

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE LAS
ILLES BALEARS

XIV

PALMA DE MALLORCA, 2013

Con la colaboración de:



Parlament de les Illes Balears

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51
07001 Palma de Mallorca

Depósito Legal: P.M. 981 - 1989
ISSN: 2254-2515

SUMARIO

I.-	JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA	pág.	7
II.-	RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD, ELECTOS, DE HONOR Y FALLECIDOS	pág.	9
III.-	MEMORIA DEL CURSO ACADÉMICO 2011-2012	pág.	11
IV.-	DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2012-2013	pág.	21
	<i>Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni</i> , de Don MIQUEL MASOT MIQUEL	pág.	23
V.-	SESIÓN DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE DON CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO	pág.	57
	1. Discurso de ingreso: <i>Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: evolución comparada y perspectivas de futuro</i>	pág.	59
	2. Contestación, en nombre de la Academia: <i>Fundamentos de la confianza</i> , de Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA	pág.	151
VI.-	SESIÓN DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE DON MIGUEL COCA PAYERAS	pág.	167
	1. Discurso de ingreso: <i>Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de instituciones civiles fundamentales</i>	pág.	169
	2. Contestación, en nombre de la Academia: <i>De la propietat entesa com un dret subjectiu al Registre de la Propietat com a mecanisme de seguretat en el tràfic jurídic immobiliari</i> , de Don JOSEP MARIA QUINTANA PETRUS	pág.	221

VII.-	CONMEMORACIÓN DEL 25 ANIVERSARIO DE LA ACADEMIA	pág. 235
	1. <i>Veinticinco años de creación de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares,</i> de Don GABRIEL GARCÍAS PLANAS	pág. 237
	2. <i>25 aniversario de la Academia,</i> de Don BARTOLOMÉ SITJAR BURGUERA	pág. 239
	3. <i>Conmemoración del 25 aniversario del otorgamiento de la escritura pública de la fundación de la Academia,</i> de Don EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS.	pág. 241
	4. <i>Els meus anys de vida acadèmica,</i> de Don MIQUEL MASOT MIQUEL	pág. 247
VIII.-	X PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ	pág. 257
	1. <i>La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. Configuración y consecuencias,</i> de Doña BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO. Trabajo ganador del Premio . . .	pág. 259
	2. <i>Reflexiones sobre el trabajo para el hogar y la analogía legis en el Derecho civil de Mallorca.</i> Intervención de Don MIGUEL COCA PAYERAS en el acto de entrega	pág. 311
IX.-	JORNADAS ACADÉMICAS SOBRE “LA NOSTRA MAR: ART, SALUT, HISTÒRIA I DRET” .	pág. 317
	1. <i>La propiedad de (y en) las Islas Baleares,</i> de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.	pág. 319
	2. <i>El “mar balear” desde la perspectiva competencial,</i> de Don PEDRO A. AGUILÓ MONJO	pág. 337
	3. <i>La projecció del Dret Internacional en la delimitació dels espais marítims de les Illes Balears,</i> de Don JOAN DAVID JANER TORRENS	pág. 351

X.-	MESA REDONDA SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL	pág. 357
	1. <i>Breves notas sobre la reforma del Código Penal,</i> de Don GABRIEL GARCÍAS PLANAS	pág. 359
	2. <i>Reflexiones sobre la reforma del delito fiscal,</i> de Don JAVIER BOIX REIG	pág. 365
XI.-	EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO A LOS TREINTA AÑOS DE SU PROMULGACIÓN, de Don ANTONIO PÉREZ RAMOS	pág. 373
XII.-	INFORME DE LAS COMISIONES DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO DE LA ACADEMIA SOBRE LA SUCESIÓN INTESTADA EN LAS ILLES BALEARS	pág. 383
	1. Introducción	pág. 385
	2. <i>Notas para una reforma de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears “realizable en el acto”,</i> de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.	pág. 387
	3. <i>Las Comunidades Autónomas como herederos abintestato: primera aproximación,</i> de Don PEDRO A. AGUILÓ MONJO	pág. 419
	4. <i>Notes sobre la regulació de la successió intestada en el Dret civil de les Illes Balears,</i> de Don MIQUEL MASOT MIQUEL	pág. 427
	5. <i>Sucesión intestada. Examen de Derecho comparado,</i> de Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO	pág. 455
	6. Actas de las Reuniones conjuntas de las Comisiones Académicas de Derecho Público y de Derecho Privado .	pág. 499
XIII.-	COMENTARIOS DE SENTENCIAS SOBRE DERECHO CIVIL BALEAR, de Don MIQUEL MASOT MIQUEL	pág. 523

XIV.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS
PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN pág. 539

I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA.

Presidente

Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel

Vicepresidente

Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo

Censor

Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana

Tesorero

Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera

Secretario

Ilma. Sra. D^a. María Pilar Ferrer Vanrell

Vicesecretario

Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons

II.- RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD, ELECTOS, DE HONOR Y FALLECIDOS.

ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell
Ilmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas
Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel
Ilmo. Sr. D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente
Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet
Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons
Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez Ramos
Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida
Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló
Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera
Ilmo. Sr. D. José Cerdá Gimeno
Ilma. Sra. D^a Isabel Tapia Fernández
Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana
Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo
Ilmo. Sr. D. Josep Maria Quintana Petrus
Ilma. Sra. D^a María Pilar Ferrer Vanrell
Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras
Ilmo. Sr. D. Carlos Jiménez Gallego

ACADÉMICO ELECTO

Ilmo. Sr. D. Antonio J. Terrasa García

ACADÉMICO DE HONOR

Ilmo. Sr. D. Angel Reigosa Reigosa

ACADÉMICOS FALLECIDOS

Ilmo. Sr. D. Juan Blascos Serra
Ilmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau
Ilmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras
Ilmo. Sr. D. Rafael Gil Mendoza
Ilmo. Sr. D. Francisco Noguera Roig
Ilmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal
Ilmo. Sr. D. Antonio Puerto Planas
Ilmo. Sr. D. Andrés Rullán Castañer
Ilmo. Sr. D. Francisco Téllez Miguélez
Ilmo. Sr. D. Juan Vidal Perelló

EX-ACADÉMICOS

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez (*por renuncia*)

III.- MEMORIA DEL CURSO 2011-2012.

Los estatutos de la Corporación imponen, en su artículo 38, la publicación de las memorias anuales. Y, sin dudas de ninguna clase, es una prescripción sumamente sabia y acertada, pues, de esta manera, son objeto de una merecida divulgación las actividades de la Academia y de sus Académicos, las cuales, dentro del contexto de nuestra Comunidad Autónoma, tienen indudablemente una importancia superior a los escasos medios personales y materiales con los que cuenta nuestra Corporación.

La memoria del curso 2011-2012 fue leída, en el acto solemne de inauguración del curso 2012-2013, por el entonces Secretario de la Corporación Tomás Mir de la Fuente, siendo ésta la última memoria por él leída, ya que a finales de 2012 tuvieron lugar nuevas elecciones a la Junta de Gobierno, en las que él no optó a la reelección. Indudablemente, la Memoria que se publica a continuación es una muestra más de la ingente labor realizada por Tomás Mir de la Fuente en la Secretaría General de la Corporación, mostrando –como en él es habitual– una exposición prolija y detallada de los acontecimientos acaecidos durante el curso académico de referencia.

Cumpliendo lo dispuesto en los Estatutos de la Corporación, para su lectura en la sesión inaugural del siguiente Curso 2012-2013, y su publicación en el correspondiente Boletín de la Academia, se redacta la Memoria del Curso 2011-2012, que, prescindiendo del orden cronológico, recoge, **por materias**, lo sucedido, en el ámbito de su actuación, desde 1 de octubre de 2011 hasta 30 de junio de 2012, en cinco apartados, con ordinales en números romanos.

I

En lo más esencial, por el carácter asociativo de la Corporación, ha de quedar constancia de los cambios habidos en su **composición**, que han afectado al número y clase de sus Académicos, en la forma siguiente:

a) El 19 de diciembre de 2011, con la lectura de su discurso de ingreso, **se incorporó formalmente a la Academia como Académica de Número Doña María Pilar Ferrer Vanrell**, hasta entonces Académica electa, cubriendo la vacante causada, en el Curso 2009-2010, por fallecimiento, del Académico de Número Don Raimundo Clar Garau.

b) Causada vacante, por fallecimiento, durante el Curso Académico 2010-2011, del Académico de Número Don Rafael Gil Mendoza, en sesión ordinaria de 14 de noviembre de 2011, **fue designado Académico electo Don Carlos Jiménez Gallego**.

II

En lo más exterior y representativo, se ha de reseñar:

a) La **visita de la Junta de Gobierno a la Directora General de Relaciones Institucionales de la Conselleria de la Presidència de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears**, para la concreción del apoyo institucional a la Academia, asumido por su Gobierno en el Acuerdo Marco o Protocolo General, suscrito el 23 de abril de 2012 por el Conseller de la Presidència, con todas las Reales Academias y Academias de su ámbito territorial, como entidades generadoras de conocimiento y para su transferencia a la sociedad, y particularmente, en representación de la nuestra, con el Presidente Don Miquel Masot Miquel.

Terminado el Curso, y antes de iniciarse el actual, el Presidente, en nombre de la Academia, ha firmado formalmente el 27 de septiembre de 2012 el **Convenio de colaboración entre la Conselleria de Presidència y la Academia, para coadyuvar a generar conocimiento y transferirlo a la sociedad**, que, en el marco del citado Protocolo General, han acordado

ambas. Lo hizo en acto público, en la sede de la citada Consejería, en el que hicieron lo propio, con los particulares suyos, las citadas Reales Academias. Y, posteriormente, el 3 de octubre de 2012, se ha constituido la Comisión de Seguimiento correspondiente, prevista en el Convenio de colaboración, para la que la Academia designó tres representantes, con sus suplentes.

b) La **recepción de los Académicos por el Presidente del Parlament de les Illes Balears**, en el mismo Parlamento, y en la sala que llaman del Senado, y la subsiguiente **presentación**, bajo su presidencia, el día 23 de abril de 2012, **del XII Boletín de la Academia** de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, cuya publicación auspicia.

III

En lo más corporativo, son destacables:

a) Las **sesiones académicas públicas y solemnes** convocadas por motivos varios, como:

1. La **inauguración del Curso**, producida el 17 de octubre de 2011, y presidida por el Alcalde de Palma. Que se inició con la lectura, por el Vicesecretario Don Pedro A. Aguiló Monjo, de la **Memoria del Curso anterior** 2010-2011, redactada por el Secretario, Don Tomás Mir de la Fuente, a la que siguió la pronunciación por éste, del discurso titulado **Refranes jurídicos castellanos y mallorquines**.

2. La evocación de la memoria de los **Académicos fallecidos en el curso anterior**. En este caso, la del Académico de Número Don **Rafael Gil Mendoza**, que lo fue desde la constitución de la Academia, habiendo autorizado, como Notario, antes, la escritura pública de creación que lo hizo posible. En la **sesión necrológica**, celebrada el 14 de noviembre de 2011, pronunció la laudatio el Académico de Número, Don Bartolomé Sitjar Burguera e intervino el Presidente, y Académico de Número, también, desde la constitución, Don Miquel Masot Miquel, que leyó la amplia nota, rememoratoria sobre todo, de la trayectoria académica del fallecido, que en su día redactó para ser publicada en la prensa local.

3. La **lectura**, previa la censura favorable del Académico Censor Don Antonio Monserrat Quintana, **por parte de la Académica electa** Doña María Pilar Ferrer Vanrell, el día 19 de diciembre de 2011, de su **discurso de ingreso en la Academia**, con lo que se cubrió la vacante de Académico de Número causada por Don Raimundo Clar Garau. Versó su discurso sobre **La codificación civil y la llamada “cuestión foral” en Baleares**, y le contestó, en nombre de la Academia, la Académica de Número Doña Isabel Tapia Fernández, que disertó sobre la distribución de competencias

legislativas entre el Estado y las CCAA en la Administración de Justicia.

4. La **entrega del IX Premio Luis Pascual González de Derecho civil Balear**, convocado por la Academia (y auspiciado, además de por ella, por el Parlament de les Illes Balears y la Caixa de Balears Sa Nostra), que tuvo lugar el día 20 de febrero de 2012, y **que fue recibido por su ganador**, de acuerdo con el veredicto del Jurado juzgador, el Abogado y Doctor en Derecho **Don Jaime Suau Morey**, por el trabajo titulado ***Tribunales Superiores de Justicia. Derecho propio y otras competencias***. En el acto público correspondiente, que presidió el Presidente del Parlament, intervino, además del premiado, el Académico de Número, Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y Vocal del Consejo General del Poder Judicial Don Antonio Monserrat Quintana, que disertó sobre ***Naturaleza y funciones de los Tribunales Superiores de Justicia desde una perspectiva constitucional***.

b) La **Mesa redonda, sobre *La instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal***, que tuvo lugar el día 23 de abril de 2012, en el salón de actos de Colegio de Abogados, **organizada por la Academia**, y en la que fueron ponentes Don Carlos Gómez Martínez, Presidente de la Audiencia Provincial de Palma, Don Ladislao Roig Bustos, Teniente fiscal de la Fiscalía Superior de Baleares y Don Gabriel Garcías Planas, Abogado y Académico de Número.

c) La **publicación**, presentada en el Parlament el día 23 de abril de 2012, **del XII Boletín de la Academia**, cuyo contenido incorpora los textos titulados:

La ***Memoria del Curso 2009-2010*** de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal. Discurso de inauguración del Curso 2010-2011, pronunciado por Don Rafael Perera Mezquida.

Discursos en la sesión necrológica de 17 de mayo de 2010 **en recuerdo de Don Raimundo Clar Garau**, pronunciados por Don Rafael Gil Mendoza y Don Bartolomé Sitjar Burguera.

Discursos en la sesión necrológica del día 25 de octubre de 2010 **en recuerdo de Don Félix Pons Irazzábal**, pronunciados por Don José Zaforteza Calvet, Don Tomás Mir de la Fuente y Don Fernando Ledesma Bartret, referidos respectivamente a Félix Pons, el hombre, el jurista y el político, que fueron, junto con el de abogado, glosado por Don Antonio Coll Alonso, los perfiles del desaparecido, destacados por los oradores que intervinieron en el acto.

Reformas procesales, novedosa oficina judicial e incidencia en el proceso penal, conferencia del Abogado y Doctor en Derecho Don Jaime Suau Morey, pronunciada en la Academia el 21 de febrero de 2011.

Tradición jurídica civil balear del derecho de aguas: vigencia de las antiguas costumbres, de Don Felio Bauzá Martorell, que obtuvo el VIII Premio Luis Pascual González de Derecho Civil Balear.

La función de la costumbre en el Derecho medieval en Mallorca, disertación de Don Antonio Planas Rosselló, de la Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Històrics, Genealògics i Heràldics, con ocasión de la entrega el 20 de febrero de 2012 del VIII Premio Luis Pascual González de Derecho Civil balear.

Los contratos sucesorios en las Illes Balears. Informe de la Comisión Académica de Derecho Privado.

La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, de Don Tomás Mir de la Fuente. Trabajo en el seno de la Comisión Académica de Derecho Público.

La publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de los textos de las disposiciones y actos de los órganos periféricos de la Administración General del Estado en las dos lenguas cooficiales en la Comunidad (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010), de Don Tomás Mir de la Fuente. Trabajo en el seno de la Comisión Académica de Derecho Público.

IV

En lo más científico y multidisciplinar –y, con aliento corporativo, para la realización de los fines de la Academia (que son, según sus estatutos, el estudio e investigación del Derecho, la colaboración en la reforma de la legislación y el fomento de la cultura jurídica)– **hay que reseñar:**

a) **La colaboración académica periódica con Missèr**, Revista del Colegio de Abogados de las Illes Balears, materializada en los siguientes estudios de los Académicos de Número, integrados en la Sección Páginas de l'Acadèmia:

El contrato de corso en la Ibiza del siglo XVII, de Don Bernardo Cardona Escandell. Aparecido en el **número 91** del mes de octubre de 2011, en el que, además, se dio noticia del fallecimiento del Académico de Número Don Rafael Gil Mendoza.

De algunas tendencias actuales en el derecho de familia (y II), de Don José Cerdá Gimeno. Es la segunda parte de la que hizo, en su día, con

el título de Unas reflexiones sobre las tendencias actuales en el Derecho de Familia (I), incluidas en el n° 68, de enero de 2006. Apareció en el **número 92**, de los meses de enero-marzo de 2012, en el que, además, se incluyeron reseñas de la sesión necrológica de 14 de noviembre de 2011, en recuerdo del Académico de Número Don Rafael Gil Mendoza, y de la de apertura del Curso 2011-2012 (con la lectura de la Memoria del Curso 2010-2011 y el discurso de Don Tomas Mir de la Fuente titulado Refranes jurídicos castellanos y mallorquines), y dio la noticia de la elección como Académico de Número de Don Carlos Jiménez Gallego, para cubrir la vacante causada por el fallecimiento del Sr. Gil Mendoza.

Una sentencia inesperada. La del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 1912. Inconstitucionalidad del artículo 43.1 del Código de Familia catalán, de Don Miquel Masot Miquel. Publicado en el **número 93**, de los meses de abril-junio de 2012, en el que, además, se incluyeron dos reseñas sobre el discurso de ingreso de Doña María Pilar Ferrer Vanrell y la entrega del IX Premio Luis Pascual González a Don Jaime Suau Morey y los anuncios del contenido del XII Boletín de la Academia y la convocatoria del X Premio Luis Pascual González.

