalar que “el que es heredero lo es

siempre, y en consecuencia, se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio” recoge plenamente la tradición romana.

El Código civil admite en principio esta regla (art. 997: la aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables), mas no tiene la misma el carácter férreo y absoluto que ostenta en nuestro Derecho, y así el artículo 790 establece que las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición, y el artículo 805 establece que será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado.

E) Incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

La consagra la Instituta, libro II, título XIV, párrafo 5° al decir que “neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur”, aunque es más corriente el uso del aforismo “nemo por parte testatus por parte intestatus decedere potest”. Se contienen aplicaciones del principio en el Digesto Libro L, título XVII, ley 7 y Libro XXVIII, título V, ley 1, frag. 4.

Sanciona el principio el artículo 7° de la Compilación al expresar que “la sucesión intestada sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido y es incompatible con la testada y la contractual”.

Por el contrario los artículos 658 y 764 del Código civil permiten ampliamente la concurrencia de la sucesión testada y de la intestada en una misma herencia.

F) *Otros posibles principios generales.*

¿Se agotan en los cuatro axiomas procedentes del Derecho romano los principios generales del Derecho sucesorio? No es fácil responder a esta pregunta. Y ello es así porque no ha existido una labor previa de decantación y formulación de estas verdades absolutas –si es que tal término se puede emplear en Derecho– que se convierten en elementos sustentadores de nuestro ordenamiento sucesorio.

Pero la función importantísima que, según se ha visto, desempeñan los principios generales en el sistema establecido por el art. 1° de la actual Compilación impone un acercamiento al tema, al objeto de iniciar una meditación sobre la existencia de otros principios generales reconocibles en nuestro Derecho sucesorio.

Por ello, y lo afirmo con todas las cautelas, posiblemente podría hablarse de los siguientes principios generales sucesorios.

1. El sustrato patrimonial de la institución de heredero.

Es esta una consecuencia ineludible del juego de los principios anteriormente reseñados. Tanto la necesidad de la institución de heredero, como la universalidad de su sucesión como la perdurabilidad de la condición de heredero –tres de los cuatro principios fundamentales de la sucesión mallorquina–, exigen que, bajo la designación de heredero, haya un sustrato patrimonial, que no sea algo puramente nominal o aparente. Es preciso que exista, en mayor o menor medida, una transmisión patrimonial del causante al sucesor.

Particularmente, si se tiene en cuenta, además, que normalmente –si no media el beneficio de inventario– el heredero será responsable de las deudas y cargas de la herencia; y, entonces, si obligado es para el heredero el pago de las deudas y el cumplimiento de las cargas de la herencia, justo es que, por el contrario, haya por lo menos una parte del activo hereditario que, necesariamente, deba acceder a él.

Precisamente, tal preocupación existió en el Derecho romano, en el que encontramos una corriente legislativa encarnada sucesivamente por la *lex Furia*, la *lex Voconia* y, finalmente, la *lex Falcidia* que trataban de solucionar el problema que se presentaba ante herencias excesivamente gravadas con legados, pues los mismos se otorgaban con mucha frecuencia desde los tiempos finales de la República.

El remedio propugnado por la *lex Falcidia* –que ha pasado a los arts. 38 a 40 de nuestra Compilación– consistía en la reducción de los legados a fin de que quedara al heredero una cuarta parte de la herencia.

Es cierto, empero, que el recurso de la *lex Falcidia* fue atenuando su rigor formalista a lo largo de la evolución del Derecho romano, estableciéndose en el Derecho justiniano (*Novelas, Constitución 1, cap. II*) que el propio testador podía ordenar la no aplicación de la misma en su sucesión, generalizándose así el régimen especial que ya durante el periodo clásico se había dado para los militares. Por otra parte, eran muy frecuentes los legados que no debían ser objeto de reducción por disposición legal, cual ocurría con los legados píos y de alimentos, los cuales, en la época justiniana, eran muy frecuentes.

En definitiva, a lo largo de la evolución del Derecho romano se produce un proceso de desnaturalización de la cuarta *falcidia*, que se identifica primero con la cuarta *pegasiana* y después con la cuarta *legítima*.

Sin embargo, el hecho de que se haya reconocido la existencia de esta institución en nuestro Derecho –en sentencias de la Audiencia de Palma de 6 de junio 1886 y 27 de marzo 1941– y que en los Proyectos de Apéndice de 1920 y 1949 se reconozca su existencia, de los cuales pasó después a la Compilación de 1961 y a la actual, de todo ello cabe deducir un consenso sobre la permanencia de la institución en nuestra tradición jurídica, así como sobre su utilidad, tendente a que el nombramiento del heredero –elemento primordial de la sucesión– vaya acompañado de una disposición patrimonial suficiente en favor del mismo.

Es significativo que en la Exposición de Motivos de la ley reformada 8/1990, de 28 de junio, se diga “se mantiene, cual era de rigor, la institución de la cuarta falcidia por constituir una consecuencia necesaria del principio de esencialidad de la institución de heredero, informador del Derecho sucesorio mallorquin y menorquín”.

2. La posibilidad de encargos de elección de heredero y de distribución y asignación de la herencia.

A pesar de la existencia de las consabidas excepciones, el Derecho romano era opuesto a que el testador confiriera a un tercero la facultad de elegir por él heredero. Aparte de otros textos del Corpus, la ley “*Illa institutio*” del Digesto (28.5.32) dice: “Esta institución: (los herederos) que ficio quisiese es viciosa por esto, porque fué dejada a ajeno arbitrio; porque con bastante constancia decidieron los antiguos que convenia que los derechos de los testamentos fuesen firmes por sí mismos y que no dependiesen de ajeno arbitrio”.

Por ello, ha de estimarse que su introducción en el Derecho civil balear –así como en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio en las que se practica– fué por vía consuetudinaria. Como dice Verger Garau, “su carácter consuetudinario es notorio, sobre todo cuando se trata de responder adecuadamente a las exigencias de la familia en el orden sucesorio, aunque fuere a costa de quebrantar los moldes rígidos de la ley escrita, en cuanto ésta no respondía debidamente a dichas necesidades”.

Ciertamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia –y, en este caso, en sentencias anteriores y posteriores a la publicación del Código civil– han reconocido unánimemente la existencia de esta variedad foral, de ahí que esté regulada en la actual Compilación, y en los anteriores proyectos de apéndice, diciéndose en la Exposición de Motivos de la ley reformadora 8/1990, de 28 de junio, que constituye una institución peculiar del Derecho balear.

