

## VIII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO

### SISTEMA LEGITIMARIO DE LAS ILLES BALEARS

*Es una satisfacción para la Academia publicar en el presente Boletín el informe que ha elaborado la Comisión Académica de Derecho privado sobre nuestro sistema legitimario, ya que sabido es que pocos temas jurídicos son tan debatidos como los que hacen referencia a las legítimas, El informe fue elaborado por la Comisión Académica de Derecho privado, a partir de unas ponencias y comunicaciones de las que fueron autores los Académicos Jaime Ferrer –en la parte que concierne a Mallorca–, Josep María Quintana –en lo que respecta a Menorca– y José Cerdá y Bernardo Cardona –en lo que referencia hace a Eivissa y Formentera–. Con ellos han participado en las sesiones de la Comisión Eduardo Martínez-Piñeiro, Tomás Mir y Miquel Masot, quien ha coordinado los trabajos. El informe de la Comisión se sometió después al parecer de todos los Académicos, recogándose nuevas e interesantes aportaciones, siendo después presentado al Presidente del Govern Balear, a la Presidenta del Parlament y a la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear. Todos ellos expresaron su interés por el trabajo presentado, si bien esta última institución manifestó estar trabajando actualmente en un proyecto de ley de reforma del régimen económico matrimonial, por lo que resultará obligado posponer para más adelante los temas sucesorios, en los que, evidentemente, se tendrá muy en cuenta este informe.*

## I.- INTRODUCCIÓN

La Comisión interna de Derecho privado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears quiere expresar, ante todo, su agradecimiento al Académico Sr. Ferrer Pons por su amplia y acertada ponencia en la que examinaba, con su proverbial conocimiento de causa, el planteamiento general del tema y el sistema legitimario de Mallorca. Las múltiples cuestiones sugeridas por su ponencia propiciaron, en el seno de la Comisión, un vivo e intenso debate, en el cual se expusieron múltiples opiniones, que se insertaron después en la misma ponencia, enriqueciéndola y dotándola aún de mayor extensión. Pero, evidentemente, este tratamiento amplio del sistema legitimario mallorquín no habría sido posible de no haberse contado con la base inicial que suponía la ponencia del Sr. Ferrer Pons.

Por lo que respecta a Menorca y Eivissa y Formentera, se realizó el estudio de su sistema legitimario en base a unas comunicaciones de los Académicos Sres. Quintana –en el caso de Menorca– y Cardona y Cerdá –en lo relativo a Eivissa y Formentera–. El resumen de dichas comunicaciones aparece en los apartados 2 y 3 del título III de este estudio, dedicados a los libros II y III de nuestra Compilación. Una vez estudiadas las mismas en el seno de la Comisión, se adoptaron los acuerdos que se expresan a continuación de los resúmenes.

La Comisión quiere expresar su agradecimiento a los autores de dichas ponencia y comunicaciones que, con sus acertados planteamientos y sugerencias, han facilitado el camino para la elaboración de este informe, sobre los siempre vivos y discutidos temas relativos a las legítimas.

## II.- PLANTEAMIENTO

La Compilación balear dedica la mayor parte de su articulado a las relaciones patrimoniales dentro del matrimonio y a la sucesión “mortis causa”. La Comisión asesora de Derecho civil está ultimando la modificación del título I del libro primero (del régimen económico conyugal) y parece lógico que su siguiente tarea sea abordar el estudio de las sucesiones. Y dentro de esta materia es innecesario resaltar la importancia de las normas que regulan el sistema legitimario, que, en algún momento de su vida, afectan a casi todas las personas. Por ello, quizás sea la primera institución que conviene examinar. En un concreto aspecto de su total contenido, la ley balear 3/2009 ya se ha referido a las legítimas.

En la línea de trabajo iniciada con su propuesta de inclusión en la Compilación de disposiciones contenidas en la ley 41/2003, parece que la Academia no puede estar ausente de esta labor, aportando su visión

respecto al enfoque y alcance de la posible modificación, teniendo en cuenta la controversia doctrinal originada en materia de legítimas, lo que hace no sólo aconsejable, sino exigible, su intervención.

La primera cuestión que este trabajo plantea es la relativa a su alcance. La Comisión asesora de Derecho civil, como hicieron las dos anteriores, sólo ha entrado en el estudio del régimen económico matrimonial contenido en el libro primero. Y de todos es sabido que la regulación legitimaria se contempla en el libro primero, arts. 41 a 51 (para Mallorca y Menorca, con exclusión en esta última de la definición) y en el libro tercero, arts. 79 a 83 (aplicables en Eivissa y Formentera). Lo deseable sería que una reforma o actualización en materia de legítimas contemplara toda la normativa relativa a la misma en la Compilación. Ésta ha sido la solución en la ley 3/2009 que, al introducir unas causas de desheredación en la Compilación, ha modificado artículos en los libros primero y tercero.

Otra cuestión a tener en cuenta es si la reforma debe limitarse a aspectos puntuales de ineludible modificación o debe tener un carácter más amplio. Es la misma duda que se planteó la Comisión compiladora de la ley de reforma de 1990. Esta decisión condicionará el alcance del informe definitivo de la Academia.

Quizás lo deseable sea una modificación no limitada, pero este enfoque tiene el inconveniente de ser mucho más laboriosa, lo que dilata el tiempo de su preparación, desembocando, en ocasiones, en una consecuencia no deseable: que se malogre el trabajo de reforma por cambios personales en la composición de Comisiones y/o de órganos de decisión. Es más, una reforma de máximos del sistema legitimario exigiría el mismo enfoque para el resto del régimen de sucesiones, y el resultado no deseable sería inevitable.