Apunte sobre la prescripción del delito fiscal. Una cuestión controvertida, de Don Gabriel Garcías Planas. Publicado en el **número 94**, correspondiente a julio-septiembre de 2012, en el que se incluyeron, además: como artículo de opinión del mismo, el titulado *El artículo 335 del Código Penal de 1995, declarado inconstitucional y nulo 17 años después de su entrada en vigor. Breve comentario y resumen de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de mayo de 2012*; una reseña de la Mesa redonda sobre la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal, mantenida el 23 de abril de 2012, en las que se destaca sintéticamente el contenido de las intervenciones de los Ponentes (el Presidente de la Audiencia Provincial Don Carlos Gómez Martínez, el Teniente Fiscal Don Ladislao Roig Bustos y el Académico de Número Sr. Garcías Planas); el anuncio de que el Boletín XII de la Academia está colgado en la web del ICAIB (Noticias- Academia de Jurisprudencia- Boletines Academia de Jurisprudencia- 2012); y la convocatoria del X Premio Luis Pascual González sobre Derecho civil de las Illes Balears.

b) **Los trabajos de la Comisión Académica de Derecho Privado** –consiguientes a la propuesta (en este caso, de Don Carlos Jiménez Gallego, hoy Académico electo), las aportaciones escritas de algunos participantes (Sres. Quintana y Cerdá), el debate de los asistentes a las reuniones de la Comisión (Sres. Cardona, Ferrer Pons, Masot, Martínez-Piñeiro y Mir) y el traslado en consulta a todos los Académicos– **cuyo resultado ha sido el informe sobre Reservas hereditarias y Derecho Civil Balear**, con

propuesta de regulación articulada de la materia, remitido al Parlament de las Illes Balears y a la Comisión Asesora de Derecho Civil del Govern Balear, para su consideración.

c) **Los trabajos en la Comisión Académica de Derecho Público, que** –dentro del tema general del Derecho de las islas o las islas como objeto del Derecho, en la que , desde su creación, ha venido investigando– **han sido dos estudios, uno**, sobre la propiedad de las islas e islotes, **titulado *Islas en venta*, y otro**, conmemorativo del bicentenario de la Constitución Política de la Monarquía española de 19 de marzo de 1812, llamada de Cádiz, **titulado *Las islas Baleares en la historia del constitucionalismo español***, ambos de Don Tomás Mir de la Fuente.

d) **La participación en la Revista Jurídica de les Illes Balears** (en cuyo Consejo de redacción tiene la Academia representación, por ser una de las entidades que la integran), **manifestada, en el n° 10** (en internet, operativo on line desde el 17 de agosto, [http:// revistajuridicaib.icaib.org](http://revistajuridicaib.icaib.org)), **en forma de:**

1. **Comentarios jurisprudenciales**, de Don Miquel Masot Miquel, **en la Sección fija de Jurisprudència de Dret Civil Balear**, sobre la sentencia del TSJB 1/2011, de 3 de octubre (según el que la aplicación de la ley autonómica 18/2001 de parejas estables exige, además de la inscripción en el registro especial, una convivencia, libre, pública y notoria en una relación de afectividad análoga a la de cónyuge), y la de la Audiencia Provincial de Palma 1/2011, de 11 de enero (sobre la prescripción del alodio, especialmente respecto de las transmisiones anteriores a la ley 8/90 de 26 de junio).

2. **Estudio** del Académico electo Don Carlos Jiménez Gallego, titulado *Actuaciones notariales en el concurso de acreedores*, **en la Sección fija de Comentaris i notes.**

En la **Sección fija de Llibres**, se **reseña el libro promovido por la Academia *El dret viscut 50 anys de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears***, de cuyos trece capítulos, seis fueron escritos por miembros de la Academia (los Académicos de Número Ferrer Vanrell, Ferrer Pons, Quintana Petrus, Masot Miquel y Mir de la Fuente, y el Académico electo Coca Payeras), dos de los cuales (Ferrer Vanrell y Masot Miquel, junto con el Director de l'Institut d'Estudis Autònoms) fueron, además, coordinadores del libro. La autora de la reseña es Doña Catalina M. Moragues Vidal.

El día 19 de octubre de 2012 (el viernes pasado) tuvo lugar el acto público de presentación de la edición electrónica de dicho n° 10 de la Revista Jurídica.

e) La **contribución al Libro titulado *Félix Pons. La dignitat del***

pensament, editado por el Institut d'Estudis Autònomic, en homenaje al que fue Académico de Número de nuestra Corporación Don Félix Pons Irazazábal (destacada, por la Directora del Institut d'Estudis, en el acto de su presentación el día 4 de junio de 2012, en el Consulat de Mar, sede del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears), **en cuyas páginas 161 a 187**, entre los 14 textos seleccionados, **se incluye** el de su **discurso de ingreso en la Academia**, leído el 28 de noviembre de 2000, sobre ***Administración y Mercado. Los límites de la iniciativa económica pública***.

En un apartado de *agraïments*, se le agradece a la Academia la cesión del discurso, que, en su día, se publicó, en el V Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, páginas 27 a 59, junto con el discurso de contestación, en nombre de la Academia, del Académico de Número, y, en tal día, su Presidente, Don Miguel Coll Carreras; y

V

A título particular, e invitados por el Colegio Notarial de las Illes Balears, como juristas de reconocida competencia en la materia, fue importante la **participación** de Académicos de Número y electos **en las Jornadas de Derecho civil balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación**, celebradas los días 24 de octubre y 28 de noviembre de 2011 y 23 de enero de 2012, y **coordinadas por Don Carlos Jiménez Gallego**, Notario de Palma y Académico electo, quien realizó la introducción y epílogo de cada Mesa redonda, moderada por él mismo, en un primoroso y casi fehaciente Libro, todavía fresco, pues fue presentado el 17 de septiembre de 2012, antes de cumplirse 8 meses de la última jornada. Verano mediante.

En la **primera jornada**, con tres participantes en la Mesa, sobre Los pactos sucesorios, presentaron ponencia:

Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, Notario honorario y Académico de Número de esta Academia, que presidió. La primera, de carácter general; y

Don Miquel Masot Miquel, que fue Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia y es Presidente de la Academia, otra, sobre Los contratos sucesorios de adquisición en el Derecho civil de Mallorca.

En la **segunda jornada**, con tres ponencias, sobre Régimen económico matrimonial de separación de bienes, presentaron la suya:

Don **José Cerdá Gimeno**, Notario jubilado y Académico de Número, la titulada Una aproximación a la perspectiva dinámica del régimen matrimonial de separación de bienes;

Doña **María Pilar Ferrer Vanrell**, Catedrático de Derecho Civil y Académica de Número, la que tituló La determinación de las masas patrimoniales dudosas y la protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes en la Compilación balear; y

Finalmente, **Don Antonio Monserrat Quintana**, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y Académico de Número, la que lleva por título Algunos mitos que conviene aclarar y algunas sugerencias sobre temas varios.

La **tercera jornada**, con tres ponentes, versó sobre Las legítimas y esencialidad de la institución de heredero, y tuvo la participación de:

Don Jaime Ferrer Pons, Notario jubilado y Académico de Número, que hizo Una reflexión no limitada a las legítimas, en la que también habló de las reservas; y

Don Miguel Coca Payeras, Catedrático de Derecho Civil y Académico electo, que expuso sus Notas sobre la institución de heredero en el sistema de Derecho civil de Mallorca y Menorca.

Presentó esta tercera jornada Don José Antonio Carbonell Crespí, Notario de Palma, que obtuvo, en su día, el III Premio Luis Pascual González de la Academia, por su trabajo La institución de la “definición” en la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears, publicado en nuestro VIII Boletín de la Academia, del año 2006. Y que fue, según atestigua la Nota de presentación del Decano, el organizador e impulsor de las Jornadas.

Todo esto es lo que hizo durante el Curso 2011-2012 la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, por medio de sus órganos y sus miembros, para cumplir los fines estatutariamente establecidos, de estudio e investigación del Derecho, colaboración en la reforma de la legislación y el fomento de la cultura jurídica.

En Palma de Mallorca a 22 de octubre de 2012

IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2012-2013.

El día 22 de Octubre de 2012 tuvo lugar, en la sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados, el acto solemne de inauguración del curso académico 2012-2013, en el que, tras la lectura de la memoria del anterior curso, el Presidente de la Corporación Miquel Masot Miquel pronunció la lección inaugural, que se inserta a continuación, y que lleva por título “Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni”.

En su disertación dio cumplida cuenta del anteproyecto de ley sobre régimen patrimonial del matrimonio elaborado por la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear estructurada por el Decreto 9/2009 de 13 de Febrero y presidida por el también Académico Miguel Coca Payeras. Hizo referencia a los siete títulos en que se divide el anteproyecto, comenzando por las disposiciones generales sobre la materia, y siguiendo con el análisis de los temas tratados en los mismos, es decir, las cargas familiares y su levantamiento, la protección de la vivienda y el mobiliario familiar –tema en el que no se pudo lograr el acuerdo con los juristas de Eivissa y Formentera, por lo que el anteproyecto presenta una redacción distinta para estas Islas–, las donaciones por razón de matrimonio, las capitulaciones matrimoniales y el régimen de separación, previendo para el mismo unas posibilidades de liquidación. El último título está dedicado a las disposiciones aplicables a las Islas Pitiusas.

Tras la entretenida exposición de estas materias –salpicada de historias y anécdotas y seguida con gran interés por el numerosísimo público asistente–, el conferenciante hizo votos para que el anteproyecto se convierta pronto en una ley vigente, a fin de adecuar al texto compilado a nuestra realidad social.

CAP A UNA NOVA REGULACIÓ DEL RÈGIM ECONÒMIC DEL MATRIMONI.

Miquel Masot Miquel

S U M A R I

- I.- INTRODUCCIÓ: EL RÉGIM DE SEPARACIÓ DE BÉNS, LA INSTI-
TUCIÓ ESTRELLA DEL DRET CIVIL BALEAR.
- II.- ELS PROJECTES DE REFORMA.
- III.- L'AVANTPROJECTE DE LLEI DE RÈGIM PATRIMONIAL DEL
MATRIMONI.
 - 1.- Les disposicions generals.
 - 2.- Les càrregues familiars i el seu aixecament.
 - 3.- L'habitatge i el parament familiar.
 - 4.- Les donacions per raó de matrimoni.
 - 5.- Els capítols matrimonials.
 - 6.- La contractació entre cònjuges.
 - 7.- Regles específiques de la separació de béns.
 - 8.- Les disposicions aplicables a Eivissa i Formentera.
 - A) Les disposicions generals.
 - B) Els espòlits.
 - C) Usdefruit universal capitular.
 - D) Acolliment en una quarta part dels milloraments.
 - 9.- Les disposicions derogatòria, addicional y transitòries.
- IV.- CONSIDERACIÓ FINAL.

I.- INTRODUCCIÓ:
EL RÈGIM DE SEPARACIÓ DE BÉNS,
LA INSTITUCIÓ ESTRELLA DEL DRET CIVIL BALEAR.

Un correu que vaig rebre fa uns dies s'expressava de la següent manera: el secret d'un bon discurs és que tengui un bon començament, un bon final i que aquest estigui el més aprop possible del començament. Intentaré acomplir amb les indicacions del bon començament i del bon final, i faré el possible perquè un i altre estiguin pròxims, però, això sí, sense traïr la confiança dels que han vingut aquí per a conèixer les característiques d'aquest avantprojecte elaborat per la Comissió Assessora del Govern en matèria de Dret civil balear, que dona una nova regulació al règim econòmic del matrimoni. Per a la vostra tranquil·litat vos diré que sempre he cregut amb l'existència d'un principi general –que no serà del Dret, sinó del sentit comú i de la conducta social– segons el que el que parla en públic ha de procurar avorrir lo menys possible. I, en tot cas, lo que per limitacions de temps no es pugui dir aquí quedarà per escrit en el text que, en el seu moment, esperem, serà publicat en el XIV Bolletí de l'Acadèmia.

I anem a cercar un bon començament. Estar clar que, per això, res millor que contar una història que, a més, els juro que és totalment verídica. Corria l'any 1987, i va arribar la Escola Universitària d'Estudis Empresarials –del claustre de professors de la qual jo formava part com a Catedràtic numerari– una nova directora: la senyora Teresa Riera, després, i crec que encara, parlamentària europea, substituint al director quasi vitalici d'aquella Escola el recordat senyor Bernat Oliver Ferrer; i ja se sap que quan arriba una nova persona a la direcció d'un centre vol escometre moltes realitzacions. (Entre nosaltres, lo mateix sol passar amb els Presidents d'Acadèmia). I una de les coses que va impulsar la recent nombrada directora va ser la commemoració dels 80 anys de creació de la Escola Universitària d'Estudis Empresarials, la antiga Escola de Comerç, tal vegada perquè els 75 anys ens varen passar desapercebuts. Jo a les hores era President del Consell Acadèmic del Institut d'Estudis Baleàrics, que editava la revista Estudis Baleàrics, la qual vaig posar a la seva disposició, i va ser així com es va dedicar a aquest aniversari el número 28 de la revista. Lògicament ens va demanar a tots els Professors del centre la nostra col·laboració a fi que proporcionéssim un article sobre un tema de la nostra especialitat.

Jo no sols no he negat mai la meva col·laboració –mentre que el que me demanen no vagi en contra de la llei, moral u ordre públic, *ex art.* 1255 Cc– sinó que, en aquesta ocasió, vaig recolzar una iniciativa que me va semblar prou interessant, i, per a complir l’encàrrec, vaig acudir lògicament al meu molt estimat Dret civil balear, per a trobar el tema sobre el qual fer l’article, i dintre del Dret civil balear, vaig escollir una matèria sobre la qual moltes vagades havia escrit amb interès i deteniment. I així el número 28 de la revista *Estudis Baleàrics*, que va aparèixer en el mes de març de 1988, contenia un article meu titulat “El règim de separació de béns: la institució estrella del Dret civil balear”.

Com és lògic, en aquest article cantava les excel·lències del règim de separació de béns, règim econòmic dels matrimonis de les nostres Illes que no l’han exclòs convenint un altre règim mitjançant l’atorgament de capítols matrimonials. I així, parlava de la **simplicitat** d’aquest règim, ja que cada un dels cònjuges conservava la propietat dels béns que ja tenia al contreure matrimoni i la dels que durant el mateix podés anar adquirint. Com es deia en el títol d’un dels treballs que es va presentar al premi Luis Pascual González que convoca la nostra Acadèmia, treball que tractava del tema de la separació de béns, “Lo meu és meu i lo teu és teu”; i en el règim de separació de béns és així, però amb la lògica obligació de estar afectes aquests béns propietat de cada un del cònjuges al aixecament de les càrregues familiars, de les que després hem parlarem. En canvi, els sistemes de comunitat –del qual el més conegut és la societat de guanys del Codi civil, però que també trobem a la legislació foral de Aragó, Navarra i Galícia, encara que amb altres noms i característiques– creen un patrimoni absolutament comú que no deixa de presentar alguns problemes.

El règim de separació de béns –segua dient– **és respectuós amb la personalitat jurídica dels cònjuges, ja que cada un d’ells té la seva pròpia esfera d’actuació.** Aquí on ha imperat aquest règim –a Catalunya i a les nostres Illes– la dona casada ha tingut sempre plena llibertat d’actuació en el món del Dret, mentre que en els sistemes de comunitat existia la llicència marital, i el Codi civil, amb paraules que avui en dia fan vergonya, ens deia que “no pueden prestar su consentimiento los menores de edad no emancipados, los locos y dementes así como los sordomudos que no sepan leer ni escribir y la mujer casada en los casos expresados por la ley”. I aquesta situació no es va donar a la prehistòria ni a l’alta edat mitjana, sinó que l’indicat article –que era l’article 1263– va estar present en el Codi civil fins la llei de 2 de maig de 1975. L’any 1975 era, precisament, “el año internacional de la mujer”, i, òbviament, no es podia compaginar aquesta commemoració amb situacions injustes i vexatòries per a la dona.

Des d'un altre punt de vista, **harmonitza la separació de béns amb la actual situació en la que ambdós cònjuges accedeixen normalment –això sí, si poden– al mercat de treball**, deixant pel passat la típica situació en la que era la dona qui cuidava la casa i l'home el que treballava fora.

Però, a les nostres Illes, no tan sols hem de agrair a la separació de béns el fet que, històricament, la dona casada no hagi necessitat llicència marital per a contractar, sinó que la seva capacitat jurídica i d'obrar s'ha estès a la possibilitat de sortir fiadora per una altre persona i, en particular, pel marit. En el Dret romà, el Senatconsult Velletjà establia la prohibició que la dona, fos casada o fadrina, intervingués com a fiadora a qualsevol contracte o negoci jurídic, i la Autèntica Si qua mulier reforçava aquesta prohibició quant a la dona casada respecte del seu marit. El fonament d'aquestes prohibicions estava en una absurda protecció a la dona, ja que es considerava que seria víctima d'enganys. A les fonts romanes s'empraven en aquest punt unes expressions que jo, quan explicava el tema a la Universitat, tenia vergonya de dir, i, per això les deia en llatí, parlant així, de passada i ràpidament, de la "infirmitas feminarum", "imbecilitas sexus", etc...Però, curiosament, aquestes prohibicions varen passar a l'edat mitjana, mesclant-se amb motius religiosos que exigien la protecció de la honestedat de les dones. Aquestes idees –va escriure Villavicencio– "traspasan las barreras de los siglos y adoptan formas de una candidez encantadora para nuestra mentalidad moderna, como podemos leer en las Partidas, en las que se dice "ninguna mujer puede ser fiadora por otro; porque no seria cosa guisada que las mujeres anduviesen en pleito por fianzas que hiciesen, habiendo de acudir a lugares donde cocurren muchos hombres, a usar cosas que fueren contra su castidad o contra las buenas costumbres que las mujeres deben guardar".

Idò bé: a Mallorca, tota aquesta doctrina va ser lletra morta a partir de l'any 1344, ja que, en virtut del Styl 11 de les Ordenacions de Mossèn Erill, les dones podien prestar fiances, inclús al marit, sols siguin majors de 25 anys i renunciïn a les disposicions romanes abans indicades, renúncia que prest ni siquiera se va exigir.

Si tota cara té la seva creu, s'ha dit que el règim de separació de béns deixa sense protecció al cònjuge que cuida de la família i no treballa fora de casa, a diferència dels sistemes de comunitat, en els que totes les adquisicions oneroses –incloent els productes del seu treball– de qualsevol dels cònjuges durant el matrimoni es fan comunes a ambdós. Per això un jurista històric de Menorca –Ballester– va dir que "el sistema de separación de bienes es el prototipo de la sociedad leonina perpetua, en la cual todas las ganancias son para el marido". Y una il·lustre personalitat política i jurídica com va ser

Antoni Maura indicava que “la separación de bienes me parece a mi una protesta contra el casamiento de las personas, algo parecido a un rincón donde los rotos ídolos paganos se enmohecen, donde todavía no ha logrado penetrar el luminoso concepto del matrimonio cristiano: duo in caro una”.

