

VII.2- LA CUESTIÓN DE LA RESERVA ORDINARIA EN EL DERECHO FORAL

ESPECIAL EXAMEN DE SU CONSTITUCIONALIDAD Y DE SU APLICABILIDAD EN MALLORCA

Lorenzo Crespí Ferrer

La feliz iniciativa que supuso la creación de los premios Luis Pascual González, de cara a la posible incorporación a nuestro acerbo doctrinal de obras de interés sobre nuestro Derecho propio, se ha demostrado no sólo por la calidad de las obras premiadas en los concursos que hasta ahora se han convocado, sino también por la que muestran algunas de las obras finalistas que, si bien no han conseguido el premio, han mostrado méritos e interés más que suficientes para que la Academia haya considerado conveniente su divulgación mediante la publicación en el Boletín. Tal ha sido el caso del apasionante trabajo del que es autor el Letrado D. Lorenzo Crespí Ferrer, a través del cual realiza un ardoroso ataque a la reserva binupcial del art. 968 del Código civil; y ello tanto desde la perspectiva de su posible inconstitucionalidad como de su consideración como contradictoria con los principios generales del Derecho sucesorio mallorquín. Sobre este interesantísimo tema se ha pronunciado la sentencia 3/2010 de 25 de Mayo de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears.

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- INAPLICABILIDAD DE LA RESERVA ORDINARIA
EN MALLORCA POR CAUSA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

III.- INAPLICABILIDAD “PER SE” DE LA RESERVA ORDINARIA
EN EL DERECHO FORAL MALLORQUÍN.

I.- INTRODUCCIÓN

Por el Juzgado de 1ª Instancia 17 de los de Palma, en sentencia de 5 de Junio de 2008, confirmada, en trance de apelación, por la Sección Quinta de nuestra Audiencia mediante sentencia de 15 de Junio de 2009 –hoy en casación ante nuestro T.S.J.–, se aplica, en una sucesión regida por el Derecho de Mallorca, la figura de la reserva vidual.

De ambas resoluciones resultaría su constitucionalidad y su aplicabilidad en el Derecho civil propio de esta Isla. Incluso el Prof. Pedro Munar Bernat ha publicado recientemente una breve obra sobre “La reserva vidual” (Cuadernos de Derecho Registral, 2009), en la misma línea.

Frente a tales pronunciamientos judiciales y doctrinales, la consideración de dicha figura (arts. 968 y ss. del C.c.) como institución no ya sólo siempre discutida y hoy palmariamente anacrónica, sino contraria al debido respeto del imperativo principio constitucional de igualdad, e igualmente, abstracción hecha de su inconstitucionalidad o no, de la que creemos su improcedente aplicación en el Derecho civil de Mallorca, habida cuenta, en especial, de los avatares de esta figura tanto en los trabajos compilatorios como en la realidad de los textos vigentes (caracterizados por el absoluto silencio sobre la misma tanto en unos como en otros), ha movido especialmente a quien suscribe a escribir estas páginas sobre la citada reserva, que, como se deduce de lo dicho, aborda el tema de la vigencia en Mallorca de dicha institución jurídica un el doble aspecto: el general de su inconstitucionalidad (obviamente, de ser inconstitucional, no sería aplicable en ninguna parte del territorio español, y por tanto, tampoco podría formar parte de las instituciones civiles del Derecho balear) y, abstracción hecha de su inconstitucionalidad, la cuestión específicamente balear, de su subsistencia, en concreto, en el Derecho civil de Mallorca.

II.- INAPLICABILIDAD DE LA RESERVA ORDINARIA EN MALLORCA POR CAUSA DE INCONSTITUCIONALIDAD

I.- En orden a la llamada reserva ordinaria, vidual o binupcial, deviene necesario punto de partida la constatación de que, en otras etapas históricas, hubo repugnancia hacia las segundas o ulteriores nupcias. Ello necesariamente nos remite al origen histórico de dos instituciones conexas.

Suele ser lugar común de la doctrina advertir que tanto la reserva vidual como la Lex hac edictali aparecen históricamente en el Derecho Romano, en tanto respuesta jurídica a la citada aversión al ulterior matrimonio, especialmente proclamada por la Iglesia Católica, en prevención de que, en definitiva, el nuevo cónyuge manipulara de una u otra forma la voluntad del bínubo, en perjuicio de la descendencia de las anteriores nupcias. En evitación de ello, por una parte, se dispuso que el cónyuge heredero o donatario del consorte premuerto, perdía la propiedad de lo así adquirido, quedando sólo como usufructuario —este es el origen de reserva binupcial, vidual u ordinaria— y, por otra, que lo ese mismo cónyuge bínubo dejare a título gratuito inter vivos o mortis causa, al nuevo cónyuge, no podía exceder de lo que a su vez dejare al hijo menos favorecido —lex hac edictali—. En definitiva, la repugnancia a las segundas nupcias provoca, a estos efectos, la división de la herencia del cónyuge bínubo en dos partes: la heredada del cónyuge premuerto, que en ningún caso podrá dejar la nuevo cónyuge, al resultar mero usufructuario (hoy, en el C.c., propietario, pero gravado de restitución, según la opinión más generalizada) ni a terceros; y la restante, de la que no podía disponer gratuitamente a favor del cónyuge supérstite por importe superior a lo que se dejare al hijo menos favorecido. El Código civil, por otra parte, extiende la reserva a los supuestos de tener el viudo, durante el matrimonio o en la viudez, un hijo extramatrimonial, o adoptar a persona que no sea uno de los descendientes reservatarios (art. 980 C.c.).

II.- Como bien resume la S.T.S. de 6 de Abril de 1992 la doctrina del T.C. sobre el art. 14 de la Constitución:

“La vulneración del principio de igualdad en la Ley requiere, pues: la existencia de unos supuestos idénticos o equiparables sobre los que pueda predicarse la exigencia de un tratamiento igual; la incidencia de un tratamiento legal diferenciado para los mismos supuestos; y finalmente, la falta de una motivación que justifique objetiva y razonablemente la diferencia de trato, en razón a la finalidad perseguida por la norma.”

III.- Pues bien, como se deduce de lo transcrito, se requiere un término de comparación, el tratamiento legal diferenciado, y una justificación suficiente. En cuanto a lo primero, la comparación de la reserva ordinaria, regulada en los arts. 968 C.c. y ss., ha de hacerse con el supuesto contemplado en la extinta y declarada inconstitucional Lex Hac Editali por la Sentencia citada, en relación al distinto tratamiento legal que tendría un segundo matrimonio respeto de una mera unión de hecho, que es a lo que atiende fundamentalmente tal sentencia en los términos siguientes:

“Tanto el artículo 24, como el 253 (dice el T.S. refiriéndose a

la redacción originaria de la Compilación Catalana) establecían un sistema de limitaciones sucesorias respecto a los cónyuges de segundas o ulteriores nupcias, declarando que “cuando estos cónyuges del causante bínubo concurrieran con los hijos u otros descendientes legítimos habidos en anteriores matrimonios, sólo podrán adquirir en la sucesión, directa o indirectamente, bienes por un valor que, sumado al recibido por donación de su causante, no exceda del que corresponda al hijo menos favorecido. Lo que exceda de tal valor, quedará atribuido por partes iguales al cónyuge sobreviviente y a todos los hijos”.

Para determinar si realmente existe un trato legal desigual o diferenciado, para unos supuestos idénticos o equivalentes, debemos de partir de las distintas situaciones en que, con la aplicación de los discutidos preceptos legales, se encontrarían las diversas personas que han convivido con el causante, ligadas, bien por un primer vínculo matrimonial, o simplemente en virtud de una unión de hecho. En ambos casos la Compilación no limita ni sus derechos sucesorios, ni las adquisiciones a título gratuito, aunque concurren con hijos o descendientes legítimos, más que hasta el tope de las tres cuartas partes de la herencia, y esto aún entendiendo, como aclara respecto a las uniones de hecho la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990, “que el vínculo matrimonial genera “ope legis” en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se producen de modo jurídicamente necesario, entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio”. Así pues, resulta evidente la existencia de un trato legal diferenciado, para el padrastro o la madrastra en relación con otros supuestos claramente equiparables; faltando ahora por analizar si concurre una motivación que justifique razonablemente la diferencia de tratamiento.”

Y al respecto, añade el T.S. a renglón seguido:

La razón histórica que venía defendiendo la diferenciación, estaba basada en una presunción de desconfianza respecto al segundo o posterior cónyuge, que, “a priori” y con carácter general, no es sostenible, pues supone la atribución genérica e indeterminada de una imputación de confabulación o fraude, realizado por el cónyuge en connivencia con su consorte y padre o madre de los hijos del anterior matrimonio, que no reúne los elementos éticos para servir como justificación del trato desigual.”

IV.- Pues bien, dado que el art. 14 C.E. prohíbe toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, y que la inquina a las ulteriores nupcias que fundamenta tanto la lex Hac Editali como la reserva ordinaria carece de justificación constitucional suficiente, si la Lex Hac

Editali es por ello inconstitucional, del propio modo debe serlo la reserva ordinaria, que tiene, hay que reiterarlo, el mismo origen y fundamento. Por ello, consideramos que si la presunción de confabulación o fraude que se imputa al nuevo cónyuge no reúne los elementos éticos necesarios para impedir que el cónyuge bínubo pueda dejar de sus bienes los que quiera a su segundo o ulterior cónyuge, o a quien quiera, ¿por qué razón, sí, en cambio, los reúne para limitar las facultades dispositivas de ese mismo cónyuge bínubo respecto de los bienes que le donó o dejó mortis causa, libremente, por cierto, el cónyuge premuerto? Si a los “elementos éticos” se remite en definitiva el T.S. para rechazar la Lex hac editali, no comprendemos en modo alguno que se considere correcta jurídicamente la admisión de una doble moral, consistente en que lo que no sirve de fundamento ético de una limitación, en cambio sí sea válido para otra, cuando una y otra tienen, además, el mismo origen histórico, el mismo fundamento ideológico y, por ende, la misma supuesta finalidad.

En tal sentido, no compartimos, por mucho que así lo haya declarado abundante doctrina y jurisprudencia, que el fundamento jurídico real de la reserva no se halle en la idea de sancionar, sino en el principio de reversibilidad de los bienes a la familia de que proceden, centrado en la protección de los hijos del anterior matrimonio, así como en el aseguramiento del orden regular de las transmisiones y en la presunción de voluntad del cónyuge del que proceden los bienes sujetos a reserva (así lo mantienen las sentencias del Juzgado nº 17 y la de la Audiencia, con cita de resoluciones del T.S., como las de 22-VI-1995 y 5-VI-2008).

Creemos que tales aseveraciones doctrinales y jurisprudenciales parten, sencillamente, de una base falsa, por incompleta: la de olvidar cuál es el hecho originador de la reserva en toda su extensión. El supuesto de hecho típico a que la norma liga el nacimiento de la reserva, no es la mera circunstancia de que, vbi. gr., el cónyuge supérstite herede al otro, y ello en sí se considere por sí solo “peligroso”, lo que ya es por sí, al menos moralmente (los “elementos éticos” a que se refería el T.S. en 1992), discutible; el supuesto de hecho legalmente típico que hace nacer la reserva no viene determinado por sólo ello, sino por la circunstancia añadida de que ese cónyuge heredero, en el supuesto típico de la reserva, vuelva a casarse: es el nuevo matrimonio el hecho y momento originador en sí de la reserva del art. 968, de modo que, por mucho que el viudo sea heredero, si no pasa a segundas nupcias –se mantenga fiel al recuerdo de su difunto consorte, o rehaga de una u otra forma su vida sentimental, con convivencia estable o sin ella– no nace en modo alguno la reserva, y ello, evidentemente, por mucho que acaso, en esos otros supuestos, puedan existir intentos tanto o más intensos de captación de su voluntad, “peligro” supuestamente a evitar.

V.- Por ello, mantenemos que no puede decirse ahora que no se trata de castigar al que contrae nuevas nupcias sino sólo de proteger a los hijos del anterior matrimonio, pues, al nacer la reserva esencialmente en caso de posteriores nupcias, no estamos más que ante un juego de palabras, con el que se pretende, mediante una operación meramente cosmética, enmascarar el fundamento tradicional consistente en esa mala consideración de las segundas nupcias con la apariencia de un argumento supuestamente “modernizado”, aconfesional, objetivo e imparcial. La pregunta es: ¿Por qué habría que proteger a los hijos ante las nuevas nupcias? Si lo que se quiere es proteger a los hijos del anterior matrimonio, asegurando que los bienes de su progenitor premuerto a ellos reviertan, ¿por qué tal protección sólo se dispensa en caso de nuevo matrimonio (o, por extensión, en los casos del art. 980 C.c.), y no por el hecho genérico, puro y simple, de que el progenitor superviviente sea heredero, con independencia de lo que haga con su vida sentimental y tenga o no más hijos?

En efecto: Sólo se protege a “alguien” frente a “algo” si a este “algo” se le considera peligroso, y el reputar peligroso algo supone considerarlo, de una u otra manera, ANTIJURÍDICO, lo que no cuadra, con el proclamado derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32 Const.), SIN LIMITACIÓN, POR CIERTO, AL NÚMERO DE VECES, por lo que el mero libre ejercicio de un derecho constitucional, manifestación, por cierto del “libre ejercicio de la personalidad” (art. 10.1 Const.) no puede constituir base alguna de una presunción de confabulación o fraude, con lo que no es de extrañar que el T.S. en 1992 considere que tales prevenciones no constituyen base moral suficiente para establecer discriminaciones de trato, al estar, por otro lado, como viene a reconocer de todos modos nuestra Audiencia (S. 9-XII-97, Secc. 3ª), ante limitaciones anacrónicas.

VI.- Siendo, por tanto, a nuestro humilde entender, que el manido argumento de protección de los hijos del primer matrimonio no esconde sino el tradicional argumento de rechazo a las segundas nupcias por el supuesto peligro que estas entrañan, y que ese tradicional argumento del “peligro” (presunciones de confabulación o fraude, ... y aún, en el fondo, de pusilanimidad del cónyuge bínubo, como persona manejable en sus afectos) ha sido rechazado por el T.S. como legitimador de diferenciaciones de trato constitucionalmente protegibles, consideramos, que la aseveración de que esa repugnancia a las nuevas nupcias es un sentimiento que no tiene actualmente relevancia alguna –así, en la sentencia de primera instancia–, no se mantiene en modo alguno: La tuvo para el T.S. a los efectos de declarar la inconstitucionalidad de la Lex hac edictali en la reiterada sentencia de 1992, la cual, no puede olvidarse que fue objeto de recurso de amparo, el cual, a su vez, mediante Auto del T.C. del 9 de Abril de 1993, fue

rechazado de plano, con ocasión de su admisión a trámite.

Por todo ello consideramos que la reserva, se la quiera vestir como se quiera, no constituye sino una sanción por las nuevas nupcias, pues sanción es la privación de un bien o derecho a raíz de una conducta, y en ello consiste el hecho de perder por imperativo legal los plenos poderes dispositivos plenos inter vivos y mortis causa sobre unos bienes por el mero hecho de ejercer su derecho constitucional de casarse de nuevo, cuando el cónyuge premuerto bien pudo prever, con ocasión de testar, la posible nueva boda de su consorte y dejarle sólo su legítima estricta, o sólo el usufructo universal, o establecer una sustitución fideicomisaria a favor de los hijos comunes, u otra limitación semejante acaso legalmente pensable y atinente al caso, y, simplemente, no lo hizo, instituyéndole heredero. Con esto último queremos significar, frente al argumento de que la reserva se basa en una presunción de voluntad del cónyuge premuerto de ver sus bienes en poder de sus hijos antes que de terceros, salvando así un supuesto y preconcebido “orden regular de las transmisiones”, que la voluntad del cónyuge supérstite no tiene porqué ser suplida por ninguna imposición legal cuando está clara y expresamente manifestada, salvo que se quiera en el fondo negar absolutamente la libertad de testar: Cuando el premuerto nombra a su consorte heredero, y más cuando ambos cónyuges han testado recíprocamente, en sus respectivos testamentos, uno a favor del otro, lo que suele ser común en estas Islas, la voluntad manifiesta es que, el que quede, pueda disponer a su libre arbitrio, en la mayoría de los casos para reforzar, precisamente, su autoridad, la que le da la titularidad de los bienes familiares, frente a hijos acaso díscolos e ingratos. Esto es en el fondo lo que dice el T.S. al declarar la inconstitucionalidad de la Lex Hac Edictali (en adelante, L.H.E.): hay que estar a la voluntad del causante, que no era otra que la de instituir al cónyuge.