Por ello quizás sea más aconsejable una revisión menos profunda de todas las instituciones actualmente contenidas en la Compilación e incorporar otras nuevas.

### **III.- EXAMEN DE CONTENIDOS**

#### **1.- LIBRO I MALLORCA**

##### **A.- LEGITIMARIOS**

Son suficientemente conocidas las tesis contrarias al mantenimiento de las legítimas. Sin embargo no parece pueda plantearse su supresión absoluta, sobre todo teniendo en cuenta el contenido de las disposiciones del Código civil y de las leyes sucesorias de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, así como los argumentos que abonan por su mantenimiento, los cuales es innecesario reproducir una vez más al ser sobradamente conocidos.

### **a.- Legítima de descendientes**

Regulada en el Código civil y en todas las Compilaciones, si bien en la de Aragón se fija una legítima colectiva, pero no legítimas individuales, ya que puede dejarse a cualquier descendiente, y en la de Navarra, se establece una legítima formal (cinco sueldos febles y un robada de tierra en los montes comunes). En conclusión, parece evidente que esta legítima debe mantenerse. Es un argumento a su favor el hecho de que, en nuestro Derecho, la legítima a favor de los descendientes es una legítima corta, ya que el descenso de la natalidad ha determinado la práctica desaparición de la cuota legitimaria de la mitad, la cual exige la concurrencia de cinco hijos.

### **b.- Legítima de ascendientes**

No acreditan legítimas en Navarra y Aragón. Sí en las restantes Compilaciones y en el Código civil. En Baleares, la ley de reforma de 1990, rectificando el proyecto de la Comisión compiladora, que se refería a padres y ascendientes, la limita a los padres. Es una legítima rechazada por muchos juristas, en base a variados argumentos.

¿Es oportuno plantear la supresión de esta legítima? Se ha dicho que no es aceptada de buen grado por los causantes (descendientes), como ocurre en la mayoría de los supuestos de limitaciones a una parcela de la libertad y toda legítima consiste en esto exactamente. También parece un aspecto a tener en cuenta las soluciones, ya indicadas, en las legislaciones civiles españolas. Y, finalmente, reconocida la legítima de los descendientes, quizás no debe olvidarse el principio de reciprocidad. Principio que sí tiene en cuenta el art. 451.4 de la ley 10/2008 de 10 de Julio de Catalunya, que no sólo reconoce legítima a favor de los padres, sino que la fija de igual cuantía que la de los descendientes: una cuarta parte.

Sin embargo, no ha faltado quien se haya pronunciado, en el seno de la Comisión académica que ha estudiado el tema, por la total supresión de esta legítima, por entender que la misma plantea muchos problemas en caso de concurrencia, en una misma sucesión, de ascendiente y cónyuge viudo, en los casos –bastantes frecuentes– en que el caudal hereditario se reduce a la vivienda habitual del causante, en cuyo supuesto el pago de la legítima del ascendiente exige la atribución al mismo de una cuota de copropiedad de dicha vivienda. Además, se considera que las prestaciones sociales que reciben generalmente las personas de avanzada edad –y, en su caso, los alimentos que pueden percibir de parientes obligados a ello– son suficientes para cubrir sus necesidades, sin que sea preciso atribuirles una legítima.

### **c.- Legítima viudal**

Con enfoques diferentes, casi todas las legislaciones de nuestro país regulan atribuciones legales a favor del cónyuge viudo. En Mallorca y Menorca gozan de aceptación casi unánime, y esto lo reflejó la ley de

reforma de 1990. El tema de la legítima viudal en Eivissa y Formentera se estudiará al tratar del libro III de la Compilación.

Los miembros de esta Comisión académica son partidarios del mantenimiento de la misma. Sin embargo, hay que dar cuenta de que se ha hecho llegar a esta Comisión la opinión de un respetado Académico que propone la sustitución de la legítima viudal por un derecho de alimentos, a satisfacer al cónyuge viudo y a cargo de los herederos del premuerto, institución que, dada su peculiar naturaleza, encontraría mejor encuadre dentro del Derecho de familia que en el de sucesiones. Estos alimentos vendrían a ser una atribución “ex lege”, basada en la relación matrimonial y en la consiguiente convivencia que la misma supuso.

Centrándonos en el art. 45, el mismo precisa unos retoques, fundamentalmente de carácter técnico.

No tiene sentido mantener, en el párrafo 1º del mismo, las palabras “salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto”, porque la ley 15/2005 de 8 de Julio ha eliminado la separación causal, no pudiéndose contener, en las sentencias de separación, declaración sobre quien sea el consorte que ha dado lugar a la misma con su conducta. Igualmente, en la separación de hecho es absurdo que, para la determinación de si el sobreviviente tiene o no derecho a legítima, el Tribunal tenga que analizar las conductas de los consortes separados para tratar de deducir –lo cual no deja de ser una probatio diabólica– cual de los cónyuges fue, en definitiva, el culpable de la separación. No puede olvidarse que, en el Ordenamiento jurídico actual, la separación matrimonial viene configurada como una facultad de los cónyuges, sin necesidad de causas que la justifiquen, según nos recuerda la interesante sentencia 2/2209 de 27 de Julio de la Sala Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia.

El párrafo 2º del precepto nos dice que “interpuesta la demanda de separación o aprobada la reconciliación, se estará a lo prevenido en el art. 835 del Código civil”, el cual, en la redacción vigente al aprobarse la Compilación de 1990, señalaba que “cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación el sobreviviente conservará sus derechos”. Este artículo del Código civil fue modificado por la ley 15/2005 de 8 de Julio, que suprimió la primera frase, centrándose sólo en la reconciliación.