De otra parte, la utilidad de la misma es manifiesta, particularmente en previsión de los casos en que se ha hecho el testamento “a ciegas”, instituyendo heredero a hijos que, al momento de otorgarse el testamento, son de corta edad. Entonces el testador no puede saber si estarán en condiciones de dirigir dignamente en el futuro el patrimonio familiar. De ahí que pueda conferirse al cónyuge sobreviviente el encargo de proceder a la elección de heredero o a la distribución o asignación de los bienes del testador.

Ello aparte de las otras funciones que puede desempeñar la institución y sin desconocer el posible traslado de la misma del ambiente rural al urbano. Como dice Puig Ferriol, la institución ofrece posibilidades con relación a una explotación fabril o comercial. El predominio del factor personal sobre el capitalista en las pequeñas o medianas empresas industriales o mercantiles lleva a la necesidad de que el heredero que ha de continuar al frente del negocio reúna unas características especiales que sólo pueden apreciarse cuando los hijos alcanzan cierta edad y han dado pruebas de cuáles son sus aptitudes, afanes o vocación de trabajo. Por tanto, si cuando desaparece el titular de la empresa los hijos no han alcanzado todavía esta edad, lógico es que pueda encomendarse al cónyuge o parientes la facultad de escoger al heredero que con mayores garantías de acierto haya de asumir la gestión del patrimonio familiar, o si no se estima necesaria la institución de un solo heredero, la distribución de las participaciones hereditarias entre los hijos en partes iguales o desiguales, según los merecimientos y necesidades de cada hijo, caso sin duda más justo que la división a todo trance del patrimonio en partes iguales, sin atender a las peculiaridades que concurren en cada caso.

Lo cierto es que, según estadística realizada en base a los protocolos notariales, se sigue acudiendo a la figura del heredero distribuidor, particularmente en algunas comarcas de Mallorca.

Por todo ello, parece en definitiva que puede configurarse como un principio general de nuestro Derecho la posibilidad de realizar encargos de elección de heredero y de distribución y asignación de los bienes del causante a través de la figura del heredero distribuidor.

3. La sucesión contractual en Mallorca en su doble vertiente de pactos de adquisición de la herencia y de renuncia a la misma.

Como antes se ha indicado, la sucesión contractual, mediante las donaciones universales de bienes presentes y futuros, tiene en Baleares una evidente base consuetudinaria, viniendo refrendada por la historia y, en definitiva, para emplear el término utilizado por la Compilación, por la

tradición jurídica balear.

Lo mismo cabe decir respecto del pacto de renuncia conocido con el nombre de “definición”. Su origen se fija en el Privilegio de don Jaime I del 12 de las idus de marzo de 1274, estableciendo que “la hija casada, de edad legal, con el consentimiento del marido, al verificar definición de legítima no podrá ir contra su padre ni contra sus bienes, ni contra sus herederos, por causa de legítima, en vida del padre, ni después de su muerte, ni intentar petición o demanda, antes bien la definición efectuada en dicha forma tendrá plena validez siempre que el marido de aquélla no fuere demente”.

Ante la duda de cuál debía considerarse la “edad legal” para poder otorgar definición, la misma fue fijada en 12 años en el Privilegio de Perpiñán dado 8 idus de noviembre de 1319, estableciendo asimismo que los hijos e hijas de 14 y 12 años, podrán usar de igual derecho al ingresar en religión, sin que ellas ni los monasterios a que pertenecieren pudieran reclamar nada a la muerte de sus padres por legítima o por herencia.

Desde entonces, y por costumbre inmemorial –dice Pascual González– se aplica también a los hijos emancipados, en general, sin distinción de sexos.

La institución se ha venido utilizando con mucha frecuencia en la práctica contractual. Dice al respecto Jaime Ferrer que “la conveniencia del mantenimiento de esta institución parece incuestionable, y no sólo por razones históricas y de tradición jurídica balear, sino por ser una figura jurídica viva y de gran arraigo dentro del sentimiento jurídico popular. Las ventajas de la “definición” como sistema para armonizar las relaciones entre padres e hijos y también entre hermanos y como un interesante medio para introducir flexibilidad en el sistema de legítima balear, son mayores que sus inconvenientes, que pueden resumirse en uno: el peligro de su otorgamiento en fraude de acreedores. A tal objeción se puede contestar que este peligro no es exclusivo de la definición, sino de otras instituciones; y parece evidente que el perjudicado por una definición fraudulenta gozará de las acciones legales pertinentes para ejercitarlas en defensa de sus intereses”.

Realmente la definición es un instrumento que permite tutelar en supuestos diversos las aspiraciones de la familia, que puede hacer conveniente, en algunos casos, realizar una importante donación en favor de alguno de los hijos, por ejemplo, para que éste pueda montar una importante industria o negocio, adquirir una farmacia, etc., con la natural consecuencia de considerarse con ello ya pagado de sus derechos legitimarios en la herencia del ascendiente donante.

La misma utilidad demuestra la institución de cara a la conservación del patrimonio familiar, sin imponer divisiones que, en otro caso –y piénsese,

sobre todo, que hasta la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear, no existía posibilidad de pago de la legítima en metálico– serían precisas para que los hijos y descendientes pudieran cobrar la legítima en bienes de la herencia.

Si son dos los hijos del matrimonio la necesidad de atribuir la legítima a cada uno de los hijos en bienes de la herencia acarrearla en ocasiones la necesidad de realizar divisiones en fincas de cada uno de los padres. En cambio, no será preciso acudir a ello si cada uno de los padres instituye heredero a uno de los hijos y el no favorecido otorga escritura de definición precisamente en compensación al hecho de haber recibido del otro ascendiente la finca de éste en su totalidad.

Precisamente las palabras empleadas por el actual art. 50 de la Compilación, al decir que la renuncia se hace “en contemplación de alguna donación, atribución o compensación” que de los ascendientes reciben o hubieran recibido con anterioridad, son suficientemente amplias para albergar estos supuestos en que el elemento que se ha configurado como causa de la renuncia es la atribución que el renunciante ha recibido de su otro ascendiente.

Ciertamente, creo que serien muy pocos –por no decir ninguno– los teóricos y prácticos del Derecho sucesorio mallorquín que no abogaran por la conservación de la institución.

Hay que hacer constar, sin embargo, que la sucesión contractual es letra muerta en Menorca, donde los únicos títulos de delación hereditaria son el testamento y la ley. Como dice Coll Carreras, “la sucesión contractual, en su diversidad de modalidades, es un grupo institucional carente de vigencia en Menorca en donde la doctrina, mucho antes de que se elaborara el Proyecto de Apéndice de 1949, dejó constancia de que ni la donación universal de bienes presentes y futuros ni el privilegio de definición eran instituciones menorquinas”.