El carácter de sanción por las nuevas nupcias no sólo se refleja en lo que es el efecto propio de la reserva (tener que guardar los bienes para los hijos del anterior matrimonio, sin poder disponer con absoluta libertad de ellos), sino que cobra especial virulencia en las garantías que el C.c. y la L.H. establecen para la misma, cuáles son, en esencia, las menciones registrales sobre los bienes heredados y las hipotecas sobre los bienes propios distintos de los heredados del consorte premuerto (arts. 977 y ss. C.c.), las cuales suponen “de facto” y “de iure”, una privación de derechos, al sustraer los bienes al libre tráfico económico, e incluso, en especial, una grave limitación a la capacidad de obtener crédito. ¿Si necesito crédito, me lo concederá fácilmente un Banco, por ej., si su hipoteca tiene que ir siempre detrás, en la prioridad registral, de la hipoteca por bienes reservables, o detrás de la mención del carácter reservable? Tal posible asfixia económica del progenitor bínubo, para más agravante, se deja al arbitrio de los hijos del anterior

matrimonio, que pueden exigir tales garantías ante un nuevo matrimonio, por el mero hecho de no tolerarlo. En tal sentido, estimamos que repele a la realidad social del presente tiempo (art. 3 C.c.) la opinión de, por ej., Hernández Gil (“Obras Completas, pág. 581) de “ser preferible producir algún recelo en la solicitud de quien está dispuesto a obrar voluntariamente como la ley le exige, antes de permitir que otros actúen en perjuicio de unos intereses que ellos serían los más llamados a atender”, por parecer totalmente contraria al debido respeto a la dignidad y a la libertad del bínubo. Opinión por otra parte, manifestada en el lejano año 1971, en un contexto constitucional y legal absolutamente diferente al vigente, basado en la familia tradicional, la fundada única y exclusivamente en el matrimonio.

Creemos que el carácter de sanción es evidente, y lo demás es mero nominalismo, no debiendo con subterfugios interpretativos o construcciones doctrinales perder la realidad de los hechos, esto es, los efectos reales de la reserva. Aunque se diga que, formalmente, no obstante la reserva, el reservista sigue siendo dueño de los bienes reservables, “de facto”, en sentido económico, se le convierte en un usufructuario, como lo era en el Derecho romano, de peor condición que el usufructuario ordinario, al que, por ej., el C.c. permite que se le dispense de inventario y de fianza (art. 493 C.c.), mientras que aquí el inventario y la garantía se le imponen.

Aun admitiendo, a los meros efectos dialécticos, que quienes defienden actualmente la reserva no tienen “in mente” real intención de castigar con ella al bínubo, ni tampoco (habida cuenta lo dispuesto en el art. 980 del C.c.) al viudo que durante el matrimonio o durante la propia viudez, tenga un hijo no matrimonial, o adopte a una persona que no sea uno de los eventuales reservatarios, lo cierto es que la sanción se produce, porque una cosa es la finalidad supuestamente pretendida, y otro el efecto práctico obtenido, y lo que se logra, en definitiva, es castigar a alguien por ejercer su derecho constitucional a casarse de nuevo (art. 32 Const.). Seguramente, las generaciones que nos precedieron creían de buena fe, conforme a la mentalidad de su época, que las restricciones de derechos a las mujeres casadas, sometiénolas a la autoridad marital, por citar un ej., eran normas requeridas para la adecuada protección de la familia, y no limitaciones a su capacidad y a su igualdad. Creemos que el efecto restrictivo de derechos que, por el mero hecho de contraer nuevo matrimonio produce la reserva, es evidente y palmario con la mera lectura de los preceptos del C.c. No se nos dirá que la reserva es un premio para el bínubo, ni que le es indiferente o inocua. Ante una conducta, el Ordenamiento puede actuar otorgando derechos, privando de ellos o siendo indiferente. Aquí se privan de derechos por el mero hecho de contraer nuevo matrimonio, o, en su caso, tener un hijo extramatrimonial o adoptar a un no-reservatario.

VII.- En definitiva, con la reserva viudal, al igual que con la extinta L.H.E., queda conculcado el principio de igualdad.

Y ello se mire éste: a) en relación a las uniones de hecho, y aun en los supuestos en que el cónyuge superviviente ni se case de nuevo ni se una de hecho, b) como incluso entre los hijos, y c) como, en fin, en relación a los miembros de la nueva pareja.

VIII.- En efecto, mientras el que se casa de nuevo sufriría, por mor de la reserva, la pérdida de las plenas facultades dispositivas, el que simplemente se une de hecho –o el que no rehace su vida sentimental de ninguna manera, o lo hace con relaciones no permanentes– las conserva, lo que carece de fundamento constitucional. No volveremos a insistir en lo dicho, que damos aquí por íntegramente reproducido.

Debemos añadir, no obstante, que no puede decirse al respecto que la solución estaría en que la reserva tendría que aplicarse a los supuestos de unión de hecho. El art. 13 de la Ley Balear 18/2001, de 19 de Diciembre, de parejas estables, tanto en los supuestos de sucesión intestada como intestada –con expreso olvido, por cierto, de la sucesión contractual–, otorga al sobreviviente en la herencia del miembro de la pareja premuerto, los mismos derechos que la Compilación prevé para el cónyuge viudo. O sea, en su literalidad, hace extensivos los derechos, pero no las limitaciones que al cónyuge viudo la Compilación establece. Por ello, además, si las limitaciones han de interpretarse restrictivamente, sin incurrir en interpretaciones extensivas ni analógicas (“odiosa sunt restringenda, ...”), resultaría una evidente discriminación o diferente trato entre matrimonio y “pareja estable”, o sea, entre quien decide casarse y quien decide simplemente, permítasenos la expresión, “juntarse”.

Cierto que la Disposición Adicional Segunda de la citada Ley 18/2001, dispone que “los derechos y obligaciones establecidos en el marco normativo de competencias de las Islas Baleares han de entenderse de igual aplicación para los miembros de una pareja estable. No obstante, esta ley no asimila “pareja estable” a “unión de hecho”: no se aplica a las meras parejas estables por el mero hecho de ser tales (“uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal”, ex. Art. 1.1.), sino que impone una serie de requisitos materiales y formales, consistentes, fundamental y cumulativamente, en la ausencia de impedimentos (que desarrolla el art. 2), en la inscripción voluntaria y constitutiva de la pareja en un Registro “ad hoc” (art. 1.2, y Decreto 140/2002, de 13 - Diciembre), y en una declaración de sometimiento expreso de ambos miembros de la pareja al régimen establecido por aquella Ley (art. 2.2).

En su consecuencia, si se mantiene que las uniones de hecho y el

matrimonio están plenamente equiparados en sus efectos, y, por tanto no hay conculcación posible de la igualdad, ello dista mucho de la realidad: de admitir esa supuesta y aparente total equiparación entre cónyuges y miembros de una pareja estable –que por cierto, el concreto articulado desmiente en aspectos puntuales: así, por ej., la pareja estable no crea vínculos de parentesco (art. 3), y la equiparación fiscal sólo procederá “en la medida de lo posible” (D.F. 2ª), ...–, sólo sería aplicable respecto de las parejas estables inscritas, con todos los requisitos legales, en el Registro correspondiente, no a todas las uniones de hecho, quedando fuera de ese marco normativo las uniones de simple y puro hecho en tanto formadas sin los requisitos constitutivos de la Ley 18/2001. Respecto de éstas últimas, que siguen siendo una opción personal legítima, y la inmensa mayoría, dado el escaso éxito práctico de la Ley 18/2001, subsiste desde luego íntegra la doctrina de la Sentencia de 6 de Abril de 1992, de modo que el que se casara con arreglo al C.c. o constituyera en pareja estable “strictu sensu” de la Ley 18/2001 sufriría, por mor de la reserva, la pérdida de facultades dispositivas, mientras que el que simplemente se uniera de hecho –y aun el que no rehiciere su vida sentimental de ninguna manera, o lo hiciere con relaciones no permanentes– las conservaría, lo que carece de fundamento constitucional.

IX.- Pero es que también supone desigualdad entre los hijos: El art. 14 Constitución tiene también su especial aplicación a la filiación (art. 39.-2 de la misma), pues no puede haber ninguna discriminación por razón de nacimiento, y, por tanto de filiación, y aquí, a nuestro entender, la hay.

Como dice la S.T.C. de 22 de Mayo de 2006:

“Más concretamente, como destaca la STC 200/2001, de 4 de octubre, F.J. 4, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, específicamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5), de modo que éstas deben entenderse absolutamente equiparadas. Y recordando ahora “la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del “principio de unidad de la Constitución” –STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5–, pues ésta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3)” (SSTC 113/1994, de 14 de abril, FJ 5, y 16/2003, de 30 de enero, FJ 5), hemos de subrayar que el art. 14 CE opera aquí con el trasfondo del art. 39.2 y 3 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección

integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), y a los padres a “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”, de manera que TODA OPCIÓN LEGISLATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS HIJOS QUE QUEBRANTE POR SUS CONTENIDOS ESA UNIDAD INCURRE EN UNA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIMIENTO EXPRESAMENTE PROHIBIDA POR EL ART. 14 CE, YA QUE LA FILIACIÓN NO ADMITE CATEGORÍAS JURÍDICAS INTERMEDIAS (SSTC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5, y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).”

Pues bien: Tal como se halla regulada hoy la reserva ordinaria en el C.c., si una persona se casa, tiene hijos, enviuda y hereda a su anterior cónyuge y luego vuelve a casarse, nace dicha reserva a favor de esos hijos de las primeras nupcias; en cambio, si una persona mantiene una simple relación de hecho, y tiene hijos de ella, hereda a la que fue su pareja de hecho, y después se casa, no nace la reserva a favor de los hijos de aquella previa relación.

En definitiva, se produce una discriminación privilegiando dos circunstancias: la prioridad de nacimiento y, sobre todo, el carácter matrimonial de la filiación. No se diga, para salvar este escollo, que la finalidad de la reserva es que los bienes no salgan de la familia de origen; con esta argumentación se reincide de nuevo en la contravención del principio de igualdad: ¿Por qué ha de protegerse a la familia de origen de los bienes si ésta es matrimonial, y no si es extramatrimonial? ¿Cuál es el fundamento constitucional de ese privilegio para la familia matrimonial frente a la no matrimonial? Dicho de otra manera: Al hacer nacer la legislación la reserva en el supuesto de que los primeros hijos sean matrimoniales, y no en otro caso, se está privilegiando la filiación matrimonial sobre la no matrimonial, frente a la concepción que de la familia se deduce de la Constitución, al ordenar el art. 39 en su párrafo 1, “la protección social, económica y jurídica de la familia”, sin calificarla de matrimonial o no (“ubi lex non distinguit ...”), y prescribir en el segundo la protección integral de los hijos, “iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” y de las madres, “cualquiera que sea su estado civil”.

En efecto, como dice el T.C. en relación al concepto de familia en su S. de 17 de Junio de 1999:

“..., no es menos cierto que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los Diputados recurrentes. Así,

siendo evidente que, en dicho precepto (art. 39.1 C.E.) se incluye la familia matrimonial (STC 45/1989, fundamento jurídico 4º), también lo es que nuestra Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, ni existe ninguna “constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural (...)” (STC 222/1992, fundamento jurídico 5º, reiterada en la STC 47/1993, fundamento jurídico 2º).“

En suma, del mismo art. 39 Const. resulta que si se quiere proteger a la familia en cualquier ámbito, y por tanto, también en el sucesorio, esa protección tiene que ser la misma tanto si la familia es matrimonial como no matrimonial, porque si sólo se dispensa a uno de los tipos familiares, realmente se está privilegiando a ese modelo familiar frente a los restantes. En tal sentido, ya decíamos que mantener que el fundamento de la reserva se encuentra “en su consideración como instrumento para el mantenimiento de una buena constitución familiar y para la construcción del Derecho sucesorio sobre una base familiar”, supone prescindir del concepto constitucional de familia, que engloba tanto la matrimonial como la extra-matrimonial, y, por ello recuerda, sencillamente, los fundamentos del Ordenamiento preconstitucional, basado, pura y simplemente, en la protección de la familia entendemos mal llamada legítima. Tales asertos suponen no ya sólo desconocimiento de la realidad constitucional actual, sino del deber de interpretar las normas según la realidad social a que han de ser aplicadas (art. 3 C.c.), muy distinta, desde luego, al entorno sociológico en que nació y se desarrolló históricamente la reserva ordinaria.

X.- Cabría incluso pensar que, como matrimonio y unión no matrimonial, no son jurídicamente lo mismo, no supone desigualdad su distinto trato, y alegar, en tal sentido que, como proyección de ello, no hay diferencia de trato constitucionalmente reprochable respecto de los hijos. Esta parece ser la posición adoptada por la Audiencia en su reciente sentencia de 15-VI-2009.

Conviene al efecto estar a la doctrina del T.C.

En efecto, éste ha dicho, por ej., en la S.T.C. de 13 de Julio de 1998:

“No es ésta la primera vez que este Tribunal tiene que resolver controversias jurídicas derivadas de supuestos en los que siendo la convivencia marital el elemento determinante para el reconocimiento de ciertos derechos, se constata una diferencia de trato exclusivamente fundada en el carácter no matrimonial de la

misma. El examen de esos precedentes jurisprudenciales pone de manifiesto la existencia de una doctrina constitucional consolidada, cuyo punto de partida lo constituye la afirmación de que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones. equivalentes” (ATC 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 C.E.”

No obstante, a continuación decía la misma sentencia que:

“Concretamente, respecto del legislador la jurisprudencia constitucional ha declarado que le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad. Como se declaró en la STC 222/1992, “las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y, deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, jurídicas obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas” (fundamento jurídico 6°).”

Estas afirmaciones no se limitan a la citada sentencia de 1998. Cabe mencionar, por ej., la más reciente sentencia de 17 de Septiembre de 2001.

En este punto, en la que consideramos recta inteligencia de la doctrina del T.C. conviene tener presente:

1°.- La especial circunstancia de que, en la generalidad de los casos contemplados por el T.C. sobre posible equiparación de la unión de hecho al matrimonio propiamente dicho, se trata de supuestos en que uno de los “pseudoconsortes” solicita PARA SÍ que se le aplique un concreto derecho o un determinado régimen jurídico sólo legalmente previsto para cónyuges “strictu sensu”: así, un fuerte grupo de tales pronunciamientos se refieren a la solicitud por la pareja de hecho de la pensión de viudedad.

Concretamente, el Auto del T.C. de 10 de Mayo de 2005 nos dice que:

“De este modo, frente a lo que opina el órgano judicial, importa recordar nuevamente que, según es consolidada doctrina constitucional, que arranca al menos de la citada STC 184/1990,

de 15 de noviembre, este Tribunal ha declarado que la regulación actual de las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social no pugna con lo dispuesto en el art. 14 CE, toda vez que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes”. El primero es “una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1). Por el contrario, la unión de hecho more uxorio, “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento.”

En la misma línea, el T.S., atendiendo a la doctrina constitucional, ha venido entendiendo, por ej., que no se aplica a la unión extramatrimonial, en el Derecho común, la sociedad de gananciales. Ya decía la STS. 18 de Febrero de 1993 que:

“Conocida es la doctrina de esta Sala (Sentencias entre las más recientes de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992) en el sentido de venir declarando, la imposible aplicación a estas uniones more uxorio de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la Ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución (Sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 1990).”

2º.- No obstante: Una cosa es que los propios, uno o ambos, “pseudocónyuges”, pretendan que a ELLOS MISMOS se les aplique la normativa matrimonial, y otra muy distinta es que, dependiendo de que dos personas estén o no unidas en matrimonio, de ello se haga depender los derechos de TERCEROS, más concretamente, de los HIJOS.

En efecto, la reserva ordinaria no sólo supone una mera y simple serie de limitaciones legales impuestas al cónyuge bínubo, sin existencia de quien pueda reclamar su eficacia: las limitaciones que nacen de la reserva –aspecto pasivo de la relación jurídica o de sujeción que la misma comporta–, se corresponden, en su lado activo, con unas facultades o derechos –en esencia, pedir las garantías, “reserva pendiente”; pedir los bienes reservables y ejecutar las garantías, “reserva consumada”– atribuidas a los hijos; Y NO A CUALQUIER CLASE DE HIJOS, SINO, con arreglo a la actual letra de la ley, SÓLO A LOS MATRIMONIALES. El problema es pues: ¿Puede la

diversa naturaleza jurídica de la unión de hecho frente a la matrimonial tenerse en cuenta para atribuir expectativas y derechos distintos a los hijos dependiendo de la clase de filiación?