Sabido es que la disposición final 2ª de la Compilación sanciona el carácter estático de las remisiones, por lo que hay que entender la misma hecha al texto vigente al aprobarse la Compilación de 1990. Pero no puede olvidarse que la mencionada ley 15/2005 de 8 de Julio ha entronizado la separación no causal; y, en base a ello, no tiene sentido “esperar al resultado del juicio” si durante el mismo fallece uno de los esposos, ya que, en tal caso, la sentencia no podría declarar la separación de un matrimonio

que no existe ya al haber fallecido uno de los cónyuges, y, de otro lado, no podría tampoco atribuir la separación a la conducta de uno u otro cónyuge, al haberse configurado la petición de separación como una mera facultad no relacionada con la situación del matrimonio. La práctica de los Juzgados de Familia nos muestra que los procedimientos de separación se archivan inmediatamente de tenerse noticia del fallecimiento de uno de los cónyuges.

Por lo tanto es procedente eliminar las palabras “se esperará al resultado del juicio”. Pero debe tenerse en cuenta, además, que el texto del art. 835 Cc anterior a la reforma de la ley 15/2005 de 8 de Julio no deja de presentar inconvenientes: la palabra “perdón” es un concepto extrajurídico y su utilización en un precepto legal puede producir inconvenientes; y, por otra parte, la reconciliación –tal como la configura hoy el art. 84 Cc– exige su comunicación al Juez que entienda, o haya entendido, del procedimiento de separación para surtir efectos jurídicos. Lo cual es totalmente lógico, pues si la reconciliación determina la recuperación del derecho a la legítima viudal, es natural que se exija su constancia fehaciente.

Por todo ello, creemos que el actual párrafo 2º del art. 45 Comp. debería ser sustituido por el siguiente texto: “si entre los cónyuges separados hubiere mediado reconciliación, debidamente notificada al Juez ante el que se estuviere tramitando, o se tramitó, el procedimiento de separación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

## B.- CUOTAS

La legítima de los descendientes, variable según el número de hijos conforme a la solución justiniana, parece debe mantenerse. Por su origen y ser caso único en el Derecho civil español. De todas formas, es oportuno señalar –tal cual antes se ha anticipado– que el descenso de la natalidad ha determinado una práctica desaparición de la cuota legitimaria de la mitad.

En el supuesto de mantenerse la legítima de los padres, ¿debe reducirse?. Es una solución que no deja de resultar interesante, si bien conviene recordar que en la ley de reforma del 90 ya pasó de la tercera a la cuarta parte. Ya se ha indicado la solución catalana y parece innecesario recordar la que establece el Código civil, que es la del art. 79 Comp.

De todos modos, y en la vía de la reducción antes indicada, ha merecido general aceptación, en el seno de la Comisión académica, la posibilidad de reducción a la mitad de esta cuarta parte, en caso de ser sólo uno el padre que sobreviva al descendiente causante de la sucesión. En tal supuesto, el precepto debería expresar que constituye la legítima de los padres la cuarta parte del haber hereditario si ambos concurren a la sucesión del hijo; de haber fallecido uno de ellos, el padre sobreviviente tendrá derecho, en concepto de legítima, a una octava parte del haber hereditario.

Por lo que respecta a la cuota viudal usufructuaria, en el seno de la Comisión académica se han apreciado tres tendencias.

En primer lugar, el mantenimiento de la situación actual, recordando que ya la ley de 1990 incrementó sustancialmente la cuota viudal usufructuaria.

En segundo lugar, proceder al incremento de la misma, dentro de cuyo supuesto se barajan distintas posibilidades: establecer una cuota usufructuaria sobre dos tercios de la herencia en todo caso de concurrencia con legitimarios –sean descendientes o ascendientes, aunque en caso de concurrencia con cinco o más descendientes no dejaría de producirse una colisión– y usufructo universal en los demás supuestos; también cabe la concesión, en todo caso, al cónyuge viudo del usufructo universal de la herencia, e incluso, la atribución al mismo de una cuota en propiedad. Estos criterios se basan en el hecho de que, en la inmensa mayoría de testamentos, el testador confiere al cónyuge viudo el usufructo universal, reforzándolo, en caso de concurrencia de legitimarios, con la cautela socini, lo cual muestra su evidente deseo de favorecer al cónyuge viudo.

Finalmente un sector minoritario ha apuntado la posibilidad de mantener la cuota legalmente establecida en caso de concurrencia con descendientes y con ascendientes, pero eliminar el usufructo universal, estableciendo que, en caso de concurrencia con no legitimarios, la cuota usufructuaria sería de 3/4 de la herencia. Esta consideración se basa en que el sistema actual puede dar lugar a situaciones injustas cuando el causante deja cónyuge viudo joven e instituye heredero a otro familiar, con la consecuencia de que éste no podrá generalmente llegar a disfrutar nunca de la herencia, por usufructuarla una persona de su misma edad. Es indudable que de esta manera no se respeta la voluntad del causante, pues no hay que olvidar que éste no instituyó heredero al cónyuge viudo sino a otra persona; y no puede olvidarse, por otra parte, que la legítima no deja de ser una restricción a la libertad de testar, que no puede ampliarse hasta el punto de hacer casi ineficaz la disposición testamentaria a favor del familiar designado heredero. En definitiva, si el usufructo viudal pasa, en estos casos, a las 3/4 partes de la herencia, se llega a una solución similar a la de la *lex falcidia*, quedando así para el heredero una cuarta parte de la herencia, que puede pasar a poseer de manera inmediata.