4. La concesión al heredero fiduciario de la cuarta trebeliánica.

Es uno de los signos distintivos del peculiar régimen sucesorio de Mallorca y Menorca. Consiste la cuarta trebeliánica en una cuarta parte de la herencia fideicomitada, previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso de la que corresponda al propio fiduciario.

El origen de la institución es, obviamente, romano, radicando en el Senadoconsulto Pegasiano –razón por la cual considera la doctrina que le cuadra más el nombre de cuarta pegasiana–, que, al establecer el derecho del

fiduciario a deducir esta cuarta, creaba un señuelo o acicate para la aceptación de las herencias, aunque las mismas estuvieren gravadas con fideicomisos.

El arraigo de la institución en Mallorca y Menorca es innegable. Es curioso destacar que el propio monarca que dictó los Decretos de Nueva Planta –Felipe V– estableció, en la Real Cédula promulgada el 31 de agosto de 1736, que “siempre había sido su real dignación declarar que se observaren 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 de este Reino (...) no comprenderían los bienes restituibles, la porción de legítima y cuarta trebeliánica, que debía satisfacerse a los herederos del gravado, y no al fideicomisario, por no ser suyo, todo lo cual se llama detracciones legales”.

La Audiencia Territorial de Palma de Mallorca había reconocido la institución en varias sentencias –6 de junio de 1886 y 7 de diciembre de 1934– y había sido asimismo convenientemente regulada en todos los proyectos de Apéndice –de 1903, 1921 y 1949– que precedieron a la Compilación de 1961, así como en ésta y en la actual.

Es cierto que no constituye el derecho del fiduciario a detraer la cuarta una facultad que se plantea en términos absolutos.

Tanto la actual Compilación como la de 1961 –de acuerdo igualmente con los proyectos de Apéndice– excepcionaron del derecho a esta cuarta el caso en que el fideicomitente lo hubiere prohibido expresamente.

Tampoco se puede detraer la cuarta trebeliánica si el fiduciario no hubiere aceptado la herencia o la repudia expresamente. Lo cual es totalmente lógico, si tenemos en cuenta que la cuarta se instituyó precisamente para que el fiduciario aceptara. Dice con razón Coll Carreras que “el derecho a la cuarta va ligado a la condición de “heredero” del fiduciario, por lo que si no llega a alcanzar esta condición, en virtud de un fenómeno tan jurídicamente normal como es la no aceptación, no puede haber términos hábiles para que subsista, como si fuera un ente autónomo, aquel derecho. El principio de que lo accesorio sigue a lo principal impide la pervivencia del derecho a la cuarta trebeliánica inicialmente previsto para quien pudo ser –y no fué– heredero fiduciario”.

En cambio, hay que entender, con dicho autor, que no rige ya en nuestro Derecho el supuesto excepcional de no detracción de la cuarta en el caso de que el fideicomiso tuviera asignado un “destino piadoso” por haberse elegido como fideicomisaria una institución catalogable en el plano de la beneficencia o de las obras pías. Dados los términos en que se expresa el

art. 29 Compilación, que concede al fiduciario que hubiere practicado inventario de la herencia el derecho a detraer la cuarta, con la sola excepción del caso en que el fideicomitente lo hubiere prohibido expresamente, no se puede considerar otro supuesto de excepción que el indicado.

Sí, por el contrario, constituye requisito ineludible para la detracción de la cuarta que el fiduciario formalice, en tiempo y forma, inventario de la herencia fideicomitida. La práctica del inventario tiene también origen romano –Novela 1 cap. 2 fr. 2 y Codex libro 6, tit. 30 Ley 22 frases 2, 3 y 11–, encontrándola asimismo en los Proyectos de Apéndice y Compilación de 1961 y 1990. Por lo demás, constituye una garantía ineludible para los fideicomisarios, pues, a falta de inventario, ni será posible conocer la entidad de la herencia fideicomitida ni si se ha realizado la detracción de la cuarta en debida forma.

Por lo demás, la cuarta trebeliánica se constituye como una *pars bonoram hereditatis*. Es una cuarta parte de la herencia, previa deducción de deudas, gastos y legítimas, incluso de la que corresponde al propio fiduciario. Por lo tanto, el fiduciario tiene derecho a su percepción en bienes integrantes de la herencia. Lo normal –y a ello alude la Real Cédula de Felipe V antes referenciada– es que el fiduciario posea la totalidad de la herencia fideicomitida, y, a su muerte, sus herederos restituyan la herencia al fideicomisario, procediendo a la retención de la cuarta.

Mas también cabe la posibilidad inversa de que el fiduciario realice en vida la detracción de la cuarta, a fin de poder disponer libremente de los bienes integrantes de la misma. Tanto en uno como en otro caso el derecho del fiduciario, o de sus herederos, se concreta en bienes hereditarios.

En definitiva, varios han sido los factores que me han inducido a considerar este derecho a la cuarta trebeliánica como uno de los principios ordenadores del Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca. Podría hablarse de su evidentísimo arraigo, de su conformidad con la tradición jurídica balear y de las razones de justicia que abonan su reconocimiento, pues justo es que el fiduciario participe de algún modo de la herencia que recibe con la obligación de transmitirla a los fideicomisarios.

5. El excepcional, pero importante, “*ius disponendi*” del heredero fiduciario.

Si el fiduciario tiene como obligación fundamental la de conservar la herencia a transmitir a los fideicomisarios –con la excepción de la cuarta trebeliánica–, parece que el principio del cual hay que partir será el de la

inalienabilidad de los bienes de la herencia fideicomitida.

Pero desde siempre se han reconocido excepciones, tan numerosas como importantes.

En el Derecho romano, era viable la enajenación o gravamen por el fiduciario, en concepto de libres, de los bienes fideicomitidos, en los supuestos siguientes: cobro de la legítima que le correspondía al fiduciario, pago de deudas hereditarias, aportación de dote a efectuar por el fiduciario, si es mujer, o para la formalización de la donación propter nuptias, si es varón, constituir hipoteca en garantía de la dote aportada por la esposa del fiduciario y constituir dote en interés de sus descendientes.

En Mallorca ha sido tradicional la consideración de que el fiduciario podía vender o gravar los bienes de la herencia fideicomitida para pagar los gastos de última enfermedad, entierro y funeral del fideicomitente, para atender los gastos ocasionados por la división de la herencia, entrega de los legados –en particular legados en metálico– y pago de legítimas, incluso la del propio fiduciario, así como para el pago de reparaciones extraordinarias de bienes del fideicomiso.