En nuestra humilde opinión, lo impide el art. 14, en relación al 39 de la Constitución: como se verá, se ha afirmado que una cosa es que se entienda, por regla general, que el legislador pueda establecer efectos jurídicos distintos para las personas en función de que ellas mismas estén casadas o no entre sí, ya que el hecho de contraer o no matrimonio depende, en principio, de su sola voluntad, y otra muy diferente es que esa distinción de regulación pueda implicar una diferencia de trato respecto de los hijos, dado el principio de igualdad por razón de filiación que forma parte del orden público y de los principios fundamentales del orden constitucional.

Se confirma ello con la doctrina que emana de la antes citada S.T.C. de 22 de Mayo de 2006, en especial, cuando trata de la prohibición de la llamada “discriminación indirecta”.

En efecto, el T.C. considera en tal Sentencia que denegar a los hijos extramatrimoniales la percepción de la indemnización por muerte de uno de los padres por el mero hecho de que éstos no contrajeran matrimonio, sino unión de hecho, es discriminatorio. Y al respecto dice que:

“Como se sabe, la prohibición consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el trato jurídico diferenciado y desfavorable de una persona basado en un factor discriminatorio prohibido, sino también la indirecta, esto es, aquellos tratamientos formalmente neutros y directamente no discriminatorios de los que se derive, sin embargo, un impacto o resultado adverso sobre los miembros de un colectivo protegido, esto es, los casos en los que dicho grupo (aquí, los hijos extramatrimoniales) sufre consecuencias desiguales perjudiciales, motivadas por el impacto diferenciado y desfavorable de tratamientos formalmente iguales o incluso de tratamientos que –descontextualizados del impacto adverso que ocasionan– podrían considerarse razonablemente desiguales. Esta vertiente indirecta de la discriminación ha sido definida, en esencia, con ocasión de discriminaciones por razón de sexo, aunque ya en nuestra STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2, la extendíamos a otras discriminaciones “por características personales”, resultando entonces posible apreciar su concurrencia en relación con otros factores de discriminación constitucionalmente prohibidos, como el de la filiación que nos ocupa.

Por su importancia en la solución del caso, es también relevante resaltar

que la discriminación indirecta puede darse no sólo cuando exista “una norma” formalmente neutra y directamente no discriminatoria que produzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, sino, asimismo, cuando se haya dado “una interpretación o aplicación de la misma” que ocasione aquel impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre,...”

Recuerda asimismo el Tribunal:

“que (STC 203/2000, de 24 de julio, FJ 4) “los órganos judiciales no pueden, por tanto, ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho [...] tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde”.

Consideramos aquí perfectamente aplicable toda la doctrina constitucional transcrita:

1º.- La regulación actual de la reserva sólo está pensada, conforme a los antecedentes históricos, para la familia tradicional, basada en el matrimonio, y ante la eventualidad de matrimonios sucesivos de uno de los cónyuges habiendo prole de los enlaces anteriores; por tanto, sólo establece dicha figura para los hijos matrimoniales, por lo que supone, por la propia dicción legal, trato desigual para los hijos no matrimoniales, en clara contravención de los arts. 14 y 39 de la Constitución.

2º.- Tal discriminación se hace patente en la fundamentación de la reserva tal como la mantiene doctrina y jurisprudencia: se niega que la reserva constituya una sanción, afirmando que con tal institución jurídica trata de proteger a los hijos del matrimonio anterior, atendida la presunta voluntad del consorte premuerto de querer que sus bienes acaben en estos, y no en otras personas, sobre todo los hijos de una eventual nuevo matrimonio del viudo. La fundamentación de la institución, y por mucho que puedan citarse pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales en la misma línea, deviene por sí misma discriminatoria: ¿Por qué sólo respecto de los testadores casados, que instituyen herederos a sus consortes, hay que presumir que necesariamente quieren que sus bienes vayan a parar a su propia sangre, y, no en cambio, cuando el testador no casado y con hijos instituye a su pareja de hecho? ¿Cuál es la razón última justificativa de esta distinción? Si estamos ante una presunción: ¿cuál es “el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (art. 386 L.E.C.) entre el

hecho consistente en estar o no casado, y el de querer o no querer que los bienes propios vayan o no a parar a los propios hijos? ¿Por qué, en definitiva, hay que presumir que los casados quieren más a sus hijos que los no casados?

Si las normas sobre la reserva son “leges sub presumptione fundatas”, la misma presunción sobre la que descansan ha de respetar asimismo el principio de igualdad, pues de lo contrario quiebra la constitucionalidad de tales normas. Y el hacer elucubraciones sobre que la voluntad de los padres respecto de los hijos es distinta según estén o no casados, y, por tanto según que los hijos sean o no matrimoniales, repugna no sólo el principio de igualdad, sino incluso el de justicia, ambos valores superiores del Ordenamiento jurídico con arreglo ya al mismo art. 1º de la Constitución. No existe aquí, por tanto, “un fin discernible y legítimo” en la medida en que la continuidad patrimonial familiar se predica sólo de la familia matrimonial y no de otras formas de familia, igualmente legítimas y protegidas constitucionalmente, en la medida de que en nuestra Constitución, en su art. 39, “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, ni existe ninguna “constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar”. Además, con la reserva ordinaria, “se incurre en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas”, pues al grupo o categoría de los hijos matrimoniales se les permite garantizar su expectativa (menciones registrales, hipotecas, ...) y hacerla efectiva a la muerte del bñnubo, lo que se niega en redondo para el grupo o categoría de los no matrimoniales, cuando la filiación no admite categorías jurídicas intermedias, como afirma el propio T.C.

Como dice el Auto del T.C. de 26 de Febrero de 2004:

“En definitiva, como ha sintetizado la reciente STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”.

3º.- Por ello, aunque se entendiere constitucionalmente plausible la idea

de conservar los bienes en la familia de origen, no obstante, para guardar el principio de igualdad, la ley no tendría que hacer distingos sobre el carácter de la filiación, ni, por tanto sobre la naturaleza de la relación, jurídica o meramente fáctica, que, en orden a la procreación, mantuvieron los progenitores. De ahí que traigamos la colación la doctrina de la interdicción de la discriminación indirecta: Por también muy plausible, constitucionalmente hablando, que se considerare la tesis general consistente en que matrimonio y unión de mero hecho son realidades distintas, acreedoras, por ello, de distinto régimen jurídico, sin que ello en sí sea “per se” discriminatorio, las consecuencias de la distinta regulación que por ello merecen no pueden extrapolarse produciendo el efecto indirecto de determinar los derechos y obligaciones de terceros, y concretamente, los hijos, que por mandato constitucional, son iguales con independencia de su filiación, hecho éste además, el del carácter de su filiación, que es absolutamente independiente de su voluntad.

Así ya lo manifestaba la S.T.C. de 15 de Noviembre de 1990:

“Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir “more uxorio”. Decisión ésta libremente adoptada por los sujetos de la unión de hecho y que diferencia el supuesto constituido por las medidas que afectan sólo a los integrantes de dicha unión respecto de otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 CE) y a los cuales, habidos dentro o fuera del matrimonio, los padres deben prestar asistencia de todo orden (art. 39.3 CE), precisamente, y entre otros motivos, porque su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos.”

4º.- Consideramos, en fin, que la Constitución coloca el actual Ordenamiento jurídico en las antípodas del Derecho anterior a aquélla. El Ordenamiento preconstitucional se fundaba, como es harto conocido, en la protección a ultranza de la familia basada sólo en el matrimonio, desconociendo, a sabiendas, la igualdad de las filiaciones, de modo que el “status” de los hijos (la misma determinación de su filiación, alimentos, legítimas, derechos de suceder o no abintestato, ...) dependía esencialmente de ser los

hijos legítimos o ilegítimos, de modo que afirmar que la reserva cumple con los requisitos constitucionales de igualdad hoy vigentes es tanto como decir que la reserva ordinaria es un coto cerrado, ajeno a los preceptos y principios constitucionales, lo que parece a quien suscribe del todo inadmisibile.

XI.- Incluso hay desigualdad entre los miembros de la misma nueva pareja. Así, si el nuevo cónyuge no tiene hijos de una anterior relación matrimonial, no tiene limitación alguna al respecto para hacer heredero al reservista de todos sus bienes. En cambio, el reservista, por el hecho de tenerlos y ser tal, no podrá realmente hacer lo propio, con la misma plena eficacia, respecto de su nueva esposa.

Se ha podido decir –y así lo manifiesta la Sentencia del Juzgado nº 17 de Palma– que, a diferencia de la reserva ordinaria, la Lex Hac Editali daba carta de naturaleza a una discriminación del cónyuge de segundas nupcias por razón de estado civil, limitando decididamente sus derechos sucesorios, lo que claramente incide en las proscripciones contenidas en el art. 14 de la Constitución. Negamos tal diferencia, pues no se advierte que todo ello es igualmente predicable de la reserva ordinaria: por un lado, porque el funcionamiento de la Lex hac editali era análogo al de una verdadera reserva: todo lo que excediera de lo dejado al hijo menos favorecido, debía repartirse entre todos los hijos; luego, todo lo que excediera de ello, constituía, igual que los bienes reservables, un conjunto patrimonial con un destino legalmente predeterminado; y por otro lado, porque al impedir que el nuevo consorte herede bienes procedentes de anterior consorte del bínubo, supone igualmente una discriminación por razón de estado civil en relación a su capacidad sucesoria respecto del cónyuge bínubo, porque la reserva no nacería de estar meramente unido de hecho o ser una pareja ocasional, en vez de haber adquirido el estado civil de casado.

En relación a ello, consideramos inadecuada la argumentación que en base a la S.A.P. Baleares de 9 Diciembre 1997 se hace de que la reserva no perjudica el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues olvida que tal sentencia, en cuanto al supuesto de hecho, va referida a la L.H.E., y que, de todos modos, dicha sentencia, al mantener la constitucionalidad de la aquella Lex, contraviene, como ya advertimos en nuestra contestación a la demanda, la doctrina constitucional vertida cinco años antes por el T.S. declarando la inconstitucionalidad de la citada L.H.E., precisamente, por contravención del principio de igualdad del art. 14, siendo que el art. 32 al prescribir el derecho a contraer matrimonio “con plena igualdad jurídica” no viene a ser más que una especificación de dicho art. 14 en relación al matrimonio, el cual constituye, como estado civil que es, una “condición personal”, de modo que no se puede contravenir uno sin contravenir el otro.

Es más, dicha Sentencia de la Sección Tercera, incurre, a nuestro juicio, dicho sea con todos los respetos, en otro posible vicio de inconstitucionalidad y en una contradicción en sus propios términos, en cuanto afirma que el derecho a la propiedad privada y a la herencia son derechos de configuración legal. Ello sólo es verdadero parcialmente, pues lo que dice literalmente el art. 33 de la Constitución no es que las leyes delimitarán el contenido de estos derechos, sino que “la función social de estos derechos delimitará su contenido con arreglo a las leyes”. Si como de todos modos reconoce la misma sentencia, estamos ante “limitaciones anacrónicas a la libertad de testar”, ello es tanto como decir que no cumplen, actualmente, una función social, y si no la cumplen, no pueden ser constitucionalmente ni la una ni la otra, fundamento de una limitación de la propiedad actual ni de la herencia del cónyuge bínubo.

XII.- Conviene tener en fin presente, la comparación con la legislación catalana y la subsistencia de la institución en otros Derechos forales, como País Vasco y Navarra. El examen de tales aspectos evidencia, en el plano legislativo y en el doctrinal, la existencia de una fuerte corriente contraria a la institución de las reservas y a su constitucionalidad.

A.- En Cataluña sí medió polémica sobre la constitucionalidad de la reserva vidual.

Aunque la reforma de la Compilación Catalana por Ley de 20 de Marzo de 1984 tenía por objeto adecuar aquélla a la Constitución, y tal reforma suprimió la L.H.E., y no hizo lo propio con la reserva, cierto es también que ésta no quedó inmune al legislador, sino que fue modificada, tres años después, por la Ley de 25 de Mayo de 1987, cuyo contenido íntegro fue el que pasó al Codi de Successions. En efecto, dicha Ley de 1987 redactó el 269 de la Compilación Catalana, que se corresponde con el art. 387 del posterior Codi de Successions, con la siguiente redacción:

“Salvo en el caso en que el testador, donante o heredante haya dispuesto otra cosa, los bienes que el cónyuge superviviente haya adquirido por cualquiera de esos títulos, directamente de su difunto consorte o por sucesión intestada de un hijo común o de un descendiente de éste, pasarán a tener la cualidad de reservables a favor de los hijos comunes del anterior matrimonio o de los hijos adoptivos en forma plena, también comunes, o de sus descendientes, a partir del momento en que dicho consorte superviviente contraiga nuevas nupcias, tenga un hijo no matrimonial o adopte uno en forma plena.”

En la Exposición de motivos de dicha Ley de 25-V-87 se decía expresamente que:

“La materia de las reservas es una de las que suscita más discusiones entre los juristas. La cuestión se ha centrado de una manera muy especial en la vigencia en Cataluña de los artículos del Código Civil reguladores de tipos de reservas o reversiones no reguladas específicamente por textos de derecho catalán. Y últimamente se ha acentuado la controversia sobre las reservas, especialmente después de que la Ley de 20 de marzo de 1984, suprimiera todas las manifestaciones derivadas de la Ley «hac edictali».

El criterio seguido finalmente ha sido el de mantener en el Derecho Civil catalán únicamente la reserva binupcial y proceder, al mismo tiempo, a reordenarla.

Se posibilita, en primer lugar, la eliminación de la reserva por disposición del cónyuge premuerto en su testamento; ...”

Es decir, el legislador catalán sí fue consciente, por cuanto lo manifiesta expresamente, de la polémica que presentan las reservas. Y que esas “discusiones entre juristas”, de las que se hacen eco los propios tribunales catalanes (así, SS. A.P. Barcelona de 6 Septiembre 2004 y de 14 Diciembre 2007: “La oportunitat de mantenir aquesta figura en el dret civil català ha estat molt qüestionada tant per la doctrina com per la jurisprudència”), incluían la de la constitucionalidad de las reservas, se hace patente en la conferencia pronunciada por el Notario D. Roberto Follia Camps, titulada “Novedades en la Legislación Civil de Cataluña. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de mayo de 1988” (“Anales” de dicha Academia, Tomo XXIX, Enero-1990). Allí puede leerse que la iniciativa legislativa fue precedida de dictámenes de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña, y en concreto, que:

“Dicha reforma –la de las reservas– era precisa por razones de coherencia después de la derogación de la Lex hac edictali antes citada.

En las reuniones de la Academia de Legislación y Jurisprudencia, que, como hemos dicho, preparó la proposición, se manifestó una fuerte corriente partidaria a la supresión total de dichas reservas. Paladín de la misma era Ramón Faus, quien vino a decir que era en cierto modo inconstitucional, contraria a las segundas nupcias a las que mostraba un recelo ya superado, contradictoria por ello con la supresión de la Lex Haec Edictali, contraria también a la tendencia a avanzar el orden de suceder abintestato del cónyuge, y además perturbadora para el tráfico ...”

Es más, el también Notario catalán Luís Roca Sastre-Moncunill, en Mayo de 1996, dice al respecto:

“Por tanto, el recelo o la suspicacia ante unas segundas nupcias, que es lógica, fundamenta, en tal sentido de protección de la descendencia del primer matrimonio, la reserva ordinaria. Pero, en la actualidad es evidente: que este recelo ha disminuido por un cambio de mentalidad en dicho aspecto, y así lo demuestra la supresión en Cataluña y Baleares de la citada limitación de la “Lex hac edictali”; que desde la codificación, grandes sectores de la doctrina entienden que la reserva ordinaria contradice el principio de libertad de testar; que la regulación de tal reserva no prevé el caso del divorcio vincular; y QUE PUEDE PLANTEARSE UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RESERVA, BIEN CUANDO EXISTA UNA UNIÓN O CONVIVENCIA ESTABLE CON HIJOS Y ULTERIORMENTE SE DEN ALGUNO DE LOS SUPUESTOS POR LOS QUE NACE LA RESERVA ORDINARIA, BIEN CUANDO EXISTA UN PRIMER MATRIMONIO CON HIJOS Y ULTERIORMENTE SE PRODUZCA UNA CONVIVENCIA ESTABLE DEL VIUDO O VIUDA.