Però la realitat social ha fet que aquests retrets no tinguin avui en dia raó de ser. No just perquè, com abans he dit, la situació en la que l'home treballa fora de la casa i la dona té cura de la família no és ja la que es dona a la majoria de matrimonis, sinó també perquè els propis cònjuges són conscients que una situació tan injusta, com seria que les compres i adquisicions –començant per la pròpia vivenda familiar– tan sols es fessin a nom del cònjuge que treballa fora de la casa i guanya els diners, no és sostenible de cap manera, i per això lo normal és que la compra de la vivenda familiar, i també la de la vivenda de vacances, i inclús compres que es fan per motius d'inversió, es posin a nom dels dos cònjuges per meitats indivises. Un notari amb exercici a Palma, notable estudiós, per cert, del nostre Dret, Josep Antoni Carbonell ens diu que el percentatge de cònjuges que ho fan així és inclús superior al noranta i cinc per cent.

En definitiva, hi ha una consideració general que el manteniment i el reforçament de la separació de béns és obligada, i aquesta consideració no just la trobem en el món jurídic, sinó també a la consciència popular. **Queda clar que la separació de béns és un valor a protegir.**

No obstant això, la regulació que les nostres lleis, la Compilació, fan del règim de separació de béns és molt minsas. Al règim econòmic matrimonial de Mallorca i Menorca dedica la Compilació 3 articles –de nombre 3, 4 i 5– la extensió dels quals ocupa, tan sols, una pàgina i mitja; i pel que fa a les Pitiüses, un sol precepte –l'article 67– que no passa de mitja pàgina. Per això, no és estrany que entre els juristes de les nostres Illes s'hagin alçat veus propugnant una nova regulació amb més extensió i amb l'amplitud suficient per a resoldre la problemàtica que el règim econòmic matrimonial suposa, particularment en els casos de crisi. Perquè no s'ha d'oblidar que aquesta problemàtica cada dia és major, per la senzilla raó de que cada dia augmenta el nombre de separacions i divorcis, fins al punt de que es diu que més de la meitat de matrimonis acaben en divorci, situació que ha facilitat molt la llei 15/2005 de 8 de juliol, al entronitzar el divorci exprés, que el fa possible a petició de qualsevol dels cònjuges, una vegada hagin transcorregut tres mesos de matrimoni.

Això ha fet que, en els ambients jurídics, s'hagi parlat de la necessitat d'introduir reformes en el text legal, pel que serà obligat entrar en l'estudi dels projectes de reforma.

II.- ELS PROJECTES DE REFORMA.

No tan sols l'augment de la problemàtica matrimonial va posar de relleu la necessitat de entrar en la reforma de la nostra Compilació, sinó que també va concorre un altre factor, com han estat les lleis autonòmiques que s'han anat dictant sobre la matèria. Començant pel Codi de Família de Catalunya, aprovat per llei del Parlament català 9/1998 de 22 de juliol, i avui substituït per la llei 25/2010 de 29 de juliol del llibre 2n del Codi civil català relatiu a la persona i a la família, la llei aragonesa 2/2003 de 12 de febrer de règim econòmic matrimonial i viudedat, i la llei valenciana 10/2007 de 20 de març. Se tracta de lleis molt tècniques, que dediquen al tema una ample regulació, a primera vista suficient per a resoldre la problemàtica que les situacions de crisi matrimonial suposen, lleis que contrasten amb el raquitisme de la nostra Compilació.

Per això, entre els juristes es considerava necessari fer una llei sectorial centrada en el tema del règim econòmic matrimonial, rompent l'esquema de la Compilació, ja que era evident que els pocs articles que la mateixa dedicava al tema no permetien fer una regulació més ample i completa.

A l'exposició de motius del avantprojecte de llei que és objecte d'aquest estudi, ja es fa una referència al fet que la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear va enllestir dos projectes de reforma els anys 2004 i 2007, però les vicissituds polítiques no varen fer possible que el nostre Parlament ni siquiera entrés en l'estudi dels mateixos. Aquestes vicissituds eren les entrades de governs de diferent color polític que, d'entrada, rebutjaven la tasca anteriorment feta.

I inclús, jo recordo que, durant el primer pacte de progrés, la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear –que aleshores jo presidia i que havia estat creada per Decret 299/1999 de 29 d'octubre– varem tenir quasi enllestit un projecte de reforma de la regulació del règim econòmic matrimonial, però el varem tenir que abandonar perquè pel Govern va ser prioritari legislar en matèria de parelles estables, raó per la que varem entrar en l'estudi d'aquesta matèria, realitzant un avantprojecte que, després de passar pel nostre Parlament, es va convertir en la llei 18/2001 de 19 de desembre de parelles estables.

I totes aquestes tasques d'estudi i preparació d'una llei reguladora de la matèria han desembocat en el avantprojecte de llei de règim patrimonial del matrimoni, al que dedicarem el següent apartat. Fent, però, una observació prèvia. En aquesta ocasió no pareix que el Govern vulgui rebutjar d'entrada l'estudi realitzat, ja que ha donat continuïtat a la Comissió Assessora, mantenint el mateix President, Secretari i membres que la componien, amb, tan sols, una nova incorporació, a tot lo qual ens referirem seguidament.

III.- L'AVANTPROJECTE DE LLEI DE RÈGIM PATRIMONIAL DEL MATRIMONI.

Aquest avantprojecte ha estat elaborat per la Comissió Assessora del Govern que va ser estructurada pel Decret 9/2009 de 13 de febrer de la Conselleria de Presidència, que la defineix com l'òrgan permanent de consulta i assessorament del Govern de les Illes Balears en matèria de dret civil propi, i té, entre les seves funcions, la preparació de la legislació civil balear, elaborant, si escau, els avantprojectes de llei, així com els informes o dictàmens sobre assumptes civils o de dret privat amb transcendència normativa. El Decret 14/2009 de 6 de març fa els nomenaments de les persones que la integren, que són els senyors i senyores Miquel Coca Payeras, com a President, Pere Antoni Aguiló Monjo, com a Secretari, i com a Vocals, i seguint l'ordre del Decret, Miquel Masot Miquel, Maria Pilar Ferrer Vanrell, Tomás Mir de la Fuente, Josep María Quintana Petrus, Andrés María Monserrat Noguera, Francesca Llodrà Grimalt, Olga Cardona Guasch, Maria Antonia Mateu Gelabert i Maria del Carme Vila Ribes. Després del darrer canvi de govern que hi ha hagut a la nostra Comunitat Autònoma, s'ha mantingut la mateixa composició de la Comissió, amb la incorporació del senyor Jaume Ferrer Pons.

Aquesta Comissió ha treballat sobre la base d'una ponència tècnicament molt correcta elaborada pel propi President de la Comissió senyor Coca Payeras. Les reunions han estat normalment mensuals, i els debats i deliberacions han estat llargs i, en ocasions, esgotadors. Tal vegada per la plausible actitud del President de la Comissió de aconseguir el consens i no fer necessària la votació.

L'objectiu del avantprojecte queda d'entrada explicitat a la exposició de motius, en la que es pot llegir: “la llei es denomina “de règim patrimonial del matrimoni”, perquè no es limita, com feia fins ara la Compilació, a regular el règim econòmic matrimonial propi de les diferents Illes, sinó que intenta incloure els diferents aspectes patrimonials que deriven del fet de contreure matrimoni, amb la finalitat que, en les situacions en què sigui aplicable aquesta llei, l'ordenació sigui completa i no sigui necessari acudir a ordenacions supletòries”. De fet aquesta llei seria la primera de les lleis sectorials destinades a rompre l'esquema de la Compilació, com s'ha fet a quasi totes les altres Comunitats Autònomes amb Dret civil propi, ja que aquella no deixa de ser una cuirassa que no fa possible el desenvolupament consubstancial a tot ordenament jurídic.

L'avantprojecte està dividit en set títols, fent referència al darrer d'ells a les disposicions aplicables a Eivissa i Formentera. En aquest títol hi ha

remissions generals als preceptes dels altres títols –aplicables a Mallorca i Menorca– però també aspectes concrets en els que es discrepa de la regulació pròpia d'aquestes illes, a més de ser objecte d'especial i detallada regulació institucions pitiüses tradicionals, com són els espòlits, l'usdefruit universal capitular i l'acolliment en la quarta part dels milloraments.

No es poden negar les diferències existents entre el sistema jurídic de les Illes Pitiüses i el de Mallorca i Menorca. Dins del camp del Dret successori, aquestes diferències son grans, ja que no existeixen a les Pitiüses els principals generals procedents del Dret romà, que fonamenten la successió a Mallorca i Menorca, i que donen lloc a un sistema successori profundament distint del general del Codi civil. A l'ordre familiar les diferències no són tan importants, particularment en la actualitat en que ha perdut importància la figura tradicional dels espòlits, que són els capítols matrimonials atorgats a Eivissa i Formentera. Pel que fa al Dret d'aquestes Illes, tant a la Compilació de 1961 com a la de 1990 es va optar per fer una regulació del règim econòmic matrimonial molt minsas, molt reduïda, proclamant simplement la vigència del règim de separació de béns a falta d'espòlits en els que es pacti un altre règim, i establint els principis generals de la separació. Les innovacions que, en la Compilació de 1990, feien referència al parament de la casa, a la responsabilitat subsidiària del cònjuge no contractant, etc... no es varen estendre a les Pitiüses.

L'avantprojecte actual ens mostra una situació similar, de la que és botó de mostra el fet que s'ha rebutjat la introducció dintre del Dret pitiü de la necessària autorització del cònjuge no propietari de la vivenda familiar, o del parament de la casa, per a la seva venda o gravamen, essent així quasi l'únic sistema jurídic en el que es permet la venda o gravamen de la vivenda que constitueix la llar familiar per part del cònjuge propietari, sense contar amb el consentiment de l'altre.

Però la realitat és que aquests criteris són absolutament respectables i responen al parer d'un òrgan que és el Consell Assessor per el manteniment, conservació i defensa del Dret foral d'Eivissa i Formentera, creat pel Consell Insular d'Eivissa i Formentera –a les hores no estaven separats– el 27 de novembre de 1998, integrat per juristes de reconegut prestigi amb exercici a les Pitiüses, particularment Notaris i Advocats, amb un Registrador i una Procuradora dels Tribunals. Actualment presideix el Consell Assessor de Dret civil propi d'Eivissa i Formentera –tal és la seva actual denominació– el senyor Torres Ailhaud, com a representant de la Judicatura, i n'és la Vicepresidenta la senyora Cardona Guasch, Doctora en Dret i important investigadora del Dret de les Pitiüses, la qual, a més, representa a Eivissa i Formentera en el sí de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern balear.

Si bé en el sí d'aquest darrer òrgan es varen manifestar opinions, segons les que l'avantprojecte qui l'assumiria era el Govern, el qual tenia la seva pròpia Comissió Assessora, no tenint perquè produir-se interferències d'altres òrgans en aquesta comunicació Govern-Comissió Assessora, la realitat, però, era que l'opinió del Consell Assessor de Dret civil propi d'Eivissa i Formentera, format per juristes amb contacte directe amb la *praxis* jurídica d'aquestes illes, mereixia ser presa en consideració. Per una altre part, la diversitat legislativa, en algunes matèries concretes, entre unes i altres illes, no és en absolut una aberració, sinó la manifestació d'una riquesa de fonts diverses de creació jurídica, i ho trobem a altres sistemes jurídics, com el de Catalunya, per tan sols referir-nos al que tenim més pròxim.

I ara és ja el moment de fer, necessàriament de manera resumida, una exposició de les principals novetats del avantprojecte, analitzant el mateix títol a títol.

1.- Les disposicions generals.

És una novetat del avantprojecte no estar centrat exclusivament en el règim econòmic matrimonial, i especialment en la separació de béns, sinó establir una sèrie de disposicions generals que serien aplicables a tots els matrimonis que es regeixen per la llei en qüestió, inclús en el cas que, en virtut de pacte capitular, hagin establert un règim econòmic matrimonial distint de la separació de béns.

Es fa referència, en primer lloc, al objecte i àmbit de vigència de la llei, que s'aplicarà als matrimonis els efectes dels quals es regeixen per l'ordenament civil de les Illes Balears. I dintre de la llei hi ha el títol VII, que du per rúbrica "Disposicions aplicables a Eivissa i Formentera", en el qual es conté el règim jurídic d'aplicació als matrimonis els efectes dels qual es regeixen per la normativa pròpia de les Pitiüses. Aquesta, com s'anirà exposant, té molts de punts de coincidència amb la de Mallorca i Menorca, però també presenta algunes importants divergències, a més de tenir unes institucions tradicionals pròpies, com són els espòlits, l'usdefruit universal capitular i l'acolliment en una quarta part dels milloraments.

Entre les disposicions generals, es fa referència als **principis** que inspiren la regulació de les relacions econòmiques derivades del matrimoni, que seran la plena igualtat entre els cònjuges, la protecció de la família, i, particularment, dels seus membres discapacitats o en situació de dependència, la protecció integral dels fills menors, i, per una altre part, la llibertat de pacte, sense més limitacions que les establertes a la pròpia llei.

La llei defineix la família com el nucli que formen els cònjuges, els fills comuns, els propis d'un o altre cònjuge, així com la resta de descendents i

ascendents sempre que convisquin en el domicili familiar Lo essencial és així la convivència. En aquest punt s'ha de dir que el Consell Assessor d'Eivissa i Formentera incloïa dintre de la família, els descendents i ascendents que, encara que no convisquin, depenguin econòmicament de un o altre cònjuge. Tal vegada aquesta consideració enllaçaria amb el concepte natural de família, però no amb el concepte jurídic que aquí s'utilitza, ja que aquest respon a la premissa de convivència en una mateixa llar. A més, ens diu l'avantprojecte que tots els integrants de la família han de contribuir a les càrregues familiars —equitativament i segons les seves possibilitats, assenyala l'article 8.2— i, en aquestes circumstàncies, no tindria sentit aquesta contribució per part de familiars que no conviuen. En realitat, la dependència econòmica té més a veure, jurídicament, amb el concepte d'aliments.

Hi ha entre aquestes disposicions generals una referència al principi de **igualtat entre els cònjuges**, proclamant que ambdós tenen en el matrimoni els mateixos drets i deures d'ordre domèstic i en relació amb la cura i atenció dels restants membres de la família.

Aquesta igualtat es transforma en proporcionalitat quan es tracta de contribuir al aixecament de les càrregues, ja que ho han de fer en proporció als seus recursos econòmics, i no per igual. Per això l'apartat 2 del article 3 imposa als cònjuges l'obligació de facilitar un a l'altre informació suficient i periòdica sobre la gestió del seu patrimoni, ingressos i activitats econòmiques, amb vista a la presa de decisions sobre la forma de subvenir a les necessitats familiars.

D'acord amb el principi d'igualtat, la **direcció de la família** correspon als dos cònjuges de comú acord, i han d'adoptar les seves decisions en interès del conjunt dels seus membres; no obstant, en situacions excepcionals d'urgència i d'impossibilitat d'obtenir el consentiment d'un dels membres, la direcció de la família podrà ser exercida provisionalment per l'altre.

Per una altra part, i lluny dels temps en els que la llei deia que “el marido es el representante legal de su mujer, y ésta no podrá sin su licencia comparecer en juicio ni por sí ni mediante Procurador”, l'article 4.2 diu que cap dels cònjuges es pot atribuir la representació de l'altre si no li ha estat conferida.

I, finalment, aquestes disposicions generals es tanquen amb una referència al **domicili familiar** assenyalant que aquest es decidirà de comú acord, i, en cas de desacord, ho establirà l'autoritat judicial, fent prevaler l'interès de la família. I, a continuació, assenyala l'avantprojecte que en tot cas es presumeix que el domicili familiar és l'habitatge familiar, es a dir l'habitatge realment ocupat per la família.

2.- Les càrregues familiars i el seu aixecament.

És una constant de tots els règims econòmics matrimonials la referència a les càrregues familiars. En els règims de comunitat, lògicament els béns comuns es destinen al aixecament d'aquestes càrregues, però també els règims de separació admeten, com és natural, que la família suposa unes obligades despeses que no es poden deixar sense pagar; i, en conseqüència, donat el fet de no existir, en principi, un patrimoni comú, se proclama l'obligació dels cònjuges de contribuir proporcionalment al aixecament de les càrregues familiars. L'article 4 de la Compilació de 1990 assenyala que **“els béns propis de cada cònjuge seran afectes a l'aixecament de les càrregues del matrimoni”**. Una declaració semblant trobem al article 11 del avantprojecte, si bé ens diu a continuació **“sens perjudici de l'existència d'un patrimoni especialment afectat”**. Perquè, realment, poden donar-se casos en els que, en els capítols, s'ha pactat que les càrregues es pagaran amb les rentes d'un patrimoni separat, com puguin ser les rendes d'uns immobles o els fruits d'una explotació comercial o industrial. Ben entès, però, que de ser aquests insuficients, passaran a respondre els cònjuges de la manera que veurem.

L'article 6 del avantprojecte dona una definició i una enumeració, de les càrregues familiars. Diu que **“tenen la consideració de càrregues familiars les necessàries per al manteniment de la família d'acord amb el seu nivell de vida i els usos socials”**. I, a continuació, fa una enumeració que no es pot entendre limitativa sinó *ad exemplum*, donades les paraules emprades: “En particular, són en tot cas càrregues familiars les originades per...” (al dir-se *en particular* i *en tot cas* queda clar que poden existir altres càrregues):

a) **“Aliments, que inclouen tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica. Igualment l'educació i la instrucció en la minoria d'edat, i en la majoria si la formació no hagués conclòs per raons alienes al alimentat”**.

b) **“Atencions de previsió, mèdiques i sanitàries”**. Com sigui que l'assistència mèdica està contemplada al apartat a), dintre d'aquest apartat b) s'han d'incloure les atencions de previsió en general (assegurances sobre la pròpia vida, les corresponents al habitatge familiar...) i, en particular, les assegurances de caràcter mèdic i hospitalari.

c) **“Conservació de l'habitatge familiar o altres béns utilitzats per la família”**. Dintre del concepte entrarà la conservació, no tan sols de la vivenda familiar, corresponents al habitatge familiar...) i, en particular, les assegurances de caràcter mèdic i hospitalari. sinó també la del seu mobiliari. I també de la segona vivenda que la família empra per les vacances o caps de setmana.