### **C.- DESHEREDACIÓN Y PRETERICIÓN**

La ley de reforma fijó, con todo detalle, los efectos de la preterición, en sus dos modalidades de intencional y errónea. No obstante parece necesario una precisión respecto al párrafo segundo del art. 46, que se refiere a “la preterición no intencional de hijos o ascendientes legitimarios”; la propuesta de la Comisión fue otra: “la preterición no intencional de hijos o descendientes legitimarios...”. En el texto castellano de la ley se sustituyó “descendientes” por “ascendientes”. Ello no puede interpretarse como una eliminación de los descendientes, sino como una ampliación a los ascendientes. Pero es una interpretación forzada, ya que si bien todos los

descendientes, del grado que sean, pueden resultar llamados como legitimarios, respecto a los ascendientes únicamente lo son los padres, o sea los de primer grado (art. 41). Así lo establece la ley de reforma, modificando el criterio de la Comisión compiladora, como se ha indicado. Parece evidente que estamos ante un error del legislador, que exige una subsanación. Y lo lógico es que sea volviendo al enfoque de la Comisión compiladora, pues no puede olvidarse que en el texto catalán se habla de “preterició no intencional de fills o descendents legitimaris”, lo cual acredita que la inexactitud del texto castellano ha sido consecuencia de un error material.

También podría introducirse un apartado que precisara cuando un legitimario se considera preterido, extremo que la Compilación no recoge, ya que únicamente se refiere a sus efectos. En este sentido, podría considerarse preterido al legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima, o que resulte imputable a ésta, y tampoco lo ha desheredado.

Respecto a la desheredación injusta el mismo art. 46 regula sus efectos, sin establecer las causas de desheredación. La ley 3/2009 ha colmado esta laguna, añadiendo un art. 7 bis a la Compilación, si bien la falta de precisión de dicha ley no deja de presentar algunas dudas y mostrar insuficiencias.

Señala en efecto dicha ley las causas de indignidad (art. 7 bis.1), para establecer a continuación, en el apartado 3, que estas causas de indignidad son también justas causas de desheredación. Entonces la primera duda que se plantea es si la ley autonómica ha dejado sin efecto las causas de desheredación establecidas en los arts. 852 a 855 del Código civil. La respuesta afirmativa sería de graves consecuencias, ya que resultarían eliminadas justas causas de desheredación de las previstas en el Código civil, como son haber negado los alimentos, haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales o haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra (sin que haya existido condena en sentencia firme); y ello es así porque el art. 7 bis de la ley autonómica configura unas causas de indignidad derivadas casi exclusivamente de juicios o condenas penales.

Por ello hay que concluir que siguen subsistiendo las causas de desheredación del Código civil, lo cual puede deducirse de la remisión que al mismo se efectúa en el apartado 4 del art. 7 bis de la ley autonómica, al disponer que “en todo lo demás se aplicará supletoriamente el Código civil”. De todas formas debe lamentarse la técnica legislativa empleada, que ha introducido confusión en esta delicada materia.

Además, se estaba en la ocasión propicia para introducir, como causa de indignidad y desheredación, la de aquellos familiares, con derecho a la herencia de una persona con discapacidad, que no hubiesen prestado al mismo las atenciones debidas, considerando como tales el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como la educación e instrucción posible.



E igualmente, sería plausible introducir, como causa de desheredación, otras figuras establecidas en el Derecho comparado, como la que considera como tal la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario si es por causas exclusivamente imputables a éste. Aunque la apreciación de estas situaciones puede derivar en juicios, siempre será preferible acudir en auxilio de quienes, con ocasión de testar, no dejan de manifestar al Notario su estupor ante el hecho de tener que dejar una legítima a un descendiente que ha “pasado” olímpicamente de ellos.

La regulación de la desheredación parece suficiente, al establecer causas y efectos de la desheredación injusta; aunque podría ampliarse a:

- requisitos (en testamento o codicilo, con expresión de causa y designación nominal).
- no parcial ni condicional.
- perdón y reconciliación.
- impugnación.

En este sentido, parecen sumamente acertadas algunas normas que sobre el particular suministra el Derecho comparado. Y así, podría establecerse que la desheredación debe hacerse en testamento, codicilo o pacto sucesorio y requiere la expresión de una de las causas establecidas en el art. 7 bis.1 de la ley de 21 de Abril de 2009 o en los arts. 853, 854 y 855 del Código civil; aunque, para evitar remisiones, sería preferible mencionar estas causas, que serían las que a continuación se relacionan.

En lo que respecta a la desheredación de hijos y descendientes, haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda y haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. En cuanto a las justas causas para desheredar los padres y ascendientes, haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo, haber abandonado, prostituido o corrompido a sus hijos y haber atentado uno de los padres contra la vida del otro si no hubiera habido entre ellos reconciliación. Y serían justas causas para la desheredación del cónyuge el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, haber negado los alimentos a los hijos o al otro cónyuge, y haber atentado contra la vida del cónyuge testador si no hubiera mediado reconciliación.

De esta manera quedarían perfectamente fijadas, sin posibles dudas, las causas que pueden dar lugar a la desheredación, evitando confusionismos que no son procedentes en una materia tan delicada.

Por otra parte, es obvio que la desheredación no puede condicionarse a ningún evento ni ser tampoco parcial, debiendo considerarse ineficaz la desheredación si viene acompañada de circunstancias que la condicionan o limitan. Ello se considera preferible a tenerlas por no puestas, pues supondría dar validez a una declaración tan grave como la desheredación sin respetar plenamente la voluntad del desheredante.