Por estas razones –decía Roca–, es posible concluir que acaso la fórmula legal más fundamentada actualmente es la de la Compilación de Aragón; es decir, mediante ordenar el cónyuge, futuro causante, una reserva sucesoria para el supuesto de nuevas nupcias del otro cónyuge o de tener el mismo un hijo no matrimonial o de adoptar a otra persona, que en definitiva sería el establecimiento de una propia sustitución fideicomisaria. O bien, la fórmula vigente en Cataluña de proceder en principio la reserva ordinaria, salvo en el caso de que el testador o disponente dispusiere otra cosa.”

C.- Aparte, en efecto de la tradicional enemiga aragonesa a las reservas (artículo 149. 3, Ley 1/99, de 24 de Febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte: “La reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca previamente determinada en testamento abierto u otra escritura pública”), consideramos que a la vista de estos antecedentes y citas, resulta evidente, que en el hecho de reconducir, en Cataluña en 1987, la reserva de institución imperativa a potestativa o dispositiva, sujeta a la libertad testamentaria, han estado presentes las dudas sobre su constitucionalidad. Y el hecho de que en el País Vasco y en Navarra también se regulen expresamente tales instituciones, nada dice de su constitucionalidad, que, efectivamente, ha sido puesta en duda por la doctrina. En tal sentido, señala

el Notario Emilio González Bou (“Instituciones de Derecho Privado”, Tomo V, vol. 3º, 2005):

“... nos hemos referido a la tesis que buscaba el fundamento de la reserva ordinaria en la presunta voluntad del causante de proteger a los hijos del primer matrimonio, y exclusivamente a ellos, al ser los únicos reservatarios. Si este fuera el fundamento de la institución, deberíamos tener en cuenta que la discriminación entre la familia matrimonial y la no matrimonial afecta a los hijos ya que los matrimoniales tendrían derecho a la reserva pero no así los nacidos de una pareja de hecho. Es más, con una interpretación literal del Código civil, del Código de Sucesiones de Cataluña, de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco y de la Compilación de Navarra los hijos no matrimoniales nunca pueden llegar a ser reservatarios, los que vulnera el art. 14 de la Constitución al implicar una discriminación por razón de filiación.

En otras palabras, el legislador puede regular una institución estableciendo efectos jurídicos distintos para las personas en función de que estén casadas o no, ya que el hecho de contraer matrimonio depende de su voluntad, pero esa diferencia de regulación no puede implicar una diferencia de trato respecto de los hijos dado el principio de igualdad por razón de filiación que forma parte del orden público y de los principios fundamentales del orden constitucional.”

En tal sentido, se atreve incluso este autor a decir que:

“llegados a este punto, debo reconocer que mi sorpresa va en aumento cada vez que un legislador autonómico reforma el derecho sucesorio y mantiene la institución de las reservas, al igual que lo hizo el C.c. en la reforma de 1981”.

Adviértase que la tendencia hacia la supresión de las reservas es real y efectiva en el plano legislativo interno:

1.- El primer paso lo ha dado la reciente Ley 2/2006, de 14 de Junio, de Derecho civil de Galicia, cuyo artículo 182 reza como sigue:

“En las sucesiones regidas por la presente ley no habrá lugar a reversión legal ni a obligación de reservar.”

2.- Y el segundo lo ha lado el propio legislador catalán, con la reciente aprobación, el 18 de Junio del presente 2008, por el Parlamento, del libro IV del C.c. de Cataluña, relativo a sucesiones, que ha sido publicado en el Diari Oficial de la Generalitat el 17 de Julio de 2008, como Ley 10/2008, de

10 de Julio, en cuya Exposición de motivos puede leerse que:

“El libro cuarto presenta a la vez novedades de naturaleza técnica y otras que reflejan decisiones de POLÍTICA JURÍDICA con una clara repercusión social. Estas últimas se hallan, sobre todo, en la remodelación integral del sistema de pactos sucesorios, la reconsideración de los derechos sucesorios en la sucesión intestada entre cónyuges o convivientes, la modificación de las reglas de cálculo de la legítima, la regulación de nueva planta de la cuarta viudal y la supresión de las reservas.”

Y, efectivamente, el art. 411-8 dice literalmente:

“Inexistencia de reservas y reversiones legales.

Los bienes adquiridos por título sucesorio o por donación de acuerdo con el presente código no están sujetos a ninguna reserva hereditaria ni reversión legal.”

Que en la supresión de la reserva ordinaria de nuevo se ha tenido bien presente la cuestionada constitucionalidad de dicha figura en relación al principio de igualdad, lo manifiesta el Departament de Justícia de la Generalitat en la página web de esta al dar noticia de la citada aprobación por el Parlament el 18 de Junio, exponiendo que:

“Además, el nuevo texto suprime la figura jurídica de la reserva, LO CUAL EVITA LA DISCRIMINACIÓN EN LA SUCESIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS DE POSTERIORES UNIONES DE PAREJA.”

XIII.- En definitiva, y a nuestro humilde entender, deberían considerarse derogados, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, los arts. 968 y ss. del C.c., derogación que bien pueden apreciar los Tribunales ordinarios, sin necesidad de formular cuestión de inconstitucionalidad, lo que, no obstante, no queda excluido, como ya mantuvo el T.C. en sus primeras sentencias, como es la de 2 de Febrero de 1981.

Ciertamente la vinculación positiva a la Constitución de todos los poderes públicos (art. 9.1 de la misma), y más concretamente a los Jueces y Tribunales (por todos, el art. 5, en especial, aps. 1 y 3, de la L.O.P.J.), impone a los Órganos jurisdiccionales la obligación de interpretar y aplicar las normas jurídicas todas según los preceptos y principios constitucionales con arreglo, a su vez, a la interpretación dada a los mismos por el T.C., de modo que no cabría cuestionar la constitucionalidad de una norma de ser posible la acomodación de la misma, por vía interpretativa, al Ordenamiento constitucional.

Consideramos, no obstante, que lo anterior no empece ni enerva la conclusión de inconstitucionalidad de la reserva ordinaria. Y lo consideramos así, porque la función de los Tribunales es la de juzgar y ejecutar lo juzgado con pleno sometimiento a la Ley (art. 117.1 Constitución), y, por tanto, sin suplantar al legislador.

Y ello lo decimos ante una eventual tentación de intentar establecer, por vía jurisprudencial, frente a la clara dicción de los preceptos legales reguladores de la reserva, que la misma pudiera aplicarse a casos diferentes de los expresamente fijados por el C.c., y, concretamente, a casos distintos de los matrimonios sucesivos y a favor de hijos no matrimoniales.

El dejarse caer en la referida tentación, desde el punto de vista del juicio de constitucionalidad, no supondría realmente elegir, entre las diversas interpretaciones que permite la norma, cuál de ellas es conforme a la Constitución y, por tanto, cuál es la que debe valer, sino que, al contrario, visto la claridad con que describe el supuesto de hecho de la reserva vidual el art. 968 C.c. con arreglo a su tenor literal, conforme, a su vez, al nítido origen histórico de la figura, sólo referidos al supuesto de sucesivos matrimonios y a los hijos matrimoniales de las previas nupcias como beneficiarios, implicaría realmente prescindir tanto de la letra como del espíritu de dicho Código, creando una nueva norma, esto es, legislando, lo que les está constitucionalmente vedado a los Tribunales de Justicia.

En este sentido, son harto expresivas las SS. del T.C. de 26 de Mayo de 2005 y de 27 de Octubre del mismo 2005. Como dice expresamente esta última, recogiendo y completando las afirmaciones de la anterior:

“Ciertamente, este Tribunal ha declarado reiteradamente que la validez de la Ley «ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución» (STC 108/1986, de 29 de julio), de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, ya que, si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, «resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley» (TC SS 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18). Sin embargo, el principio de interpretación conforme a la Constitución tiene también sus límites, pues esta técnica no permite a este Tribunal «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (TC SS 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 341/1993, de 18 de noviembre), ni «reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para

concluir que ésta es la norma constitucional» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). En efecto, como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (TC SS 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7).

En el presente caso, a diferencia de los arts. 131 (legitimación para reclamar la filiación manifestada por la constante posesión de estado) y 132 (legitimación para reclamar la filiación matrimonial cuando falte la posesión de estado), el precepto cuestionado, en cuanto sólo reconoce legitimación al hijo para reclamar la filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado, no permite entender, sin forzar el sentido propio del enunciado, que el progenitor también se encuentra legitimado para reclamar dicha filiación. Así resulta claro que el legislador (como se explicitaba en la Exposición de Motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil, a la que antes se hizo referencia) no ha querido reconocer la legitimación para reclamar la filiación nada más que al hijo y, cuando éste fallezca, durante determinado plazo, a sus herederos, lo que impide una interpretación extensiva de la regla restrictiva del art. 133 CC, por más que resulte plausible el intento jurisprudencial de salvar una evidente transgresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STS de 19 de mayo de 1998). En consecuencia, no cabe eludir la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por la vía de la interpretación secundum constitutionem.”

III.- INAPLICABILIDAD “PER SE” DE LA RESERVA ORDINARIA EN EL DERECHO FORAL MALLORQUÍN

I.- La inconstitucionalidad de la reserva ordinaria por las razones expresadas excluiría, obviamente, su aplicación en todo el territorio nacional.

Mas, aun partiendo a los efectos dialécticos de la constitucionalidad de dicha figura, estimamos que no por ello sería aplicable en el Derecho foral

mallorquín. Consideramos que la adecuada inteligencia de la Compilación, junto a su proceso formativo, ha de conducir a la conclusión de la citada inaplicabilidad.

II.- En primer lugar, no se contiene en la Compilación norma alguna sobre la reserva ordinaria. En tal sentido, la D.Tª 2ª de la vigente Compilación de 1990 utiliza materialmente la palabra reserva pero no para referirse a las reservas hereditarias propiamente dichas, como de la propia Exposición de motivos de la Reforma de 1990 resulta.

III.- En segundo lugar, sobre la base de este silencio, conviene recordar, y así se comprueba en cualquier manual de Derecho civil al uso, que la misión de los Apéndices forales y después Compilaciones, era la de recoger las instituciones forales que, por tener suficiente arraigo, debían subsistir.

Según la obra fundamental para conocer el Derecho mallorquín anterior a la Compilación del 61, el “Derecho civil de Mallorca” de Don Luís Pascual González (1951) tanto la Audiencia en Sentencia de 22 de Mayo de 1882 como el Juzgado de 1ª Inst.ª de Inca en otra de 29 de Agosto de 1940 –no apelada por cierto, según puntualiza el autor– entendieron vigente la reserva por aplicación de las Novelas Justinianas (pág. 338). El que, en efecto, en Baleares regían directamente las leyes romanas en materia de reserva lo ratifica el año siguiente, 1952, el insigne hipotecarista D. Ramón-María Roca Sastre, al decir, en un trabajo sobre la “Lex Feminae”, publicado en la Revista Jurídica de Cataluña, que “la reserva por segundas nupcias subsiste en Cataluña, por vigencia directa del Derecho romano, y sin retoque alguno por ley autóctona”, señalando con nota a pie de página al respecto: “Igualmente en Baleares y en Navarra”.

Ello es, a nuestro entender, fundamental, y no debe de ser soslayado en modo alguno: En definitiva, tanto doctrinal como jurisprudencialmente queda constatado que antes de la Compilación, regían las reservas aplicando las leyes romanas COMO PARTE INTEGRANTE DE NUESTRO DERECHO FORAL.

IV.- Consideramos, en efecto, muy significativo al respecto que la citada sentencia del Juzgado de Inca, al ser de 1940, resulta, obviamente, posterior al C.c.: en ella se aplicó la reserva como formando parte del Derecho foral vigente en aquel histórico momento (los capítulos 21, 23 y 25 de la Novela 22 de Justiniano y la jurisprudencia del T.S. sobre la vigencia del Derecho Romano en Mallorca), QUE NO DEL DERECHO COMÚN SUPLETORIO.

Por tanto: Si la reserva formaba parte de las instituciones del Derecho foral, y si la misión de los proyectados Apéndices y después Compilaciones, era determinar las instituciones que debían subsistir y cuáles fenecer, la

reserva formaba parte, necesariamente, de las instituciones jurídicas respecto de las cuales debía hacerse la criba, aceptándolas o repudiándolas. Y, desde luego, consideramos concluyente, porque no puede ser mera causalidad, al ser la reserva una institución típica del Derecho de sucesiones, que los tres proyectos habidos de Apéndice foral, los de 1903, 1920 y 1949, y después la Compilación de 1961, con sus reformas, hasta la vigente de 1990, guarden absoluto silencio sobre la reserva vidual.

V.- La exclusión tiene que ser de propósito, cuando:

1º.- En la Exposición de Motivos de la Compilación del 61 expresamente se habla de la “preocupación de atraer a la Compilación todo lo que el Derecho romano tiene de sustantivamente vigente en Mallorca”, y la reserva ordinaria, “curiosamente”, no obstante dicha “preocupación”, no fue “atraída” al articulado de la Compilación que se promulgaba. Esa preterición de la reserva ordinaria es aún más significativa, si se atiende a que, como dice la citada E. de M., esa “concentración” se ha operado “sobre todo en el campo del Derecho positivo sucesorio”, y que “esta labor de integración positiva se ha completado con la exclusión de aquellas otras instituciones romanas que no han tomando arraigo en la conciencia jurídica del país y, por tanto, en nada sirven a la homogeneidad de su sistema de derecho y en todo caso, de aquellas otras que resultan inconciliables con las exigencias de la sociedad actual”.

En definitiva, se reconoce expresamente, en el ya lejano 1961, la realidad del expurgo o criba de las instituciones sucesorias romanas, de modo que no por ser de origen romano una institución debe tener necesariamente carta de naturaleza en Mallorca, debiendo, por el contrario, deducirse que si no se ha contemplado para nada la reserva vidual es porque se ha desechado la misma, máxime cuando en la Disposición Final 1ª de la Compilación se dice que: “Las normas del Derecho Civil Especial Balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella”: Si nuestro antiguo Derecho, que conocía la reserva vidual, ha sido íntegramente sustituido por la Compilación, por una especie de sucesión normativa universal o en bloque, al no contener esta última norma alguna sobre la reserva vidual, ésta, sencillamente, ha desaparecido, de modo y forma que el Derecho histórico sólo puede utilizarse en conexión con alguna institución indubitadamente subsistente, careciendo de eficacia como fuente directa –no cabría, desde luego, decir que sigue rigiendo la reserva por aplicación de las Novelas Justinianeas–, sin que pueda tampoco aplicarse la institución de que se trata por aplicación subsidiaria sin más del C.c. Aunque la D.F. 2ª de la Compilación del 61 dijese que “en lo no previsto en la presente Compilación, regirán los preceptos del C.c. que no se opongan a ella y las fuentes

jurídicas de general aplicación”, ello no quería decir que en todo lo no previsto se aplicase el C.c.: el propio legislador del 61, como hemos visto, reconoce que hizo una criba; ergo, si un instituto foral, en ese proceso de selección, ha sido suprimido, no puede burlarse la voluntad de legislador haciéndolo sin más revivir por la llamada al Derecho común que continúa regulándola.

Entendemos que no puede ser argumento de la subsistencia de la reserva una especie de supuesta “*communis oppinio*” doctrinal y social, en virtud de la cual aquélla fuere una institución absolutamente indispensable, ni siquiera en el ya lejano 1961. Tal supuesta “*communis oppinio*” sencillamente no ha existido nunca, sino que la institución de las reservas ha sido siempre puesta en tela de juicio. Ya hemos visto como Roca-Sastre señala que desde la codificación, grandes sectores de la doctrina entienden que la reserva ordinaria contradice el principio de libertad de testar, y aun un autor tradicional, como el que fuera Presidente del T.S., D. Felipe Clemente de Diego, en sus “*Instituciones de Derecho Civil Español*”, tomo III, pág. 397, de 1959, o sea, en concomitancia temporal con la elaboración de nuestra Compilación del 61, decía:

“No es posible desconocer que las tendencias modernas son contrarias a la institución: los Códigos civiles, por punto general, la pasan por alto; aun en la antigua ideología se las critica, porque su punto de apoyo está en la desconfianza y recelo respecto de los padres por el supuesto de que los hijos de anteriores nupcias han de ser perjudicados con el nuevo matrimonio y los nuevos hijos que se puedan tener, sin parar la atención que ese supuesto de posibilidad de perjuicio no se actuará en los más de los casos y en que, en rigor, la reserva no es más que una limitación de la libertad de disposición de los viudos que hicieron suyos los bienes al adquirirlos en consideración a su procedencia y naturaleza”.