Però, vista l'enumeració, s'ha de tenir en compte també que en el concepte que s'ha donat de càrregues (“les necessàries per al manteniment de la família”) hi figuren dos importants elements correctors: d'acord amb el seu nivell de vida i els usos familiars. Si a aquestes precisions hi afegim que la indicació de les càrregues és purament *ad exemplum*, això ens pot dur a la conclusió que el concepte de càrregues familiars és de possible ampliació, ja que els usos socials poden imposar certs comportament, si el nivell de vida de la família ho permet. Com exemples significatius es pot pensar en la realització d'un màster, o d'un curs a l'extranjer, i es pot pensar també, des de una altre perspectiva, en un viatge familiar o en el lloguer d'una casa vacacional, això sí, sempre que el nivell de vida de la família ho permeti. Com hem dit la doctrina, la paraula “manteniment” (càrregues familiars són les necessàries per el manteniment de la família) no ha de tenir un sentit primari, referit tan sols als aliments, vestit, assistència mèdica i instrucció, sinó que ha de suposar el que els membres de la família precisen per a la seva màxima formació i pel desenvolupament de la seva personalitat.

L'avantprojecte estableix, d'entrada, **dues maneres d'aixecar les càrregues familiars**: de forma directa (com seria el cas del cònjuge que proporciona l'habitatge familiar, del que aporta, total o parcialment, el parament de la casa, del que està especialment dedicat a la cura de la família) i de forma indirecta , abonant l'import dels costos de les indicades càrregues. Del aixecament d'aquestes càrregues responen els cònjuges segons lo pactat entre ells –si està pactat en els capítols tindrà una efectiva vinculació, de no ser així, són uns acords que es mantenen mentre els cònjuges així ho volen–, i tenint en compte també la possible existència d'un patrimoni especialment afectat a aquesta finalitat del aixecament de càrregues; i, de no donar-se aquestes circumstàncies –que és el supòsit general–, **en proporció als seus ingressos, rendes i patrimonis**. Aquí l'avantprojecte diu quins són els “recursos econòmics”, que era l'expressió emprada per la Compilació de 1990. Queda clar que no contenen tan sols els ingressos, sinó el conjunt d'ingressos, rendes i patrimoni, en evitació dels casos en els que, per tenir un dels cònjuges un patrimoni valuós, però del tot improductiu, les càrregues familiars hagin de ser aixecades exclusivament per l'altre cònjuge. N'és una novetat del avantprojecte la referència, com obligats al aixecament de les càrregues, dels altres membres de la família –ascendents i descendents majors d'edat dels cònjuges que convisquin a la casa– respecte dels quals assenyala que **“els altres membres de la família han de contribuir al aixecament de càrregues mentre convisquin en la unitat familiar, segons les seves possibilitats i d'acord amb les despeses que generin”**.

L'avantprojecte fa referència, a continuació, **al treball per a la família**. Ja la Compilació de 1990 establia que se considerarà contribució a les

càrregues el treball per a la família; dit lo qual no feia més consideracions, a diferència del art. 1438 Cc que, en règim de separació de béns, ens diu que “el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas i dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalarà, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”, precepte que va ser en el seu moment criticat, per considerar que convertia el règim de separació en el de participació i per a poder donar lloc a conflictivitat.

La realitat és que l'avantprojecte va més enllà que la Compilació de 1990, ja que defineix el treball per a la família (**treball per a la casa, la cura i atenció dels membres que visquin en el domicili familiar i la col·laboració no retribuïda en la activitat empresarial o professional del altre cònjuge**), estableix a favor del cònjuge que treballa per a la família un possible crèdit per a reclamar l'excés, quan el valor d'aquest treball excedeix del que estava obligat a aportar per l'aixecament de càrregues, i assenyala que la valoració d'aquest treball a falta de pacte correspon a l'autoritat judicial, que n'ha de ponderar el cost, l'eventual incidència en l'increment patrimonial d'un dels cònjuges i la pèrdua d'oportunitats per part del cònjuge que ha realitzat aquest treball per a la família.

Segons l'article 42 del avantprojecte, aquesta compensació del treball per a la família és un possible crèdit a tenir en compte en el moment de la extinció i liquidació del règim, en el cas que la mateixa tingui lloc per nul·litat, separació o divorci. En canvi és intrascendent quan l'extinció del règim ha tingut lloc per mort o declaració de defunció d'un dels cònjuges, ja que no tindria sentit que els hereus del cònjuge premort podessin reclamar contra el sobrevivent per haver treballat aquell en excés per a la família, quan es tracta d'una situació que va ser admesa i assumida pel premort.

La compensació del treball per a la família resulta, en canvi, justa en el casos de liquidació del règim per nul·litat, separació o divorci, i així ho ha establert la sentència de la Sala Civil i Penal del nostre TSJ a la sentència 2/2010 de 24 de Març, a pesar que la Compilació de 1990 no la configura de manera específica, encara que sí assenyala la obligació de contribuir en proporció als recursos i considerant contribució el treball per a la família. La sentència en qüestió fa una interpretació analògica del art. 9LPE, que sí va preveure aquesta especial compensació econòmica al produir-se –en vida dels seus membres– l'extinció de la parella estable.

Finalitza el títol tractant **de la responsabilitat davant els creditors per l'aixecament de les càrregues familiars**. Està clar que respon el cònjuge que contreu la obligació, per lo tant, el qui contracte el lloguer de la vivenda familiar, el qui es compromet a pagar, en “cómodos plazos”, els mobles i electrodomèstics que constitueixen el parament de la casa, així com

un viatge familiar, etc. . . respon primàriament d'aquest deute. Però no es pot oblidar que no són obligacions que es contreuen en benefici exclusiu del cònjuge deutor, sinó també del altre cònjuge, i, en definitiva, de la família. S'ha de tenir en compte, per una altra part, que en el sistema de comunitat en responen els béns comuns, augmentat, per tant, les garanties del creditor. En definitiva, no es vol que es pugui utilitzar la separació de béns en perjudici dels qui fan possible l'aixecament de les càrregues familiar.

Per això, dintre de les lleis autonòmiques que han anat regulant aquesta matèria, i a les que abans hem fet referència, s'ha establert la responsabilitat dels dos cònjuges –i no just del qui ha contret el deute–, quan es tracta de deutes nascudes del aixecament de les càrregues familiars. Ja la Compilació de 1990 mencionava –sense regular-la– la responsabilitat subsidiària del cònjuge no contractant, i ara sí la regulen els articles 12 i 13 del avantprojecte. A diferència d'altres lleis autonòmiques –i del criteri adoptat per Eivissa i Formentera– que ens parlen, per aquests casos, de responsabilitat solidària dels cònjuges, l'avantprojecte s'inclina per la responsabilitat subsidiària del cònjuge no contractant, criteri que en principi sembla encertat, ja que harmonitza millor amb la separació de béns l'existència d'una responsabilitat primària del cònjuge contractant, i que la del no contractant sigui tan sols subsidiària, pel cas d'insolvència del primer. I, per una altra part, tampoc hi ha un perjudici considerable pel creditor, ja que pot demandar a un i altre en un mateix procediment, amb la particularitat que no podran ser objecte d'embargament i constrenyiment el béns del no contractant fins que hagin estat objecte de realització els del cònjuge que va contraure l'obligació, i just podran ser-ho en la mesura necessària per a cobrir el deute.

3.- L'habitatge i el parament familiar.

Es tracta, evidentment, de dos elements de capital importància per a la família. I l'avantprojecte comença per definir-los, dient que **“s'entén per habitatge familiar aquell on resideixen habitualment els cònjuges o un d'ells amb la major part dels fills comuns”**. Amb aquesta darrera referència es refereix l'article 14 a aquells supòsits en que un dels cònjuges resideix temporalment a una altra població per raons de treball, casos en el que l'habitatge familiar serà el que ocupa la major part de la família.

Pel que fa al parament de la casa (el “ajuar doméstico”) diu el mateix article que **“comprèn els mobles, els estris, la roba i altres béns d'us ordinari de l'habitatge familiar, amb exclusió dels objectes de valor extraordinari, atès el nivell de vida de la família”**. El precepte dona una descripció ampla, pel que és clar que s'integren dintre del parament no tan sols els mobles, en el sentit vulgar o general de la paraula, sinó també els

electrodomèstics en general, i, en definitiva tots els béns mobles d'ús ordinari del habitatge familiar. El precepte empra la paraula “estris”, que no és molt coneguda. Segons el diccionari Alcover-Moll es tracta de **“instruments, eines o objectes de qualsevol mena destinats a un treball o ús determinat”** Seria una espècie de “trastos”, però de “trastos qualificats”. En realitat, no pareixia necessari fer referència als estris, donat que entren dintre dels “altres béns d'ús ordinari de l'habitatge familiar”.

El parament de la casa és un concepte general que té transcendència jurídica; en el règim de separació de béns, es presumeix que es tracta de béns comuns, ja que, de fet, estan posseïts pels dos cònjuges i ja se sap que, en el cas dels béns mobles, la possessió equival al títol (art. 464 Cc, “en fait de meubles la possession vaut titre”) i, a més, estan afectes al compliment de les càrregues familiars. Per això la Compilació de 1990 va crear la presumpció que aquest béns s'entenen de propietat conjunta, i l'article 39 del avantprojecte manté la presumpció, mentre es tracti de béns mobles d'ús familiar, adquirits onerosament durant el matrimoni. Els que ja es tenien abans del matrimoni o rebuts via donació o herència no entren dintre de la presumpció. Segons la Compilació de 1990, aquesta presumpció pareixia tenir un caràcter *iuris tantum*, pel que podia quedar sense efecte per la prova en contra, com seria la factura de compra del bé en qüestió a nom d'un dels cònjuges. En canvi l'avantprojecte pareix donar una passa més. A l'article 39, relatiu a les adquisicions oneroses durant el matrimoni, assenyala que els béns adquirits seran del cònjuge que determina el títol adquisitiu vàlid. Però a continuació diu: **“Tanmateix, els béns mobles d'ús familiar adquirits onerosament durant el matrimoni es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises”**. El *quid* de la qüestió és la paraula “tanmateix”, posada després de la regla general que deriva la propietat del títol adquisitiu; en aquest cas, pareix que, digui lo que digui el títol adquisitiu, els béns mobles d'ús familiar adquirits onerosament durant el matrimoni pertanyen als dos cònjuges per meitat.

Però la transcendència jurídica més important, pel que fa aquests béns constitutius del parament de la casa, l'estableix l'article 19, baix el títol de “predetracció del parament”, al dir que quan es produeixi la mort d'un dels cònjuges, **els béns integrants del parament seran propietat del supervivent i no es computaran en el seu haver**. Es tracta d'una declaració similar a la que proclama l'article 3 de la Compilació de 1990. En els casos conflictius, en que a la mort d'un dels cònjuges no hi ha fills comuns sinó fills exclusivament del cònjuge premort, és clar que els béns constitutius del parament de la casa són intocables, encara que en un termini curt es torni a casar.

El tema de si, en el règim de separació de béns, el cònjuge propietari del

habitatge familiar el pot vendre o gravar, deixant la família al carrer, sense autorització del altre cònjuge, ha preocupat al legislador. I el Codi civil, que no té la separació de béns com a règim legal supletori, va imposar, després de la reforma realitzada per la llei 11/1981 de 13 de maig, el necessari consentiment del altre cònjuge –o l'autorització judicial– per a la disposició i gravamen de la vivenda habitual i dels mobles d'ús ordinari de la família, situant el precepte dintre de les disposicions generals del règim econòmic matrimonial, pel que era aplicable a tots els possibles règims, inclús a la separació de béns. Després, el Codi de Família català, aprovat per llei 9/1998 de 15 de juliol, en el seu article 9 estableix la mateixa doctrina, així com els articles 11 i 28 de la Llei de parelles estables 10/1998 de 15 de juliol, tant sigui la parella heterosexual com homosexual. En el mateix sentit l'article 8 de la llei 2/2003 de 12 de febrer d'Aragó i l'article 16 de la llei 10/2007 de 20 de març valenciana.

Quan la Comissió oficialment designada preparàvem el projecte de llei que, després de passar pel Parlament, es convertiria en la Compilació de 1990, ens va semblar que, amb els precedents que ja a les hores existien, i per l'elemental fet de ser justa i necessària l'autorització del cònjuge no propietari de la vivenda o dels mobles, era precís introduir un article establint un mecanisme semblant al del art. 1320 Cc. Però el Parlament balear no va incloure tal article en el text definitiu de la llei. Perquè? Tal vegada el Partit Popular, que a les hores tenia majoria en el Parlament, es va deixar influir per una absurda campanya que tergiversava les coses, i baix els títols de “salvem el Dret foral”, “salvem la separació de béns”, considerava que es destruïa la separació de béns introduint aquesta autorització del cònjuge no propietari. Quan, en realitat, la situació és la contrària. És un desprestigi per a la separació de béns que el cònjuge propietari de la vivenda familiar en pugui disposar lliurement de la mateixa, deixant la família al carrer i sense habitatge. És essencial a la separació de béns –és el primer principi general que la informa– que els béns de cada un dels cònjuges estan afectes al aixecament de les càrregues familiars, i, òbviament, una d'aquestes càrregues és l'habitatge.

Pensar lo contrari, que la separació de béns és absoluta, pot portar a situacions llastimoses, litigis i conflictes, i això ho va demostrar la realitat, amb el plet al que va posar fi una de les sentències més conegudes –i encertades– del nostre Tribunal de Cassació, la de 3 de Setembre de 1998, dictada per un Tribunal en el que els tres components eren membres de la nostra Acadèmia: el President Senyor Angel Reigosa Acadèmic d'Honor, i els Senyors Javier Muñoz i Rafel Perera, qui va ser el ponent, ambdós Acadèmics de Número. Com és sabut el plet va venir donat per l'hipoteca que va constituir el marit, propietari de la vivenda, sense autorització del seu

cònjuge, a favor d'una entitat bancària, la qual, donat la falta de pagament de les quotes, va subhastar i adjudicar-se el pis. L'esposa interposà demanda reclamant la nul·litat del préstec i de la conseqüent adjudicació, per no haver donat el seu consentiment, que seria necessari segons l'article 1320 Cc. La demanda va prosperar en primera instància i a la Audiència la va confirmar, en sentència molt estudiada d'un magnífic jurista, ponent d'aquesta sentència, com era el senyor Mariano Zaforteza, a les hores Magistrat de la nostra Audiència Provincial. I a la vista d'aquests pronunciaments judicials, es va produir el pànic, particularment dins l'àmbit bancari i notarial, perquè se havien signat moltes hipoteques sense exigir el consentiment del altre cònjuge tal com establia l'article 1320 Cc, per considerar que aquest no era d'aplicació.

I aquesta va ser la tesi en que es va fonamentar la sentència del Tribunal de Cassació, que va estimar el recurs i, en conseqüència, va desestimar la demanda del cònjuge no propietari. La sentència de l'Audiència donava una bateria d'arguments que, fonamentalment, es centraven en el fet que la Compilació no regulava el tema, lo qual suposava l'existència d'una llacuna legal, que havia de ser coberta, considerant que la manera procedent de fer-ho suposava la introducció del art. 1320 Cc, com a disposició general aplicable a tots els règims matrimonials. Però, com diu la sentència del Tribunal de Cassació, no existia llacuna legal, des de el moment que l'article 3 de la Compilació establia que cada un dels cònjuges tenia plena facultat de disposició sobre els seus propis béns, sense introduir limitacions de cap mena. A pesar de lo qual el Tribunal no desconeix la possibilitat –o, tal vegada, la conveniència, diu– que “de lege ferenda”, en el futur, es pugui incorporar, mitjançant llei del nostre Parlament, una disposició similar al article 1320 Cc.

De totes maneres s'ha de reconèixer que el tema és turmentós, ja que dona lloc a postures enfrontades. En el sí de la Comissió que va preparar l'avantprojecte hi va haver dos vots en contra de la necessària autorització del cònjuge no propietari, mentre que ni va haver nou a favor. I, per una altra part, dintre del Consell Assessor de Dret civil propi d'Eivissa i Formentera, s'ha imposat la tesi de mantenir la situació actual i no fer necessària l'autorització. Pel que ens trobarem amb dos règims distints per a Mallorca i Menorca, d'una part, i a les Illes Pitiüses d'una altra. Lo qual no és, tampoc, un motiu d'escàndol, ja que la diversitat legislativa és admissible i localitzable a molts de sistemes jurídics, com en el nostre, en el que el Dret successori pitius és, per una sèrie de circumstàncies, molt distint del de Mallorca i Menorca.

L'avantprojecte aposta per la protecció del habitatge familiar, i això es manifesta no tan sols en la necessària autorització del cònjuge no

propietari del mateix per a la seva venda i gravamen, sinó també pel dret del cònjuge sobrevivent al manteniment de la possessió del habitatge familiar durant l'any posterior a la mort del altre, tal com es regula al article 18 del avantprojecte, Aquest dret, que ha suposat la resurrecció del antic **any de plor** que històricament ha estat vigent, no el pot exercitar el cònjuge sobrevivent si ha incorregut en causa d'indignitat successòria i s'extingeix en contreure noves núpcies, constituir una parella estable o de fet, o incomplir els deures inherents a la pàtria protestat respecte dels fills tinguts amb el cònjuge premort. Tampoc serà aquest dret de possible exercici quan el dret a posseir l'habitatge no formi part de l'herència, com seria el cas en que s'ocupés la vivenda familiar per raó d'un contracte d'arrendament amb termini de vigència ja caducat.

Aquest dret no es computa en l'haver hereditari del cònjuge sobrevivent, pel que no es pot considerar rebut a compte de la legítima ni de la part atribuïda en testament o contracte successori. El seu fonament, evidentment, és familiar i no successori.

4.- Les donacions per raó de matrimoni.

El títol IV del avantprojecte està dedicat a les donacions per raó de matrimoni, que són definides al article 20 com **“actes de disposició a títol gratuït fets en consideració a la futura celebració d'un matrimoni, per part d'un dels contraents en favor de l'altre, o per terceres persones a favor d'un d'ells o de tots dos”**.

