

“UNA REFLEXIÓ, AL COMENÇAMENT DEL SEGLE XXI, SOBRE LA VIGÈNCIA A MALLORCA I MENORCA DELS PRINCIPIS SUCCESSORIS ROMANS”

**DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO
PRONUNCIADO EL 26 DE NOVIEMBRE
DE 2003 POR EL ACADÉMICO
ILMO. SR. D. MIQUEL MASOT MIQUEL,
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE BALEARES**

SUMARI

I.- INTRODUCCIÓ.

II.- REFERÈNCIA HISTÒRICA ALS PRINCIPIS SUCCESSORIS ROMANS.

III.- LA NECESSITAT DE LA INSTITUCIÓ D'HEREU PER A LA VALIDESA DEL TESTAMENT.

- 1) Les conseqüències del fet de no emprar-se en el testament la paraula “hereu”.
- 2) Ineficàcia del testament –i, per tant, també de la institució d’hereu– en els supòsits de premoriència, repudiació o falta d’acceptació de l’hereu.
- 3) Supòsits excepcionals de testaments sense institució d’hereu.

IV.- LA UNIVERSALITAT DE LA SUCCESSIÓ DE L'HEREU.

- 1) La institució d’hereu ex re certa.

- 2) La institució d'hereu només en usdefruit.
- 3) Els supòsits d'acreixement.

V.- LA PERDURABILITAT DE LA CONDICIÓN D'HEREU.

- 1) Les substitucions fideicomissàries condicionals i a termini.
- 2) La institució d'hereu modal.
- 3) La institució d'hereu a favor del cònjuge supervivent a condició que no es torni a casar.
- 4) La institució d'hereu condicionada a la no impugnació del testament.

VI.- LA INCOMPATIBILITAT DE LES SUCCESSIONS TESTADA I INTESTADA.

VII.- CONCLUSIONS FINALS.

I.- INTRODUCCIÓ.

Tal vegada sigui oportú, quan ha de tractarse de qüestions una mica àrides, començar per contar una anècdota i la que els contaré és, a més, històrica, tan real com la vida mateixa.

Corria l'any 1972 i era Degà del Col·legi d'Advocats de Balears el prestigiós Jurista Andreu Rullán Castañer. El seu deganat va conèixer moltes realitzacions i projectes; va ésser una d'elles la creació d'una Comissió per donar compliment a la Disposició Adicional de la Compilació de 1961, que establia la formulació, cada 10 anys, d'una memòria relativa als assumptes civils en els Jutjats i Tribunals del territori de l'Audiència de Palma, comprensiva de les omissions y deficiències observades en la Compilació i de les dificultats originades per l'aplicació dels seus preceptes, a fi de redactar i elevar al Govern de l'Estat la Memòria i el corresponent projecte de reforma.

La realitat és que havien ja passat 10 anys des de la promulgació de la Compilació de 1961 i res s'havia fet del que disposava la norma esmentada.

Per aixó, un home emprenedor com era Andreu Rullán prest va iniciar els tràmits pel nomanament i funcionament de la Comissió. I varen voler les circumstàncies que en formés part, en representació de la "Asociación de Abogados Jóvenes", que funcionava en el Col·legi sota la presidència de Félix Pons Irazazábal. En realitat era ell –com a President de l'Associació– qui tenia més dret que ningú a formar-ne part, però la realitat política del moment, que tenia totalment ocupat Félix Pons en l'oposició a un règim que estava arribant a la seva presumible i pròxima extinció, va ésser determinant perquè assistís a la Comissió el Vicepresident de l'Associació, càrrec que aleshores jo exercia. El cert es que me vaig trobar de cop i volta amb els juristes més prestigiosos de la nostra societat tractant de les estimades institucions del Dret civil balear. Allà estaven els coneguts Notaris Clar i

Chacártegui, l'enyorat Francesc Noguera, President de la Sala de lo Civil de l'Audiència Territorial, el Registrador de la Propietat Jaume Morey, els prestigiosos Lletrats Miquel Coll, Andreu Rullán i Josep Zaforteza, a més del benvolgut Lluís Pascual González, al qual tant d'agraïment devem els estudiosos del nostre Dret, ja que el seu "Derecho civil de Mallorca" té molt que veure amb la conservació del Dret foral durant èpoques de forta embestida centralista.

Per aquelles dates Lluís Pascual estava ja molt delicat de salut, raó per la qual jo l'anava a cercar a casa seva amb el meu cotxe per portar-lo fins a la seu del Col·legi d'Advocats on se celebraven les reunions –llavors encara es podia circular per Palma– per acompanyar-lo després al seu domicili. Un dia el tema a tractar varen esser els principis successoris i, després d'haver debatut àmpliament la qüestió, un dels membres de la Comissió va dir, més o menys, aquestes paraules: "no olvidemos que estamos en 1972 y que, dentro de unos años, sin darnos cuenta, estaremos en el 2000. Hemos de ser conscientes que legislamos para el siglo XXI, y ello nos lleva a la conclusión de que hay que desprenderse de estas antiguallas que durante tanto tiempo han lastrado nuestro Derecho, pues no tiene sentido que rijan la sucesión de las personas de estas Islas unos principios procedentes del viejo Derecho romano".

Mentre es deien aquestes paraules, Lluís Pascual s'aixecà i començà a avançar cap a la porta. Pensant que no és trobava bé, jo vaig fer el mateix; emperò, davant la sorpresa general, es va girar sobtadament i ens va dir molt seriosament: "nunca creí que viniéramos aquí para enterrar nuestro Derecho foral. Si me han llamado para hacer de enterrador que busquen a otro".

Idò bè, aquesta és la qüestió sobre la qual vos propòs fer aquesta nit una petita reflexió. Ha arribat el moment d'enterrar els principis romans que encara –i des de fa segles– fonamenten les transmissions mortis causa a Mallorca i Menorca? O, contràriament, són aquests principis encara vàlids per a constituir les columnes que suporten el pes de l'edifici successori? Veritablement la contestació a aquestes preguntes ens exigeix fer un seriós estudi d'aquests principis, examinant amb atenció la problemàtica que plantejen i, en especial, comprovar si la realitat social demana encara la seva pervivència.

Permeteu-me, però, que abans d'entrar en matèria finalitzi aquesta introducció fent referència a dues qüestions que necessàriament s'han de

tenir en compte quan es va a tractar dels principis successoris.

En primer lloc posar de relleu la gran importància que els principis generals han passat a tenir dins el sistema de fons del nostre Dret, després de la reforma operada per la llei 8/1990 de 28 de juny del Parlament balear, ja que, a més d'ésser directament aplicables a falta de llei o costum, actuen també com a vàlvula de tancament, per impedir l'entrada al nostre Dret del Codi civil i les altres lleis estatals quan aquestes siguin contraries a ells, tot aixó sense desconèixer el seu caràcter d'element d'interpretació i d'integració del nostre Ordenament Juridic.

La segona consideració a fer va enllaçada amb el títol de la conferència, en el qual es fa referència, tant sols, a les Illes de Mallorca i Menora. És així perquè els principis successoris romans no regeixen a Eivissa i Formentera, ja que l'article 69.2 de la Compilació ens diu que el testament i el pacte successori seran vàlids encara que no continguin institució d'hereu o que aquesta no compregui la totalitat dels béns.

Com comenta Cerdá Gimeno “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 pro 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 sólo 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”.

II.- REFERÈNCIA HISTÒRICA ALS PRINCIPIS SUCCESSORIS ROMANS.

S'ha dit que aquests varen suposar la pervivència fins a l'època de Justinia dels essencials caràcters de la successió a les primeres etapes del Dret romà.