En definitiva, si la Compilación de 1961 ya nació en un ambiente de amplia discusión sobre la necesidad y justificación de la figura de las reservas (que ha acabado, como hemos visto, dándole razón a los críticos a la institución, al suprimirse en las sucesivas reformas de otros Derechos forales, o a darle sólo el carácter de institución voluntaria, como paso previo a su definitiva derogación), difícilmente puede entenderse –dicho sea parafraseando la parte ya transcrita de la Exposición de Motivos de aquélla– que la reserva fuera de aquellas instituciones que, por tener un arraigo indubitado, contribuían indefectiblemente a la homogeneidad de nuestro sistema de Derecho balear, o de aquellas que resultaban imprescindibles para las exigencias de la sociedad de 1961, fecha en que aprobó la inicial Compilación, por mucho que en aquéllas fechas rigiera, por utilizar la gráfica expresión del prof. De Diego, “la antigua ideología”, máxime si ese supuesto “arraigo indubitado”

pretendiera acreditarse en la existencia de dos, sólo dos, puros y simples pronunciamientos judiciales, que no jurisprudenciales propiamente dichos, dada la naturaleza de los órganos de que emanan, uno de un Juzgado de 1ª Instancia, de 21 años antes de la Compilación misma del 61, y otro de la Audiencia de nada menos que 79 años antes de la misma.

2º.- A ello hay que añadir que, con ocasión de la reforma de 1990 (Ley 8/1990, de 28 de Junio) se hace expresa mención del art. 811 del C.c. (reserva lineal) y aun del 812 (derecho de reversión) en el art. 43, y se vuelve a guardar absoluto silencio sobre la vidual, y a la vez, en relación a la Lex Hac Editali, que tiene el mismo fundamento que la reserva ordinaria, sencillamente se suprime diciendo en la Exposición de motivos que tal supresión está “recomendada por razones de estricta justicia, discordancia con la actual conciencia social y posible inconstitucionalidad.”

Aunque se admitiera, a los efectos dialécticos, que la reserva ordinaria debía en principio tenerse por vigente con la Compilación de 1961 por aplicación supletoria del C.c., tras la reforma de 1990, en que la limitación de la Lex hac edictali se suprime, como acabamos de ver, por injusta, inadecuada a las circunstancias actuales y por su posible inconstitucionalidad (que fue declarada, no se olvide, por el Tribunal Supremo el S. de 6 de Abril de 1992), difícilmente puede entenderse que ese mismo legislador quería la aplicación en Baleares de una institución aquejada por los mismos males, cuando pudiendo, sólo hace mención de la reserva lineal del art. 811 C.c., callando por lo que se refiere a la reserva vidual. Por tanto, carece de virtualidad la argumentación consistente en que si el Legislador balear hubiese querido que no se aplicase la reserva ordinaria, así lo habría expresado: aparte de que el intérprete no puede imponer obligaciones positivas al Legislador ni “a priori” ni “a posteriori”, es también evidente que la labor misma de interpretación se desarrolla, fundamental y precisamente, en la mayoría de los casos, ante el silencio de la ley, por lo que se hace supuesto de la cuestión: El mero silencio del legislador ordinario no nos remite, sin más a la legislación supletoria, por lo que no cabe aplicarla de una manera indiscriminada. La cuestión, pues, no es el porqué la Compilación no dice expresamente que no se aplica el art. 968 C.c. y ss.; sino porqué, pudiendo hacerlo, no se remite a dichos preceptos, a diferencia de lo que hace con el art. 811 y el 812 del mismo Código.

VI.- Si de ese iter prelegislativo y legislativo ya se deduce que ni el art. 1º de la Compilación ni tampoco la D.F. 1ª nos llevan a ningún automatismo en la aplicación subsidiaria del C.c. también cabe llegar a la misma conclusión atendiendo al íntegro contenido de los mismos y a su sistemática interpretación; en primer lugar, el citado precepto llama: (a) a la interpretación e integración de nuestro Derecho en relación a la tradición histórica

y, además, (b) a la aplicación subsidiaria, sí, del Derecho común, pero siempre que no contravenga los principios generales del Derecho balear.

VII.- En este sentido, si en base al art. 1 de la Compilación, la aplicación del C.c. depende de no ser contrario a los principios generales de nuestro Derecho, por ello mismo mantenemos que por mucho que nuestro Derecho sucesorio tome su base en el Derecho romano, del que arranca también la institución de la reserva vidual, ante el hecho de que la Compilación no dedique ni una letra a la misma y, encima, ni se acredite su aplicación práctica actual (Derecho consuetudinario, o al menos un “usus fori”), la apreciación de su vigencia, por mera aplicación subsidiaria indiscriminada del C.c., supondría contravención de todos los principios que rigen la institución de heredero que, además de provenir del Derecho romano, resulta que SÍ se hallan expresamente regulados en la Compilación y reiteradamente proclamados por la doctrina y la jurisprudencia, cuales son, la necesidad de institución de heredero en el testamento del art. 14, la regla “semel heres, semper heres” del art. 16, y la de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada del art. 7, todos ellos de la Compilación.

No se trata de que el Legislador balear no pueda establecer excepciones a las reglas que él mismo estatuye. Aun asumiendo que, en efecto, tanto la reserva lineal como la ordinaria suponen unos derechos condicionales (suspensivos y/o resolutorios, según se vea desde uno u otro de los elementos personales de la reserva), la diferencia está en que la reserva lineal está expresamente prevista en la Compilación, mientras la reserva ordinaria brilla por su absoluta ausencia. Por eso mismo, admitimos que nuestra Compilación regula excepciones a tales principios: así, las sustituciones fideicomisarias, pero este mismo dato de estar reguladas es, a nuestro entender, el decisivo: las referidas sustituciones están ampliamente reguladas, y incluso la reserva lineal goza en el art. 43 de una remisión expresa al art. 811 del C.c., mientras la reserva ordinaria, debemos reiterarlo, no se halla ni mencionada.

Por ello consideramos muy grave –por las consecuencias que se derivan de la reserva no ya mortis causa, sino inter vivos– que en base a la aplicación una institución expresamente omitida por el legislador balear, se exceptúen principios básicos del Derecho sucesorio proclamados por la propia letra de la Compilación, todo ello por aplicación del C.c., el cual, por el contrario, no puede ser aplicado cuando se oponga a los principios al Derecho Balear (art. 1. Compilación), cual es el caso, pues en esto el Derecho común parte de principios fundamentalmente opuestos al Derecho romano. En efecto, en el Derecho común es compatible la sucesión testada con la intestada (art. 658 C.), porque no es necesaria la institución de heredero (arts. 764 y 912.-2), ya que cabe incluso la íntegra distribución de toda la

herencia en legados (art. 891), y se regula expresamente la institución hereditaria condicional o a término (arts. 790 y ss.), aparte de tener un sistema legitimario, de raíz germánica, absolutamente diverso al balear, de raíz justiniana, en que la legítima de los descendientes abarca 2/3 de la herencia, frente a sólo un tercio o, cómo máximo, la mitad en Mallorca.

En tal sentido, si el Derecho común sólo puede ser aplicado cuando no es contrario a los principios del Derecho balear, admitir que por la aplicación subsidiaria del C.c. puedan introducirse excepciones a los citados principios, es tanto como subvertir la norma, admitiendo que se aplique el Derecho común “contra principia”.

Y uno de esos principios básicos del sistema sucesorio romano, que inspira tanto el Derecho catalán como el mallorquín, es, sin duda, el de la perpetuidad de la institución hereditaria, “semel heres, semper heres”, consagrada en el art. 16 de la Compilación, con arreglo a la cual el que es heredero lo es siempre, teniéndose por no puesta la condición resolutoria ni los términos suspensivo ni resolutorio. Precepto del que resultaría nula la condición consistente, precisamente, en no contraer ulterior matrimonio, si posible en el C.c.: art. 793 del mismo.

Si el art. 1320 del C.c., que no tiene regla pareja en la Compilación, no es aplicable supletoriamente al régimen económico balear por ser contrario al principio balear de separación de bienes (S.^a del T.S.J. de 3 Septiembre 1998), “a fortiori”, la reserva vidual del art. 968, ss. y concordantes del C.c., que tampoco tiene reflejo específico alguno en la Compilación, tampoco podrá ser aplicada en Mallorca, por contravenir, entre otros, el principio jurídico mallorquín de la perpetuidad de la institución hereditaria.

Que las posibles excepciones a dicha regla han de ser expresas e indubitadas en la propia legislación foral lo demuestran las razones del porqué fue mantenida expresamente la reserva ordinaria en Cataluña en su Ley de 1987, convirtiéndola en institución voluntaria, aplicable sólo si el testador no ha dispuesto lo contrario. En la ya citada “Conferencia” de Roberto Follia Camps, puede leerse que, frente a la posición de D. Ramón Faus, partidario de la supresión total de la figura:

“Predominó, no obstante, una tesis más moderada sostenida por Figa Faura quien alegó la conveniencia del mantenimiento de la institución para satisfacer de algún modo el deseo de algunos cónyuges, que quería nombrar heredero al otro, sólo si no se volvía a casar, lo que era imposible, dado el principio romano del semel heres semper heres. Y que por tanto lo que procedía era su matización o adecuación para resolver los problemas que presentaba.”

Por tanto, sólo con regulación expresa en la ley catalana podía exceptuarse la regla asimismo catalana del “semper heres”: si en la ley balear, igual que en la catalana, “el que es heredero lo es siempre”, sólo puede privarse a la institución hereditaria de sus naturales efectos con excepción expresa e indubitada en la propia ley balear, razonamiento que entendemos total y perfectamente trasladable al Derecho mallorquín, en que rige la misma regla de perpetuidad de la institución hereditaria.

Que la reserva supone, en especial, excepción a la regla *semel heres* consideramos que es evidente. En primer lugar, “heredero” es el llamado a la íntegra herencia o a parte alícuota de la misma, con su activo y su pasivo: arts. 659, 660 y 1.003 C.c., colocándose en la íntegra posición del causante: “*Heredis nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctis habuerit*”, decía el Digesto, entendiendo, pues, por heredero, con arreglo a esa misma tradición romana, no un heredero meramente nominal, sino el continuador de la personalidad jurídica del causante con carácter pleno, y, por tanto, con subrogación plena en las facultades administrativas y dispositivas que sobre los bienes correspondían al causante (“*successio in universum ius*”).

A nuestro entender, no se respeta la perpetuidad de la institución de heredero si se permite a posteriori aniquilar su contenido sucesorio universal efectivo, más concretamente, si se admite que, por un hecho posterior a la institución hereditaria y su aceptación por el instituido, quede sin su íntegro contenido positivo de sustitución en las íntegras facultades que, respecto de sus bienes, correspondían al causante. Si la institución hereditaria, conforme a los precedentes romanos, supone esa íntegra sucesión universal en la posición del causante, con sustitución, con plenos efectos, de éste por el heredero en todas sus relaciones activas y pasivas transmisibles, y por ello “*heredes institutio caput et fundamentum totius testamenti est*” (art. 14 y sus concordantes de la Compilación), admitir que, porque el heredero instituido por su consorte se vuelva a casar y desde, precisamente, que se vuelva a casar, pierde esa plena sustitución en el pleno dominio de los bienes transmitidos, quedando el bínubo como mero propietario gravado de restitución –dado el destino legalmente predeterminado de los bienes reservables–, equivaldría ello a admitir que la cualidad de heredero tal como se concibe en el Derecho romano mismo, base de nuestro Derecho foral, deja de existir, quedando como un mero “*nomen iuris*”, una mera vestidura formal sin el contenido positivo real que corresponde a su institución hereditaria, de pleno sucesor con el correlativo pleno dominio de los bienes heredados, sin más limitaciones que las que tuviera el causante o éste expresamente haya impuesto: Aunque se diga que, formalmente, no obstante la reserva el reservista sigue siendo dueño de los

bienes reservables, el mero conceptualismo jurídico no puede hacernos perder el sentido de la realidad y del efecto práctico real de las instituciones: “de facto”, el reservista, por mor de la reserva misma, no es más, en sentido económico, que un usufructuario (puede disfrutar, pero no en definitiva enajenar, pues lo que obtenga de sus actos dispositivos está sujetos también a reserva, como resulta de la normativa del C.c.: art. 974 á 976), como lo era en el Derecho romano originario. Incluso de peor condición, como indicamos, que el usufructuario ordinario, al que, por ej., el C.c. permite que se le dispense de inventario y de fianza, mientras que aquí el inventario y la garantía, además, se le imponen, a tenor de las propias disposiciones del C.c. Y herencia y mero, puro y duro usufructo, en nuestra Compilación, con arreglo a la tradición romana misma, no se compadecen (art. 15).

Por ello, reiteramos que sólo con excepción en la propia norma foral cabe excepcionar un precepto foral. Ciertamente, el Derecho romano, junto a su concepción de heredero como sucesor universal y perpetuo, admitió, vbi. gr., las sustituciones fideicomisarias (fueran puras, condicionales o a término) y la reserva ordinaria, que perjudicaba las resultas de la inicial plenitud y perpetuidad de la institución hereditaria ordenada por el testador; nuestra Compilación recoge la concepción romana del “heres” —¿a qué, sino, tanta insistencia doctrinal y jurisprudencial sobre la base romana de nuestro Derecho?—, regula la sustitución fideicomisaria, e incluso admite la reserva lineal, pero calla absolutamente sobre la reserva ordinaria, es decir, no reconoce la limitación de efectos que a la institución hereditaria produce “a posteiori” la reserva ordinaria: quiso la regla, pero no la excepción. Por ello, admitir, sin más, que es aplicable la reserva ordinaria prevenida en el C.c. supone, por ello, admitir la aplicabilidad de las normas supletorias contra los preceptos forales, lo que implica infracción evidente tanto de la letra como del espíritu del art. 1º de la Compilación, al alterar sustancialmente el sistema de fuentes.

Por todo ello, nos preguntamos: ¿la institución de heredero, esencial para la validez de los testamentos (art. 14) es sólo una mera vestidura formal, un mero formalismo, consistente en que basta dar a alguien el título de heredero, con independencia de lo que real y definitivamente reciba el nombrado, o, por el contrario, debe tener un contenido real positivo, al que se predica igualmente el dogma de la “perpetuidad” a que se refiere el art. 16? Si incluso cuando el heredero está gravado con legados o fideicomisos, el legislador balear, conforme a los principios romanos, pretende que al menos se quede con una cuarta parte de la herencia líquida (las llamadas cuartas falcidia y trebeliánica, expresamente reguladas en nuestra Compilación), y aun se aplica el derecho de acrecer forzoso (así 24, párrafo 3º), y el heredero único sólo instituido en cosa cierta ha de ser considerado heredero universal en los términos del art. 15, y el incumplimiento del

modo impuesto a la institución de heredero nunca puede dar lugar a la resolución de ésta (art. 16), y aun habiendo sólo codicilos no nulos por preterición errónea de descendientes, hay que ir a la sucesión intestada para que haya en definitiva quien se quede con el “universum ius” del causante, ¿no está pensando, con arreglo a esos antecedentes romanos, en todo lo contrario a un mero nominalismo, o a una mera sucesión en el pasivo?

Por eso, admitir la vigencia en Mallorca de la reserva ordinaria, sin una expresa norma legal balear que lo autorice y ampare, sería tanto como admitir:

1º.- Que contra el art. 14 de la Compilación la institución de heredero no es requisito esencial del testamento, entendiendo por heredero, con arreglo a la misma tradición romana, no un heredero a medias, sino pleno. Con la reserva tendríamos un heredero pleno en cuanto al pasivo –parece que, no obstante la reserva, seguiría respondiendo en principio ilimitadamente de las deudas del causante–, pero respecto del activo hereditario, a efectos prácticos, estaríamos, sobrevenidamente a las posteriores nupcias y a causa precisamente de ellas, ante un mero legatario de usufructo universal, toda vez que aunque pueda enajenar, ha de asegurar la restitución del valor (974 á 976 C.c.).

2º.- Que al implicar la reserva una/s institución/es condicionales, se estaría contraviniendo la regla esencial de nuestro Derecho según la cual “semel heres, semper heres”, consagrada en el art. 16 de la Compilación, con arreglo a la cual el que es heredero lo es siempre, teniéndose por no puesta la condición resolutoria ni los términos suspensivo ni resolutorio. Precepto del que resultaría nula en Derecho mallorquín la condición consistente, precisamente, en no contraer ulterior matrimonio, sí posible en el C.c.: art. 793.