En cuanto a la posibilidad de reconciliación y perdón, es preciso que este último haya sido concedido en escritura pública, mientras que la reconciliación debe deducirse de actos ciertos e indudables; tanto la reconciliación como el perdón dejan sin efecto la desheredación, siempre que sean posteriores a la desheredación; curiosamente el art. 451.19 de la ley catalana 10/2008 de 10 de Julio manifiesta ser indiferente que la reconciliación o el perdón sean anteriores o posteriores a la desheredación, sin embargo no acaba de parecer lógico que puedan ser anteriores a aquella.

Por lo que respecta a la impugnación de la desheredación podrían ser de aplicación las reglas procesales expresivas de que, en caso de impugnar el legitimario la desheredación alegando inexistencia de causa, la prueba de que ésta existía corresponde al heredero; en cambio si el legitimario alega reconciliación o perdón, sobre él recaerá la carga de la prueba de haberse producido los mismos.

En cuanto al plazo de ejercicio de la acción de impugnación de la desheredación, parecería lógico –por similitud con lo dispuesto en el art. 7 bis.2 de la ley balear de 21 de Abril de 2009– que se esté ante un plazo de caducidad y que sea de cinco años contados desde que se tuvo posibilidad de ejercitar la acción. Pero no cabe duda que este plazo resulta excesivo, ya que durante el mismo se mantiene la sucesión en situación incierta, por lo que sería aconsejable reducir el plazo a uno o dos años como máximo.

#### **D.- NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA**

La establece el actual párrafo primero del art. 48. Conocida la situación legal anterior a 1961, con hasta tres posturas doctrinales (pars valoris, pars hereditatis y pars bonorum) y la imprecisa redacción en la ley de 1961, parece indudable que la solución recogida en la ley de reforma de 1990, que podrá gustar o ser criticada, tiene una virtud: es clara. Afirma el carácter de “pars bonorum” y elimina la criticada rigidez anterior que exigía su percepción en bienes de la herencia. Es indudable que esta solución debe mantenerse.

#### **E.- ACCIONES**

Como sucede en materia de naturaleza de la legítima, también están reguladas con total precisión las acciones que competen a los legitimarios, con una excepción, perfectamente congruente con la posibilidad de pago de la legítima en metálico.

En consecuencia, tampoco es necesario modificar la regulación legal contenida en el primer párrafo del art. 47.

#### **F.- CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA**

En las tres cuestiones que contempla –bienes y su valoración, computación y deudas y cargas–, el actual art. 47 introdujo una regulación que colmó la laguna legal absoluta que la Compilación del 61 presentaba en

relación al “cálculo de la legítima”. Su redacción representó un avance muy importante.

No obstante se produce un error en la versión en lengua catalana de su párrafo segundo, en el punto concreto de “la deducción de gastos de última enfermedad, entierro y funeral”.

En la versión castellana, con absoluta claridad, estas partidas son deducibles. Y quizás sea oportuno aclarar que la Comisión redactó sus propuesta en esta lengua.

La versión catalana, al referirse a deudas y cargas deducibles, expresa: “... no s’hi han d’incloure les impossades al testament, així com tampoc les despeses de darrera malaltia, enterro i funeral”. O sea exactamente lo contrario a lo que indica la versión castellana. Es evidente que no es aconsejable mantener por más tiempo esta contradicción, imponiéndose por tanto suprimir la palabra “tampoc” de la versión catalana.

Solucionado al punto anterior, ¿puede mejorarse la redacción del art. 47? En su último párrafo se regula la computación de liberalidades, como operación de unir, de forma ideal o contable, las liberalidades; la ley de 1961 no sólo no contenía ninguna regulación relativa a la computación de liberalidades, naturalmente otorgadas en vida del causante, sino que indicaba que “la legítima se computará en relación a los bienes hereditarios existentes al fallecimiento del causante...”, utilizando el término “computar” de forma absolutamente inapropiada en una normativa reguladora del sistema legitimario.

Por ello, puede afirmarse que el cálculo de la legítima introducido por la ley de reforma se realiza de forma apropiada y puede mantenerse en su redacción actual.

## **G.- FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA**

El art. 48, modificado por la ley del 90, indica unas formas de atribución de legítima. La solución legal ha planteado la duda de si estas formas son limitativas o se indican por vía enumerativa. La cuestión no es de escasa importancia.

Pero no parece absolutamente necesaria una modificación del art. 48, ya que las formas de atribución de legítima se entiende que están indicadas por vía enumerativa y no limitativa ni exhaustiva, lo que sin duda confirma el art. 47 al establecer que “la legítima puede ser atribuida por cualquier título”, y que intenta reforzar el art. 48 –reformado por ley del 90– al hablar de “institución de heredero, asignación o distribución de bienes, legado y donación a favor de quien resulte legitimario”.

## **H.- PAGO DE LA LEGÍTIMA**

La modificación del art. 48. por la ley de reforma, no sólo fijó con toda

precisión la naturaleza de la legítima mallorquina y menorquina, sino que, y en una cuestión íntimamente ligada con la naturaleza, introdujo una profunda reforma, respecto a su pago, suprimiendo la necesidad de tener que realizarlo “en bienes de la herencia, siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador”. Esta exigencia, unánimemente criticada por la doctrina, desaparece. Se autoriza su pago en dinero extra hereditario y se realiza una satisfactoria regulación legal del mismo. Por ello, parece innecesario modificar esta materia.

Pero sí es ineludible una referencia al párrafo último de dicho art. 48, en sus remisiones a los arts. 839 y 840 del Código civil. El art. 839 –que establece una forma de satisfacer al cónyuge su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo– tiene perfecto encaje en el sistema legitimario del libro primero.