Segons la tesi historicista de Bonfante –no seguida per tots els romanistes, ja se sap que als juristes ens costa molt posar-nos d'acord– en el primitiu Dret romà la successió tenia un caràcter marcadament polític: l'herència aleshores era la successió en el poder sobirà del cap de la gran família agnàtica i l'adquisició per l'hereu del patrimoni del causant no era sinó una conseqüència d'aquesta successió en la sobirania del grup. Necessàriament la família havia de tenir un cap, ja que així ho exigia la seva defensa, tant per mantenir l'ordre del grup com per defensar-se dels enemics. L'hereu es convertia així en el nou cap de la gran família agnàtica, a qui es transmetia el patrimoni del causant, col·locant-se **in locum et ius** d'aquest.

Però, quan es va arribar a l'època històrica, és obvi que la família havia deixat d' ésser un òrgan polític i l'antiga successió en la direcció del grup s'havia convertit en la simple successió en la titularitat d'un patrimoni. Però el gran sentit jurídic –a la llarga gran sentit comú– del poble romà va mantenir la vigència dels principis *successoris*; i ho va fer per una raó molt simple: perquè d'aquesta manera es reforçava la figura de l'hereu, que constituïa la pedra clau de la successió romana. De fet, s'ha pogut dir –encara que simplificant la qüestió– que just hi ha dos possibles sistemes de transmissió hereditària: el sistema llatí, en el qual la successió gravita entorn a l'hereu i el sistema anglo-americà, on la figura clau és el liquidador del patrimoni hereditari. I reforçant la figura de l'hereu s'afavoria també la conservació del patrimoni hereditari, que sempre estava adscrit a una persona a la qual corresponia la seva titularitat i direcció.

I, certament, vist des d'aquesta perspectiva històrica, s'expliquen perfectament els principis *successoris* romans.

Tot testament ha d'incloure institució d'hereu –òbviament a favor d'una o de diverses persones– perquè l'antiga família agnàtica no podia quedar-se sense direcció, com després el patrimoni hereditari tampoc no era convenient que es quedés orfe de titular. Som al davant del principi de la necessitat de la institució d'hereu.

L'hereu succeïx en la universalitat de l'herència ja que, al posicionar-se en el lloc de l'antic titular, en el seu **locum et ius**, el succeïx en el conjunt dels seus béns, drets, deutes, accions i obligacions, amb les úniques excepcions del béns atribuïts per la via del llegat i el que necessàriament haurà de recaure en els llegitimaris del causant. És el principi d'universalitat de la successió de l'hereu.

Si és convenient que sempre hi hagi un titular del patrimoni hereditari –i abans un cap de la gran família agnàtica– és lògic que no pugui limitar-se la institució d’hereu amb condicions resolutores que, al complir-se, deixarien sense efecte la institució, com tampoc amb terminis suspensius o resolutoris que ens posarien al davant d’hereus temporals. És el principi de la perdurabilitat de la institució d’hereu, encarnat en el vell aforisme **semel heres semper heres**.

I si necessàriament hi ha d’haver un hereu, que està en principi cridat a tots els béns de l’herència, on no es poden donar porcions vacants, i que, a més, no deixarà de ser hereu pel joc de terminis o condicionaments, és clar que resulta absolutament innecessària la successió intestada, amb tot el qual ens apareix el principi d’incompatibilitat de les dues successions, segons la dita del també vell aforisme **nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest**.

En canvi, i com és sabut, altres Ordenaments jurídics no mantenen aquests principis. I entre ells el Codi civil, el qual estableix d’entrada, a l’article 764, que el testament serà vàlid encara que no inclogui institució d’hereu o aquesta no compregui la totalitat dels béns, es poden imposar terminis i condicions tant suspensius com resolutoris a la institució d’hereu (articles 790 i 805 del Codi civil) i els articles 658 i 764 permeten la concurrència de la successió testada amb la intestada.

Feta, dons, aquesta obligada referència general als principis successoris romans, és hora d’aterrar dins l’àmbit més reduït del nostre Dret i començar a fer una passetjada –tal vegada per algú de vostés serà un via crucis, ja que la matèria és àrida– per la regulació que fa la nostra Compilació dels principis successoris abans exposats, particularment per posar de relleu la problemàtica que planteja el seu ajust –o desajustament– amb la realitat social.

III.- LA NECESSITAT DE LA INSTITUCIÓ D’HEREU PER A LA VALIDESA DEL TESTAMENT.

Així es diu en el paràgraf 2 títol 12 Llibre II de la Instituta (“alioquin inutile este testamentum un quo nemo heres instituitur”) i al paràgraf 34 títol 20 de l’indicat llibre es considera la institució d’hereu com a “caput atque fundamentum intelligitum totius testamenti”.

La Compilació ha recollit aquest principi a l’article 14, on diu que la

institució d'hereu és requisit essencial per a la validesa del testament.

Es podria assenyalar que les qüestions que fonamentalment es susciten son les següents:

1) Les conseqüències del fet de no emprar-se en el testament la paraula “hereu”.

Obviament això no es produirà en els testament notarial, però sí ha passat amb molta freqüència en els testaments hològrafs, en els que no hi ha assessorament del Notari.

Amb el propòsit de salvar aquests testaments, quan està clara la intenció del testador de designar successor, a pesar de no emprar-se la paraula adequada, demanavem que al nou projecte de text compilat –que va ésser la llei de 8/1990 de 28 de juny– s'inclogués una disposició similar a l'article 109 de la Compilació catalana –avui, amb una lleu modificació, article 137 del Codi de successions per causa de mort a Catalunya–, segons el qual el simple fet d'emprar-se pel testador el nom o la qualitat d'hereu o la disposició a títol universal encara que no s'utilitzi aquella paraula, sempre que sigui clara la voluntat d'atribuir al afavorit la condició de successor en tot el seu dret o en una part d'aquest implicarà la institució d'hereu.

El text de la Compilació balear és més simple i directe. El segon paràgraf de l'article 14 assenyala que “encara que no s'utilitzi la paraula hereu, qualsevol disposició del testador que atribueixi clarament a l'afavorit aquesta qualitat, valdrà com a feta a títol universal.

És per tant, la intenció del testador –segon es deduesqui de les paraules utilitzades– l'element clau per derivar la conclusió que s'ha volgut designar un o uns successors universals. Per això, tal vegada, i sempre segons les circumstàncies del cas, es podria deduir la designació d'hereu de l'atribució d'uns béns concrets, sempre que suposin amb molta diferència la part més important i essencial del patrimoni del difunt.

2) Ineficàcia del testament –i, per tant, també de la institució d'hereu– en els supòsits de premoriència, repudiació o falta d'acceptació de l'hereu.

En aquests supòsits el testament era vàlid ja que incloïa la institució d'hereu si bè aquesta –per les raons apuntades– no hauria fet efecte, fora que

–en el cas de la premoriència– el testador hagués previst una substitució vulgar.

Es obvi que en aquests casos el que convé és obrir la successió intestada; però com queden les disposicions a títol particular –llegats– incloses en el testament? És possible que la ineficàcia del testament arrossegui també aquestes disposicions?

Precisament, en el sistema del Codi civil aquests llegats quedarien salvats per la disposició de l'article 764, segons el qual correspon en aquest cas “cumplir las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes y pasar el remanente de los bienes a los herederos legítimos”.

Però també seria avui possible aquesta solució dins el nostre Dret, particularment pel que fa a les herències de persones que han mort després de l'entrada en vigor de la llei de 28 de juny de 1990 del Parlament balear.