Tan entren així dintre del concepte les donacions o regals que es fan entre ells els contraents, com els dels familiars i convidats a les noces. En ocasions les donacions fetes pels pares o favor del fill o filla que es casa –òbviament no és el normal fer-la a favor també dels fills i filles polítiques– són de vertadera importància patrimonial, ja que la donació consisteix en el pis en el que viurà la nova família; però tan sols es considerarà donació per raó de matrimoni si la celebració del futur matrimoni s'ha introduït, mitjançant condició o mode, dintre del negoci jurídic, o com a base del mateix, acceptant tots els atorgants aquesta circumstància. De no ser així, tindríem una donació pura i simple, encara que el motiu, si bé no la causa impulsiva, seria el fet de casar-se el fill o la filla. Realment, en la majoria de casos el *animus* del donant consisteix en el pensament que el fill o filla tingui una casa pròpia, en la que viure amb el marit i futurs fills, però també és conscient que aquesta situació pot tenir una duració molt limitada –donada la facultat de sol·licitar el divorci qualsevol dels cònjuges al tres mesos de haver-se casat–, pel que no és probable que vulgui lligar la donació amb el matrimoni, sinó que el que vol és que el fill o filla donatari

pugui seguir disposant del pis donat, inclús en el cas que el matrimoni entri en crisi. Són, mes que *donacions per raó de matrimoni, donacions en ocasió de matrimoni*.

És per això que les donacions per raó de matrimoni importants, d'immobles, són, a la realitat, poques, i la figura se centra en el regals dels familiars i convidats a les noces i en els obsequis que es puguin fer els futurs contraents.

La regla general és la que aquestes donacions per raó de matrimoni queden sense efecte si aquest no es contreu en el termini d'un any comptat des de l'acceptació de la donació o regal. Si és així, s'han de tornar els regals i els obsequis que varen rebre els futurs contraents l'un del altre.

A més de la **ineficàcia** cap la **revocació** per part del donant –una vegada consolidades aquestes donacions com a conseqüència del matrimoni– per l'incompliment de les càrregues imposades al efectuar la donació i per ingratitude (denegació indeguda d'aliments, condemna per sentència ferma al donatari per haver realitzat actes delictius contra la persona del donant o els seus familiars pròxims). En canvi, la separació o el divorci no és causa per deixar sense efecte aquestes donacions.

Però aquesta revocabilitat és relativa, ja que l'article 22.4 assenyala que en tot cas, són irrevocables els regals de casament de béns mobles, el valor dels quals s'ajusta als usos socials, atès el nivell de vida de la família.

5.- Els capítols matrimonials.

La regulació dels capítols matrimonials que es fa al títol V del avantprojecte segueix las regles tradicionals, i així es poden atorgar abans o després del casament, amb la particularitat que, d'atorgar-se abans, només tindran efecte una vegada contret el matrimoni, sempre que es celebri en el termini màxim d'el any posterior al atorgament; com és lògic, s'han d'atorgar en escriptura pública –així com també les seves modificacions– i s'han d'inscriure en el Registre civil i, si és el cas, en altres registres públics.

N'és una novetat, però, la referència als pactes en previsió de ruptura matrimonial Ja se sap que avui en dia aquests pactes estan permesos, i que, històricament, hi ha hagut alguns d'aquests pactes que han fet corre rius de tinta, com varen ser els que varen firmar el Sr. Onassis i Jacqueline Kennedy. S'ha de dir, d'entrada que aquests pactes no són una exclusiva dels capítols, ja que es poden atorgar en una escriptura pública distinta dels capítols, com estableix l'article 29 del avantprojecte. Òbviament, es poden atorgar abans i durant el matrimoni, encara que, pel primer cas, l'article 29 assenyala una precisió, al dir que, quan els pactes de ruptura siguin

prenupcials, només són vàlids si s'atorguen almenys trenta dies abans de la data de celebració del matrimoni. Precisió que el Consell Assessor de Dret civil d'Eivissa i Formentera ha rebutjat. L'exigència que la signatura d'aquests pactes sigui anterior en trenta dies a la data de celebració del matrimoni té per fonament aconseguir que l'ànim dels atorgants sigui lliure de qualsevol pressió, que es podria donar si, en els dies immediatament anteriors a la celebració del matrimoni, un dels futurs esposos li presenta al altre un document de pactes de ruptura absolutament en el seu favor, amb l'amenaça que no es casarà si no es va al Notari a firmar-lo. De totes maneres no cal oblidar que avui les persones estan menys lligades que abans als convencionalismes, en aquest cas a la “vergonya” de suspendre les noces. I tal vegada per això, l'exigència no té massa fonament, entre altres coses, perquè si es tracta d'unes noces mínimament importants, en les que s'ha contractat l'església, el restaurant, fetes les invitacions, etc...també pot existir pressió si trenta i cinc o quaranta dies abans de la data un dels futurs contraents surt amb alguna proposta *non sancta*. El termini dels trenta dies no deixa de presentar ambigüitat.

És molt interessant, dintre d'aquest context dels pactes de ruptura, la indicació que es fa en el art. 29.2 segons la que **“els pactes d'exclusió o limitació de drets necessàriament han de tenir caràcter recíproc”**. Això vol dir que no seria vàlid un pacte pel que un dels futurs contraents renunciés a la pensió compensatòria en el cas de separació o divorci, però sí seria vàlid un pacte pel que fessin la renúncia ambdós; i també podria ser vàlid el pacte que establís el pagament d'una determinada quantitat al altre cònjuge per part del que sol·liciti el divorci, ja que aquí no hi ha exclusió o limitació de drets. Diu també el mateix precepte que en aquests pactes s'han de precisar amb claredat els drets que es renuncien o limiten. S'ha de tenir en compte, en aquest punt, que, en les renunciés, sempre s'ha d'entendre que es renuncia a lo menys possibles, donat que les renunciés són limitacions dels drets.

6.- La contractació entre cònjuges.

El tema de la contractació entre cònjuges el tracta l'avantprojecte dintre del títol VI, titulat “Del règim econòmic matrimonial”, que conté un primer capítol de disposicions generals, en les que, primerament, es diu que aquell serà el convingut en capítols o espòlits, formalitzats en escriptura pública, abans o durant el matrimoni i, en defecte d'aquests, el de separació de béns.

I, a continuació, l'article 34 del avantprojecte estableix el principi de lliure contractació, al assenyalar que **els cònjuges poden celebrar entre ells tota classe de contractes i transmetre's béns i drets per qualsevol**

títol. La contractació onerosa sempre ha estat possible dintre del nostre Dret, i això és un motiu més d'agraïment a la separació de béns, ja que en el sistema del Codi civil, fins la llei de 13 de maig de 1981, no eren possibles les vendes entre cònjuges, a no ser que haguessin pactat la separació de béns o existís separació judicial dels mateixos.

En canvi les donacions entre cònjuges no varen estar permeses en el nostre Dret fins arribar a la Compilació de 1990. Realment ve d'antic la prohibició, ja que es remunta fins al Dret romà, en el que hi trobam el conegut text d'Ulpià, que ens diu que, per costum, no són vàlides les donacions entre cònjuges, per evitar que, donat el seu amor, les fessin sense moderació, en perjudici del seu patrimoni. Però, de manera més realista, després la llei *cum dotibus* del *liber iudiciorum* ja assenyala que la prohibició tan sols tindrà efecte durant el primer any de matrimoni, per ser a les hores –com deia un comentarista– quan “son más posibles los extravíos del cariño”. Realment dintre del Dret romà s'havia atenuat la prohibició pel Senatconsult dictat l'any 206 pels emperadors Severo i Caracalla, la famosa “Oratio divi Severi”, que ja no establí la nul·litat d'aquestes donacions, sinó tan sols la possibilitat de la seva revocació en vida, tenint vàlidesa com a donacions *mortis causa* si el cònjuge donant morís sense haver-les revocat.

Inclús el Codi civil, abans de la llei de 2 de maig de 1975, tenia un precepte –l'article 1334– que establí la nul·litat d'aquestes donacions, si bé admestia l'excepció dels regals mòdics que els cònjuges es podessin fer “en ocasión de regocijo familiar”, amb el que donava eficàcia jurídica a dos conceptes extrajurídics, com són la modicitat i el “regocijo familiar”.

Avui tot això és aigua passada, ja que és obvi que el matrimoni no pot suposar cap limitació per a la capacitat jurídica i d'obrar de les persones, pel que poden atorgar entre ells tota classe de contractes.

Dues qüestions es plantegen en matèria de contractació entre cònjuges.

La primera n'és la presumpció –que l'avantprojecte manté, i que actualment estableix l'article 4.3 de la Compilació– segons la que s'entendrà que la transmissió és gratuïta en el cas d'impugnació judicial. El fonament de la presumpció està en la necessitat de prevenir el frau, en evitació dels supòsits en que un dels cònjuges tingués deutes, i, per aparèixer insolvent davant dels seus creditors, transmetés el béns al altre cònjuge. Si la transmissió és gratuïta es considera *per se* fraudulenta, ja que l'article 1297 Cc ens diu que “se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito”. Per una altre part, la disposició harmonitza així mateix amb les disposicions generals sobre càrrega de la prova, en especial amb el principi de facilitat probatòria. És lògic que sigui el cònjuge demandat, i no el creditor demandant,

qui ha de provar que a canvi dels béns rebuts del cònjuge ha existit una transmissió de béns o diners per la seva part, ja que és ell qui coneix la situació del seu patrimoni, comptes bancaris, etc...

En matèria de revocació de donacions entre cònjuges la qüestió de més importància que es planteja és la de si seria procedent en els casos de separació, nul·litat i divorci. La Compilació actual, i també l'avantprojecte, n'estableixen la possible revocació per incompliment de càrregues i per ingratitude, existint alguna divergència entre els dos texts legals sobre les causes d'ingratitude, si bé, fonamentalment, serien la denegació d'aliments, la condemna per un delictes contra la persona i contra la llibertat del donant o imputar-li un delictes. Però la diferència més important radica en que l'avantprojecte no considera causa de revocació la separació i el divorci. A diferència de la Compilació de 1990, que establia la possible revocació de la donació en els casos de nul·litat, separació i divorci, sempre que aquestes situacions fossin imputables al cònjuge que havia rebut la donació. Però ja se sap que, avui en dia, després de la llei 15/2005 de 8 de juliol les sentències de separació o divorci no poden fer declaracions de culpabilitat, raó per la qual l'article 4 COMP, en la redacció donada per la llei 3/2009 de 27 d'abril, estableix com a causes de revocació l'anul·lació del matrimoni si el donatari hagués obrat de mala fe, la separació i el divorci.

En canvi, segons l'avantprojecte, el divorci i la separació no serien causes de revocació de les donacions entre cònjuges, ja que no les menciona entre les causes revocatòries (incompliment de càrregues, ingratitude i nul·litat del matrimoni, en aquest cas, perquè es com si el matrimoni no s'hagués celebrat). La postura al meu parer és correcta des d'un punt de vista tècnic, perquè jurídicament la donació va quedar perfeccionada en el seu atorgament, i lo essencial és l'existència, en aquell moment, d'un *animus donandi* totalment lliure i no coaccionat, tenint menys importància les vicissituds i conductes posteriors. Però les causes d'ingratitude assenyalades per l'avantprojecte no acaben de ser del tot satisfactòries, ja que es limiten a la denegació d'aliments i a la condemna del donatari per sentència ferma per haver comés delictes contra la persona del donant, cònjuge o parella estable actual del mateix o els seus ascendents i descendents. La meva opinió és la de que falta, entre les causes de possible revocació, l'incompliment greu o reiterat dels deures matrimonials, que permetria l'exercici de l'acció revocatòria en els casos en que el divorci ha vingut motivat per una conducta clarament il·lícita del donatari, com succeiria en els casos de violència o abandó de família.

7.- Regles específiques de la separació de béns.

Com s'ha dit, la separació de béns continua tenint el caràcter de règim legal supletori, que entraria en vigor en el cas que en el capítols matrimonials

no s'hagi pactat un altre règim. En aquest règim de separació de béns, cada un dels cònjuges té la propietat de tots els seus béns, i, per tant, el gaudi, l'administració i la lliure disposició d'aquests, amb els límits establerts per la llei. I són béns propis de cada cònjuge tots els que ja tenia quan es va establir el règim de separació de béns i tots els que després ha adquirit per qualsevol títol durant la seva vigència.

En el capítol del avantprojecte dedicat a aquest tema es tracten dues qüestions, que són les relatives a l'administració dels béns i la delimitació dels béns propis de cada un dels cònjuges, particularment en els casos de titularitats dubtoses.

Pel que fa a l'administració dels béns, és evident que cada un dels cònjuges té la facultat d'administrar els seus béns propis. Però ja la Compilació de 1990 feia una referència al supòsit en que un dels cònjuges administrés els béns de l'altre, sigui per la existència d'un mandat exprés o purament tàcit. I establia la facultat –lògica evidentment– del cònjuge mandant de revocar, condicionar o restringir en qualsevol moment el mandat. En aquest sentit, no seria vàlida una clàusula del poder en la que el cònjuge mandant renunciés a la facultat de revocar-lo. I també es referia a l'obligació, del cònjuge mandatari d'abonar, al finalitzar el mandat, el fruits existents i aquells en els que s'hagi enriquit; no els fruits que no estiguin en aquestes circumstàncies, ja que hi ha la presumpció que s'han destinat al aixecament de càrregues familiars, disposició que té el seu fonament en el *Codex 5, 4, 11*, del qual va passar al Codi civil francès i a altres. A la vista del precepte de la Compilació de 1990, la doctrina ha tractat la qüestió de si el cònjuge mandatari por nombrar substitut, ja que el precepte no ho prohibeix expressament; i, en aquest sentit, la majoria dels autors entenem que això tan sols seria possible per a negocis concrets i determinats, i mai de manera general. L'avantprojecte sí que preveu la qüestió, eliminant d'entrada la possibilitat de designar substitut, tret que expressament el cònjuge mandant l'hagi autoritzat a fer-ho, i manté, per una altra part, la doctrina romana que trobem a la Compilació de 1990 sobre la devolució dels fruits.

Per una altra part, una qüestió que ha preocupat molt als Tribunals i a la doctrina –dintre del context de la separació de béns– ha estat la de la delimitació dels patrimonis del cònjuges, donada la confusió i transferències que entre ells es donen, com a conseqüència de la convivència familiar i de la comunitat d'interessos. Són els casos, tan freqüents, d'invertir un dels cònjuges diners propis en unes obres que es fan en un immoble que és exclusivament de l'altre cònjuge, donar-li o deixar-li diners per destinar-los, a vegades juntament amb un capital que ell aporta, a la compra d'un bé de la seva sola propietat, etc... La Compilació no conté cap norma per a donar solució a aquests problemes, que avui en dia es donen amb molta freqüència,

particularment quan el matrimoni desemboca en una situació de crisi.

Les legislacions autonòmiques han donat, al tractar de resoldre aquestes complicades qüestions, preponderància absoluta al principi de titularitat formal, considerant que si hi ha un títol d'adquisició, el bé adquirit correspondrà, sense discussió possible, al cònjuge que en el títol figuri com adquirent, podent-ne tan sols discutir a qui pertany la contraprestació que es va pagar. Però aquesta solució no és plenament satisfactòria, donada l'existència de títols simulats, de negocis jurídics fiduciaris així com supòsits de consentiments intimitats per una excessiva influència d'un dels cònjuges sobre l'altre.

Els Tribunals han fet ús, amb molta freqüència, del principi de la subrogació real, que tindria en compte de quin dels cònjuges procedeixen els diners que varen servir per a fer l'adquisició. Tal vegada la solució més justa seria tractar de determinar quina va ser la voluntat real dels esposos quan es va atorgar el contracte o acte jurídic discutit, deduint-la de totes les circumstàncies del cas, en especial del títol formal de l'adquisició i de la procedència dels diners amb que es va fer la mateixa, però sense que cap d'aquests principis tingués caràcter exclusiu.

Però la meua opinió va quedar en minoria, i l'avantprojecte s'apunta a la regla general existent a les legislacions autonòmiques, i estableix (article 39) que **els béns adquirits onerosament durant el matrimoni són del cònjuge que determina el títol adquisitiu vàlid**. Aquest afegit –el qualificatiu vàlid– va ser una aportació meua per a salvar els mobles, a fi d'eliminar la possibilitat de que pugui definir propietats un títol simulat. Per tant, “papers canten” i, d'acord amb el precepte ja no es podria discutir la titularitat del bé; i, com a on la llei no distingeix no hi ha que distingir, el títol no ha de ser necessàriament un document públic, sinó que pot ser un document privat, com una simple factura. Amb la particularitat, ja abans referida, que si se tracta de béns mobles d'ús familiar, adquirits onerosament durant el matrimoni, es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises, establint així –en base als arguments que han quedat apuntats en el seu moment– una espècie de presumpció *iuris et de iure*.

Lo únic que es podria discutir es la contraprestació, assenyalant després l'article 42 que aquesta qüestió s'haurà de suscitar en el moment de liquidació del règim, ja que un dels apartats a tenir en compte n'és el relatiu als **contractes o negocis entre cònjuges**.

Pels supòsits d'inexistència de títol diu l'article 40 del avantprojecte –tal vegada innecessàriament– que **la pertinença a un o altre cònjuge es podrà determinar per qualsevol mitjà de prova**, però aquesta manifestació li permet tancar la qüestió amb una declaració dirigida a la resolució dels

supòsits de manca o insuficiència de les proves, assenyalant que, en aquests casos, **el bé o dret correspon a ambdós cònjuges per meitats**. És curiós que l'avantprojecte hagi ressuscitat la presumpció del article 3.3 de la Compilació de 1961 (**pertenecerán por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno**) que tan criticada va ser per la doctrina en el seu moment, i així, recordo que un jurista de molt grata memòria –Raimundo Clar– va dir que el fet que la sentència del Tribunal Suprem de 2 de novembre de 1965 resolgués un litigi en el que es discutia si els béns pertanyien a un o altre cònjuge mitjançant l'antic art. 3.3 de la Compilació de 1961, suposava una sentència de mort pel règim de separació, essent certament curiós que aquesta sentència fos precisament del dia 2 de novembre, que es el dia dels difunts, el dia dels morts. De totes maneres aquestes idees –de les que jo, en el seu moment, he participat– estan ja superades, i sembla lògic que la falta absoluta de proves sobre la propietat del bé discutit enllaci amb la conclusió que aquest pertany als dos cònjuges per meitat. Conclusió que, de totes maneres, es podia deduir perfectament del article 393 Cc.