No ocurre lo mismo con la remisión –estática, conforme a la disposición final 2ª de la Compilación– al art. 840, que plantea la concurrencia de cónyuge con hijos sólo de su consorte, concebidos constante matrimonio de ambos. En el Código civil se produce una colisión entre la cuota en usufructo del viudo (un medio) y la legítima de los hijos (dos tercios) y el citado art. 840 arbitra la forma de solucionarla. Pero en la Compilación no puede darse esta colisión que resulta del art. 837 del Código civil, ya que en esta concurrencia de legitimarios, la cuota en usufructo de un viudo es de un medio y la legítima de los hijos es de un tercio o un medio, según sea su número.

Es, pues, errónea la remisión al art. 840. Sin embargo las facultades de conmutación establecidas en los arts. 839 y 840 del Código civil no dejan de considerarse justas y adecuadas, pudiendo solucionar en la práctica bastantes problemas; y, además, no hay que olvidar que su ejercicio requiere el mutuo acuerdo, y en defecto del mismo el mandato judicial.

Es evidente que resulta justa la facultad que a los herederos concede el art. 839 para satisfacer el usufructo viudal asignando al cónyuge viudo una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, solución a la que han tenido que acogerse, en ocasiones, los instituidos herederos que no tengan la condición de descendiente o ascendiente del testador, en casos de concurrencia con cónyuge viudo –al que corresponde, por tanto, el usufructo de toda la herencia– cuando los concurrentes a la misma tienen una edad similar. Y también lo es la conmutación del art. 840, pues pueden darse ocasiones en que el usufructo viudal no permita al cónyuge viudo una congrua sustentación, cual ocurriría en caso de recaer el mismo sobre una finca rústica de gran valor pero improductiva.

Por todo ello sería preferible sustituir la remisión a los arts. 839 y 840 por una disposición expresiva de que tanto los herederos como el cónyuge viudo podrán exigir que el usufructo viudal se sustituya por la asignación de una renta vitalicia, de los productos de una determinada explotación, de un

capital en efectivo o de un lote de bienes hereditarios, debiendo proceder para ello de común acuerdo todos los herederos y el cónyuge viudo y, de no conseguirse éste, en virtud de demanda judicial.

### **I.- IMPUTACIÓN LEGITIMARIA**

Se refiere a esta materia el art. 48 que establece: “la institución de heredero, la asignación o distribución de bienes, el legado y la donación a favor del legitimario se imputarán en satisfacción de la legítima”. O, en otras palabras, se aplicarán a cubrir lo que deba percibir el legitimario por su cuota. Este efecto se produce incluso en el caso de que el legitimario renuncie la herencia, la asignación o distribución o el legado.

Y aunque el concepto de imputación puede ser entendido de dos formas, quizás lo importante es que se refleja que lo que se ha recibido por donación o lo que se recibe a título de herencia o legado, o los bienes recibidos por asignación o distribución se aplican al pago de la cuota viril. Siempre que el testador, el donante o el heredero distribuidor no dispongan lo contrario, se considerarán efectuados a cuenta de legítima. Y aunque la redacción quizás podría ser más precisa, no parece que exija modificación o aclaración.

### **J.- CAUTELA SOCINI**

Recoge esta secular institución el art. 49, que es el único que mantiene la misma redacción que estableció la Compilación en su versión de 1961. Que ello sea así, después de los profundos cambios que introdujo la ley de reforma de 1990, dice mucho del acierto de los legisladores que, conocedores de la problemática que la norma soluciona, no sólo mantuvieron esta institución, sino que la redacción precisa del artículo que la recoge ha permitido su casi diaria aplicación notarial, con una rara y unánime aceptación, no sólo doctrinal, sino por los causantes testadores, e incluso por los legitimarios, o al menos sin su rechazo.

En consecuencia, parece absolutamente necesaria no sólo la conservación de la institución sino el mantenimiento de la actual redacción del art. 49.

Sin embargo no puede olvidarse que la cautela socini es una excepción al principio de intangibilidad de la legítima; y este principio no aparece proclamado en la Compilación de manera directa sino que lo hace por deducción de lo dispuesto en otros artículos, concretamente en el art. 49 –que, precisamente, al tratar de la cautela socini recoge la opción del legitimario de “hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación”– y en los propios artículos establecedores de las cuotas legitimarias, ya que se habla de la tercera parte, cuarta parte o mitad del haber hereditario sin previsión alguna de limitaciones o posibilidad de gravámenes.

Por ello, y en buena técnica legislativa, tal vez sería preferible establecer en el art. 49, de entrada, el principio de intangibilidad legitimaria para insertar a continuación dos excepciones, que serían la derivada de la cautela

socini y la que se produciría en caso de acometerse la reforma legislativa propugnada en anterior estudio de esta Academia, en el que se trataba de la posibilidad del testador de establecer una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, de la que sería fiduciario el descendiente incapacitado judicialmente y fideicomisarios los restantes legitimarios.

En este caso, el texto del art. 49 podría comenzar diciendo que no podrán establecerse sobre la legítima limitaciones, condiciones, cargas o gravámenes de ninguna clase, con las dos únicas excepciones indicadas en los párrafos que siguen.

La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que, si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen, se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación.

Asimismo los legitimarios deberán respetar la sustitución fideicomisaria impuesta por el testador sobre la legítima en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, el cual será fiduciario en dicha sustitución y fideicomisarios los restantes legitimarios.

## K.- DEFINICIÓN

Parece innecesario referirse al arraigo de la definición y el finiquito en Mallorca y las Islas Pitiusas. La ley de reforma de 1990, en su exposición de motivos, se refiere a su práctica orfandad de regulación en la Compilación de 1961, que se limitó a fijar su concepto de manera imperfecta. Fue aquella ley la que señaló su naturaleza, requisitos y, muy especialmente, sus efectos en los arts. 50 y 51. La ley balear del impuesto sobre sucesiones y donaciones ha contribuido poderosamente a la revitalización de la institución, determinando una más frecuente utilización de la misma, de lo que son prueba fehaciente los protocolos notariales.