En el Dret romà –i també a la Compilació de 1961– la ineficàcia del testament produïa també la dels llegats que es disposaven, llevat que el testament contingués la clàusula codicilar, ja que l'article 17 in fine de la Compilació de 1961 ens deia que “el testamento podrá contener la cláusula de que si no pudiera valer como tal valga como codicilo”. Com sigui que el codicil podia concórrer amb la successió intestada –però no el testament–, just quan el Notari autoritzant havia tingut la precaució d'incloure la clàusula codicilar valien els llegats disposats en el testament, que aleshores passava a ésser un codicil.

Però el cert es que, a pesar de les seves evidents aventatges, no era freqüent l'ús de la clàusula codicilar, raó per la qual l'article 17 de l'actual Compilació estableix la **conversió automàtica**, assenyalant que “el testament ineficaz valdrà com a codicil si reuneix els requisits a què es refereix el paràgraf anterior (mateixa capacitat i mateixes formalitats externes que els testaments) i no és declarat nul per pretirició no intencional de llegitimaris”.

Quan es d'aplicació aquest precepte –per la data de mort del causant– és clar que en aquests supòsits de falta de l'hereu instituït al moment de obertura de la successió per premoriència, renúncia o falta d'acceptació, seran vàlids els llegats ordenats en el testament, que hauran d'ésser lliurats pels hereus ab intestato.

I la mateixa conseqüència es produirà pel que fa a l'herència de persones mortes abans de l'entrada en vigor de la llei de 28 de juny de 1990 quan és

va tenir la precaució d'incloure en el testament la clàusula codicilar.

3) Supòsits excepcionals de testaments sense institució d' hereu.

Quan, fa anys, em dedicava a l'ensenyament del Dret a la Universitat, les primeres paraules que dirigia als alumnes eran per dir que en el Dret difícilment es troben veritats absolutes i que totes les regles generals solen tenir també les correlatives excepcions.

Per això, no és estrany que també aquí en trobem, i possiblement, podrien constituir excepcions del principi de la necessitat d'institució d'hereu els supòsits del testament revocatori i del reconeixement de fill extramatrimonial fet mitjançant testament segons l'article 120.1 del Codi civil.

No se'm digui que acudesc a casos de laboratori. Recentment, durant un curs de Dret civil balear organitzat per l'Associació d'Advocats Matrimonialistes, en ocasió de parlar dels principis successoris, una Lletrada va contar que va visitar dos Notaris per atorgar un testament revocatori d'un anterior, ja que el designat hereu en aquest no tenia ja el seu afecte i estima, i, per altra part, tampoc no hi havia altres persones a les que volgués designar nous hereus. El cert és que cap dels dos fedataris va voler autoritzar aquest testament.

El testament revocatori és generalment admés dins el Dret successori. Lacruz assenyala que al atorgar un testament revocatori s'expressa un contingut de voluntat: es vol que la seva darrera voluntat no sigui la que es conté en el testament revocat, el qual no deixa d'esser dictar una darrera voluntat, encara que sigui per la seva relació amb una altra. Indica també aquest autor que la institució ve acceptada per sentències del Tribunal Suprem.

Per altre part, és admés en el Codi civil (art. 120.1º) que el reconeixement de la filiació no matrimonial es pugui realitzar mitjançant testament, com també per compareixença davant l'encarregat del Registre Civil o en virtut de manifestació en document públic.

Crec que per enfocar correctament la qüestió de la possible validesa d'aquestes figures dins el Dret successori de Mallorca i Menorca, s'ha de partir del fet evident que es tracta de testaments de caràcter excepcional, ja que no tenen per objecte ordenar la successió d'una persona. Si fos així, no

hi ha cap dubte que el testament hauria de contenir institució d'hereu, ja que sense ell no hi ha successió possible. En canvi, en els dos casos que es contemplen, el que es fa és simplement anul·lar una anterior disposició de darrera voluntat –però sense dictar-ne una de nova– i aprofitar el motlle formal del testament per dictar una disposició que no té cap contingut successori, com és el reconeixement d'un fill extramatrimonial.

Acabam ja aquest primer apartat tot recordant que el principi de la necessitat de la institució d'hereu és congrüent amb el fet d'estructurar-se tota la successió en els sistemes llatins –tal com abans s'ha dit– al voltant de la figura de l'hereu, el que fa que resulti lògic que, ja d'entrada, s'exigessi la seva menció en el testament.

És veritat que en el sistema del C.c. és vàlid el testament sense institució d'hereu, però de tots els testaments que s'atorguen on regeix amb plenitud el Codi civil hi ha un 99 per 100 que sí la contenen. I és que, com va dir amb paraules rellevants Vallet de Goytisolo –tota una autoritat en aquestes matèries– una cosa es la necessitat de la institució d'hereu per a la validesa del testament i una altra la necessitat d'hereu en la successió, plantejant-se la qüestió de “si el Código civil no ha ido más lejos de donde llegaron sus precedentes, pasando del principio castellano de la innecesidad de la institución de heredero para la validez del testamento al principio de la innecesidad de la existencia del heredero en la sucesión”.

IV.- LA UNIVERSALITAT DE LA SUCCESSION DE L'HEREU.

L'hereu és cridat a tots els béns, drets, obligacions i deutes del causant, és a dir a la universalitat del seu patrimoni, amb les úniques excepcions dels béns especialment llegats i dels que puguin reclamar els legitims.

Així es disposava en els textos romans: Digesto, Llibre XXVIII, títol V, Llei 13^a, paràgraf 2^o, Instituta, Llibre II, títol 14^o, paràgraf 5^o.

I ho assenyala l'article 15 de la Compilació, quan diu “l'hereu o hereus instituïts només en cosa certa, quan concorrin amb l'hereu o hereus instituïts sense aquesta assignació, seran considerats com a simples legataris. Però, si l'hereu únic o tots els hereus instituïts ho són en cosa certa, es consideraran

legataris i, quant a la resta de l'herència, tendran el caràcter d'hereus universals, per parts iguals si fossin diversos". Per la seva part, l'article 24 diu que "les quotes hereditàries vacants per la no actuació del dret d'acréixer o perquè no n'ha disposat el testador, incrementaran, necessàriament i proporcionalment, les dels altres hereus instituïts que arribin a ser-ho efectivament".

El sistema és radicalment distint del Codi civil on l'article 764 estableix que el testament és vàlid a pesar que "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".

Precisament s'ha dit, en defensa del sistema del Codi civil, que si el testador pot disposar de la totalitat de la seva herència, per què no respectar la seva voluntat si aquesta és disposar just de part d'ella ordenant uns llegats? És un poc allò de "quien puede lo más puede lo menos".

Però el que és cert és que també dins el nostre Dret és perfectament possible una disposició limitada als llegats. L'únic condicionament és que això s'haurà de fer per la via del codicil i no del testament. Precisament una sentència de l'Audiència Provincial (Secció 3^a) de 8 de novembre de 2002 fa referència a la figura del codicil ab intestato, cas en el que seràn els hereus legítims els qui haurán de fer el lliurament dels llegats. Per tant, el principi d'universalitat no impedeix aquesta possibilitat dintre del nostre Dret.

El fonament de aquest principi es troba en la conveniència d'evitar la concurrència dins una mateixa successió de dues classes d'hereus: els designats en el testament i els designats per la llei, considerant-se que uns i altres podrien introduir conflictivitat dins la successió. Quan en el testament no es disposen de tots els béns, no hi ha sinó dues solucions: o obrir la successió intestada pel que fa als béns o quotes hereditàries no disposats o donar a la condició d'hereu caràcter expansiu a fi que obtengui tots els béns. En el Dret romà es considerava que aquesta segona solució no era sinó una conseqüència del fet de posar-se l'hereu **in locum et ius** del causant; i també es partia de la base que als parents que, el cap i a la fi, herederien per successió intestada, el testador ni tan sols els va nominar en el seu testament, a diferència de l'hereu designat, encara que just en una part de l'herència. Això permetia presumir que la voluntat del testador estava més a prop que l'hereu designat accedís a les porcions vacants abans que

aquestes passassin a uns parents, respecte dels que no es podia pensar que els tingués en gran estima, quan ni tan sols els va nominar en el testament.