A continuació l'avantprojecte dedica una secció a **l'extinció i liquidació del règim de separació de béns**.

És clar que el règim es pot extingir per acord dels cònjuges, que decideixen passar a un altre règim –supòsit que no és el normal– i també per la dissolució del matrimoni, en els casos de mort o declaració de mort d'un dels cònjuges i divorci, i així mateix en els supòsits de nul·litat del matrimoni o separació judicial.

En tots aquests casos s'obri un període de liquidació del règim, la qual –diu l'avantprojecte– s'ha de dur a terme de conformitat amb els capítols, espòlits o pactes en previsió de la ruptura matrimonial, i subsidiàriament, segons les pròpies regles que s'indiquen en el avantprojecte.

En contra dels que creuen que la separació de béns és absoluta, i que per tant no té perquè existir una liquidació del règim a la seva extinció, la majoria d'autors entenem que la comunitat d'interessos que la família comporta, així com el fet d'existir béns posseïts conjuntament pels dos cònjuges, i en la majoria d'ocasions béns que no sols són posseïts conjuntament sinó que també estan en el títol adquisitiu a nom dels dos cònjuges, ens ha de du a la conclusió que és necessària una liquidació. I aquesta necessitat s'accentua si es té en compte que, particularment, en el casos de crisis matrimonials, hi pot haver reclamacions recíproques entre els cònjuges, essent convenient arbitrar un procediment en el que es puguin tenir en compte totes aquestes qüestions, sense obligar a las parts a acudir al judici ordinari.

Per totes aquestes circumstàncies, l'article 42 del avantprojecte tracta

del tema de la liquidació , i comença dient que la liquidació s'inicia amb la determinació dels crèdits d'un i altre cònjuge derivats dels següents conceptes:

a) aixecament de les càrregues familiars, pel cas que no hi hagi hagut una contribució d'un dels cònjuges proporcionada als seus recursos econòmics. Això no regeix en el casos en que l'extinció del règim hagi estat per mort o declaració de defunció, ja que no tindria sentit una reclamació dels hereus del cònjuge premort contra el sobrevivent dient que aquell va contribuir majoritàriament a l'aixecament de les càrregues matrimonials.

b) Les accions de regrés que resultin de la responsabilitat solidària o subsidiària per les deutes derivades del aixecament de les càrregues familiars. En un i altre cas l'obligació dels cònjuges era contribuir al aixecament de càrregues en proporció al seus recursos econòmics, per lo que, si a conseqüència de la responsabilitat solidària o subsidiària, un d'ells hagués hagut de pagar al creditor més del que correspon d'acord amb aquest paràmetre, pot reclamar la diferència. Aquesta disposició tampoc regeix en els casos en que l'extinció del règim ha tingut lloc per mort o declaració de defunció, per la raó abans indicada.

c) Els danys i perjudicis causats pels actes de disposició, alienació o gravamen del habitatge familiar o el seu parament. Són els casos en que el cònjuge propietari d'aquest béns els ven o grava sense obtenir el consentiment del altre cònjuge o l'autorització judicial.

d) La impossibilitat de restituir els béns donats per l'altre cònjuge en el cas de revocació de la donació, o la compensació equivalent al menor valor que suposa el gravamen. Sempre que, a conseqüència de la revocació d'una donació per raó de matrimoni, o després, d'una donació entre cònjuges, el donatari hagi de restituir el bé donat al altre cònjuge, si aquesta restitució ha estat impossible, per exemple per estar ja el bé en nom d'una altre persona, l'import del bé donat és un del crèdits a tenir en compte dintre de la liquidació. I en el cas que el bé objecte de restitució es torni amb un gravamen el crèdit consistirà en el menor valor que suposa el gravamen.

e) La rendició de comptes procedent de l'administració dels béns de l'altre cònjuge. D'acord amb el que hem vist al tracta de la possible administració per part d'un dels cònjuges dels béns de l'altre.

f) Els contractes o negocis entre cònjuges. Es comprenen aquí els supòsits, entre d'altres, en que un dels cònjuges aporta un capital al altre per a la compra d'una finca de propietat exclusiva del segon, o bé per a realitzar obres a la mateixa.

g) Qualsevol altre crèdit que un cònjuge tingui contra l'altre.

He de confessar que, quan vaig llegir el precepte per primera vegada, la primera impressió va ser si no s'estaven introduint dintre del Dret de família criteris propis del Dret d'obligacions. Però un estudi detingut del tema me va dur a la conclusió que no era així. En primer lloc, perquè en els casos en que l'extinció del règim es per mort d'un dels cònjuges, no entren en joc els supòsits de les lletres a i b (aixecament de càrregues i responsabilitat per les deutes familiars). I en segon lloc perquè els criteris del Dret de família no tenen perquè aplicar-se quan no hi ha família, pel que sembla just i lògic que, produïda la crisi matrimonial, dins el procés de liquidació del règim els cònjuges es poden deduir totes les reclamacions que tinguin un contra l'altre.

Com s'està parlant d'un procés liquidatori, diu l'article 42.3 que **una vegada determinats els crèdits d'ambdós cònjuges, correspon compensar-los de manera que en resulti un únic crèdit exigible**. I el procediment de liquidació n'és el determinat pels articles 807 a 810 LEC. (Inventari de tots els béns i crèdits, proposta de liquidació, i, si no hi ha acord, nomenament de pèrits, si és necessari per a la valoració d'alguns béns, i de contador partidori a fi que faci la liquidació definitiva).

Dintre de les normes que regulen aquest procés liquidatori, l'avant-projecte ha recollit una regla molt interessant, que estava continguda a l'article 43.1 del Codi de família català, i actualment a l'article 232-12 de la llei 25/2010 de 29 de juliol del llibre segon del Codi civil de Catalunya, segons la que **qualsevol dels cònjuges pot exercir, simultàniament al procediment de liquidació, l'acció de divisió de cosa comuna respecte al béns que tinguin en comunitat ordinària. L'autoritat judicial competent, si ho demanda un dels cònjuges, pot formar lots de béns amb titularitat plena i adjudicar-los als cònjuges**. D'aquesta manera dins un sol procediment es pot realitzar la divisió del habitatge i del parament propietat comuna d'ambdós cònjuges, sense necessitat de haver de seguir dos procediments: l'un el de separació o divorci pròpiament dit, i l'altre de divisió dels béns comuns. La norma té molta importància perquè, com abans s'ha dit, el costum normal, tant a les Illes com a Catalunya, és que l'habitatge familiar –i inclús altres immobles que es puguin tenir– estiguin a nom dels dos cònjuges.

Però el Tribunal Constitucional, en una sentència inesperada –vaig escriure un article a Missèr que duia precisament aquest títol– de 16 de febrer de 2012, va declarar el precepte inconstitucional, estimant una qüestió d'inconstitucionalitat promoguda pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció numero 1 d'Arenys de Mar contra l'indicat article 43.1 del Codi de família català. No put fer consideracions sobre aquesta sentència, remetent a qui pugui estar interessat al indicat article. Sols dir que la disposició del precepte era tan encertada, que la llei general del Estat 5/2012 de 6 de

juliol de mediació, ha estès a tot el territori del Estat el que es deia en el precepte declarat inconstitucional, afegint un apartat al article 438 LEC.

8.- Les disposicions aplicables a Eivissa i Formentera.

El darrer títol del avantprojecte fa referència específica als matrimonis que es regeixen pel Dret de les Illes Pitiüses i conté quatre capítols, dedicats a les disposicions generals, als espòlits, al usdefruit universal capitular i al règim convencional d'acolliment en una quarta part dels milloraments. A totes aquestes matèries dedicaré una petita referència.

A) Les disposicions generals.

En elles s'estableix l'àmbit d'aplicació del títol –las relacions econòmiques derivades dels matrimonis els efectes dels quals es regeixen pel Dret civil propi d'Eivissa i Formentera– i la norma relativa a la interpretació i integració de les normes del Títol VII, que es farà d'acord amb el que disposa l'apartat 2 del article 1 de la Compilació, que és la norma general d'interpretació i integració del nostre Ordenament jurídic.

A continuació assenyala l'article 45 del avantprojecte l'aplicació dels títols I a VI de la llei als matrimonis de les Pitiüses, amb la excepció de les normes que fan referència a la necessària autorització del cònjuge no propietari de la vivenda y dels béns mobles de la mateixa per a la seva venda i gravamen –essent aquestes transmissions lliures a les Pitiüses–, la responsabilitat subsidiària del cònjuge no contractant en matèria d'aixecament de les càrregues familiars –que l'article 46 substitueix a les Pitiüses per una responsabilitat solidària–, la possibilitat per part del cònjuge administrador dels béns del altre cònjuge de designar substitut –que a les Pitiüses es regeix per les regles generals del mandat, mentre que a Mallorca i Menorca segons l'avantprojecte, tan sols es pot fer si hi ha una autorització expressa– i la eliminació, dintre dels conceptes a tenir en compte en la liquidació del règim, dels danys ocasionats pel fet de haver disposat o gravat la vivenda familiar o el seu parament el cònjuge propietari sense autorització del altre, ja que, con s'ha vist, no és necessària tal autorització a les Pitiüses.

B) Els espòlits.

Sense cap dubte es tracta d'una de les institucions més tradicionals del Dret de les Pitiüses. El nostre Acadèmic Josè Cerdá Gimeno els defineix com “negoci jurídic familiar *causa matrimonii* bilateral o plurilateral, de forma solemne, i de contingut amb pactes molt diversos”; i, per la seva part, la jurista Olga Cardona Guasch diu que “mitjançant els espòlits s'establien de

manera prèvia les bases de la família que s'anava a formar, així com també traçar el destí del patrimoni familiar més enllà de la mort dels atorgants". Però s'ha de reconèixer que, a l'actualitat, ha minvat moltíssim l'atorgament dels espòlits, possiblement pels profunds canvis que s'han operat a la realitat sociològica de les Illes Pitiüses, i, sobre tot, pel progressiu abandó de l'economia rural. De totes maneres, és possible que una sèrie de circumstàncies –com serien els desitjos de les parelles que es casen de establir les bases de l'organització econòmica de la família i el públic coneixement que de cada dia es té més d'aquestes matèries– podrien donar lloc a un atorgament més freqüent d'aquest tradicional negoci jurídic familiar.

L'avantprojecte fa una regulació dels espòlits molt detallada, tractant del seu concepte, moment d'atorgament (abans i després de celebrar-se les núpcies), forma i inscripció (escriptura pública que s'ha d'inscriure en el Registre civil i, si és el cas, en altres registres públics), capacitat pel seu atorgament i contingut, el qual és de gran amplitud, ja que en els espòlits es poden incloure totes aquelles institucions que admetin el seu atorgament en capítols matrimonials, com poden ser les donacions per raó de matrimoni, dot, escreix, acolliment en una quarta part dels milloraments, pactes sobre la forma i contribució al aixecament de les càrregues familiars, donacions universals, pactes successoris, usdefruit universal i fidúcia successòria, i també els possibles pactes en previsió de ruptura matrimonial.

Es regula també la possible modificació dels espòlits, així com la seva ineficàcia, que tindrà lloc en els casos de nul·litat matrimonial, separació o divorci; però mantenint eficàcia, en aquests casos, els pactes de ruptura matrimonial. Pel que fa als heretaments i donacions a favor del fill o de la filla atorgants dels espòlits, l'avantprojecte n'estableix que conserven la seva eficàcia si hi ha descendència del matrimoni anul·lat, separat o divorciat. De no ser així, esdevindran revocables per la sola voluntat del heretant o donant si el fill o la filla es torna a casar o constitueix parella estable o de fet.

C) Usdefruit universal capitular.

L'establiment d'un usdefruit universal és un del pacte que n'era més freqüent en els espòlits, i consisteix en la concessió per part d'un dels cònjuges al altre del dret d'ús i gaudi vitalici de la seva herència, donant facultat al usufructuari per a regir i governar la casa i tots els béns del cònjuge premort, si bé quedarà obligat a prestar, amb càrrec al usdefruit, aliments al hereu, al consort d'aquest i als fills del cònjuge premort i del hereu que visquin a la casa, i així mateix haurà de consentir que es facin en l'usdefruit les reduccions necessàries per a pagar les llegendes i, si escau, per a constituir dot.

No deixa de resultar sorprenent que l'avantprojecte no reguli les causes d'extinció d'aquest usdefruit, el que obliga a acudir a les causes generals d'extinció del article 513 CC, sempre que concordin amb les peculiaritats de la institució. Però el precepte no resol la qüestió més important que, en aquest punt, es presenta, com és la de si subsisteix o no l'usdefruit en el cas que l'usufructuari es casi novament. Normalment en els espòlits es condiciona l'usdefruit al fet de mantenir-se viudo l'usufructuari, però és evident que pot faltar un pacte d'aquest tipus. Quina és la solució aleshores?.

Com ha dit la doctrina (Cardona Guasch) hi ha dues tesis contraposades.

En primer lloc, la que deriva de la màxima llatina *odiosa sunt restringenda*, que determinaria que no es pugui imposar una restricció –l'extinció del usdefruit– pel nou matrimoni del usufructuari, quan aquesta circumstància no està prevista ni per pacte ni per llei.

I, en segon lloc, la que inicia l'anàlisi en base al article 66.5, que ens diu que quan les estipulacions capitulars es refereixen a institucions familiars i successòries consuetudinàries –i entre elles assenyala expressament el pacte d'usdefruit universal– s'han d'interpretar d'acord amb el costum; i aquest ha estat sempre la consideració que el matrimoni del viudo extingia l'usdefruit, ja que no encaixava el nou matrimoni del cònjuge viudo dintre del esquema familiar configurat per la institució, que suposa, per pròpia disposició legal, regir i governar la casa i tots els béns del cònjuge difunt, prestant aliments a l'hereu i als parents que s'indiquen en el precepte. Sense oblidar que l'usdefruit universal capitular té per finalitat proporcionar al cònjuge viudo una situació digna i còmoda durant la seva viudetat, pel que no pareix necessari mantenir-lo quan ja no es troba en aquesta situació.

La consistència dels arguments que juguen a favor de cada una de les tesis exposades fa que no sembli encertat inclinar-se per una o altra, sinó que serà precís examinar cada cas per a derivar, de les seves peculiaritats, quina hauria pogut ser la voluntat del cònjuge difunt al plantejar-se la nova situació.

D) Acolliment en una quarta part dels milloraments.

Es tracta de un règim econòmic matrimonial tradicional a les Illes Pitiüses, pactat en espòlits, en el que l'esposa tenia dret, a l'extinció del règim, a una quarta part dels béns adquirits per l'espòs durant el matrimoni.

L'acolliment és una institució històrica tradicional a les Illes Pitiüses, que, no obstant, no apareix a la Compilació de 1961, i just és objecte de menció a la actual Compilació de 1990, a l'article 66.5, al tractar del possible contingut dels espòlits, i per assenyalar que l'acolliment –com totes

les institucions que indica— es regirà pel que s’hagi pactat i s’interpretarà d’acord amb el costum.

La doctrina ha relacionat el seu origen amb la Associació de Compres i Millores, institució pròpia de la comarca del Camp de Tarragona, havent recordat Cerdà Gimeno que de la diòcesis de Tarragona varen venir els conqueridors de les Pitiüses. El pacte d’acolliment l’atorgava sempre el marit en favor de la seva esposa, no existint precedents històrics d’un acolliment atorgat per l’esposa en favor del marit o de caràcter recíproc. Situació històrica que concorda amb la realitat d’altre temps, en que l’esposa no treballava fora de la casa, sinó que tenia cura d’aquesta, venint a ser l’acolliment un reconeixement del treball realitzat per la dona a la llar i a l’explotació agrària; a més d’assegurar-li un drets successoris, ja que era a la dissolució del règim, a la mort de l’espòs, quan l’esposa feia efectiu el seu crèdit. Situació que també s’ha de lligar amb el fet que el cònjuge viudo no tenia —ni té encara— dret a llegítima segons la legislació de les Illes Pitiüses.

El terme “milloraments” no s’ha de entendre com a millores produïdes en els béns del cònjuge que fa l’acolliment, sinó que tindria una significació semblant a increments de patrimoni, i comprendria tots el béns d’importància econòmica adquirits per l’espòs durant el matrimoni. L’acolliment no produeix els seus efectes fins que té lloc la extinció del règim, i, normalment, durant el mateix, existeix separació de béns entre els cònjuges, inscrivint al seu nom el béns que va adquirint el cònjuge que fa l’acolliment, mentre que l’acollit té un dret de crèdit expectant sobre una quarta part d’aquests béns. Tradicionalment el percentatge de participació ha estat sempre d’una quarta part, essent excepcionals els supòsits en que es pacta una participació distinta, però pareix perfectament possible establir-la.

L’avantprojecte romp, amb encert, l’esquema tradicional del acolliment, dient que aquest es pot fer amb caràcter unilateral, però també recíproc, acollint cada un dels cònjuges al altre, situació que pot encaixar millor amb la realitat social d’avui en dia. L’acolliment suposa el dret de participar un cònjuge, o els dos, en les millores, compres i adquisicions del altre, tenint cura l’avantprojecte de precisar aquests conceptes. Així, les millores serien els augments de valor produïts durant la vigència del règim en els béns que tenia el cònjuge acollidor al iniciar-se aquest, i també en els adquirits per títol gratuït, sempre que els augments siguin deguts a la seva indústria o inversió; es consideren compres els béns adquirits durant la vigència del règim per títol de compravenda, que subsisteixin en el patrimoni del cònjuge acollidor en el moment de l’extinció del règim; mentre que es consideren adquisicions els béns adquirits per títol oneros distint de la compravenda, que subsisteixin igualment en el patrimoni del cònjuge acollidor en el moment de l’extinció del règim.