A pesar del avance que supuso la ley de 1990, y que la aplicación de la misma ha producido escasa conflictividad, es inevitable plantear si es pertinente una modificación de su actual regulación. Son conocidas las importantes sentencias, sobre la materia, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares y las aportaciones de juristas baleares, que podrían traducirse en una mejora de la actual normativa. Importante sería también la especial implicación de los académicos vinculados a las Islas Pitiusas, pues no hay que olvidar que los arts. 50 y 51 de la Compilación son de aplicación en dichas islas “en cuanto fuere compatible con la función y significados usuales del finiquito de legítima en Eivissa y Formentera” (art.77).

## 2.- LIBRO II MENORCA

Esta comisión encargó al Académico menorquín Sr. Quintana Petrus, profundo conocedor del Derecho de Menorca, la realización de un trabajo

sobre el tema que nos ocupa referido a dicha Isla. El Académico cumplió el encargo, poniendo a disposición de la Comisión académica un interesante estudio en el que somete a revisión la actual normativa impeditiva, en la vida jurídica de Menorca, de los pactos sucesorios, según establecía la Compilación de 1961 y ratifica la vigente de 1990.

Así como no pueden haber dudas –dice el mencionado Académico– de la inaplicación en Menorca del título III del libro I –relativo a los censos y alodios– por su falta de tradición en ella, su conflictividad y tratarse de unas figuras extrañas al concepto que hoy tenemos de la propiedad, distinta puede ser la opinión sobre la sucesión contractual, que aunque es una institución no utilizada en Menorca, tanto en su consideración de donación universal como en la de definición de legítima, podría empero aportar hoy una nueva posibilidad jurídica de disposición que, en algunos casos, podría encajar perfectamente con las finalidades perseguidas por el otorgante. Y, en realidad, ello incluso podría enmarcarse dentro de una política legislativa que, en materia de Derecho civil, tienda más al acercamiento que a la diversificación, siempre que, claro está, ello sea posible y no conculque tradiciones jurídicas seculares.

Tras el estudio de la comunicación, la Comisión decidió hacer suyas las conclusiones a las que llega su autor, considerando que –en lo que se refiere a la definición de legítima– su posible otorgamiento redundaría en beneficio de los menorquines, pues, sobre no ser una institución imperativa –sólo hará uso de ella quien quiera– son de prever bastantes supuestos en que sería de interés su otorgamiento, cual ocurre en las familias en que uno de los hijos recibe de sus padres una importante liberalidad con la condición –que sin el juego de la definición sería de imposible atadura jurídica– de que nada percibirá ya en su herencia, y también están los supuestos en que los padres, de común acuerdo, disponen desigualmente en favor de sus hijos, compensándoles la menor participación en la herencia de uno de ellos con la mayor participación en la del otro, dándose también aquí la circunstancia de que sólo la definición asegura que no existirán reclamaciones de legítima una vez muertos los padres.

### **3.- LIBRO III EIVISSA Y FORMENTERA**

En este caso, los Académicos Sres. Cardona Escandell y Cerdá Gimeno, concedores profundos del Derecho de las Pitiusas, habiendo formado ambos parte de la Comisión redactora del anteproyecto de ley 8/1990 de 28 de Junio de modificación de la Compilación, han remitido comunicaciones cuyo contenido se pasará a resumir a continuación.

Esta Comisión agradece dichas importantes colaboraciones, cuyo mérito fundamental deriva del hecho de proceder de juristas que han conocido la praxis de las Islas Pitiusas durante toda su vida profesional, aparte del hecho de haber intervenido ambos en la elaboración de la normativa civil vigente en dichas Islas y de haber dedicado el Sr. Cerdá Gimeno al Derecho de

Eivissa y Formentera numerosos artículos y obras de gran importancia.

Procediendo ya a resumir el contenido de las comunicaciones en cuestión, y pasando a la consideración de las personas con derecho a legítima, ambos académicos son partidarios de mantener la legítima de los descendientes, por ser tradicional en la Isla, apuntando simplemente el Sr. Cardona Escandell la posibilidad de atribuir ex lege al hijo discapacitado un plus consistente en bienes o derechos, a detracer de la parte de libre disposición.

Igualmente ambos juristas se muestran partidarios de mantener la legítima de los padres proclamada por el art. 79 Comp.

En cuanto al hecho de no acreditar legítima el cónyuge viudo, apuntan que el sistema tradicional en Eivissa lo excluía en atención a la frecuencia con que se establecía la disposición del usufructo universal en favor del viudo. Sin embargo, no dejan de considerar también que los innegables cambios que se han introducido en la realidad sociológica de las familias, así como el desconocimiento entre las parejas jóvenes de estas figuras tradicionales que antaño se venían recogiendo en los espòlits, podrían determinar en la actualidad un enfoque distinto de la cuestión, entrando así el cónyuge viudo en el grupo de personas con derecho a legítima; señalando el Sr. Cerdá Gimeno que, en tal supuesto, habría que concordar el precepto proclamador de dicha legítima con la extraña norma del art. 84 párrafo 2º, introducida en sede parlamentaria para paliar esta omisión.

Por lo que respecta a las cuotas legitimarias, el Académico Sr. Cerdá Gimeno pone de relieve –al tratar de la legítima de los ascendientes– la problemática que en ocasiones puede presentarse al concurrir los mismos con cónyuge viudo y tratarse de patrimonios hereditarios de escasa cuantía, consistentes generalmente en la vivienda del testador, pues en estos casos, el pago a los padres de su cuota legitimaria puede dejar en la ruina o en la calle a la viuda. Apunta dicho autor que la posible forma de dar una salida equitativa a la solución del problema sería algo así como darle a la viuda una preferencia u opción similar a la vigente pensión compensatoria en el caso de divorcio.