Passam a estudiar la problemàtica del principi, centrada en els tres temes que s'indiquen a continuació.

1) La institució d'hereu **ex re certa**.

No és fàcil que la trobem en els testaments autoritzats per Notari però apareix freqüentment en els hològrafs.

La institució d'hereu **ex re certa** suposa una **contradictio in terminis** ja que s'assigna un bé concret a una persona que –per la seva condició d'hereu– està cridada a la universalitat de l'herència. Per això no és estrany que autors com Biondi considerassin que una disposició d'aquest tipus havia d'esser anul·lada per la seva ambigüitat.

En el Dret romà la contradicció va ésser superada donant preferència al **nomen iuris** sobre la **assignatio**, establint que l'hereu **ex re certa** seria llegatari de la cosa assignada i hereu de la resta de l'herència, en cas de no concórrer amb altres hereus designats pel testador.

Com hem vist, l'article 15 de la Compilació dona una solució similar, a diferència de l'article 768 del Codi civil que diu que l'hereu instituït en una cosa certa i determinada serà considerat com a llegatari, passant la resta de l'herència als hereus intestats si no hi ha altres hereus en el testament.

Realment no falta qui ha dit que la solució legal no sempre es pot seguir, i no deixa de ésser precipitada, ja que prèviament s'haurà d'examinar i ponderar quina ha estat la real voluntat del testador.

Passant a examinar la problemàtica de la institució **ex re certa** dins del nostre Dret, poden plantejar-se aquestes qüestions:

A) Pot donar-se la possibilitat que el testador hagi repartit tots els seus béns assignant-los als designats hereus, de tal manera que no hi hagi “resta de l'herència”.

Al Dret romà –ens diu Verger Garau– prevaleia el **nomen iuris**, i, així, es considerava que tots els hereus ho eren per parts iguals, quedant sense efecte les assignacions. Però aquesta solució era certament poc respectuosa amb la voluntat del testador, per la qual cosa es va passar a la solució contrària donant preferència a l'assignació; es considerava que realment s'estava al davant d'un testament particional en el que el testador havia

realitzat ja la partió del béns entre els designats hereus. Sense cap dubte aquesta podria ésser la solució que el nostre Dret podria acollir.

B) Pot presentar algun problema –en aquest cas d'inexistència de resta de l'herència– la responsabilitat quant al pagament dels deutes hereditaris. Quedi clar que m'estic referint a l'àmbit intern de la responsabilitat, ja que cada un dels hereus respon solidàriament d'aquests deutes en front dels acreedors de l'herència, pel joc dels articles 1084 i 1085 del Codi civil, vigents dins el nostre Dret. Però el problema es presenta quan l'hereu que ha pagat un deute hereditari reclama la part que correspon pagar a cada un dels altres hereus. Com es determina aquesta?

Quan hi ha resta de l'herència, és clar que els hereus que reben aquesta resta ho són per parts iguals –tal com diu l'article 15 de la Compilació– i per tant, en la relació interna entre els hereus, el deute es considerarà dividit en tantes parts com hereus hi hagi i cada un respondrà de la seva part. Però, i si no hi ha resta de l'herència?

Del fet que l'article 15 Compilació assenyala que seran hereus per parts iguals, tal vegada es podria deduir que tots els instituïts hereus en cosa certa han de contribuir d'igual manera, sigui quin sigui el valor dels béns assignats. Verger Garau diu –amb raó– que seria una solució menys equitativa però més simple.

Però, certament, el que la justícia distributiva demana és que la contribució al pagament dels deutes hereditaris es mesuri segons el valor dels béns assignats, ja que aquí no existeix resta de l'herència de la que els instituïts en puguin prendre possessió com a hereus. I és possible que aquesta solució –sense cap dubte la més equitativa– es pugui introduir dins el nostre Dret, tot considerant que no existeix especialitat foral quant al pagament dels deutes hereditaris, amb el que es podria donar entrada als preceptes del Codi civil que regulen la qüestió i, en especial, a l'article 1085, segons el qual “el coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia podrá reclamar a los demás su parte proporcional”. És una solució similar a la prevista per l'article 891 del Código civil pel cas que tota l'herència es distribuesqui en llegats.

2) La institució d'hereu només en usdefruit.

En el Dret romà i també a la Compilació l'hereu instituït només en usdefruit és equiparat a l'instituït en cosa certa; i això és lògic donat que l'usdefruit no deixa d'ésser una cosa concreta i determinada: els drets d'usar

i fruir d'uns béns.

Per això segueix les regles de l'article 15, considerant-se simple llegatari o hereu segons concorri o no a l'herència amb altres hereus instituïts sense aquesta limitació. La institució d'hereu en l'usdefruit de l'herència es dona amb freqüència, ja que molts testadors l'estableixen a favor del cònjuge, si bé també és freqüent –en els testaments notariais– que aquesta disposició es faci a títol de llegat. Dins el pròxim principi a tractar –la perdurabilitat de l'hereu– examinaré aquesta qüestió.

Per altra part, quan la institució d'hereu en usdefruit comprén la totalitat de l'herència i hi ha persones que puguin reclamar la llegítima sol anar acompanyada de la **cautela socini** a la que es refereix l'article 49 Compilació.

També aquí hi ha dues qüestions a tractar:

A) La primera resulta del darrer paràgraf de l'article 15 en el que és diu “l'hereu instituït en usdefruit tendrà, sempre que la voluntat del testador no fos un altre, el caràcter d'hereu fiduciari si per a després de la mort d'aquest s'hagués instituït un altre hereu, el qual es considerarà com a hereu fideïcomissari. Si aquest no arribava a ser-ho, l'instituït en usdefruit serà l'hereu universal, pur i lliure”.

El precepte –com veurem amb més amplitud– elimina qualsevol dubte respecte de la compatibilitat de la institució d'hereu en l'usdefruit de la herència amb el principi de perdurabilitat, ja que és clar que les substitucions fideïcomissàries no suposen infracció d'aquest principi. Però l'assimilació amb el fiduciari no deixa de presentar un problema: si tendrà o no l'hereu instituït només en usdefruit dret a la quarta trebel·liànica i a la possible venda dels béns usufructuats ex article 34 Compilació.

No sembla possible que es pugui detreure en aquest cas la quarta trebel·liànica, a menys que en el testament es digui clarament.

Si no fos així, tal facultat no harmonitza amb el concepte d'usdefruit, tal com es deriva de l'article 467 del Codi civil, segons el qual “el usufructo da derecho a conservar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substància, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”. Veritablement, l'usdefruit està configurat com un **ius in re aliena** i, no ja jurídicament, sinó fins i tot vulgarment així es considera, per la qual cosa en la concepció popular del mot no pareix

possible que quan el testador empra la paraula “usdefruit” inclogui la possibilitat que l’usufructuari retengui en propietat una quarta part de l’herència.

Quant a la possibilitat de venda per l’usufructuari dels béns de l’herència, seria factible si es tracta d’un usdefruit amb facultat de disposar; en els testaments és concedeix en ocasions al cònjuge viudo aquesta facultat, lligada generalment a la necessitat de mantenir el nivell de vida habitual.

També seria possible la venda dels béns usufructuats per pagament de llegendes, deutes i càrregues de l’herència, si bé amb la intervenció de tots els hereus.