L'avantprojecte regula de manera detallada la liquidació del règim, que porta a la determinació del crèdit de milloraments, a conseqüència d'aplicar sobre el resultat de la liquidació la proporció convinguda, que tradicionalment n'era la quarta par, però que pot ser la que lliurament convinguin els atorgants; establint el pagament d'aquest crèdit amb diners, llevat que les parts acordin una altra cosa, o que el jutge n'ordeni el pagament, total o parcial, en béns de l'herència, per causa justificada i a petició de qualsevol dels cònjuges o dels seus hereus. En les mateixes circumstàncies, el jutge pot ajornar-ne el pagament fins a un venciment màxim de tres anys, sempre que es garanteixi el deute i es paguin els interessos legals.

Si bé la institució ha complit unes funcions històriques molt importants, com element de compensació del treball per a la família realitzat per l'esposa, és dubtós que concordi amb les noves realitats actuals, en que és normal que els dos cònjuges treballin fora de la casa. Encara que, per aquest cas, podria ser adequat un acolliment amb caràcter recíproc.

9.- Les disposicions derogatòria, addicional i transitòries.

La disposició derogatòria deixa sense efecte el títol I del llibre I de la Compilació, l'article 65 del llibre II en allò que remet al esmentat títol i el títol I del llibre III.

La disposició transitòria primera assenyala que la llei s'aplica als matrimonis contrets i subsistents en el moment de la seva entrada en vigor, amb la particularitat –segons la disposició transitòria tercera– que els processos de separació, divorci i nul·litat matrimonial començats abans de l'entrada en vigor de la llei es regiran per la normativa substantiva vigent en el moment d'iniciar-los, i tan sols s'aplicaran les normes de la llei relatives a la liquidació del règim econòmic matrimonial als règims ja extingits en el moment d'entrada en vigor de la llei.

Segons la disposició transitòria segona els règims econòmics matrimonials i actes convinguts en capítols matrimonials atorgats d'acord amb la legislació anterior produeixen els efectes resultants de la dita legislació, amb la matisació que els règims convencionals d'acolliment en una quarta part dels milloraments pactats abans de l'entrada en vigor de la llei es liquidaran d'acord amb les seves disposicions.

I la disposició addicional única recull la possibilitat que els matrimonis de Mallorca i Menorca puguin fer ús –en virtut de pacte capitular– de les institucions pròpies del Dret Pitiús, regulades en el títol VII de la llei, fent la previsió, per aquest cas, que les disposicions dels capítols II, III i IV d'aquest títol seran d'aplicació subsidiària, a falta de pacte dels cònjuges que reguli la qüestió plantejada.

IV.- CONSIDERACIÓ FINAL.

Al inici d'aquest treball es fa una referència a la recomanació que un bon discurs ha de tenir un bon començament, un bon final i, sobre tot, que aquest estigui el més prop possible del inici. Òbviament això no sempre és possible, i aquest treball ha tingut l'extensió necessària per a permetre tenir uns coneixements bàsics de les novetats que presenta l'avantprojecte que ha estat objecte d'estudi, si bé en l'exposició verbal del mateix va ser necessàriament abreujat.

Però me queda l'obligació de trobar un bon final. I, per això, res millor que acudir al geni de Goethe, que fa dir en el Faust a un dels personatges que les lleis són com una herència desgraciada que és transmet de generació en generació, i el que era bo es torna dolent i el que era just es torna injust. I, certament, aquestes paraules no poden ser més encertades: la vida, la realitat social canvia, i per això les lleis també han de canviar.

És clar que la realitat dels matrimonis ha tingut un canvi radical. Del matrimoni per a tota la vida s'ha passat al matrimoni de tres mesos, i es un fet contrastat que la meitat dels matrimonis acaben en divorci, Aleshores una legislació com la nostra Compilació que en aquesta matèria –i en altres– viu totalment d'esquena a la realitat és de la major evidència que ha de canviar. Per això, des de la modèstia i humilitat de la nostra Acadèmia, demanam als poders públics, i en especial al nostre Parlament, que obrin la porta a la modernització del nostre estimat Dret civil propi; i no hi ha millor ocasió per a començar que establir una regulació ample i detallada de les realitats familiars d'aquesta època que ens ha tocat viure.

Moltes gràcies.

**V.- SESIÓN DE INGRESO EN LA ACADEMIA
DE DON CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO.**

V.1- DISCURSO DE INGRESO.

El 19 de Noviembre de 2012 tuvo lugar el acto solemne de ingreso en la Academia del Notario de nuestra ciudad Carlos Jiménez Gallego, ampliamente conocido en nuestros círculos jurídicos por sus aportaciones doctrinales y por la gran labor que ha venido realizando a través de la Comisión de Cultura del Colegio Notarial.

El tema escogido, al ponernos delante las variedades de la fiducia sucesoria, era, desde luego, de gran interés jurídico. El nuevo Académico realiza en su discurso un extenso recorrido por las figuras que la fiducia sucesoria ha ido presentando en los diferentes sistemas jurídicos y a lo largo del tiempo. En este caso era inevitable partir de la fiducia sucesoria romana y su evolución hasta converger después, con el paso de los siglos, con las influencias del Derecho canónico medieval y del Derecho histórico castellano, en el que encontramos las instituciones del poder testatorio y de la disposición sucesoria a través de comisario. Todo lo cual sufrió un brusco revés con la aparición del Código civil y su configuración del testamento como acto personalísimo.

A partir de ahí se hace en el discurso una amplia exposición de la fiducia sucesoria en los Derechos civiles de Cataluña, Aragón, Navarra, Tierra Llana de Vizcaya, Tierra de Ayala, Guipúzcoa y Galicia, para detenerse especialmente en nuestras instituciones propias: el heredero distribuidor y la fiducia sucesoria pitiusa. No faltaron las referencias a los Derechos extranjeros, en particular al

Derecho francés, italiano y alemán, para llegar a una conclusión final en la que se parte del carácter estrictamente personal de las disposiciones de última voluntad, admitiendo sólo la delegación sucesoria cuando así conviene al interés del testador, pues no en balde se dice en el Digesto (28, 5, 32) que “con bastante constancia decidieron los antiguos que convenía que los derechos de los testamentos fuesen firmes por si mismos y que no pendiesen de ajeno arbitrio”.

INSTITUCIONES DE CONFIANZA EN LA ORDENACIÓN DE LA SUCESIÓN Y EJECUCIÓN DE ÚLTIMAS VOLUNTADES: EVOLUCIÓN COMPARADA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

Carlos Jiménez Gallego

Nota de presentación.

El presente trabajo realiza una comparación de las distintas instituciones sucesorias de diversos Ordenamientos en las que prima el dato de la confianza sobre el de la ejecución. Se examina el origen de la institución que sirvió a estos fines en el Derecho romano (el fideicomiso) y a continuación, brevemente, el albaceazgo del Derecho canónico medieval, y los comisarios y herederos de confianza regulados por los Derechos históricos españoles. Se dedica un apartado propio al Derecho histórico de Castilla, debido a presentar éste el más fuerte contraste entre la regulación histórica y la codificada, contraste que hoy se ha reducido, a diferencia de lo ocurrido en otros Derechos de países europeos. Se reseñan a continuación, a los efectos de su comparación, la regulación del Código Civil y de los demás Derechos civiles españoles, con la evolución normativa habida en las últimas décadas, para poner de manifiesto, una vez visto el Derecho histórico, que hay diferencias importantes, pero a nuestro juicio no esenciales, entre los distintos tipos de figuras reguladas por los mismos. Se examinan asimismo las instituciones análogas (y su evolución reciente) de los Derechos de algunos países de la Unión Europea, mucho más escasas y, en los casos admitidos, con una regulación más restrictiva de los efectos de la confianza. Se concluye con un breve comentario sobre la política de la Unión Europea sobre Derecho sucesorio y una reflexión sobre el futuro de las instituciones de confianza en un eventual

contexto de unificación jurídica europea o de preparación para ésta.

Palabras clave: fideicomiso, albacea, herencia de confianza, fiducia sucesoria, poder testatorio, comisario, ejecutor.

Esquema:

I.- Introducción.

II.- Derecho histórico: Derecho romano. Influencia del Derecho canónico. Derecho histórico castellano.

III.- Instituciones del Código Civil.

IV.- Instituciones de los demás Derechos civiles españoles: Cataluña, Mallorca-Menorca, Ibiza-Formentera, Aragón, Navarra, País Vasco (Tierra Llana Vizcaína, Tierra de Ayala, Guipúzcoa) y Galicia.

V.- Panorama de Derecho extranjero: Francia, Italia, Alemania e Inglaterra-Gales. Breve reseña del Derecho de otros países: Austria, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca.

VI.- Incidencia de la normativa de la Unión Europea. Perspectivas de futuro.

I.- Introducción.

La fiducia o confianza aparece como base de la existencia de ciertas instituciones jurídicas, todas presididas por la lealtad, por la fidelidad a la palabra dada. La fiducia es en primer término algo extrajurídico, que permanece en el ámbito de la conciencia personal. En el mundo jurídico se da cuando una persona concede a otra poderes para que los utilice con el fin que consta en el negocio de fiducia, y queda clara la posibilidad de abuso por parte del fiduciario, dada la sólida posición jurídica de éste, de manera que sólo la fidelidad al pacto por el fiduciario, y no las acciones legales, puede asegurar el cumplimiento.

A grandes rasgos, se han señalado dos tipos de fiducia: la que se da con fines de garantía (fiducia cum creditore), que es en beneficio del fiduciario, y la que se da con fines de gestión (fiducia cum amico, llamada así porque se da en casos en que hay una relación previa de amistad, o de confianza por razones personales diversas), en interés del fiduciante, que transmite bienes o derechos para que una persona los administre o les dé el destino fijado por aquél, que puede ser el de beneficiar a una tercera persona. En este caso, el campo más importante de aplicación se da en el ámbito sucesorio, tanto en el Derecho histórico como en el actual. La dación de efectos jurídicos a la confianza en el mundo sucesorio ha variado en gran manera con las épocas históricas y de unos Ordenamientos a otros. En general, es la posibilidad del testador o disponente de delegar en personas de su confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia o algún aspecto de la misma, ya sea conforme a instrucciones expresas o secretas. A veces ha sido para esquivar prohibiciones legales pero no tiene por qué ser por motivos ilícitos; puede ser por prudencia, por discreción, porque razones diversas aconsejen posponer la decisión de ordenar la sucesión a un momento en que el causante ya no vivirá, para mantener los bienes en una misma familia o por otros motivos.

En este trabajo, vamos a referirnos a las instituciones de confianza en el ámbito sucesorio. No para realizar un estudio pormenorizado de cada una, que exigiría limitarnos a un Ordenamiento y poco más, sino para realizar una comparación entre distintos Ordenamientos de nuestro entorno y tener una perspectiva de pasado y de presente de estas figuras que suministre elementos de juicio para decidir sobre su mantenimiento, su modificación o sobre la conveniencia de algún tipo de unificación que pueda ser auspiciada en un futuro no lejano por la Unión Europea a la vista del aumento de las sucesiones transfronterizas. Por ello, nos limitamos a la tipología, rasgos esenciales y evolución histórica, pues sólo teniendo presente ésta última se entienden las regulaciones actuales y también se relativizan diferencias que a primera vista parecen ocultar un pasado (creemos) bastante “común”.

Comenzamos con una precisión: dado que la confianza puede aparecer en múltiples instituciones, nos referiremos sólo a aquéllas en que el aspecto de la confianza prima sobre los demás. Aun así, se trata de instituciones heterogéneas, en las que el nivel de la confianza concedida no es siempre el mismo, ni en intensidad ni en extensión; figuras con orígenes distintos —en general consuetudinarios—, evolución legislativa accidentada, en las que el uso popular ha tenido una gran incidencia y, por tanto, con grandes diferencias sustantivas.

Hay casos en que tanto la propia existencia de la confianza como su contenido están totalmente ocultos. Es lo que se ha dado en llamar “fiducia plena”. Este caso no va a ser objeto de nuestra atención, porque no produce más efectos jurídicos que los que resultan de la institución aparente (o simulada): todo queda en manos del titular aparente, contra el que nadie puede accionar, y que para conseguir las finalidades encomendadas sólo podrá realizar actos y negocios obrando también aparentemente por cuenta propia.

Pero hay casos en que la confianza se ha protegido jurídicamente.

Un supuesto se da en el caso que se llama usualmente heredero o legatario de confianza, aunque más que en los nombres hay que fijarse en lo que realmente se ha querido, pues este nombre puede englobar situaciones diversas. A veces, el causante nombra heredero o legatario en sentido meramente formal, para que sea éste el que haga público el heredero o legatario que el causante ha querido realmente instituir, pero que no ha querido revelar más que a ese heredero o legatario de confianza. Este, como heredero formal, no puede instituir a la persona que quiera, sino que tiene que atenerse a las instrucciones del testador (aunque esto es jurídicamente inexigible); pero obsérvese que la condición de heredero o legatario de confianza aparece en el título sucesorio, que es lo que diferencia esta figura de la que antes hemos llamado fiducia plena, en que la existencia de la confianza no resulta del testamento sino que es secreta. También puede darse el caso de que el causante quiera que el heredero o legatario aparente nunca revele quién es el beneficiario real, sino que el heredero o legatario aparente sólo pueda cumplir su función realizando negocios jurídicos típicos distintos que no impliquen publicidad de la confianza (es el caso en que se prohíbe la revelación de la confianza). También es posible que el causante dé libertad (en sus instrucciones reservadas) al heredero aparente para que elija sucesor, pero creemos que si no fija unos criterios y todo queda al arbitrio del heredero aparente el supuesto resulta difícil de distinguir de una institución de heredero normal y corriente, pues todo heredero (real) puede disponer de los bienes como quiera. Y podemos reseñar dos figuras próximas pero distintas: cuando el causante nombra un heredero o legatario y quiere que lo sean realmente,

pero con la carga, revelada sólo a éstos, de que determinados bienes o derechos sean adquiridos por terceros (es la institución modal); y cuando el causante nombra un ejecutor testamentario con el encargo de ejecutar, no de instituir, las instrucciones que sólo de forma confidencial le transmita (aquí el cargo es más bien un albacea, universal o particular).

En todos los casos de herencia o legado de confianza hay una titularidad formal, pero el ámbito de actuación del heredero o legatario es muy estrecho: tiene que atenerse a las instrucciones del causante; aunque éste puede haberle dado un cierto margen de decisión. Este último caso nos conduce al segundo grupo de supuestos, que se ha designado con el nombre de “fiducia sucesoria”.

Otro grupo de supuestos, más común que el primero, se da cuando el causante encarga a ciertas personas determinadas decisiones o actuaciones referidas a la sucesión del primero, pero no según instrucciones reservadas; estos encargos pueden ser muy diversos en cuanto a contenido y extensión, pues pueden abarcar desde una auténtica subrogación en la posición jurídica del causante, con posibilidad de tomar decisiones tanto en la esfera patrimonial como en lo personal, hasta actuaciones más o menos determinadas como elegir herederos o legatarios, distribuir bienes en partes iguales o desiguales o cualquier otra que hubiera podido hacer el causante; a veces, estos encargos implican facultades de custodia, de administración y/o de hacer por sí o por terceros la partición; y a veces la confianza va unida a la titularidad de heredero o legatario y otras no va unida a ninguna condición de sucesor.

Las figuras de este grupo de supuestos se refieren a la ejecución, en sentido amplio, de la última voluntad del causante, pero el dato de la confianza prima sobre el de la ejecución pues las posibilidades de actuación del fiduciario abarcan la toma de decisiones que en principio sólo corresponderían al causante. Este gran grupo de figuras suele calificarse, como decimos, con el nombre de fiducia sucesoria, que es poco definitorio, pues hay que ir estudiando cada figura en concreto.

La protección jurídica de la confianza comenzó, en el Derecho que fundó nuestra tradición jurídica, que es el Derecho romano, en casos en que se realizaban encargos a alguien que ostentaba la cualidad de heredero o legatario en sentido no meramente formal (sin entrara ahora a discutir si podía o no considerarse un verdadero propietario) para esquivar determinados requisitos impuestos por el sistema formalista y de figuras legales cerradas que era el viejo *Ius Civile*. Se trata de los fideicomisos, figura ésta que adoptó con el tiempo múltiples variantes, como los fideicomisos puros o de restitución, fideicomisos de sustitución, fideicomisos de residuo, ya fuera con o sin parte de capital garantizado para el último beneficiario, e instituciones preventivas

de residuo. La amplitud de facultades que se podían conceder al primer llamado, especialmente en cuanto a la designación de fideicomisarios o beneficiarios últimos, pudo facilitar el nacimiento o haber hecho más asimilable la figura medieval de origen consuetudinario del “comisario”. Lo mismo podemos decir de la figura del heredero de confianza, un primer ejemplo del cual lo encontramos precisamente en el fideicomiso romano, aunque en la figura medieval de ese nombre hay también influencia de los ejecutores testamentarios y los testigos privilegiados. En todo caso hay que tener en cuenta también la costumbre que pugnó desde antiguo por eliminar rigorismos formales y el auge de la institución del albacea auspiciada por el Derecho canónico medieval, que pudo haber visto aumentadas sus facultades con un cierto poder decisorio en cuanto a la ordenación de la sucesión.

La regulación de los fideicomisos coexistió desde la época medieval con las regulaciones de diversas figuras de fiducia, incluida la herencia de confianza. El Derecho romano al lado del Derecho consuetudinario. No obstante, cuando dejaron de tener sentido las prohibiciones romanas y se reconoció análoga eficacia a legados y fideicomisos, el fideicomiso que prevaleció fue el de sustitución, o sustitución fideicomisaria, aunque ello no quiere decir que desapareciera del todo la figura del fideicomiso de entrega, con o sin plazo. La frontera entre todos estos tipos de figuras (fideicomisos y fiducias) no es nítida; incluso se solapan y en tal caso puede hablarse más bien de dos (o más) regulaciones que persiguen una finalidad parecida y que subsisten porque tienen orígenes históricos distintos.

El fideicomiso subsiste también hoy en España, con las características que luego veremos, aunque desapareció en algunos países europeos con las revoluciones del S. XIX. De esta institución nos va a interesar sólo el aspecto de actuación del primer llamado en cuanto tenga que ejecutar un encargo del causante basado en la confianza y referido a la elección de beneficiarios o distribución del patrimonio entre éstos.