Sobre las reservas de los arts. 811 y 812 Cc., supuestos que –según indicación del Sr. Cerdá Gimeno– se le han presentado en la práctica profesional con frecuencia y desde antiguo se han entendido regidos por el Código civil, no parece haber hoy ningún problema en seguir considerando vigentes estos preceptos.

Apunta también al Académico Sr. Cerdá Gimeno la no necesidad de realizar reforma legal alguna del texto compilado en materia de desheredación y preterición –siendo en las Pitiusas postura pacífica considerar que el sistema supletorio es el del Código civil–, naturaleza de la legítima –cuya conceptualización como *pars valoris bonorum* quedó plasmada de forma correcta en los vigentes arts. 81 y 82 de la Compilación de 1990–, acciones



de reclamaciones de legítima, cálculo de la misma, formas de atribución –siendo sumamente expresiva y clara la dicción del art. 81.3–, pago de la legítima, imputación legitimaria –siendo comúnmente compartida la opinión de regir en este punto el Código civil–, y cautela socini –con exclusión de la misma por regir esta materia el Código civil–.

En cuanto al finiquito de legítima, realiza dicho autor amplias consideraciones sobre el importante retoque técnico que, al regularlo en el art. 77 Comp., lo configura como pacto sucesorio, señalando que este precepto recoge la figura tradicional en Eivissa y destacando que su configuración como pacto sucesorio no ha afectado ni a la vigencia de la figura ni a su estructura real ni a su funcionamiento en la práctica, hasta el punto de darse una amplia utilización del mismo en los tiempos recientes.

Por ello considera que debe mantenerse el art. 77 Comp., si bien con la supresión total del tercer párrafo del mismo, porque la normativa mallorquina no es el único Derecho supletorio al que acudir preferentemente, pues siendo como es la costumbre insular un criterio hermenéutico básico y principal –según el art. 1 párrafo 2 Comp.– es obvio que esta costumbre sólo puede ser la de las Islas Pitiusas y no una costumbre mallorquina.

Finalmente hace referencia el Académico Sr. Cerdá Gimeno –dentro de un apartado titulado “Otros aspectos”– a la conveniencia de sustituir el título de “sistema legitimario balear” por “sistema legitimario en Baleares”, a la inexistencia de una demanda social de modificación de la normativa legitimaria, que, por otra parte, no viene dando lugar a la aparición de graves problemas en su aplicación, y a la consideración de que cualquier reforma legislativa que se acometa debe contar con una total apoyatura en la praxis y en los protocolos notariales de todas las Islas, con una encuesta o consulta previa a todos y cada uno de los juristas prácticos en ellas ejercientes.

Una vez estudiadas dichas comunicaciones, y agradeciendo sumamente las mismas, ante todo se congratula la Comisión de que, en ellas, se apunte la posibilidad de establecimiento de una legítima viudal, ya que, si bien es cierto que está generalizada en las Islas Pitiusas la atribución al cónyuge viudo del usufructo universal de la herencia, es obvio que no siempre ocurre así ni mucho menos, pudiendo quedar, en estos casos, el cónyuge viudo en una situación de desamparo. En este sentido, la reforma consistiría simplemente en el establecimiento de esta legítima en el art. 79 y en hacer una referencia a ello en el párrafo 1º del art. 84, quedando ya sin efecto el párrafo 2º de este último precepto.

Por otra parte, es indudable que el tratamiento normativo del finiquito de legítima se ha enriquecido considerablemente en la Compilación de 1990, particularmente si tenemos en cuenta que la Compilación de 1961 se limitaba a realizar una burda remisión a la normativa de la definición

mallorquina, que, por otra parte, no se establecía en el Libro I. Respecto del último párrafo del art. 77 de la actual Compilación, debemos hacer constar que la regulación de la definición mallorquina únicamente entraría en juego a falta de convención de las partes y de norma legal o consuetudinaria, pudiendo obedecer la referencia a dicha regulación a la conveniencia de que, en último extremo, siempre haya una normativa a la que recurrir, evitando el horror vacui, que obligaría a juzgar el posible litigio sobre bases de equidad.

Es consciente también esta Comisión de las sustanciales diferencias entre el Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca, de una parte, y el de las Islas Pitiusas de otra; y es prueba de ello el que se hayan dedicado apartados distintos al estudio del sistema legitimario de cada una de las Islas.

Y en cuanto a la posibilidad de que el informe de esta Comisión venga precedido de macroencuestas para recabar las diversas opiniones que hoy en día puedan merecer las legítimas previstas en nuestra normativa, hay que decir, de entrada, que los escasos medios y recursos de esta Academia impiden la realización de estas actuaciones; sin olvidar lo peligrosas que pueden ser las encuestas cuando las preguntas se someten a la consideración de personas que –incluso a pesar de su condición de juristas– no tienen un conocimiento pleno de la materia encuestada, pues no olvidemos la especialización hoy imperante. Sí tienen precisamente este conocimiento quienes han integrado la Comisión redactora de este estudio, pues han estado durante muchos años en contacto con la población, y, por ello, tienen plena conciencia de los pareceres de la misma sobre los temas que se han expuesto. En definitiva, la praxis acumulada durante muchos años de experiencia por los miembros de esta Comisión es la base del estudio por la misma realizado. Aparte de ello, bastantes de las cuestiones abordadas entrarían dentro de lo que se denominan “retoques técnicos”.