3º.- Que al implicar la reserva la distribución de los bienes, a salvo reglas especiales, por las reglas de la sucesión intestada en la línea recta descendente (art. 973, primer párrafo, del C.c.), puede suponer –y lo supone en el caso de autos– una contravención de la regla de incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, consagrada en el art. 7 de la Compilación. En efecto, la sucesión de la inicial causante fue testada, siendo su cónyuge, su heredero; a raíz de la reserva, por aplicación de dicho art. 973 del C.c., cabe la posibilidad de abrir “a posteriori” la intestada del cónyuge premuerto.

En definitiva, ante atentados provenientes ya de historicismos anacrónicos, ya de aplicaciones indiscriminadas de la legislación supletoria, no mediando en la Compilación excepción expresa, conforme además los antecedentes legislativos, deben quedar incólumes los principios básicos del sistema sucesorio consistentes en que la “heredes institutio caput et fundamentum totius testamenti est”, en que “nemo pro parte testatus pro parte intestatus

decedere potest” y sobre todo, el de “semel heres, semper heres.”

VIII.- A todo ello hay que unir la falta de jurisprudencia después de la inicial Compilación de 1961, hasta donde se nos alcanza, que aplique la reserva vidual en territorio balear. En efecto, si, supuestamente, la regulación de la reserva ordinaria contenida en el C.c. de 1889 se aplica realmente en Mallorca desde hace 48 años, o sea, desde la entrada en vigor de la Compilación Balear de 1961 por el llamamiento que ya ésta hacía a aquél como supletorio, hasta donde conocemos, no ha sido aplicada la reserva durante esos casi 50 años por sentencias del T.S.J., ni, antes de la existencia de este Órgano, por el Tribunal Supremo, como lo demuestra la reciente Sentencia de la Audiencia de 2009, que no hace mención alguna de resoluciones de dichos Tribunales resolviendo sobre la aplicabilidad de la reserva en Mallorca. Es cierto que existe la S.A.P. de 14 de Octubre del 2002. Pero esta sentencia, aparte de ser sólo una, y no ser la Audiencia Provincial órgano de creación de jurisprudencia propiamente dicha, no tenía por objeto ni directo ni indirecto —a diferencia de lo que acaece en el pleito de la de 2009—, la cuestión de la aplicabilidad en sí de la reserva vidual en Baleares. Ello no fue discutido en la ni en la instancia ni en la apelación por las partes: lo que se discutió, realmente, en 2002 es el efecto de un ulterior divorcio sobre la reserva, y que sepamos, los Tribunales no pueden acudir a fundamentos de hecho ni de Derecho distintos a los que las partes hayan querido hacer valer (art. 218 L.E.C.), lo que es igualmente aplicable a los recursos (“tantum appellatum quantum devolutum”); por ello no puede extraerse sin más que en la citada sentencia tal aplicabilidad se dé por sentada o supuesta en el Derecho balear —en todo caso, lo hicieron las partes, al no discutir tal extremo—, ni se cita en dicha resolución precepto de la Compilación, costumbre, tradición jurídica, ni principio jurídico específicamente balear alguno.

Por otra parte, no puede olvidarse que los comentaristas de nuestra Compilación han sido, además de profesores universitarios, esencialmente prácticos del Derecho (abogados, registradores, notarios, magistrados...). Más concretamente, no sólo prácticos del Derecho, sino prácticos de nuestro Derecho ... y en cambio no hemos hallado ninguna expresa dación de fe de la aplicación la reserva en la práctica jurídica cotidiana actual. En efecto, ni en las obras doctrinales que esta parte ha podido consultar (por todos, los mencionados “Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales” dirigidos por Albaladejo, y más concretamente, los tomos dedicados a los Comentarios a la Compilación, ediciones de 1980 y de 2000, y las “Lecciones de Derecho civil balear”, con Pilar Ferrer Vanrell como Coordinadora, 2ª Edición, Palma, 2003; o el más reciente “El Dret Foral de Mallorca”, del Notario D. Raimundo Clar Garau, de 2006), ni en la jurisprudencia aparece

nadie para dar fe de ser una institución viva y cotidianamente aplicada a Mallorca (es más, en las dos últimas obras, ni se hace mención alguna de la reserva ordinaria), lo que choca con la evidente frecuencia con que los viudos, herederos de su fallecido cónyuge y con los que habían tenido hijos, vuelven a casarse: el supuesto de hecho de la reserva no es, desde, luego, un caso raro, meramente de laboratorio, sino cotidiano, y por tanto, con alguna relativa frecuencia habrían de darse pleitos sobre reservas. Por ello, la reserva ordinaria también estaría huérfana de toda posible base consuetudinaria foral. Y por algo recuerda la Sentencia de nuestro T.S.J. de 26 de Enero de 2006 que “El Tribunal Suprem, en sentència de 24 de octubre de 1964, va tenir ocasió de proclamar, en un cas referit a Mallorca, que “no cabe sostener la tesis mantenida en el escrito de recurso de la vigencia total y global del dicho Derecho romano como único supletorio allí donde falte la regulación específica del Derecho mallorquín, sino que tendrá que admitirse su aplicación solamente en los casos en que consuetudinariamente hubiere llegado a alcanzar fuerza de ley”.

IX.- Por otra parte, la necesidad de interpretar e integrar el Derecho vigente con la tradición histórica debe ser entendida en sus justos términos. Ya decíamos que el elocuente silencio, que dura más un siglo en los textos legislativos tanto proyectados como vigentes, sobre la reserva ordinaria no puede ser suplido, a nuestro entender, con el argumento historicista, sobredimensionando la llamada “iuris continuatio”.

En efecto, el párrafo 2º del art. 1º en relación a la D.F. 1ª, hacen referencia a la auto-integración del Derecho Balear, mediante las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina integrantes de la llamada tradición jurídica balear, lo que constituye la llamada “iuris continuatio”. Si bien es cierto, como dice la T.S.J. de 26 de Enero de 2005, que:

“En realitat, la clau per esbrinar quin és el tractament que, en la actualitat i dins el nostre Dret, s’ha de donar al Dret històric és la disposició final primera de la Compilació de 1961, expressiva de que “las normas del Derecho Civil especial balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella”; combinat això, però, amb el que es deia a l’article 2, on el Dret històric quedava integrat dins la tradició jurídica balear com a element d’interpretació dels preceptes compilats. Avui l’article 1 de l’actual Compilació ja li dona acertadament un caràcter d’element d’integració –a més d’interpretació– del nostre Dret.”

También es cierto que añade la referida sentencia, en lo que a nuestro entender es la verdadera “ratio decidiendi”, que:

“És sabut que les compiladores Balears de 1961 –com abans s’havia fet a la Compilació catalana– optaren per la no derogació del Dret anterior, com fa l’article 1976 del Codi civil, sinó per a la substitució, fent així possible la “iuris continuatio”, i, per tant, la pervivència del Dret històric com a part integrant de la tradició jurídica balear. Però és obvi que aquesta no podrà manifestar-se més enllà de les funcions que expressament se li donen a la Compilació, dirigides a la interpretació i a la integració del nostre Dret. Era prou significatiu el preàmbul de la Compilació de 1961, quan ens deia que la substitució del Dret històric pel compilat “no significa la postergación absoluta de las fuentes históricas, a las cuales deberá remontarse el juzgador para la interpretación del Derecho Civil Especial de Baleares. Por otra parte, esta labor de integración positiva se ha completado con la exclusión de aquellas otras instituciones romanas que no han tomado arraigo en la conciencia jurídica del país y, por tanto, en nada sirven a la homogeneidad de su sistema de derecho y, en todo caso, de aquellas otras que resulten inconciliables con las exigencias de la sociedad actual”.

En base a aquesta doctrina, és clar que no es pot declarar l’aplicabilitat d’una institució –com és el cas de la rescissió per lesió ultradimidium– en aquests moments, simplement pel fet d’haver estat vigent en èpoques històriques, en uns condicionaments i circumstàncies normatives molt distintes de les actuals; no existint, respecte d’aquesta institució, testimonis dels quals es pugui deduir la seva pervivència després de l’entrada en vigor del Codi civil, ni que mai formàs part de les institucions pròpies que hi havia interès en conservar.

L’indubtable fonament romà de la institució no ens pot dur a la conclusió que això és suficient per declarar la seva aplicabilitat hic et nunc. El Tribunal Suprem, en sentència de 24 de octubre de 1964, va tenir ocasió de proclamar, en un cas referit a Mallorca, que “no cabe sostener la tesis mantenida en el escrito de recurso de la vigencia total y global del dicho Derecho romano como único supletorio allí donde falte la regulación específica del Derecho mallorquín, sino que tendrá que admitirse su aplicación solamente en los casos en que consuetudinariamente hubiere llegado a alcanzar fuerza de ley”. Ja s’ha dit que, precisament, no hi ha testimonis de cap mena dels quals es pugui derivar la general acceptació i vigència de la institució després de l’entrada en vigor del Codi civil i durant el procés de Compilació del nostre Dret.”

Es más, la S. T.S.J. de 24 de Noviembre de 2005, clarifica lo siguiente:

“El párrafo segundo del art. 1, de otro lado, preceptúa que el Derecho Civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas. La Compilación reserva a la tradición jurídica, pues, el cometido de servir de instrumento auxiliar en la aplicación del derecho vigente: aclarando el significado y alcance de la norma dudosa y, en su caso, completando los vacíos de que ésta adolezca. La tradición jurídica, por tanto, sólo puede operar en conexión con una norma, escrita o consuetudinaria, actualmente en vigor. Carece de valor, por el contrario, como fuente de aplicación directa, conclusión que corrobora el dato de que las normas de la Compilación llevaron consigo la sustitución del derecho civil balear de todo orden que regía con anterioridad, según establece su Disposición Final primera. Por consiguiente, y aun cuando resulta pacífico que la sucesión testamentaria sigue en Mallorca y Menorca las pautas esenciales y más características del modelo romano, como lo es igualmente que el derecho romano justinianeo forma parte de la tradición jurídica de dichas islas, no cabe hoy día acudir directamente a las reglas de ese derecho para solventar los conflictos que susciten las disposiciones de una sucesión testamentaria abierta tras la entrada en vigor de la Compilación. Aunque referida a la rescisión por lesión ultradimidium, la sentencia de este Tribunal Superior de 26 de enero de 2005 hubo de advertir, en esta misma línea, que el fundamento romano de una institución y el hecho de que haya estado vigente en épocas históricas no es suficiente para declarar su aplicabilidad en estos momentos. La sentencia recurrida, por consiguiente, no ha infringido el art. 1, párrafo segundo, de la Compilación Balear. La respuesta casacional puede detenerse en este punto.”

X.- A la vista de tales asertos jurisprudenciales, como de la interpretación doctrinal a la que aludiremos, en relación a la función actual del Derecho histórico, resulta a nuestro entender que no puede darse a la iuris continuatio, y, por tanto, a los antecedentes romanos de nuestro Derecho, una trascendencia que no tiene: Aunque el legislador pretendiera que entre la nueva y la antigua legislación no mediare una absoluta solución de continuidad, de todos modos, legislar, por definición, es innovar el Ordenamiento respecto del anterior estado legislativo, cambiándolo, y ese cambio o innovación supone necesariamente derogación de lo anterior; o dicho de otro modo, la sustitución de unas normas por otras supone derogación de las antiguas.

Por ello, más allá de la “voluntas legislatoris” en relación con la tan traída y llevada “iuris continuatio”, si como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional, más que la referida voluntas legislatoris, “el objeto inmediato de toda interpretación jurídica es lo que se lee, la ley” (así S.S. 13-Julio-2000, 5-Abril-2001, etc.), consideramos artificioso comparar la D.F. 1 de la Compilación en términos absolutamente antagónicos al art. 1976 del C.c., como hace alguna doctrina. La misma idea que expresa este último (derogando todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituían, en el momento de su promulgación, el Derecho común, quedando sin fuerza ni vigor así en su contenido de leyes directamente obligatorias, como en el de Derecho supletorio), muy bien podría igualmente expresarse parafraseando la D.F. 1ª de nuestra Compilación: Todas las normas del Derecho Común, tanto escrito como consuetudinario, principal o supletorio, vigentes al tiempo de promulgarse el C.c., quedaban sustituidas por las contenidas en él. Y no se diga que, a diferencia de lo que ocurre con nuestra Compilación, con el art. 1976 el Derecho histórico quedaba absolutamente “inutilizable”: en primer lugar, porque la propia Ley de Bases de 1888, base primera, ordenaba que el Código tomara por base el proyecto de 1851 “en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio”, por lo que el propio legislador común no era ajeno a la idea que subyace en la “iuris continuatio”, en el sentido de que no quería ninguna ruptura traumática con el Derecho histórico, conservando las instituciones típicas del Derecho castellano, cuales son el sistema de gananciales y el legitimario distinguiendo legítimas y mejoras, lo que, sin embargo, no le impidió deshacerse definitivamente de instituciones históricas (la misma rescisión “ultradimidium”, que sí se recogía en Derecho histórico castellano: en las Partidas, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalà y en la Novísima Recopilación), por la simple expediente de no regularlas en el Código (¿no es esto acaso lo mismo que sucede en nuestra Compilación respecto a la misma institución?; ¿por qué ha de ser de mejor condición la reserva ordinaria, igualmente omitida en la Compilación?); y, por otro lado, desde la sistematización por Savigny de los elementos interpretativos de las normas vigentes, siempre ha sido lugar común de la doctrina y la jurisprudencia que uno de ellos es el elemento histórico, al que alude expresamente el art. 3 del C.c., al remitirse, desde la Reforma del título preliminar en 1974, a los antecedentes históricos y legislativos, expresión de no puede referirse a cosa distinta a las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica, sea del Derecho común, o del que sea. Pero, claro está, se interpreta, o se integra, lo subsistente, no las normas o instituciones definitivamente perecidas.

Que, por todo ello, si nuestro antiguo Derecho ha sido íntegramente sustituido por la Compilación, por una especie de sucesión normativa

universal o en bloque, total, al no contener ésta norma alguna sobre la reserva vidual, igual, precisamente, que no la contiene sobre la rescisión “ultradimindium”, la reserva, sencillamente, ha desaparecido, de modo y forma que el Derecho histórico sólo puede utilizarse en conexión con alguna institución indubitadamente subsistente, careciendo de eficacia como fuente directa –no cabría, desde luego, decir que sigue rigiendo la reserva por aplicación de las Novelas Justinianeas–, sin que pueda tampoco aplicarse la institución de que se trata por aplicación subsidiaria sin más del C.c., tanto por constituir el Derecho foral un Derecho propio independiente del Derecho común y de aplicación absolutamente preferente al Derecho común, como máxime si la exclusión ha operado de propósito.

XI.- Nos reiteramos, especialmente, en esta última consideración. Ya hemos dicho que consideramos inaudito que nadie se haya acordado en Mallorca, a la hora de elaborar proyectos legislativos de su Derecho o en definitiva legislar sobre el mismo, de la reserva ordinaria, siendo como es una institución típica y clásica en el Derecho de sucesiones, que tantos ríos de tinta ha hecho correr a la doctrina durante los prácticamente 120 años que datan el C.c. y el inicio de la tarea compiladora foral. El argumento de no haber sido contemplada una institución en las memorias y proyectos legislativos ni en definitiva en el texto de la definitiva Compilación para excluirla del elenco de figuras jurídicas vigentes es utilizado por el propio T.S.J. en relación a la rescisión “ultradimidium”. Dice al respecto la S^a del T.S.J. de 25-I-2005, en efecto, que:

“D’aquí es derivaria una falta d’aplicabilitat de la institució que, per altra part, no va ser tampoc especialment reclamada per part dels foralistes per formar part del nucli del Dret civil propi que s’havia de conservar per passar a integrar-se dins el corresponent apèndix que complementaria –juntament amb els de les altres regions forals– el Codi civil.

A la Compilació de 1961 es diu que per a la delimitació de les institucions vigents dins la pràctica jurídica de les Illes s’han tingut especialment en compte la Memòria de Fidel i l’exposició elevada al Ministre de Justícia pel Col·legi d’Advocats de Palma de Mallorca el 30 d’abril de 1881. Doncs bé: a la primera s’agrupen les institucions a conservar en quatre apartats, dedicats a successions, béns dels casats, donacions i censos, no existint cap referència als contractes o institucions amb ells relacionades; a la segona s’arriben a una sèrie de conclusions sobre institucions a conservar, sense que tampoc n’hi hagi cap de caràcter contractual.