En la Compilación de 1961, siguiendo los precedentes romanos, y, posiblemente –dice Coll Carreras– el ejemplo del Derecho catalán, se ampliaron los supuestos de posible venta, permitiendo la enajenación y gravamen, en concepto de libres, de los bienes fideicomitidos para percibir el fiduciario su cuota legítima y la trebeliánica, para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y satisfacer los gastos extraordinarios motivados por la conservación y refacción de los bienes fideicomitidos (art. 331; y permitiendo su enajenación y gravamen, previa autorización judicial y siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente, para invertir su contravalor en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados, con la necesaria citación en el expediente judicial de los fideicomisarios o del Ministerio Fiscal si éstos no fueren conocidos o no comparecieren (art. 34).

La innovación se consideró verdaderamente plausible. Posiblemente, se basó en el precedente catalán, pues el art. 189 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña –hoy el art. 221 del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña– permitía la enajenación como libres de los bienes fideicomitidos, “para reemplazarlos por otros, a fin de obtener mayor rentabilidad o utilidad, a juicio y previa autorización del Juez competente”.

Los artículos 33 y 34 de la Compilación de 1961 –sancionadores de este especial “ius disponendi”– han sido reproducidos casi literalmente en la Ley reformadora 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear, que ha

introducido en ellos solamente leves retoques.

Es una lástima, empero, que la ley reformadora se haya quedado ahí, sin regular más detenidamente el procedimiento a través del cual se obtiene la autorización, cual hacía el art. 189 de la Compilación de Cataluña –hoy el art. 221 del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña– según los cuales la autorización judicial debe solicitarse a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, sin que sea precisa la subasta de los bienes, dando libertad al Juez para practicar las pruebas que estime convenientes, particularmente en lo relativo a la justa valoración de los bienes y, si autoriza la subrogación, adoptar cuantas medidas crea precedentes para su normal efectividad y consiguiente liberación del gravamen fideicomisario de los bienes reemplazados y la sujeción al mismo de los bienes adquiridos; sin que en ningún modo los gastos del procedimiento puedan ser a cargo del fideicomiso.

Lamentablemente el art. 34 de nuestra actual Compilación es mucho más lacónico. Sin embargo, por pura lógica jurídica, es obvio que deberá tenerse en cuenta lo establecido en los preceptos del Derecho catalán antes referidos. No puede dudarse de que no será preciso acudir a un proceso declarativo, sino que se tramitará un expediente de jurisdicción voluntaria, según se colige del propio art. 34 que habla de “expediente de autorización judicial”. Con la particularidad, empero, de que, si existe oposición a la pretensión, “se hará contencioso el expediente” –según previene el art. 1817 LEC–, debiendo tramitarse por el procedimiento que corresponda con arreglo a la cuantía.

Por otra parte, es obvio también que, entre las pruebas a practicar, tanto en uno como en otro caso, no solamente deberán realizarse las tendentes a acreditar el valor de los bienes a enajenar, sino también la fiabilidad de la inversión, y si se corresponde el valor de aquéllos con la de los bienes que van a sustituirlos.

Es evidente también que, entre las medidas que pueda imponer el Juez que autorice la subrogación real, puede contemplarse el establecimiento de garantías y condicionamientos para que la reinversión del producto de la venta de los bienes fideicomitidos tenga lugar sin merma alguna de los derechos de los fideicomisarios. Así lo señala Coll Carreras, el cual cita los preceptos del Derecho romano según los cuales, de manera general, el fiduciario había de prestar caución para garantía del fideicomisario, salvo el caso en que uno y otros fueron hijos del fideicomitente y estuvieran recíprocamente sustituidos. Desaparecida con carácter general esta garantía, su establecimiento podría imponerse por vía judicial en estos supuestos de subrogación real de que se viene tratando.

En definitiva, parece plausible toda norma destinada a dar un tratamiento más lógico y más humano al fideicomiso.

Y, precisamente, los dos principios generales que hemos apuntado en materia de sustitución fideicomisaria –la detracción de la cuarta trebeliánica y la facultad de venta, con las debidas garantías y precauciones, de los bienes fideicomitados– van precisamente por este camino. Y, en este último caso, se produce también una adaptación del fideicomiso a las corrientes económicas y de mercado que impondrán, en algunos supuestos, la venta de parte del patrimonio fideicomitado para invertir el producto de la misma en bienes de mayor enjundia y utilidad.

6. La concesión de legítima a descendientes y cónyuge viudo.

He tenido mis dudas antes de configurar el derecho a la legítima de los descendientes y cónyuge viudo como uno de los principios generales de nuestro Derecho sucesorio.

Y ello es así porque el tema de legítimas es extraordinariamente controvertido.

Hay opiniones doctrinales sustentadoras de la total y absoluta libertad de testar.

Y hay, por otra parte, múltiples teorías coincidentes en proclamar la conveniencia del sistema legitimario, poniendo énfasis en la paternidad responsable (hay que pensar en las necesidades y problemas con que los hijos podrán encontrarse en el futuro), en la continuidad del patrimonio familiar (lo que se hereda de un ascendiente se recibe con el mandato tácito de transmitirlo a un descendiente) y en la consideración de que los miembros de la comunidad familiar –en particular hijos y cónyuge– han ayudado a la formación y conservación del patrimonio familiar, en muchas ocasiones directamente, y siempre indirectamente, con el estímulo que de por sí suponen.

Incluso hay opciones intermedias que nos han hablado de legítimas cortas y largas; cual hace Vallet de Goytisolo –cuya cita es obligada al tratar del tema de legítimas– quien distingue patrimonios dinámicos o de producción (fincas agrícolas o pequeños comercios o industrias) para los que propugna su continuidad por un heredero, percibiendo los otros hijos legítimas cortas, frente a los patrimonios estáticos o de ahorro, cuya continuación no tiene interés social, por lo que es perfectamente factible la división del patrimonio en base a legítimas largas.

Sea como sea, lo que si parece evidente es que el concepto de familia se

robustece si se enlaza con la idea de permanencia: no empieza ni termina todo en cada generación, sino que a las nuevas generaciones debe llegar el producto del trabajo y esfuerzo de las anteriores. Lo que el sentido común demanda es que lo de los padres sea, en alguna medida, de sus hijos. Que no deban éstos siempre empezar de nuevo y partir de cero.

Y ello es una idea que encontramos en muchas etapas de la historia.

Es curioso recordar que, en el Derecho romano, antes de que se instituyera la querela inoficiosi testamenti como recurso para que los hijos preteridos pudieran anular el testamento, los retóricos, al impugnar ante los Tribunales el testamento en que no se dejaba la porción legítima, basaban la impugnación en que el testamento era obra de un demente ¿No se sigue pensando lo mismo de un testamento en que los hijos son preteridos en favor de extraños?