Pel que fa a la venda per part de l’usufructuari d’aquests béns a fi d’invertir l’import obtingut en altres de més utilitat –de manera similar al que disposa l’article 34 Compilació per al fiduciari– no apareix això conciliable amb l’estructura de l’usdefruit, en el que impera el principi **salva rerum substantia**.

B) Per altra part, el paràgraf tercer de l’article 15 al.ludeix a la possibilitat que l’instituït en l’usdefruit de l’herència tengui sols el caràcter de llegatari per concórrer amb hereus instituïts sense aquesta limitació, per establir a continuació que, en aquests cassos, tindrà –tret de disposició contrària del testador– la facultat de prendre possessió per si mateix dels béns objecte del seu dret, sempre que no hi hagués llegitaris.

De manera general el lliurament dels llegats correspon –si no hi ha comptador partidori– a l’hereu; i, excepcionalment, els marmessors podran lliurar els llegats en metàl.lic, si bé amb el coneixement i l’autorització de l’hereu (art. 902 C.c.).

L’excepció que suposa el precepte de la Compilació té a veure amb el fet que l’hereu usufructuari exercitarà de manera immediata els drets d’ús i gaudi de l’herència –inherents a l’usdefruit– i també amb el fet que l’hereu instituït en l’usdefruit de l’herència sigui normalment el cònjuge viudo, podent-se presentar problemes en el lliurament de l’herència per l’oposició dels hereus instituïts **post mortem usufructuari**.

En tot cas, és lògic que no pugui gaudir d’aquesta facultat quan hi ha llegitaris, ja que mentrestant no estan pagades les llegendes, no estaran concretats els béns respecte dels quals podrà exercitar el seu dret d’usdefruit.

3) Els supòsits d'acreixement.

És conseqüència del principi d'universalitat –i també de la incompatibilitat de les successions testada i intestada– el dret de l'hereu instituït a fer seves les porcions vacants que hi pugui haver a l'herència. Per això és natural que en el nostre Dret tengui l'acreixement una major incidència que en el Codi civil.

I això és així perquè l'article 24 Compilació estableix –com assenyala Verger Garau– les dues classes d'acreixement conegudes en el Dret romà: el **ius accrescendi** normal o ordinari derivat de la **coniunctio** o crida conjunta als diversos hereus i l'acreixement supletori, fonamentat en el caràcter expansiu de l'hereu respecte de les porcions vacants de l'herència.

Quant al primer, l'actual Compilació ha donat una solució distinta de la que ens mostrava l'article 24 de la Compilació de 1961. Deia aquest precepte que “los instituidos en una misma cláusula de un testamento y llamados a un mismo bien o porción señalada de bienes acrecerán entre sí respecto de ellos con exclusión de los restantes coherederos”. Tal era la regla derivada de la **coniunctio re et verbis**, segons el Digest, llibre I Títol XVI llei 142.

L'actual Compilació, contràriament, dona preferència a la institució conjunta i per grups en la totalitat o en una mateixa quota de l'herència, establint que l'acreixement tindrà lloc entre els components del mateix grup. Però sense que ja tengui rellevància la institució en una mateixa clàusula testamentària, prevalent per tant la **coniunctio re** sobre la **coniunctio verbis**.

I, dintre de la **coniunctio re**, perquè tengui lloc l'acreixement s'han de donar dos condicionants: la institució d'hereu conjunta en la totalitat o en una mateixa quota de l'herència i també a favor d'un determinat grup. Normalment es tractarà de grups familiars –fills, germans, nebots, etc...– si bé no necessàriament. Acudint a l'exemple clarificador, si el testador institueix en la totalitat de l'herència als seus germans A i B i als nebots D i E –fills del seu germà premorient C–, en cas de premoriència del nebot D la seva part acreixerà a l'altre nebot E abans que als germans A i B.

La disposició legal es fonamenta en una pressumpta voluntat del testador i en el parentesc més pròxim de les persones entre les quals té lloc l'acreixement. En tot cas, el Codi de Successions per causa de mort a Catalunya presenta en el seu article 38 un règim similar. Certament, la

situació és distinta de la configurada per l'article 982 del Codi civil, que estableix l'acreixement sobre la base de la crida conjunta a una mateixa herència o porció d'ella sense designació de parts, i sense que tinguin incidència els grups parentals.

Al que abans hem nomenat acreixement supletori es refereix el darrer paràgraf de l'article 24 Compilació, segons el qual “les quotes hereditàries vacants per la no actuació del dret d'acréixer o perquè no n'ha disposat el testador, incrementaran, necessàriament i proporcionalment, les dels altres hereus instituïts que arribin a ser-ho efectivament, amb subsistència dels llegats i les càrregues que no siguin personalíssimes”.

Destaca el caràcter forçós que té en aquest cas l'acreixement, derivat de l'adverbi “necessàriament”, el qual suposa que l'hereu que accepta la seva porció de l'herència ha d'acceptar també les porcions vacants dels altres hereus que no han pogut o no han volgut acceptar l'herència. Com és sabut, l'article 986 del Codi civil regula la qüestió de manera distinta, establint l'obertura de la successió intestada respecte d'aquestes porcions vacants.

V.- LA PERDURABILITAT DE LA CONDICIÓN D'HEREU.

Dins el Dret Romà la figura de l'hereu tenia vocació de permanència. La seguretat de les relacions jurídiques així com la necessària estabilitat dels patrimonis no s'avenien amb el fet d'hereus que deixassin de ser-ho. Per els juristes romans la figura de l'hereu temporal no era sinó una incongruència.

No cal recordar que a l'antiga successió romana era encara més necessària aquesta pervivència de l'hereu, ja que la tribu, la gran família agnàtica no podia quedar sense cap.

Per tot aixó es deia en el Digesto **sine dubio heres manebit qui semel extitit** (Llibre IV, titol IV llei 7^a fragment 10) i en el Codex llibre VI, titol XXXI, llei 4^a es contenia un text semblant. Més expressiva i coneguda és la frase llatina **semel heres semper heres**.

No cal dir que l'article 16 de la Compilació, quan diu el qui és hereu ho és sempre i, en conseqüència, es tendran per no posats en la seva institució la condició resolutoria i els termes suspensiu i resolutori, recull totalment la tradició romana.

Per les raons apuntades no es considerava admissible en el Dret Romà la institució d'hereu a termini suspensiu o resolutori, ni tampoc la

institució sotmesa a una condició resolutoria.

En canvi, sí que era possible el joc de la condició suspensiva, ja que, si es complia la condició, quedava consolidada la institució d'hereu, els efectes de la qual es retrotraïen al moment de la mort del causant, com si mai hagués existit situació d'interinitat a l'herència. I si no es complia la condició, quedava sense efecte la institució d'hereu, entrant aleshores en joc la successió intestada, col·locant-se les persones designades per la llei **in locum et ius** del causant. Hi havia, per tant, hereu i en base a un sol títol successori; que en aquest cas era la llei, ja que el testament era d'impossible aplicació per no haver-se complert la condició de la qual depenia la institució d'hereu.

Fins i tot era possible en el Dret romà la institució sota condició suspensiva, potestativa i negativa, establint-se que l'adquisició de l'herència per l'hereu estava subordinada al fet que aquest no realitzàs un determinat comportament. En aquest cas, l'hereu podia acceptar immediatament l'herència, però havia de prestar una caució –que es deia **cautio muciana**– de restituir tot el que hagués adquirit per la seva condició d'hereu en el cas que fes allò que el testador li va prohibir. Aquesta figura té tradició històrica dintre del nostre Dret; record un antic testament en el qual s'instituïa hereu a la filla sempre que assumís formal compromís de no ingressar a una Ordre religiosa. De totes maneres, l'article 800 del Codi civil regula la qüestió de manera similar.