Per tot això, no és estrany que ni a la Compilació de 1961 ni a cap dels projectes d'apèndix de 1903, 1920 i 1949 es conté la més petita referència a la rescissió per lesió ultradimidium. Tampoc no la trobam a les obres doctrinals anteriors a la Compilació de 1961. És destacable que un jurista tan defensor del nostre Dret com José Miguel, tampoc no feia cap referència a la institució en el seu conegut “Derecho Civil de Mallorca”, en el qual advocava, en canvi, per a la conservació d'altres institucions, com el ab intestato romà.”

XII.- Consideramos todo ello trasladable a la reserva ordinaria. Es lógico que se acuda, a falta de jurisprudencia específica, a las enseñanzas de la doctrina científica como natural elemento auxiliar; pero tal operación habrá de hacerse sin descontextualizarla, en especial, en relación, al tiempo en que los autores vierten su opinión, y, concretamente, sin hacer abstracción del estado legislativo vigente al tiempo en que lo hacen.

A.- Así, cabe citar la opinión del mismo D. Luís Pascual González, quien, ante el silencio de los proyectados Apéndices de 1903 y 1920 sobre la reserva ordinaria, dice, en 1951, que “Ello puede indicar el deseo de someterse al régimen común, o bien la creencia que no era necesario insistir en algo ya contenido en las normas generales o que necesariamente se deduce de ellas”. Con todos los respetos para el insigne autor, aparte de no entender qué diferencia hay entre ese primer “deseo” y aquella segunda “creencia”, pues en ambos casos nos aboca al C.c., el argumento es de suyo incompleto, pues no prevé ni se plantea todas las opciones posibles, concretamente, que la omisión haya operado voluntariamente, lo cual —obvio, pero necesario es decirlo— es una opción legislativa tan legítima como las demás. Y, es más, del propio tenor literal con que se expresa el autor (“Ello puede indicar ...”), se deduce que habla en el terreno de las hipótesis, sin aportar, por ej., testimonio alguno de que la concreta cuestión de las reservas fue discutida especialmente, por quién, y en qué sentido, con ocasión de la elaboración de los Apéndices.

B.- Entendemos que la misma crítica, siempre respetuosa, cabe hacer a la opinión del Profesor Masot, que no es sino la misma opinión que la de Pascual González: entender que el silencio de la Compilación se debía a estar a la institución suficientemente regulada en el C.c. (pág. 631 de su “Derecho civil de Mallorca después de la Compilación”, 1979). Con todos los respetos al insigne autor, también aquí la afirmación, por rotunda que “prima facie” parezca, se halla realmente huérfana de toda efectiva acreditación argumental propiamente dicha.

En efecto, tampoco aporta el Sr. Masot testimonio alguno de que la

cuestión de las reservas fuera discutida especialmente, por quién y en qué sentido, no ya con ocasión de la elaboración de los Apéndices –estado de cosas al tiempo que escribía Pascual González– sino con ocasión de la misma Compilación del 61, texto legal que comentaba Masot en su obra en 1979, terminada de imprimir el 9 de Marzo de dicho año. Atendida dicha fecha, su opinión resulta escrita antes de la propia Constitución de 1978, a la que, por ello, ni se la menciona en toda la obra, ni, obviamente, al texto de la reforma de 1990, que expresamente, en su art. 43 se remite al art. 811 C.c., callando absolutamente de nuevo respecto a la reserva ordinaria, suprimiendo de paso la Lex Hac Edictali, de la que por cierto, se manifestaba en 1979 Masot, aun con reservas, partidario.

En línea con lo anterior, la opinión de Masot, de entender que los autores de la Compilación querían sin más la reserva por aplicación del C.c., contraviene la voluntad expresamente manifestada por esos mismos autores en la Exposición de Motivos, que como hemos visto, indican la “preocupación de atraer a la Compilación todo lo que el Derecho romano tiene de substantivamente vigente en Mallorca”, y la reserva ordinaria, curiosamente, no obstante dicha “preocupación”, no fue “atraída” al articulado de la Compilación que se promulgaba.

Asimismo, consideramos, dicho con todos los respetos, contradictoria la opinión del insigne autor. Masot, en relación, por cierto, a la aplicabilidad o no del art. 980 del C.c. en Mallorca, precepto que no tiene parejo alguno en nuestro Derecho histórico, afirmaba en 1979 que sería muy difícil aplicar la doctrina tradicional de las reservas contra los preceptos del C.c., dada la redacción de la D.F. 1ª de la Compilación. ¿Cómo puede el Derecho histórico ser determinante para “lo más” –la subsistencia íntegra de una institución jurídica legislativamente preterida– pero no para “lo menos” –sus concretas normas reguladoras–?

A fuer de ser reiterativos: Si movió al legislador foral la “preocupación de atraer a la Compilación todo lo que el Derecho romano tiene de substantivamente vigente en Mallorca”, y, sin embargo, no se menciona ni de pasada la reserva ordinaria en el concreto articulado, cuando esa “concentración” se ha operado “sobre todo en el campo del derecho positivo sucesorio”, y, encima, como corolario de todo ello, se ordena expresamente la íntegra, absoluta y en bloque sustitución del antiguo Derecho por dicho articulado (D.F. 1ª), considerar que la reserva ordinaria sigue subsistiendo en nuestro Ordenamiento foral, participa más de la naturaleza de un acto de fe que de un razonamiento jurídico, al igual que lo sería decir que sigue subsistiendo en el mismo la rescisión *ultradimidium*.

En fin, el mero hecho de pensar que por corresponderse la reserva con

nuestra tradición jurídica ha de estar vigente, y por ello es aplicable, a falta de regulación foral expresa, el C.c., choca frontalmente con la jurisprudencia de nuestro T.S.J., que expresamente afirma que el fundamento romano de una institución no es suficiente para declarar su actual aplicabilidad. Y a tal aserto jurisprudencial, por cierto, no es extraño al Sr. Masot: lo manifiesta él mismo como Magistrado ponente de la S.T.S.J. de 26 de Enero de 2005: “L’indubtable fonament romà de la institució no ens pot dur a la conclusió que això és suficient per declarar la seva aplicabilitat hic et nunc.”

C.- Creemos que otro tanto cabría decir, sustancialmente, de la opinión del Notario D. Jaime Ferrer Pons. De los textos que ha podido consultar esta parte, no parece que la de la indubitada subsistencia de la reserva ordinaria en nuestro Derecho sea su opinión definitiva. En efecto, de los Comentarios a los arts. 1 á 65 de la Compilación publicados por Edersa, que sepamos, hay dos ediciones: Una de 1980, y otra de 2000.

Tanto en una como en otra, el autor se refería, siguiendo a Pascual González, a la ausencia de regulación en los proyectos de Apéndice y en la Compilación sobre la reserva vidual. En la edición de 1980 (pág. 697), añadía a renglón seguido el Sr. Ferrer un párrafo diciendo que ante el silencio de la Compilación y por el tenor de la D.F. 2^a, consideraba de aplicación las normas del C.c sobre reserva ordinaria, que entronca con los precedentes históricos del Derecho Balear, según decía.

Curiosamente, en la edición de 2000, y, por tanto, posterior a la reforma de 1990, o sea, con el Derecho Mallorquín actualmente vigente, tal párrafo, pura y simplemente, DESAPARECE (pág. 817): ¿Por qué este párrafo, cuya importancia, evidentemente, no es necesario ponderar a los efectos que nos ocupan, ha desaparecido, pura y simplemente, sin más, en la segunda edición? ¿No tendrá alguna relevancia en ello el hecho de la reforma de 1990, con su supresión de la Lex Haec Editali y la remisión expresa en el art. 43 de la reserva lineal, con mantenimiento del absoluto silencio sobre la ordinaria o vidual?

Cabe asimismo citar el más reciente “El Dret Foral de Mallorca”, del D. Raimundo Clar Garau, de 2006, que no hace referencia alguna a la reserva vidual. Siendo las obras de Ferrer y de Clar, obras de Notarios, y, por tanto, de funcionarios especialmente cualificados en lo que al Derecho sucesorio se refiere, que, por su oficio necesariamente han de asesorar a los cónyuges que pretenden instituirse herederos en sus testamentos de la eventual aplicación, si se casan de nuevo, de la reserva vidual, o advertir, con ocasión del otorgamiento de escrituras de partición entre el bínubo y sus hijos sobre dicha aplicación, ¿no resulta cuando menos extraño que, en sus

publicaciones, uno no cite dicha institución para nada, y el otro prescindá, sin más, de la opinión anteriormente manifestada? Lo mismo cabría decir de las Lecciones de Derecho civil Balear, coordinadas por D^a Pilar Ferrer: viendo su índice, no hay ningún epígrafe destinado a las reservas; y, es más, leyendo íntegramente la obra, nada de las reservas se dice. Ya decíamos que la aplicación práctica, general e indubitada, de la figura brillaba por su absoluta ausencia.

D.- Por último, dice recientemente el Prof. Munar Bernat que “habida cuenta de que la reserva clásica es una institución típica de la sucesión romana puede entenderse que forma parte de la tradición jurídica. Si la Compilación no recoge o alude a la institución debe entrar en juego el derecho supletorio que viene conformado por la regulación que de la misma hace el C.c., ...” (pág. 110). Creemos que tal postura, en sus fundamentos y en sus conclusiones, viene suficientemente rebatida por todo lo que se argumenta en el presente trabajo, por lo que no queremos ser innecesariamente reiterativos. No obstante, con todos los respetos para el autor, no podemos dejar de advertir aquí que resulta hartamente significativo que su trascrita opinión la vierta, ni más ni menos, inmediatamente después de, a su vez, transcribir la S.T.S.J de 24-XI-2005, id est, después de constatar, que la tradición jurídica sólo opera en conexión con una norma escrita o consuetudinaria, actualmente en vigor, y resulta evidente –así lo reconoce expresamente el autor– que la reserva no está recogida o aludida en norma escrita foral actualmente vigente alguna, ni resulta acreditado a lo largo de su obra la vigencia consuetudinaria actual de la reserva, por lo que hace revivir esta institución de la sola tradición jurídica romana, contraviniendo, a nuestro entender, el ámbito que la propia jurisprudencia que invoca atribuye a la tradición jurídica.

XIII.- En relación a esto último, precisamente, la referencia que hace Pascual González (pág. 339) al art. 2 del Proyecto de 1949, en el sentido de establecer el Derecho Romano como supletorio, y fundar en ello la posible subsistencia de la reserva en Mallorca, es también incompleta, por cuanto no atiende a lo que literal e íntegramente decía dicho proyectado art. 2:

“Las instituciones, especialidades y singularidades forales o territoriales recogidas en el presente Apéndice se registrarán directa y principalmente por sus preceptos, pero ante el silencio o la insuficiencia de estos, se atenderá supletoriamente a la legislación escrita, sea romana o foral de donde dimanen aquellas, o al uso o a la costumbre cuando se trate de instituciones consuetudinarias, siendo por tanto obligada la observancia de dichas leyes y costumbre como fuente de derecho supletorio de este Apéndice para todas las materias en él recogidas o mencionadas”.

Precisamente, D.^a Pilar Ferrer Vanrell, (págs. 84 y 85 de “Lecciones de Derecho civil balear”, 2003) en relación a la auto-integración mediante la tradición jurídica insular que prevé el art. 1-2 de la Compilación, señala que, con arreglo a los antecedentes históricos consistentes en el transcrito art. 2 del Proyecto de 1949, las leyes y costumbres antiguas se aplicaban como fuente de derecho supletorio “para todas las materias en él recogidas o mencionadas”, lo que significa, como indica la autora, “que no podemos integrar la Compilación mediante la aplicación directa de aquellas instituciones no reguladas en ella –porque no es derecho vigente–, sino en las “recogidas” y “mencionadas””.

Es esta, según entendemos, la opinión que enlaza con la transcrita afirmación del T.S.J. a que nos dirigimos de que el origen romano de una institución y su vigencia en épocas históricas son insuficientes por sí solos para mantener su vigencia “hic et nunc”. Reiteramos en tal sentido, la cita de la S.T.S.J. de 24 Noviembre 2005: “La tradición jurídica, por tanto, sólo puede operar en conexión con una norma, escrita o consuetudinaria, actualmente en vigor.” Y “en esta misma línea, que el fundamento romano de una institución y el hecho de que haya estado vigente en épocas históricas no es suficiente para declarar su aplicabilidad en estos momentos.”

En definitiva, los antecedentes históricos de la norma del art. 1 de la Compilación, remitiéndonos a la tradición histórica, tampoco en nada coadyuvan a la subsistencia de la reserva ordinaria en Mallorca. Por ello dijimos anteriormente, y de nuevo reiteramos, que se interpreta, o se integra, lo subsistente, no las normas o instituciones definitivamente periclitadas.

XIV.- Por otro lado, no puede olvidarse, como se ha adelantado, que la aplicación subsidiaria del C.c. no procede cuando la supuesta laguna o vacío normativo es voluntario. La S.T.S.J. de 3 Septiembre 1998 utilizó este argumento para declarar inaplicable a Baleares el art. 1.320 del C.c., doctrina que ha de traerse a colación aquí, frente al hipotético aserto de la compatibilidad de la reserva ordinaria con el Derecho Balear. Así, decía tal Sentencia que:

*“Se repara, de entrada, en efecto, en la compatibilidad o incompatibilidad de tal artículo con el ordenamiento civil balear; sin, antes, haber constatado **LO QUE VERDADERAMENTE INTERESA Y ES PRIORITARIO: SI EXISTE, O NO EXISTE, UNA LAGUNA O VACÍO A COLMAR QUE JUSTIFIQUE EL RECURSO A UN DERECHO SUPLETORIO**; por tanto, si tal laguna o vacío no existen –y éste es precisamente el caso que nos ocupa–, no hay razón alguna para pensar en Derechos supletorios, ni por tanto para plantearse aquella*

compatibilidad o incompatibilidad. Carece, pues, por ello, de toda virtualidad la argumentación de referencia.”

Y en fin, con la naturaleza misma del Derecho civil balear como Ordenamiento jurídico propio en sentido estricto, tal como indicaba dicha Sentencia:

“En tal perspectiva, adquiere enseguida especial protagonismo la realidad de lo que es y lo que significa el Derecho Civil de Mallorca, y en general los Derechos Civiles especiales que coexisten con el denominado Derecho Común en diversas regiones de España: En este aspecto, está ya totalmente aclarado que tales Derechos especiales –llamados también forales– no representan normas de carácter excepcional dentro de un régimen de Derecho Común, ni responden a situaciones privilegiadas o particularís –tas –como algún sector de la doctrina, p. ej. De Castro, pretendió considerarlas sino que constituyen un Derecho propio, independiente del sistema del Código Civil, el cual por tanto no representa frente a ellas un principio general, sino algo perfectamente extraño, en tanto no haya de actuar como supletorio.

...

En el mismo sentido se pronuncia la “Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares” promulgada por Ley de 19 de Abril de 1961 y modificada tras la entrada en vigor de la Constitución– por la Ley de 8/1990 de 6 de Septiembre, cuando en la Exposición de Motivos de esta última disposición se afirma rotundamente que “los Derechos Civiles de las distintas regiones o nacionalidades no suponen un Derecho constituido por normas de excepción frente a las del Código Civil, sino sencillamente un Derecho distinto: Son el Derecho Común de vigencia prioritaria en sus respectivas circunscripciones territoriales”. Razón por la cual, muy consecuentemente, en el primero de los artículos del Texto Refundido de dicha Compilación (aprobado por D.L. 79/1990 de 6 de Septiembre) se afirma y proclama la preferencia absoluta del Derecho Civil propio de las Islas Baleares con respecto al Código Civil y demás leyes estatales, en el territorio de la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.”

XV.- Lo anterior engarza necesariamente con el carácter completo y complejo de nuestra regulación sucesoria.

El T.S.J., especialmente en su sentencia de 3 de Septiembre de 1998,

sobre la no aplicabilidad a Baleares del art. 1320 del C.c, dice en especial que:

“Hay que concluir, pues, en relación con las cuestiones planteadas en el anterior fundamento de Derecho (...), que, ante la existencia de una Ley –la Compilación de Derecho Civil de Baleares– que es la aplicable al supuesto fáctico planteado, cuyas previsiones aportan la solución legal, completa y adecuada al mismo, no puede ni plantearse la posibilidad de aplicar al caso otra fuente legal distinta: Ni las normas supletorias establecidas en la propia Compilación Balear (a las que sólo podría recurrirse “en defecto de la Ley”, art. 1.3 Compilación); ni, menos, el Código Civil (última norma supletoria), cuya inaplicabilidad, por demás, resulta patente y su el régimen conyugal mallorquín está informado por un principio con fuerza expansiva propia (el principio de separación de bienes); que, en el peor de los casos, sería de aplicación preferente a dicho Código Civil, a efectos de colmar, por la vía de la integración, cualquier laguna detectable en la regulación del caso.”