Por otra parte, es indudable la vigencia histórica del sistema legitimario romano en Mallorca

Por lo que respecta a los descendientes, la cuota legitimaria de los mismos que, antes de Justiniano, consistía en una cuarta parte de la porción ab intestato, fue elevada por este Emperador, según se desprende de la Novela 18, hasta un tercio, cuando hay cuatro hijos o menos, y la mitad a partir de cinco; contándose los hijos por cabezas y los demás descendientes por estirpes. La porción de la herencia restante era de libre disposición.

En cuanto a la legítima de los ascendientes, tradicional en Roma, la actual Compilación la limita a la cuarta parte (art. 43) y se considera que sólo tienen derecho a la percepción de esta legítima los padres –no los demás ascendientes–, dividiéndose la cuota por mitad entre los dos padres de concurrir ambos a la sucesión y correspondiendo íntegra al sobreviviente en caso de haber uno de ellos premuerto.

En la Exposición de Motivos de la Ley reformadora 8/1990, de 28 de junio, se justifica la reforma en aras a facilitar la libertad dispositiva del testador y posibilitar el aumento de los derechos del cónyuge viudo.

Ciertamente, voces muy autorizadas se habían alzado contra la legítima de los ascendientes, indicando que los padres, por lo general, ni necesitan ni quieren ser legitimarios de sus hijos, teniendo esta legítima sólo su razón de ser en épocas pretéritas en las que no se conocía un sistema de previsión social cual existe hoy en día. Lo cierto es que la legítima de los padres puede plantear problemas en caso de premoriencia del hijo, casado y sin descendencia, si éste ha instituido heredero al cónyuge viudo y el patrimonio es de escasa cuantía, limitado posiblemente a la vivienda familiar. En estos casos, si no existe además la facultad de pago de la

legítima en metálico, pueden crearse situaciones de condominio sobre la vivienda familiar que no son verdaderamente aconsejables.

Por todo ello es de aplaudir la doble limitación –en cuanto a la cuantía y sobre las personas que tienen derecho a ella– introducida en materia de legítima de los ascendientes.

Por lo que respecta a la legítima viudal, regían tradicionalmente en Mallorca las instituciones de la cuarta marital y la parte de cámara.

La primera suponía una extensión a la viuda de la cuarta falcidia, pero con la particularidad de que la Novela 53, que la instituyó, la limitaba a la viuda pobre e indotada. Y si bien esta disposición justiniana extendía también el derecho a la cuarta al marido en idénticos casos, la Novela 117 lo suprimió.

La “parte de cámara” era, en palabras de Pascual González “la mitad del ajuar doméstico constituido por las ropas de lino y lana, hay indudablemente también de algodón, y el lecho matrimonial”. Como accesorios señala este autor el vestido de luto y todos los ordinarios, así como un anillo de oro y una joya del marido –si éste tenía joyas, claro– que no fuera la mejor ni la peor.

Las dos instituciones estuvieron vigentes tradicionalmente en Mallorca, viniendo la cuarta marital –como derecho exclusivo de la viuda pobre e indotada– recogida y regulada en los proyectos de Apéndice de 1903 y 1921. Incluso hoy en día es muy frecuente, particularmente en las zonas rurales, que se hable por las viudas –sean o no pobres– de su derecho a la cuarta. Puedo dar fe de haber oído esta expresión cientos de veces.

En el proyecto de Apéndice de 1949 se quiso dar un cambio radical disponiéndose, en su art. 43, que “los derechos del cónyuge viudo se regularán por las disposiciones de la legislación común”, siendo éste también el camino seguido por la Compilación de 1961, que estableció en favor del cónyuge viudo una porción legitimaria de un tercio, la mitad o dos tercios de la herencia, según concurra con descendientes, ascendientes o personas que no tengan ni una ni otra condición. Según se decía en la Exposición de Motivos, con expresión triunfalista, “se avanza decididamente hacia las nuevas metas del derecho familiar, aproximando al Código civil, en todo lo que permite la elasticidad del sistema, los derechos sucesorios del cónyuge viudo”.

El texto actual de la Compilación ha rebasado las fronteras del Código civil, cifrando la legítima viudal en el usufructo de la mitad del haber hereditario, de dos tercios del mismo o de su totalidad, en concurrencia con descendientes en el primer caso, con ascendientes en el segundo y correspondiéndole en los demás supuestos el usufructo universal.

Indudablemente, la legítima del cónyuge viudo está totalmente inserta en la realidad social. La práctica notarial nos muestra que es frecuente en los testamentos la institución de heredero universal en favor del cónyuge viudo o, concurriendo con descendientes, la institución en el usufructo de la totalidad de la herencia, obligando a los hijos a respetar este usufructo universal en base al juego de la cautela socini.

Son, por tanto, los propios cónyuges quienes establecen en sus testamentos disposiciones en favor del sobreviviente, particularmente para seguir manteniendo el nivel de vida habitual de la familia. Mas, como pueden darse testamentos huérfanos de tales disposiciones, o, simplemente, existen sucesiones sin testamento, los juristas han acogido con beneplácito la reforma encaminada a incrementar la cuota legitimaria del cónyuge viudo.

En definitiva, creo que cabe considerar como un principio general de nuestro Derecho la concesión de legítima a los descendientes y cónyuge viudo. De entrada, por el innegable arraigo de una y otra dentro de nuestra tradición jurídica. Pero, aparte de ello, y fundamentalmente, por su concordancia con la conciencia jurídica colectiva y con la realidad social. No encaja con nuestros esquemas que el cónyuge viudo quede desposeído de la herencia del cónyuge premuerto. Ha de haber una parte –aunque sea en usufructo– que se transmita al mismo y que le sirva para mantener el nivel de vida de la familia. Y ello además, en la mayoría de supuestos, viene abonado por razones de justicia, dada la intervención del cónyuge viudo en la formación del patrimonio familiar. Indudablemente, las corrientes legislativas van en camino de concederle una mayor presencia jurídica en la herencia del que fué su consorte. Posiblemente a esta causa ha obedecido la innovación efectuada por la actual Compilación que –resucitando la “parte de cámara” de la que antes se ha hablado– atribuye en propiedad al cónyuge sobreviviente la totalidad del ajuar doméstico, sin computárselo en su haber; aunque no entendiéndose comprendidos en el mismo las joyas y objetos artísticos o históricos de considerable valor (art. 3).