Per altra part, és veritat que l'hereu del Codi civil té traços de aquesta perdurabilitat de la qual parlem; i així, l'article 997 ens diu que “la aceptación y la repudiación de herencia, una vez hechas, son irrevocables...”; però la perdurabilitat admet excepcions que no trobam dins el nostre Dret, com l'article 790 quan diu que “las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición” i l'article 805 assenyala 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”.

De totes maneres, fins i tot en el marc del Codi civil, l'hereu temporal no deixa d'esser una figura insòlita. L'hereu a termini és totalment infreqüent i ens recordaria **mutatis mutandi** aquests Ajuntaments en els quals els partits polítics es reparteixen temporalment l'Alcaldia.

Pel que fa a l'hereu sota condició resolutòria, el cert és que l'hereu no deixarà d'haver actuat com a tal a pesar de complir-se la condició;

per exemple, haurà pagat lligítimes, lliurat llegats, exercitat accions hereditàries, cobrat crèdits o pagat deutes de l'herència... Tot això no es concilia massa bé en l'eficàcia retroactiva de la condició resolutòria ex article 1.123 Cc. Té tota la raó, per tant, Puig Brutau quan diu que en el sistema del Codi civil és veritat que no regeix el principi **semel heres semper heres**, qui és hereu no ho és sempre, però també és veritat que qui és hereu no pot deixar d'haver-ho estat.

Ja aterrant dins el nostre Dret és obligat passar a examinar algunes de les qüestions que es poden plantejar relacionades amb la perdurabilitat de l'hereu.

1) Les substitucions fideicomissàries condicionals i a termini.

En principi és possible fer dependre el trànsit de l'herència al fideicomissari d'un termini o d'una condició, si bé hem de creure Zaforteza de Corral, quan en la seva obra "El fideicomiso en el Derecho de Mallorca y Menorca" ens diu que no és fàcil trobar un sol cas de substitució fideicomissària a termini en les Decisions de l'antiga Real Audiència ni tampoc en els protocols notariais.

En canvi era i és freqüent que el fet determinant de la substitució sigui una condició, i fins i tot l'article 27 de la Compilació de 1961 parlava del "fideicomisario condicional", per considerar que el fideicomís que venia concebut en funció de la vida del fiduciari suposava una vertadera condició, d'acord amb la màxima romana **dies incertus in testamento conditione fecit**, proclamada a l'article 16 de la Compilació, quan diu que en els testaments el terme incert implica condició, tret que del testament es pugui deduir clarament la voluntat contrària del testador.

Però el cert és que a l'actual article 27 ha desaparegut el qualificatiu "condicional", i això ha estat –com diu Coll Carreras– "por no dar lugar a la inexacta hipótesis de que se estaba ante una sustitución fideicomisaria a la que se había agregado el establecimiento de una condición determinada".

Sigui com sigui, és clar que és possible l'establiment de condicions –fins i tot resolutòries– a les substitucions fideicomissàries ja que així ho avalen els articles 27 i 28 de la Compilació a més de la tradició jurídica balear i la pràctica notarial.

Avui s'ha plantejat el tema amb especial relevància dins les famílies

en les quals hi ha un fill discapacitat, ja que aleshores és de primordial interès pels pares l'establiment d'un mecanisme successori que assegurí l'assistència i manteniment d'aquell. En aquest cas podria pensar-se en una substitució fideicomissària en la qual els hereus primerament cridats ho són amb la condició resolutòria que en cas d'incomplir les obligacions de cura i manteniment del discapacitat, cessaran en el gaudi de l'herència, la qual es transmetrà a una institució de beneficència –que seria l'hereu fideicomissari– orientada fonamentalment a aquestes finalitats.

No es pot dir que en aquests supòsits –com en general a les substitucions fideicomissàries– hi hagi infracció dels principis successoris vigents al nostre Dret i, en especial, del de perdurabilitat.

I això es així perquè els dos hereus designats –fiduciari i fideicomissari– ho són en virtut d'un mateix títol successori, el testament del causant, en el qual s'ha previst aquesta possibilitat d'hereus successius. Distint seria el cas en què el testament es limités a establir una institució d'hereu sota condició resolutòria sense preveure la destinació a donar a l'herència en el supòsit de tenir lloc el joc de la condició. Aleshores, es produiria el **horror vacui** ja que el testament es precipitaria a l'abisme: es a dir, es revelaria inútil per a la funció que li és pròpia, com és la d'establir la destinació a donar a l'herència del finat. La solució de donar llavors entrada a la successió intestada seria contrària al principi **nemo pro parte** de què es parlarà més endavant, a mes d'il·lògica, ja que en el cas hi haurà hagut ja una actuació de l'hereu testamentari.

En definitiva, no deixa d'esser interessant aquesta possibilitat de destinar la substitució fideicomissària a la protecció de les persones discapacitades, a l'espera que dins el nostre Dret tenguí lloc un reforma legislativa d'un abast similiar al que ha suposat la llei de l'Estat núm. 41/2003 de 18 de Novembre.

2) La institució d'hereu modal.

Com és sabut, diu l'article 797 del Codi civil que “la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que esta era su voluntad. Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo recibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación”.

La imprecisió del text ha fet que els autors discutissin si l'incompliment culpable del mode pot donar lloc sempre a la resolució de l'atribució mortis causa, o, contràriament, això just serà possible quan es tracta del mode causalitzat, és a dir, quan la càrrega que suposa el mode constitueix l'únic o el primordial fi que s'espera aconseguir mitjançant l'atribució mortis causa. No importa dir que esbrinar això suposarà un acurat examen de la voluntat del causant tal com resulta del seu testament.

Però el problema no es pot presentar dins el nostre sistema successori, donat que l'article 16 de la Compilació assenyala que l'incompliment de la forma imposada a la institució d'hereu mai no podrà donar lloc a la seva resolució. No importa dir que l'expressió "forma" és incorrecte, i s'ha de substituir per "mode".

Per tant, tan sols podran els beneficiaris de la prestació modal exigir de l'hereu el seu compliment. Certament, just és possible la resolució de l'atribució mortis causa –dins el nostre Dret– quan ve limitada per una vertadera condició i dintre de l'establiment d'una substitució fideicomissària, en la qual es preveu la destinació de la herència pel cas d'efectivitat de la condició.

En canvi el llegat modal no presenta especialitat foral i es regeix per l'article 797 del Codi civil.

3) La institució d'hereu a favor del cònjuge supervivent a condició que no es torni a casar.

El Dret romà va ésser sempre contrari a la limitació de les segones nupcies, possiblement perquè les necessitats de la **res publica** demanaven sempre un increment de població i –per que no?– també pel sentit comú de què sempre va fer gala. El cert és que en temps d'August es considerava **contra legem** la condició de no contreure ulterior matrimoni. La **lex Julia Papea** establia que, fins i tot en el cas d'haver-se imposat la condició a la viuda, aquesta podia heredar –encara que es casés de bell nou– sempre que jurés que havia contret el matrimoni simplement per tenir fills...(?).

Justinià va abolir aquesta llei, tenint sempre per no escrita la condició. La qual es va admetre segles després a conseqüència de l'aversiò del cristianisme a les segones nupcies, del qual n'és una altra prova l'avui suprimida **lex hac edictali** que ha estat en vigor dins el nostre Dret fins a la darrera reforma de la Compilació.

En contra del que es pugui creure per les noves generacions –record que quan vaig exposar el tema dins un curs de Dret civil balear dirigit als Advocats matrimonialistes hi va haver desconcert general– és freqüent l'ús de la condició, fins i tot en l'actualitat. Tal vegada perquè els testadors solen ésser persones ja majors i els sembla bé instituir hereu al cònjuge, però no tan bé que aquest gaudeixi amb un altre de la seva herència. També hi ha qui té por d'una futura “buidada de cap” del cònjuge viudo, si contreu matrimoni amb una persona molt més jove que, tal vegada, actui per motius d'interés. Amb tot això no vull dir que em sembli particularment bé la condició. Simplement faig constar una realitat.