Si con tres solos artículos, del 3 al 5, debe entenderse que en relación al régimen económico matrimonial, existe una regulación completa, compleja, y armónica, plenamente autointegrable con sus propios principios, con consiguiente exclusión de la aplicación supletoria del C.c.: ¿Cómo no va a entenderse compleja y completa la regulación de las sucesiones, reguladas en los arts. 6 á 53? Téngase presente, en este sentido que con base al carácter completo de la regulación legitimaria de nuestra Compilación, el Auto de 29 de diciembre de 2003 de la Sección 5ª, expresamente dice que:

“... no procede la aplicación supletoria del Código Civil, como pretende la parte demandada-coapelante, en tanto la Compilación Balear cierra el sistema propio que regula las legítimas, en las fases de fijación y de liquidación.

A la luz de lo anteriormente reseñado, se insiste en que la normativa del Código Civil sobre las legítimas no es aplicable, supletoria ni analógicamente en este supuesto (art. 806 a 822), como tampoco lo son los art. 645 (...) y art. 650 y 651, del mismo Texto Legal (...), amén de que en el caso asimismo concurren enajenaciones directas a terceros, y de que las donaciones colacionables son integradoras, junto al “relictum” del caudal hereditario, del que desembocarán los derechos legitimarios, regulados en nuestra Compilación, suficientemente para el inventario, avalúo, liquidación, pago e imputación de los bienes. La remisión a los arts. 15 de la Ley Hipotecaria y a los arts. 839

y 840 del Código Civil, que recoge el art. 48 de la Compilación del Derecho civil de Baleares, es puntualísima y de carácter estática.

El sentido precedentemente expuesto deriva, según destaca este Tribunal, del contenido e interpretación de las Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 12-marzo, 6-mayo y 8-julio de 1993 (...), de la Sentencia de esta Audiencia Provincial de 19-marzo-98, de la Sentencia del TSJ-Baleares de 3-septiembre-98 ...”

Si la normativa del C.c. sobre las legítimas no es aplicable, supletoria ni analógicamente, como tampoco lo son los arts. 645, 650 y 651, del mismo Texto Legal, e incluso que la remisión a los arts. 839 y 840 del Código Civil, que recoge el art. 48 de la Compilación del Derecho civil de Baleares, es puntualísima y de carácter estático: ¿No es también puntualísima y estática (art. 43) la remisión a la reserva lineal, con absoluto olvido de la vidual?

Se ha afirmado que atendiendo a la común finalidad de las reservas –evitar que los bienes de una familia o linaje pasen a otra diferente– y al hecho de que la lineal no tiene origen en el Derecho romano, no es lógico pensar que la Compilación balear no haya querido expresamente regular la reserva ordinaria por considerarla extraña al derecho propio o sin relevancia suficiente para recogerla en dicho texto legal cuando, sin embargo, se remite al C.c. respecto de la reserva lineal, por lo que más bien parece que nuestra Compilación no es ajena al fin común de ambas reservas ya explicado y que lo que existe es una laguna legal que hace legítima la llamada al Código civil. En definitiva, se nos viene a decir que si ambas reservas, lineal y ordinaria, tienen el mismo fundamento, el legislador no pudo lógicamente querer la una sin la otra.

A pesar de lo sugerente y aparentemente convincente del argumento, utilizado por el Juzgador de primera instancia, consideramos que no existe en modo alguno imposibilidad lógica en querer la una y no la otra. ¿Quiere acaso decirse con ello que, por ej., la legislación catalana, que regulaba, tras la reforma operada en ella en 1987, sólo la reserva ordinaria, rechazando la lineal, era una legislación ilógica e irracional? Si el Legislador balear, ante dos instituciones parecidas en su fin, se decide por remitirse a una de ellas y a callar absolutamente sobre la otra, y si, además, tal remisión ha de considerarse puntual, no cabe argüir esa finalidad común para así decir que también se aplica en Baleares la reserva ordinaria: el carácter puntual de las remisiones llama a la regla “inclusus unus, exclusus alterius”, no a la analogía ni a la interpretación extensiva. Lo contrario, a nuestro entender:

A.- Supondría aplicar analógica y/o extensivamente, y sin base legal, normas restrictivas de derechos (“odiosa sunt restringenda”), y la reserva

desde luego lo es para las facultades dispositivas tanto inter vivos como, obviamente, mortis causa del reservista.

En efecto, la jurisprudencia señala el carácter restrictivo que debe presidir la interpretación en materia de reservas: Así, en relación al Derecho catalán, de obvia idéntica raíz romana, como el nuestro, dicen las ya mencionadas SS. de la A.P. Barcelona de 6/9/2004 y de 14/12/2007 que: “..., en qualsevol cas, en tant suposen d’alguna forma una alteració del decurs normal del procés successori i per tant, com a normes de caràcter més aviat excepcional, són d’aplicació i d’interpretació restrictiva.” Las leyes excepcionales no son susceptibles de interpretación extensiva ni analógica (art. 4.1 C.c.). El propio Sr. Masot admitía expresamente que “las reservas deben ser objeto de un trato legal restrictivo, por suponer limitaciones a la facultad de testar, y consiguientemente a la libertad de la persona” (pág. 632).

B.- Es más, si queremos utilizar de todos modos la analogía, la reserva ordinaria no es, históricamente, instituto parejo a la reserva lineal, que, sin antecedentes históricos directos e inmediatos, fue “inventada” por el C.c., sino, como mantenemos, a la L.H.E., con su común rémora a las nuevas nupcias. Es con ésta, pues, y no con la reserva troncal o lineal, nacida con el C.c., con la que ha de hacerse la comparación. Recordemos que la remisión expresa al art. 811 del C.c. que hace el art. 43 no procede de la redacción originaria de la Compilación, sino de la reforma de 1990.

Es más, como dijimos, aunque se considerara a los efectos dialécticos que la reserva ordinaria debía en principio tenerse por vigente con la Compilación de 1961 por aplicación supletoria del C.c., tras la reforma de 1990, en que la limitación de la Lex hac edictali se suprime por considerarla injusta, inadecuada a las circunstancias actuales y por su posible inconstitucionalidad, difícilmente puede entenderse que ese mismo legislador quería la aplicación en Baleares de una institución aquejada por los mismos males, cuando pudiendo, sólo hace mención de la reserva a lineal del 811, callando por lo que se refiere a la reserva vidual.

XVI.- Tampoco creemos que sea esencial el argumento de que el art. 53 de la Compilación remite en cuanto a la sucesión intestada a lo dispuesto en el C.c., y en éste la reserva vidual se halla situada en sede de “disposiciones comunes a la sucesión testada y a la intestada”. Consideramos que entender aplicable a Mallorca la reserva ordinaria supone infracción del citado art. 53, pues supondría aplicarlo indirectamente, dándole un alcance que no tiene:

A.- En efecto, y en primer lugar, habrá que determinar el alcance de la remisión de la Compilación al C.c.

Es harto significativo que la Profesora D^a Francisca Llodrá, en las “Lecciones de Derecho civil Balear” (pág. 464) expresamente nos dice, la tratar de la sucesión intestada en Mallorca, que: “la regulación de la institución es: 1) En primer lugar las normas del C.c. español reguladoras de la sucesión intestada vigentes en el momento de la revisión de la Compilación, o sea, en 1990 (arts. 912 á 958)”. Es decir, según la autora, la remisión normativa es a los Capítulos III (arts. 912 á 929), sobre “Disposiciones generales” y IV (929 á 958) sobre “Del orden de suceder según la diversidad de líneas”, ambos del Título III del Libro III del C.c, pero no al Cap. V, sobre “Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él”, capítulo en que se regula la reserva vidual, pero también otras materias, como el derecho de acrecer (arts. 981 y ss.).

Ello tiene, a nuestro entender, su lógica. Lógica histórica, y lógica de Derecho positivo.

Lógica histórica, pues es bien conocida la polémica que despertó en las regiones forales, y, por tanto, también en Mallorca, la jurisprudencia sentada a partir de la S.T.S. de 13 de Diciembre de 1919 sobre la aplicación general a toda España de la sucesión intestada regulada en el C.c, basándose en que las normas forales al respecto habían sido sustituidas por la Ley de Mostrencos de 1835, ley de general aplicación en todo el Reino, y, a su vez, ésta había sido sustituida por el C.c. mismo. Pues bien: ésta aplicación general del C.c. se refería sustancialmente al orden de los llamamientos sucesorios (así lo dice la referida profesora al resumir los argumentos de la citada Sentencia: “la ley de Mostrencos estableció en su art. 2º un nuevo orden de suceder abintestato), pero no necesariamente a las disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada. Si desde 1919 rigiese íntegramente en todo el territorio nacional toda norma referida a la sucesión intestada contenida en el C.c., se hubiera aplicado desde esa misma fecha en Mallorca el C.c. tanto en relación al derecho de acrecer como a la reserva vidual, quedando derogado el Derecho foral en cuanto a estas instituciones. Que ello no era así lo demuestra el propio Pascual González, quien en 1951, no obstante admitir que la sucesión intestada se regulaba por entonces en Mallorca por el C.c. a tenor de aquella jurisprudencia (pág. 402), ello no le impide dedicar diez páginas de su obra (330 á 340) a la reserva ordinaria, diciéndonos (págs. 337-338) bajo el epígrafe “Derecho vigente en Mallorca”, como hemos visto, que se regía por aquellas fechas, no por el C.c., sino por el Derecho justiniano, como acreditaban las ya citadas sentencias de la Audiencia de 1882, y, en especial, la del Juzgado de Inca de 1940, veintitún años posterior a la citada sentencia de 1919. Asimismo, no le impidió tampoco dedicar, en sus páginas 348 y ss., un íntegro epígrafe al “Derecho de acrecer según la legislación romana vigente en Mallorca”, bajo el cual no hay referencia alguna al C.c., y sí, en cambio, a la expresa regulación de ese derecho en los proyectos de Apéndice, transcribiendo los correspondientes

arts. del de 1920, que en su literalidad, regulan tanto ese derecho en relación a ambas sucesiones.

Y yendo a la lógica del Derecho positivo, ésta es conforme a los citados antecedentes históricos. Por un lado, la Exposición de Motivos de la ley de reforma de 1990, dice expresamente, en relación al alcance de la remisión operada por el art. 53, que: “superado el intento de reintroducir el Derecho romano justiniano por el proyecto de 1949, es evidente y no se ha considerado conveniente cambiar de criterio, habida cuenta del arraigo de la solución jurisprudencial y los casi treinta años de aplicación de la Compilación. En este sentido el art. 53 proyectado hace suyo el orden sucesorio intestado establecido en el citado Código civil ...” Y que esa remisión del art. 53 sólo es al orden de llamamientos lo revela el art. 24 párrafo 2º de la Compilación que dice expresamente que “sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior y en el último del art. 42, el derecho de acrecer se regirá por los preceptos del Código civil”, precepto superfluo si se entendiera que la tan reiterada remisión del art. 53 incluía también necesariamente la remisión a la regulación del acrecimiento en el Código. Por tanto, hay que atender a cada instituto jurídico en su individualidad y especificidad, que no indiscriminadamente a bloques normativos, y por ello, la remisión del art. 53, no implica necesariamente la aplicación de la reserva del C.c. en Mallorca.

B.- Esto último está en relación con que las remisiones normativas al C.c. que pueda operar la Compilación no alteran el sistema de fuentes que la misma establece, con prevalencia absoluta del Derecho foral, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del T.S.J. De esta forma, la remisión genérica al C.c. en materia de intestada no supone abdicación de la aplicación absolutamente prioritaria de la normativa balear, por lo que se mantiene la exclusión de las normas de Derecho común, si el supuesto vacío o laguna no es tal, sino manifestación de una voluntad de excluir determinada figura o norma, además, obviamente, de no poder aplicar las normas del C.c. que abiertamente contravienen los preceptos y principios de la Compilación.

Concretamente, de seguir a pie juntillas la postura contraria, resultaría que tan balear es la norma del art. 7 de la Compilación, que impone la incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada, como el art. 912-2 y el art. 968 C.c., que presuponen todo lo contrario. De seguir, asimismo, aquella postura, resultaría que tan balear es la norma del art. 42 in fine de la Compilación, que dice que la porción del legitimario que no haya de satisfacerse no pasa a los colegitimarios sino que engrosa la parte de libre disposición, como la contraria que se deduce del art. 985-2 C.c.

En definitiva, si la remisión al C.c. es a un art. concreto (como es el

caso del art. 43 a los arts. 811 y 812) es claro, en tesis de principio, que ese concreto art. del C.c. al que se remite es aplicable; pero si se hace a un bloque normativo, como es el caso del art. 53, no puede decirse sin más que todo ese bloque normativo sea aplicable indiscriminada y acríticamente.

De esta forma de argumentar es prueba, por ej., la S.A.P., Sección Tercera de nuestra Audiencia Provincial, de 24 de Diciembre de 2002: la remisión en bloque al C.c. como Derecho supletorio que opera el art. 55 de la Compilación en materia de censos, alodios y otros derechos de naturaleza análoga, no impide afirmar a la Audiencia, por las razones que expone –esencial y precisamente, la aplicabilidad absolutamente preferente del Derecho propio frente al derecho común–, que no son de aplicación a la redención de los censos los requisitos previos previstos en el artículos 1.609 y 1.610 del Código Civil, aparentemente aplicables por la citada remisión genérica al mismo.

C.- En línea con lo anterior, si lo que se trata de dilucidar consiste en si se aplica la reserva ordinaria a Mallorca, el único precepto compilado que se refiere a las reservas es el art. 43.

Por ello, en la materia que nos ocupa, el art. 43 es *lex specialis* respecto del genérico 53, de manera si el legislador balear, pudiendo, contempló en 1990, al redactar el primero, sólo la lineal, es que ha excluido la ordinaria.

D.- Además, no coadyuva a la tesis de la vigencia de la reserva ordinaria en Mallorca el que la mención del art. 43 al art. 811 de la Compilación zanje la polémica sobre la aplicabilidad en Mallorca de la reserva lineal, pues la existencia misma de esa polémica demuestra, efectivamente, que no por la mera remisión de los arts. 51 de la Compilación del 61 y el vigente 53 de la del 90 se debía tener por automáticamente vigentes en Mallorca todas las normas del C.c. sobre la sucesión intestada. En efecto, si el art. 53 de la Compilación como el 51 de la anterior remiten a la sucesión intestada del C.c., éste, en dicha sede, concretamente en el art. 942 (art. 938 de su redacción originaria), ya dice que: “Lo dispuesto en esta sección –sobre la línea recta ascendente– se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los arts. 811 y 812, que es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria”.

Por tanto, si la aplicabilidad a Mallorca de los citados arts. 811 y 812 resultare ya de la remisión en bloque a la sucesión intestada del C.c., y, por tanto, a su art. 942, el art. 43 in fine de la Compilación resultaría un precepto sin sentido; y si el intérprete no puede presumir que el legislador establece normas superfluas, este último precepto no puede tener otro sentido que establecer taxativamente, y fuera de toda duda, los supuestos en que las reservas y las reversiones son aplicables a Mallorca.

XVII.- Tratando de resumir los anteriores argumentos, cumple reseñar: Que la reserva ordinaria existió en el Derecho histórico mallorquín, y por ello, constaba entre las figuras jurídicas entre las que el legislador debía verificar la criba o selección para su mantenimiento o su supresión; al no haberse hecho mención de ella ni en los textos prelegislativos (proyectos de Apéndice), ni en los definitivamente vigentes (Compilaciones de 1961 y 1990), debe entenderse que la figura decayó, y al haber sido excluida de propósito y considerarse jurisprudencialmente, además, que la mera existencia histórica de institutos jurídicos no da pie por sí solo a su mantenimiento actual, no cabe aducir la tradición jurídica insular, ni su trasunto de la “iuris continuatio”, ni mucho menos la aplicación supletoria del C.c., de forma que si así se opera, se transgreden tanto el art. 1º del C.c., como la D.F. 1ª del C.c. en materia de fuentes vigentes, entre las que se incluyen los principios del Derecho balear, esencialmente recogidos en los arts. 7, 14 y 16 sobre la incompatibilidad entre los diversos tipos de sucesión, la necesidad de institución hereditaria, y su perpetuidad, así como el efectivo alcance de la remisión a la normativa del C.c. sobre sucesión intestada que opera el art. 53 de la misma Compilación vigente, que suprime, en su actual redacción, figuras correlativas a la reserva ordinaria, cual es el caso de la llamada Lex Hac Editali.