Tampoco encaja en nuestros esquemas jurídicos que los hijos no tengan algo de la herencia paterna, aunque ello es hoy en día más discutido. Tal vez Mallorca y Menorca tengan un componente conservador que no acaba de ver con buenos ojos –salvo que mediara justificación– que la herencia pase, en detrimento de los hijos, a personas no familiares del testador o ligadas con vínculo más débil de parentesco. Y los hijos, por su parte, quieren tener algo de lo que fue propiedad de sus padres y no sólo por meras razones de apego material. Late en ello la continuación de la institución familiar a través de las sucesivas generaciones.

Todos estos argumentos abonan la consideración de que el derecho a legítima de los descendientes y del cónyuge viudo constituyen un principio general de nuestra sucesión. Sin que sea lógico –a mi juicio– extender el mismo a los ascendientes, por no darse respecto a éstos las razones que se acaban de exponer.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE SUCESIONES DE IBIZA Y FORMENTERA.

A'. Introducción.

Es indudable también la existencia de unos principios generales en el Derecho sucesorio de las islas Pitiusas.

Antes de que la actual Ley reformadora de la Compilación hablara de los principios generales, la doctrina ibicenca daba por sentada la existencia y el funcionamiento de los mismos. Así Cerdá Gimeno señalaba que los principios generales del Derecho privado de Baleares venían ya explícitamente reconocidos en el art. 2.2º de la Compilación de 1961 (la tradición jurídica balear como elemento interpretativo) e implícitamente, a contrario sensu, en la norma de la Disposición final 2ª de la misma (al establecer, en lo no previsto por la Compilación, la vigencia de los preceptos del Código civil, pero en lo que no se opongan a ella). Lo cual –concluye dicho autor– “en la terminología contemporánea vendría a ser equivalente a la técnica de la auto-integración normativa”.

Sin embargo –y según antes se ha anunciado– aparece pronto una divergencia clarísima con el Derecho de Sucesiones de Mallorca y Menorca, fundada en el hecho de que los principios tradicionales romanos que informan éste (necesidad, perdurabilidad, y universalidad de la sucesión del heredero e incompatibilidad entre sucesión testada e intestada) no rigen en el Derecho sucesorio de las Pitiusas, donde se han otorgado sin problemas testamentos en los que no se cumplen estos requisitos de fondo, a pesar de lo cual constituyen títulos válidos de la sucesión, causando las consiguientes inscripciones en el Registro de la Propiedad.

En la Exposición de Motivos de la Compilación de 1961 se recoge esta sustantividad del Derecho sucesorio pitiuso al decirse que “hasta ahora, sólo habían tenido consideración singular los heredamientos pactados en favor de los hijos nacidos (...) estimándose sus restantes instituciones identificadas con las mallorquinas y sometiénolas, en consecuencia, al mismo tratamiento legal”, por lo que, fué preocupación especial de los compiladores de 1961 “integrar en la Compilación la totalidad del Derecho vigente en las islas de Ibiza y Formentera”, con lo que “se reconoce la

vigencia actual de un estado de derecho consuetudinario, transmitido de generación en generación, existente en las islas Pitiusas, constitutivo de un estatuto propio”.

Este rechazo de los principios sucesorios romanos aparece claramente en el art. 69 de la actual Compilación, al decirse que “el testamento y el pacto sucesorio serán válidos aunque no contengan institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes”.

Ello hace obviamente más angosta la senda por la que hay que transitar para descubrir estos principios generales, al no existir el punto de partida del que se disponía en el Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca. De acuerdo con tal consideración, pasan a exponerse a continuación una serie de posibles principios generales del Derecho sucesorio ibicenco, aunque admitiendo, de entrada, cualquier otra opinión divergente, posiblemente más autorizada que la mía si está en contacto diario con la realidad jurídica que se vive en las Pitiusas.

B) Posibilidad de sucesión contractual, en su doble vertiente de pactos de adquisición y pactos de renuncia a la herencia.

Es, posiblemente, el primero y más importante de los principios sucesorios pitiusos debido al gran arraigo de los pactos sucesorios, particularmente en las zonas rurales. Con certeras palabras, dice Cerdá Gimeno que “el núcleo central de las peculiaridades pitiusas se condensa en el Derecho sucesorio, en íntima conexión con la idea de la “casa” payesa o campesina, raíz o denominador común de todos los derechos forales. A su vez, dentro del campo sucesorio, el acento se carga en el pacto sucesorio, pieza clave y destacada de toda la arquitectura sucesoria foral”.

Es indudable que el heredamiento se presenta enraizado dentro de una economía agraria y como instrumento idóneo para la conservación y mejora del patrimonio familiar, velando por su unidad y evitando su atomización.

Pero también es cierto que la institución puede cumplir las funciones que le son propias –particularmente la de asegurar en vida la futura disponibilidad de unos bienes– en otros ámbitos y sectores. Ya se ha visto que el único supuesto sucesorio de Ibiza que ha llegado al Tribunal Superior de Justicia de Baleares –sentencia de 28 de septiembre de 1990– recoge un caso de donación universal en la que el objeto de lo donado era un hotel de Sant Antoni de Portmany.

Es de destacar, en sede de heredamientos, la positiva regulación que muestra el actual texto compilado, que ha abordado la materia con rigurosa

técnica, regulando de manera general los “pactos de institución”, con lo cual es factible incluir dentro de este molde algunas figuras que tienen también soporte consuetudinario –aunque no se dan con la frecuencia de los heredamientos en favor de los hijos nacederos– cuales son los heredamientos a favor de los contrayentes y los heredamientos mutuales.

Es también un factor a tener en cuenta para configurar la sucesión contractual como uno de los principios generales del Derecho sucesorio de las islas Pitiusas, la antigua tradición de los pactos de adquisición de herencia que, al decir de los autores, se remontan incluso a épocas anteriores a la conquista catalana, aunque sea innegable la influencia de los heredamientos catalanes. Así, Cerdá Gimeno habla de “una confluencia de inveteradas prácticas consuetudinarias de origen romano-vulgar (donaciones universales, ante todo) con los usos al modo catalán de contener en los capitales matrimoniales las viejas donaciones universales”. Pero, indudablemente, la influencia ulterior del Derecho catalán fué manifiesta, tras la repoblación de las Pitiusas, realizada casi exclusivamente por catalanes, cabiendo incluso –aunque es adentrarse en el terreno de las suposiciones– que fueran también de procedencia catalana algunos de los Notarios que autorizaban estos capítulos.

Por lo que respecta al “finiquito” de legítima se trata de una institución muy utilizada en Ibiza y no solamente en las zonas rurales.

Es de aplaudir que en el actual art. 77 de la Compilación se designa este pacto con su nombre tradicional de “finiquito de legítima”, ubicándolo correctamente dentro del capítulo de los pactos sucesorios, en su modalidad de pacto de renuncia.