El cert és que –com és sabut– l'article 793 del Codi civil permet aquesta condició si qui l'imposa al viudo o a la viuda és el difunt consort o els ascendents o descendents d'aquest. El precepte no ha estat declarat inconstitucional, possiblement perquè no atempta contra el dret de contreure matrimoni, reconegut per l'article 32 de la Constitució. Simplement, si en aquest cas el cònjuge viudo contreu segon matrimoni perdrà l'herència, encara que seguirà conservant tot el que li pertenyia en concepte de llegítima. Cal tenir en compte que la prohibició de la condició possiblement determinaria que, en aquests supòsits, es fes hereu a persona distinta del cònjuge viudo.

Però, donat el caràcter resolutori de la condició, és clar que de cap manera no es admissible dins del nostre Dret, per atemptar contra el principi **semel heres sempre heres**. Si bé hi ha possibilitat d'aconseguir unes finalitats semblants acudint a altres vies.

En primer lloc, res no impideix que es pugui llegar al cònjuge viudo l'usdefruit universal de l'herència sotmés a la condició de no contreure ulterior matrimoni. És una pràctica bastant freqüent a l'àmbit notarial i no presenta cap obstacle legal perquè l'atribució es fa per via de llegat i no d'herència.

I també hi ha la possibilitat –si es vol subjectar la institució d'hereu amb aquesta condició– d'acudir a la substitució fideicomissària, establint un o uns hereus amb aquest caràcter, als qui passarà l'herència en el cas de compliment de la condició per contreure el cònjuge viudo nou matrimoni.

Com abans es deia, la substitució fideicomissària ens permet, en ocasions, poder complir uns propòsits o desitjos del testador que toparien amb el rigor dels principis romans. I és que, d'aquesta manera, queda absolutament prevista la destinació dels béns hereditaris ja que es

determina a qui passaran aquests quan es compleix la condició resolutòria perquè l'hereu cònjuge viudo contreu noves núpcies.

4) La institució d'hereu condicionada a la no impugnació del testament.

Acompanya amb molta freqüència als supòsits d'institució d'hereu o de llegat, a favor del cònjuge viudo, de l'usdefruit de la totalitat de l'herència, quan hi ha fills del causant, els quals poden reclamar la seva llegítima sense càrrega o gravamen de cap casta, i, per tant, sense obligació d'esperar fins a la mort de l'usufructuari per fer efectius els seus drets legitímars. Per això, ja es permetia en el Dret romà disposar en el testament que, en el cas de no acceptar-lo i reclamar immediatament la llegítima, es perdria tot allò que excedís del seu import. És la denominada **cautela socini**, avui reconeguda per l'article 49 de la Compilació.

La redacció de la clàusula testamentària pot fer possible que la condició de no impugnar el testament tenguí caràcter merament suspensiu. Seria el cas de disposar-se que els hereus designats **post mortem usufructuari** passaran a tenir aquest caràcter si subscriuen formal compromís de no impugnar el testament. Estaríem al davant d'una condició suspensiva potestativa negativa que seria admissible segons la tradició jurídica balear, encarnada aquí en la **cautio muciana** de la qual abans s'ha tractat. Fins i tot no crec que calgui un afermament del compromís, ja que aquest suposa un evident **acte propi** dels hereus, que els impossibilita per tractar d'impugnar després el testament i reclamar la llegítima; a més, no entraran en possessió de l'herència sinó després d'haver-se extingit l'usdefruit.

Però és evident que també pot redactar-se la clàusula de no impugnar el testament de tal manera que tenguí caràcter resolutori, deixant sense efecte la institució d'hereu **post mortem usufructuari** en el cas de presentar-se la impugnació. És aleshores quan es planteja la qüestió de si és vàlida aquesta institució condicional ja que, aparentment, infringeix el principi **semel heres semper heres**.

Crec que, en el fons, no hi ha contradicció entre aquest principi i la institució d'hereu condicional de la qual tractam. I és per la raó que mentre l'hereu no ha acceptat, no és possible considerar-lo com a tal. És l'acceptació el que converteix el designat en hereu, amb retroacció dels seus efectes al moment de la mort del causant, segons ens diu l'article 989 del Codi civil.

Per tant, si l'hereu designat **post mortem usufructuari** accepta

l'herència –o assumeix formal compromís de no impugnar el testament– ve vinculat per aquestes declaracions de voluntat. I si no ha acceptat i opta per reclamar la llegítima, possiblemet la sentència doni lloc a la seva reclamació, permetent-li entrar immediatament en la possessió dels béns que la integran, però perdent els altres drets que se li atribueixen en el testament; i això no vol dir que deixi d'esser hereu ja que, de fet, no ho ha estat mai.

En aquest cas, l'herència passaria –una vegada extingit l'usdefruit– als substituïts vulgars i –de no haver-se nomenats– acreixeria als altres hereus designats; i, de no haver-se nomenats, al propi hereu instituït en l'usdefruit ex art. 15 Compilació.

En realitat, l'únic supòsit en què no es podria salvar el testament seria si l'atribució de l'usdefruit al cònjuge viudo s'hagués fet per la via del llegat, i existís un únic hereu designat **post mortem usufructuari**, sense la previsió de substituïts vulgars; en aquest cas, si l'hereu optàs per la reclamació de la llegítima, aleshores estariem al davant d'un testament que ha devingut ineficaç per falta d'hereu i s'imposaria la crida dels hereus **ab intestato**. La validesa del llegat d'usdefruit a favor del cònjuge viudo vendria determinada per la consideració de si el testament podria valer com a codicil, segons el que abans s'ha exposat.

VI.- LA INCOMPATIBILITAT DE LES SUCCESSIONS TESTADA I INTESTADA.

És una conseqüència natural dels principis anteriors, ja que, si tot testament ha de tenir institució d'hereu, aquest està cridat a la universalitat de l'herència, acreixent-li les porcions vancants, i, a més, té un caràcter de permanència –no quedant sense efecte la institució per terminis o condicions resolutòries– és clar que la successió intestada és absolutament innecessària quan hi ha hereu o hereus designats en el testament.

El principi d'incompatibilitat el trobam a l'Instituta, Llibre II, títol XIV, paràgraf 5, quan diu “**neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur**”, si bé és més corrent l'ús de l'aforisme “**nemo por parte testatus pro parte intestatus decedere potest**”. Es contenen aplicacions del principi en el Digest, llibre L, títol XVII, llei 7 i llibre XXVIII, títol V llei 1 fragment 4.

Actualment, l'article 7 de la Compilació assenyala que la successió intestada solament podrà tenir lloc en defecte d'hereu instituint i és incompatible amb la testada i la contractual. Contràriament, els articles 658 i 764 del Codi civil permeten totalment la concurrència de les dues successions a una mateixa herència.

Com en el món del Dret tota regla té les seves excepcions, també aquí les trobam, i tant en el Dret romà com en el Dret de Mallorca i Menorca.

L'excepció romana –**nisi sit miles**– la suposava el testament dels militars, en el qual es donava la particularitat que, en el cas de disposar-se tan sols de part del patrimoni, la resta passava als hereus designats per la llei, sense entrar en joc, per tant, les regles de l'acreixement en favor de l'hereu testamentari.

L'excepció és una mostra més de les peculiaritats del testament militar romà, que no exigia, a més, cap formalitat. Tal vegada té raó Martí Miralles al assenyalar que els juristes romans varen atribuir, per excepció, el caràcter i la qualificació de testament a les disposicions d'última voluntat dels militars, encara que no es referien a la universalitat de l'herència i els seus requisits formals no eren els exigits pel Dret comú.