Lo cual contrasta con lo dispuesto por el art. 80 de la Compilación de 1961, que se limitaba a decir que “será de aplicación en las islas de Ibiza y Formentera lo dispuesto en el art. 50 sobre la definición”.

De todos modos, la influencia en esta materia del Derecho de Mallorca es innegable, pues fué en el Reino de Mallorca donde aparecieron las primeras disposiciones legales que hacían referencia a la institución; en particular, el Privilegio de Jaime I de 1274 y el Privilegio de Perpiñán de Sancho I de Mallorca de fecha 8 idus noviembre 1319, mientras que no existen disposiciones similares en Cataluña; e incluso parece ser que la institución era poco conocida en la práctica catalana.

Por ello, en esta materia, la influencia del Derecho mallorquín ha sido manifiesta, y es una prueba de ello el hecho de que en el art. 77 de la actual Compilación se diga que “en lo no convenido por las partes será de aplicación

la regulación de la definición mallorquina, en cuanto fuera compatible con la función y significado usuales en Ibiza y Formentera”.

C) La delegación de facultades sucesorias en favor del cónyuge.

La fiducia sucesoria la encontramos en la mayoría de legislaciones forales, en las que ha surgido por vía consuetudinaria.

En Ibiza se considera que la variedad isleña de la fiducia sucesoria puede tener un origen catalán, aunque con rasgos peculiares derivados de la propia tradición jurídica, rastreables perfectamente en los protocolos notariales.

Según Costa y Ramón, “su causa hay que encontrarla en aquellos esposos relativamente jóvenes que, al no haber otorgado aquéllos (“espolits”), suelen tener hijos en edad infantil y, por tanto, la esposa carece de la facultad de designar herederos de los bienes del marido; éste, generalmente en posible peligro de muerte, delega en su esposa el nombramiento de herederos, que podrá hacer una vez fallecido aquél, cuando a ella le plazca y conozca las condiciones y manera de ser de sus hijos”.

En definitiva, lote en la institución –en atinadas palabras de la sentencia de la Audiencia de Palma de 13 noviembre de 1930– la finalidad primordial de mantener la unidad material del patrimonio familiar y la unidad ética de la familia hasta la extinción de las dos personas que la constituyeron.

Tal fundamentación nos evidencia que la institución entronca con el patrimonio rural, y, ciertamente, la misma aparece en especial en testamentos y heredamientos cuyos otorgantes eran propietarios rurales. Mas ello no quita que la institución pueda ser perfectamente reconducible a otros contextos, pues es obvio que las finalidades puestas de relieve pueden también ser de interés para la conservación de la industria o comercio familiar.

Lo que está fuera de toda duda es el arraigo de la institución en Ibiza y Formentera y su adecuación, por tanto, a la tradición jurídica balear.

La reciente Ley reformadora 8/1990, de 28 de junio, del Parlament balear ha introducido en el tratamiento normativo de la institución innovaciones técnicas de especial interés.

Según el art. 77 de la Compilación de 1961, la facultad que podía ser objeto de encargo era tan solo –en una interpretación literal del precepto– la

distribución de la herencia entre los hijos comunes, libremente o con las limitaciones que se establecieren.

El contraste con las amplias facultades existentes en sede de heredamiento –en el que podía pactarse que el cónyuge sobreviviente podía efectuar también la elección del heredero o herederos del premuerto en caso de no haberla hecho éste– era evidente. Por ello, resulta plausible que en la ley reformadora –texto actual de la Compilación– se haya escogido una forma más general, estableciendo que cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre sus descendientes comunes.

Está claro que ahora las facultades conferidas pueden hacer referencia tanto a la elección de heredero o herederos como a la distribución y asignación de los bienes hereditarios, de acuerdo con lo que libremente se disponga.

Por lo demás, es de destacar la existencia de notables diferencias entre la fiducia sucesoria ibicenca y la figura mallorquina del heredero distribuidor. Diferencias que se centran en el hecho de que el heredero distribuidor mallorquín puede serlo cualquier persona, mientras sea instituido heredero, aunque solo fuere en el usufructo de todo o parte de los bienes de la herencia, incluso el legatario llamado al usufructo universal de los mismos, mientras que en la cláusula de confianza ibicenca el fiduciario necesariamente ha de ser el cónyuge.

La segunda diferencia radica en la persona de los fideicomisarios que en la figura del heredero distribuidor mallorquina, deben ser los parientes del testador o del propio distribuidor, mientras que en Ibiza necesariamente deben ser los descendientes comunes. Es de aplaudir, en este punto la rectificación del texto de 1961, habiéndose sustituido hijos comunes por descendientes comunes.

D) ¿Otros posibles principios generales?

Así como los dos principios generales hasta ahora expuestos responden a unas peculiaridades indudables del Derecho sucesorio de Ibiza y Formentera, la cuestión –por lo menos desde mi humilde punto de vista– se presenta mucho más ardua cuando se trata de investigar la posible existencia de otros principios generales en el ordenamiento sucesorio ibicenco.

Posiblemente, si hay que extraer de la reglamentación sucesoria de las islas Pitiusas otro principio general sucesorio, habrá que ir a buscarlo en

materia de legítimas, pero lo cierto es que la cuestión no se presenta tampoco con absoluta claridad y con unanimidad doctrinal.

La ambigüedad comienza con la determinación de la naturaleza de la legítima ibicenca y, en particular, la cuestión de si es “pars bonorum hereditatis” o “pars valoris bonorum”. Como es sabido, el art. 81 de la Compilación de 1961 contenía una aparente antinomia, al sentar, en su párrafo primero, la regla general de que “el legitimario tendrá derecho a que su legítima se satisfaga en bienes de la herencia”, para, a continuación, excepcionar el supuesto de que el testador haya dispuesto otra cosa; aparte del caso que, por obvio, no precisaba declaración legal, de que exista pacto en contrario entre el legitimario y el obligado al pago de la legítima.

Comentando precisamente el art. 81 de la Compilación de 1961, había tenido ocasión de precisar Cerdá Gimeno que la antinomia contenida en el precepto es más aparente que real, pues considera que el proceso de elaboración de las normas compiladas “denota la tendencia a la configuración de la legítima en su modalidad catalana, habiendo motivos para considerar que los Compiladores de 1961 pretendieron delimitar la legítima como “pars valoris bonorum” aunque la fortuna no les acompañase en el resultado final compilado”.

Efectivamente, aparte la contradicción expuesta, nos encontrábamos con que, si la legítima es una parte de la herencia, teniendo derecho el legitimario a su pago en bienes de la misma, no tenía sentido la disposición del art. 82 de la Compilación de 1961, que permitía al heredero aceptar la herencia sin intervención del legitimario e inscribir a su nombre los bienes hereditarios pudiendo enajenarlos o gravarlos libremente, sin perjuicio de la afectación real de dichos bienes a la efectividad de la legítima.