A l'actualitat, l'article 17 de la Compilació estableix una aparent contradicció amb el principi examinat, permetent l'atorgament del codicil, encara que no s'hagi atorgat testament al que pugui servir de complement.

En aquest cas s'obri la successió intestada, però essent vàlides les disposicions del codicil sempre que no superin els límits imposats per l'article 17 Comp. I s'hagi donat compliment als requisits de capacitat i forma dels testaments.

Primerament, és de lamentar l'error material que s'ha perpetuat dins les edicions de la Compilació, després de la llei modificadora 8/1990 de 28 de juny, ja que de les primeres línies del precepte pareix entendre's que tan sols hi cap, en la actualitat, una de les dues formes del codicil –el codicil ab intestato– en lloc de les dues tradicionals formes admeses en el Dret romà i a les nostres Illes, que permetien igualment el codicil testamentari.

És clar que l'actual art. 17 ha d'interpretar-se d'acord amb el seu precedent de la Compilació de 1961, i s'ha d'entendre que, mitjançant codicil, l'atorgant pot addicionar o reformar el seu testament o, a falta d'aquest, dictar disposicions sobre la seva successió perquè les compleixin els seus hereus ab intestato.

Com abans s'ha dit, la més important modificació, en aquesta matèria, de la llei 8/1990 de 28 de juny va esser la introducció de la **conversió automàtica** dels testaments ineficaços en codicils encara que aquests no continguin la clàusula codicilar.

De totes maneres, la contradicció del codicil amb el principi **nemo pro parte** és més aparent que real, si es té en compte que no és vàlida una institució d'hereu mitjançant el codicil.

Encara que no deixa de sorprendre que –segons l'article 17– es puguin disposar en el codicil substitucions fideicomissàries i preventives de residu, i no es poden, en canvi, establir substitucions directes (vulgar, pupilar o exemplar). L'article s'explicaria en el context del Dret romà anterior a Justinià, en el qual el fideïcomissari no era considerat hereu, i això determinava que el seu nomanament en el codicil no suposés institució d'hereu. Però en el propi Dret romà la situació va canviar a partir de Justinià, passant a tenir el fideïcomissari la consideració d'hereu, encara que no rebia l'herència en primer terme.

Per tot això, crec que hagués estat oportú establir, en aquest punt, que mitjançant el codicil no es poden disposar cap mena de substitucions, tal com diu, per cert, l'article 122 del Codi de successions a Catalunya.

VII.- CONCLUSIONS FINALS.

Com tot acaba en aquest món, hem acabat també aquest recorregut –que tal vegada per alguns hagi estat un vertader **via crucis**– al llarg dels principis successoris romans, havent-hi fet les corresponents aturades –les estacions del **via crucis**–. I després del recorregut s'imposa el repòs a fi de reflexionar i meditar amb molta serenitat per contestar la pregunta que ens hem fet al començament de la conferència: és lògic i és jurídicament acceptable conservar a Mallorca i Menorca, als inicis del segle XXI, els vells principis successoris romans? La importància de la pregunta ens obliga –com si d'un silogisme es tractàs– a establir unes premisses prèvies, a fi que se'n derivi per si mateixa la resposta adient. Podrien esser les següents:

1) El sistema successori romà és la més expressiva mostra –com han dit molts romanistes– del geni jurídic del poble romà. Si l'hereu és la peça clau de la successió, entra dins la major lògica que en el testament necessàriament se l'hagi de designar, com també és natural que, per la seva condició de successor del causant –colocant-se en el seu lloc i dret– acreixin en favor seu

totes del porcions vacants del patrimoni relict; també és necessària, per a l'estabilitat de les relacions jurídiques successòries i la conservació dels patrimonis, la permanència de l'hereu, o, al menys, i segons s'ha vist, la clara indicació en el testament de la destinació del patrimoni hereditari en els supòsits, excepcionals, en què aquesta permanència vengui limitada pel joc de la condició; i, per descomptat, la necessitat, la universalitat i la perdurabilitat de la institució d'hereu fan innecessària la successió intestada. I d'aquests quatre principis fonamentals se'n derivarien altres principis i regles, com serien el dret de l'hereu a la quarta falcidia, a fi de donar un obligat component patrimonial a la institució d'hereu perquè no es vegi invadida pels llegats disposats en abundància pel testador, o la mateixa responsabilitat de l'hereu pels deutes de l'herència, conseqüència del fet de situar-se **in locum et ius** del causant. Tenc escrit per alguna part que els principis successoris venen a esser els pilars fonamentals que donen suport a l'edifici esplendorós de la successió romana, que després se desenvolupen mitjançant voltes i boterells com a les grans catedrals gòtiques.

2) Per tot això, el fet que a Mallorca i Menorca històricament s'hagi fonamentat la successió en els principis romans ha donat una extraordinària riquesa al nostre Ordenament jurídic. Ha estat important –en aquest sentit– fixar posicions i partir, per tant, de la base que el nostre sistema successori té uns fonaments i principis que resulten oposats als del Codi civil, Com es deia a la introducció, precisament aquests principis es constituïxen com a vàlvula de tancament per impedir l'entrada en el nostre Dret del Codi civil i altres lleis estatals contràries a ells. Certament, l'avanç del Codi civil i lleis generals dins els sistemes successoris que han deixat els principis romans és més apreciable i pertorbador.

3) Però tot el que s'acaba de dir –i a pesar d'esser òbvia la seva importància– no tendria la més petita influència si els principis semblassin contradictoris amb la realitat social i el poble no els acceptés. Però dista molt d'esser així. Durant els 35 anys en què he exercit l'advocacia he pogut constatar com la gent “exigeix” que hi hagi un hereu; troben de la major lògica que a la mort d'una persona hi ha d'haver algú que es posi al seu lloc, de tal manera que la successió en el patrimoni relict es faci de manera natural i sense estridències. Quan jo era jove tenia els dissabtes despatx obert a un poble de Mallorca –i aixó no deixa de constituir un bon observatori de coneixement del nostre Dret– i record el que me va dir un client a qui devia doblers una persona morta i no estava clar com havia

deixat les coses: “Hi ha d’haver un hereu –em deia tot enfadat–, a Mallorca quan un es mor ha de deixar un hereu”.

Venturosament, aquest fet incontrovertible d’acceptació pel poble dels principis successoris està avui recollit a la propia exposició de motius de la llei 8/1990 de 28 de juny de reforma de la Compilació. Record que, dins la Comissió de preparació del projecte de llei li va tocar la tasca de redactar l’exposició de motius a Eduardo Martínez-Piñero, i record també que ho va fer seguint els criteris de tots els membres de la Comissió. El fet és que la referència que l’exposició de motius fa als principis successoris no pot resultar més clara i rotunda. Diu així “el sistema successori romà derivat d’aquests principis, no tan sols resulta un sistema indubtablement lògic d’ordenar la successió per causa de mort, sinó que, malgrat els profunds canvis socials, econòmics i familiars experimentats al llarg dels temps, continua essent avui un sistema que respon degudament a les necessitats i exigències pràctiques actuals i, en conseqüència, i això és el decisiu, funciona bé i amb normalitat a Mallorca i Menorca, i no genera, en la realització diària, problemes que en puguin aconsellar la modificació”.

4) I arribats en aquest punt, si em feis la pregunta de si s’han d’enterrar o no els principis successoris romans, la meva resposta serà la mateixa que va donar el mestre Lluís Pascual González l’any 1972, com deia al començament de la conferència: “Si me criden mai per fer d’enterrador, que en cerquin un altre”.

Moltes gràcies