El art. 81 de la actual Compilación ha superado estas dudas pretéritas apostando claramente por una legítima “a la catalana”, estableciendo el principio general de que el heredero podrá pagar la legítima en dinero aunque no lo hubiere en la herencia salvo disposición en contra del testador o del instituyente.

El art. 82 reitera que el valor de la legítima puede ser concretado en bienes o en dinero y sanciona la afectación real de todos los bienes de la herencia hasta que la legítima sea satisfecha.

En la exposición de motivos de la ley reformadora de 1990 se señala que se ha procedido al mantenimiento de la legítima de Ibiza como “pars valoris quam in specie heres salvare debet”.

Es posible que pueda considerarse esta conceptualización de la legítima como deuda de valor uno de los principios generales del ordenamiento

sucesorio ibicenco, pues lo avala la práctica notarial y el hecho evidente de que se hayan superado claramente en la Compilación actual las dudas que surgían a consecuencia del texto antiguo; siendo, por lo demás, evidente, desde un punto de vista sociológico, la preferencia de esta consideración de la legítima sobre la que permite al legitimario exigir el pago de la misma en bienes de la herencia.

Lo cierto es que he estado tentado de considerar como uno de los principios generales del ordenamiento sucesorio ibicenco la conceptualización de la legítima como deuda de valor siendo permisible el pago en metálico de la misma. No lo he hecho así por existir el precedente en contra de la Compilación de 1961 y, aparte de ello, por considerar que, dado el matiz discutido de la cuestión, es preferible que sean voces más concededoras de la realidad práctica del Derecho de Ibiza las que impongan su criterio sobre el particular.

Si la naturaleza de la legítima ha suscitado históricamente dudas, éstas se han extendido asimismo a la esencial cuestión de quienes sean las personas con derecho a legítima.

Y ello era así porque el art. 79 de la Compilación de 1961 hacía referencia tan solo a la legítima de los descendientes, con lo cual dejaba abierta la cuestión de si éstos eran los únicos legitimarios o si había que considerar asimismo como tales a los ascendientes y al cónyuge viudo por aplicación supletoria del Código civil. Para Cerdá Gimeno es lo que los propios compiladores de 1961 creían.

Sin embargo, señala dicho autor, comentando el art. 79 de la Compilación de 1961, que para responder a la pregunta de quienes sean los legitimarios, hay que atender a la realidad social de las Islas. “Y lo que la conciencia popular demanda hoy en día –dice– es lo mismo que siglos atrás: que los más allegados al causante recitan alguna atribución de éste, por conjetura de piedad y equidad. Dentro de este círculo de ‘allegados’ estarán normalmente incluidos todos los anteriormente mencionados: descendientes legítimos, padres y ascendientes legítimos, hijos naturales reconocidos, hijos adoptivos y padres adoptantes. La no inclusión del cónyuge viudo como legitimario deriva del propio sistema jurídico de las Pitiusas, ya que usualmente (vía heredamiento, vía testamento, vía donación) el viudo/viuda goza del derecho de usufructo universal sobre los bienes del causante, y en tal situación es innecesario otorgarle una legítima”.

Posiblemente a estas consideraciones obedece el hecho de que el art. 79 de la actual Compilación concreta definitivamente quienes son legitimarios, señalando como tales a los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos, y a los padres por

naturaleza y adopción. Con lo cual queda claro que el cónyuge viudo no es legitimario, sin perjuicio de corresponderle –por disposición del art. 84 de la Compilación– en la sucesión abintestato del cónyuge difunto el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes en concurrencia con ascendientes.

En definitiva, no existe tampoco una continuidad histórica clara sobre quienes sean las personas con derecho a legítima para formular un principio general similar al que se ha estructurado con relación al Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca.

Tampoco se ha considerado la posible existencia de un principio general en materia de sustituciones, a diferencia asimismo de las conclusiones a que se han llegado respecto del Derecho de Mallorca y Menorca.

Primeramente por ser un hecho históricamente constatado su paulatina desaparición en la práctica notarial ibicenca. Por otra parte, la Compilación actual se limita a establecer una norma de gran amplitud –art. 78– según la cual el disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad inter vivos o mortis causa, remitiendo a la tradición jurídica balear para interpretar las sustituciones fideicomisarias.

En todo caso, estamos ante una muestra más del principio de libertad de disposición que configura el actual Derecho sucesorio ibicenco, en el que las normas legales son escasamente restrictivas, no poniendo en muchas ocasiones –arts. 71 y 78, por ejemplo– condicionamientos ni exigencia alguna a las disposiciones mortis causa. ¿Tal vez pueden considerarse estas amplias facultades del disponente un principio general del ordenamiento sucesorio ibicenco?

Como antes se ha indicado, el presente trabajo no tenía otro propósito que el de iniciar el debate sobre cuales son los principios generales del Derecho sucesorio de las Baleares y de las Pitiusas. Posiblemente acertaba totalmente Tomás de Aquino al decir que los principios generales del Derecho han de ser descubiertos lenta y trabajosamente, en un largo y continuado proceso histórico.

BIBLIOGRAFIA

- CERDÁ GIMENO, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXI, vol. 2º, Madrid, 1981.

- Idem: “Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la codificación civil”, Separata de *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIX.
- COLL CARRERAS, M. y otros: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1º, Madrid, 1981.
- COSTA RAMÓN, J.: *Derecho Foral Ibicenco*, Revista Ibiza nº 5.
- FERRER PONS, J. y otros: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1º, Madrid, 1981.
- FERRER VANRELL, P.: *La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca*, Palma, 1992.
- MASCARÓ Y ALBERTY, M.: *Derecho foral de Mallorca*, Palma, 1904.
- MASOT MIQUEL, M.: *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros*, Palma, 1976.
- MASOT MIQUEL, M. y otros: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1º, Madrid, 1981.
- PASCUAL GONZÁLEZ, L.: *Derecho civil de Mallorca*, Palma, 1979.
- PLANAS ROSSELLÓ, A.: *Recopilación del Derecho de Mallorca 1622 por los Doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*, Palma, 1996.
- RIPOLL Y PALOU, R.: *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*, Palma, 1885.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955.
- VERGER GARAU, J. y otros: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1º, Madrid, 1981.
- VISMARA, G.: *Storia dei patti successorio*, Milán, 1938-1941.
- ZAFORTEZA DE CORRAL, L.: *El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca*, Palma, 1992.