Finalmente, también son instituciones de confianza los albaceas y contadores partidores. Ambas son figuras de alcance más limitado, pues la ejecución de la voluntad testamentaria prima sobre la confianza, pero a veces la distinción entre institución/disposición y ejecución/partición no es nítida por lo que, sobre todo los albaceas, pueden llegar a tener un ámbito de decisión o una duración tan larga en el cargo que permite también calificarlos como instituciones de confianza. Ello, sin perjuicio de que la figura del albacea con amplias facultades puede haber sido el precedente (o al menos haber influido, al igual que el fideicomiso romano) de la figura del comisario.

La unificación entre todos estos supuestos se produce, como decimos, debido a la nota característica de la confianza, desprovista en un primer

momento de efectos jurídicos, pero que con el tiempo consiguió en algunos casos un cierto reconocimiento del Derecho, aunque sin hacer desaparecer aquélla.

El análisis histórico demuestra que en esta materia la voluntad de los particulares ha ido por delante del Derecho. Muchas veces han nacido contra legem, como reacción contra el formalismo y requisitos de fondo del Derecho.

Esta evolución la vemos ya en el Derecho romano.

II.- Derecho histórico.

El Derecho romano.

En el Derecho romano nos encontramos con una prohibición general de dejar la designación de heredero y la ordenación de la sucesión mortis causa al arbitrio de un tercero. Esta regla aparece en D. 28,5,32: “nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere”.

Esta imposibilidad de encomendar a un tercero la elección de un heredero para el causante habría sido la consecuencia de la propia forma del testamento. Los efectos del testamento sólo se producían si se observaban correctamente todas las estrictas y rigurosas formalidades rituales, y una parte esencial de esto era que la institución de heredero tenía que aparecer en el mismo testamento como forma de ser de éste. Algunos pandectistas del s. XIX justificaron la prohibición romana alegando que la última voluntad de una persona no podría hacerse depender del arbitrio de otra persona; pero esta explicación, que casa bien con teorías de política jurídica del S. XIX, es difícil de conciliar con las reglas recogidas en las fuentes que permiten esa actuación de un tercero en determinados legados y de manera más general en lo que se denominó “fideicomiso”.

Y es que en tiempos de la República nos encontramos con disposiciones de última voluntad a título universal o particular expresada en forma de ruego dirigido al heredero o en general a quien por Ley o por testamento suceda al causante. Intentar precisar por qué ocurría esto es importante a efectos de este trabajo.

Con este ruego se utilizaba la persona del sucesor como “vía” para que determinados bienes fueran adquiridos por un tercero que no podía legalmente suceder o bien no convenía o el causante no quería que adquiriese hasta un momento determinado, o bien no se podía o no se quería usar el “corsé” de los legados. Como se ve, se trataba de lograr resultados que no se habrían podido conseguir por el Ius civile. La persona del fiduciario se

interponía así entre el causante y el beneficiario último y, dotada del título de heredero, quedaba investida de un poder que dejaba en sus manos el cumplimiento de la voluntad del testador. Estos ruegos no requerían una forma especial, aunque a veces se reforzaban con juramentos o con cláusulas penales, y se podían hacer al final de un testamento o bien en un documento independiente, al que se da el nombre, ya que era siempre escrito, de codicilo. Alvaro D'Ors dice que fiduciario puede ser no sólo el heredero testamentario sino el heredero intestado, un legatario, otro fideicomisario, un donatario mortis causa o todo el que lucra una mortis causa capio; en definitiva, cualquiera que, sobreviviendo al causante, reciba algo de él¹. La ejecución quedaba, como decimos, a la buena fe de quien recibía el encargo, contra quien el beneficiado carecía de actio y de ahí los nombres de fiduciario y fideicomisario. Como dicen las Instituta (2, 23, 1) “en los primeros tiempos eran nulos todos los fideicomisos, porque nadie era obligado contra su voluntad a cumplir aquello que se le había rogado”. D'Ors cita el caso de los extranjeros (que no podían recibir legados), el intento de soslayar las limitaciones de las Leyes Furia (que prohibió adquirir por legado más de mil ases) y Voconia (que prohibió a los cives inscritos en la 1^o clase del censo, o sea, a los más ricos, instituir herederos a mujeres), de las leyes caducarias (que declararon incapaces de adquirir a los célibes y a los casados sin hijos), o para dejar liberalidades a ciudades o a personas inciertas². También se usó para que el fiduciario realizara actos que no estaban prohibidos, y que el fideicomitente podía hacer pero quería o le convenía posponer, por ejemplo, manumitir a un esclavo, dotar a hijas o simplemente para ejecutar legados cuya ejecución no cupiera en los estrictos moldes del Ius civile. Los fideicomisos introducidos por costumbre antigua tenían ya el asentimiento público a fines de la República, las personas honradas no se negaban a su cumplimiento, por lo que el reconocimiento por el Derecho que llegó poco después no hizo más que conformarse a la opinión general.

Llegó un momento, en la época de Augusto, en que, al menos en la conciencia de los juristas, se consideró insuficiente la mera obligación moral que pesaba sobre el encargado de la ejecución y se admitió que el beneficiado (fideicommissarius), en los casos en que la falta a la confianza del ordenante fuera especialmente reprobable, pudiera usar el procedimiento de la cognitio extra ordinem –por tanto, no una actio ex jure civile– para obligar al fiduciario al cumplimiento del encargo. En tiempos de Claudio, la cognitio se daba en todos los casos de fideicomiso que no pretendían burlar una Ley (el ruego se había convertido ya en precepto), aunque en el remedio mismo de

1 - Alvaro D'Ors, op. cit., página 389.

2 - Alvaro D'Ors, op. cit., página 388.

la *cognitio* radicaba la diferencia con la acción que daba el *Ius civile* para ejecutar los legados: en este caso se trataba de medios legales perfeccionados, mientras que en la *cognitio* se daba un margen más o menos amplio a la discrecionalidad del magistrado, pues la *actio cognitoria* sigue el modelo de las acciones de buena fe. Por ello, el recurso al *fideicommissum* se daba cuando se trataba de algo que no podía obtenerse ordenando un legado. En todo caso, su práctica se hizo muy general y por ello diversas reglas de los legados les fueron aplicadas: en cuanto a validez y adquisición, se siguieron las reglas del legado *per damnationem* (aunque sin *regula catoniana* que convalidara los legados inicialmente nulos y sin *jus adcrendi*). Desde la época de Vespasiano se les extendieron las leyes caducarias y se dio al fiduciario una cuarta (SC Pegasiano).

Desde la época clásica el fideicomiso que predominó, según Arangio-Ruiz, fue el referido a toda la herencia o cuotas de la misma, como ruego al heredero para transmitirlo a determinadas personas: a veces, en casos en que no se podía legalmente, por ejemplo a mujeres sin el límite de la *Lex Voconia*, a *furiosi*, o a latinos (en cuyo caso no había *actio*) y otras veces a no nacidos o aún no concebidos. También se usó para que hiciera tránsito a otra persona lo que quedare de la herencia, de forma que el fiduciario pudiera disponer según el *arbitrium boni viri* (Justiniano fijó que el fideicomisario debía recibir en estos casos al menos una cuarta)³. En cambio, el fideicomiso de familia, para conservar bienes durante cierto tiempo en una familia, atribuyéndolos a una persona de cada generación para que los transmita a la siguiente, que es lo que hoy propiamente llamamos sustitución fideicomisaria, sólo empezó a usarse de manera significativa en la época medieval. En todo caso, en la época clásica sólo se admitió el límite de dos generaciones (los agnados que vivían a la muerte del testador y los hijos de aquéllos), que parece que Justiniano derogó (D. 31, 32, 6) si bien la *Novella 159* permitió que el fideicomiso valiese (sólo) hasta la cuarta generación.

La evolución hacia la libertad de forma de los legados culminó en la *Compilación de Justiniano*, en la que legados y fideicomisos particulares están equiparados en cuanto a la ejecución (D, 30, 1: “*Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*”), aunque la equiparación no era total en el fideicomiso universal. Y así paso al *Jus Commune*. Es decir, la confianza que se ponía en el tercero fue sustituida por la protección jurídica. Pero no en todos los casos; sólo en aquellos que había fines no contrarios a las Leyes, pues el Derecho no dio su protección a fideicomisos en fraude de Ley. En estos casos, la práctica recurrió a fideicomisos convenidos secretamente entre fideicomitente y el futuro heredero. Sabemos que esto se intentaba, al

3 - Arangio Ruiz, op. cit, páginas 647-650.

menos, respecto de las leyes caducarias, pues un Senado Consulto Planciano declaró nulos tales fideicomisos y privó al heredero que los cumplía de la cuarta y del derecho a los legados caducos.

Hasta aquí hemos visto que la confianza se depositaba en alguien a quien se le confería el título de heredero (o legatario), y lo era en sentido no meramente formal, pues aun en el caso de tener que restituir todo el patrimonio a un tercero se producían en él efectos jurídicos. También hemos visto que el ámbito de actuación de ese heredero (fiduciario) no es demasiado amplio, pues ha de seguir las instrucciones del causante, expresas en el título sucesorio, que no podían contravenir ninguna Ley para poder ser cumplidas. Las instrucciones reservadas, que se siguieron dando en la práctica (un texto de D, 33, 4, 14 atribuido a Mucius Scaevola, relata el caso de instrucciones dadas a un tercero a quien parece que no se designa heredero ni legatario) no sabemos bien qué grado de respaldo jurídico tenían.

La confianza depositada en el fiduciario encontró también el reconocimiento del Derecho, y con gran amplitud, en cuanto a la elección de fideicomisarios. Quizá al ser el fiduciario un heres, se había eliminado el problema formal que impedía la actuación de alguien distinto del testador. Citamos cuatro casos del Digesto que la admiten con gran amplitud: D. 31, 67 in principio: el heredero debe elegir a uno de la familia por causa del fideicomiso dejado a su cargo para cuando muera. D. 31, 77, 4: se había rogado a un hijo que cuando muriese, restituyese la herencia a sus hijos o al que de ellos hubiere querido, y en ese caso la facultad de elegir no se extinguió por haber sido deportado el primero a una isla. D. 31, 77,25: admite la cláusula: Rogo, filia, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit, pero si no hubo elección heredarán todos los hijos, salvo los que hubieran ofendido a su madre. Y D. 34, 5,7: cuando habiendo instituido varios herederos hubiese encomendado a la fidelidad de uno solo que, cuando muriese, restituyera a uno de los coherederos, al que él quisiera, la parte de herencia que hubiese ido a poder de él, es muy cierto que el fideicomiso es válido; o sea, hay orden de restituir y confianza en cuanto a la elección de beneficiario.

En materia de legados, las fuentes citan varios casos de delegación de confianza. Se permitió que el propio legado pudiera dejarse al arbitrio de otra persona: D, 31, 1,1: “In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest” porque qué importa que se me legue “si Ticio subiera al Capitolio” o “si Ticio quisiere”; D, 30, 43,2: “Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest” y D. 31,16: se puede dejar un legado a dos personas para que el heredero elija a una de ellas.

En cambio, el Derecho romano no conoció la institución del albacea. Se

dice que hay algún punto de apoyo en las fuentes, por ejemplo en C. 3,28,1, pero este pasaje realmente sólo cita a herederos, fideicomisarios y legatarios. Habrá que suponer que los legados y fideicomisos romanos (en sus diversas modalidades) fueron un cauce jurídico suficiente para atender las necesidades prácticas que se fueron planteando. En la Edad Media, si embargo, el Derecho canónico favoreció el nacimiento y proliferación de un cargo sucesorio específicamente encargado de supervisar la ejecución de las últimas voluntades.

Influencia del Derecho canónico.

Las funciones de terceras personas en el ámbito sucesorio recibieron un fuerte impulso por el Derecho canónico medieval, que se ocupó entre otras cosas de los testamentos para establecer un cauce jurídico seguro para las disposiciones ad pias causas, especialmente desde el s. XII. Promovió el testamento, pero relajó las formalidades romanas (en extremos que ahora no interesan) pues no le interesaba especialmente la institución de heredero y sí, en cambio, permitir otorgamientos hasta el último momento de la vida.

Lo que aquí nos interesa es que en relación a las disposiciones pro salute anima, reguló y fomentó el nombramiento de albaceas. Esta figura llenó un vacío del Ius Civile, para responder a una situación que antiguamente no mereció apoyo del Derecho, pues el cumplimiento de la última voluntad era obligación de los herederos y no hizo falta crear otras figuras jurídicas. La nueva situación fue la generalización de los legados piosos y benéficos y el interés de la Iglesia porque se cumplieran (y ello, lo antes posible). Se ha dicho (Helmut Coing) que en la forma que la figura del albacea aparece en el Ius Commune (desde el s. XV) es un producto del Derecho canónico⁴. Sin embargo, no hubo una regulación general. Las colecciones de Decretales (de 1234) contenían algunas disposiciones particulares. También una de las Clementinas (de 1317) se refiere a la rendición de cuentas. En el Ius Civile no había ninguna regulación. Los detalles debieron ser elaborados por la doctrina y los prácticos. Debido al influjo de la Iglesia fue una figura jurídica común al Continente y a Inglaterra, y fue muy utilizada en uno y otro, aunque la evolución histórica le ha dado en este último país mucha mayor importancia práctica y más extensión de facultades. En Inglaterra desde el s. XIII el albacea es el representante del heredero y puede cobrar créditos de la herencia y pagar sus deudas. Los Derechos municipales también lo regularon (en todos los países occidentales) pero parece que se desarrolló sobre todo en la práctica cautelar. Era rasgo común la brevedad para el ejercicio de sus funciones, en general inferior a un año; pasado el plazo el

4 - Helmut Coing, op.cit., tomo I, página 751.

cometido pasaba al Obispo, que en todo momento tenía la obligación de vigilar el cumplimiento de las pías voluntades y al que los ejecutores tenían que rendir cuentas acabada su función, así como comunicar la recepción confidencial de bienes, lo que revela que se usaba también la figura del fideicomiso tácito, al menos particular. Estas reglas pasaron, por cierto, al CIC de 1917 (cánones 1515 y ss) y es básicamente la regulación también contenida en el CIC vigente de 1983 (cánones 1299 a 1302). Tras la Edad Media, en el Derecho común del Antiguo Régimen parece que se usó para finalidades distintas de las piae causa, aunque sobre esto hay cierto debate, y en todo caso su uso fue decayendo. Pero en la Edad Media había albaceas universales (que tenían prácticamente los derechos del heredero) y albaceas especiales y recibían diversos nombres, como distributor, minister, gardiator, dispensator o commissarius (“el que recibe un encargo”). De todas formas, su función no era decidir por el causante sino ejecutar su testamento y/o administrar la herencia, salvo en algunos Derechos, como el castellano, en que el albacea podía incluso testar por el causante, aunque aquí quizá también haya que ver influencias de los Derechos de los pueblos germánicos.

La Decretal “Cum tibi” del título “De testamentis” del Corpus Iuris Canonici, acepta la delegación a un tercero de la elección de heredero: “qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus”, aunque se discutió en la doctrina posterior el alcance de esta cláusula, pues era una respuesta del Papa a una cuestión particular y en la exposición de motivos de la misma se dictaminó que los bienes de los que morían en caso de la consulta debían invertirse en obras piadosas. En vez de un testamento por comisario parece más bien un caso de ejecución de una última voluntad con relativa indeterminación de los beneficiarios. La doctrina dominante limitó esta Decretal a las piae causae y no aceptó que el Derecho romano hubiera sido derogado en general en esta materia. Por tanto, podemos decir que fuera de la figura del albaceazgo, aunque las facultades de éste pudieron llegar a ser casi todas las de un heredero, el Ius Canonicum no conoció la actuación fiduciaria de terceros en la sucesión mortis causa.

Y si en este punto recapitulamos un poco, podemos decir que el Ius Commune suministró las figuras jurídicas de fideicomisos expresos, admitidos éstos si el fin no era ilícito, incluso con la facultad del fiduciario de designar fideicomisarios (todo ello ex Iure Civile) y de albaceas (ex Iure Canonico) para supervisar y acelerar la ejecución de las últimas voluntades, aun con amplias facultades, pero no para nombrar herederos ni en general ordenar la sucesión en lugar del causante. Sin embargo, desde al menos el s. X, en los Estados del Occidente Europeo se dio a veces eficacia jurídica a actuaciones de terceros que el Jus Commune no admitía: facultades para ordenar toda o parte de la sucesión sin tener el título de heredero o legatario, incluso para

designar un heres o revocar el testamento del causante, y en algunos casos, fiducias secretas en cuanto al contenido (no en cuanto a su existencia, pues éstas nunca fueron reguladas). Ello ocurrió por ejemplo, aunque hoy quizá sorprenda, en el Derecho histórico castellano.

Derecho histórico castellano.

El poder testatorio.

Helmut Coing mantiene que el Derecho castellano antiguo permitió conceder a los albaceas (commisarii) la facultad de otorgar testamento en lugar del testador⁵. De su comentario parece deducirse que esta posibilidad sirvió originariamente ad pias causas, y por tanto habrá que entenderla en ese contexto.

Seguramente estas afirmaciones sólo tratan de explicar el origen de la institución, pues la práctica de la que nos han llegado noticias, en un momento temporal en que la institución estaba ya plenamente desarrollada, es que las facultades encomendadas a terceros eran para designar heredero y/o distribuir bienes entre los herederos, y que esto realmente se hacía en la práctica, de forma que el cumplimiento de las pias disposiciones no era, ni mucho menos, lo más importante. En realidad, de todas las obras que hemos consultado tenemos la impresión de que no se sabe con certeza cuál es el origen de esta figura, y seguramente hay que invocar más de una procedencia. Hay consenso en que no parece que naciera de Fueros o Leyes, sino de la costumbre, más o menos tolerada en un principio y con el tiempo admitida y regulado en diversos fueros municipales. Su “caldo de cultivo” serían los fideicomisos, los albaceas y seguramente también los ejecutores conocidos en los antiguos Derechos germánicos con el nombre de Salmann u otros, que eran personas que, en Derechos en los que no se conocía el testamento y los bienes se adquirían automáticamente por la familia según un orden preestablecido, se interponían entre el causante y los familiares, para adjudicar bienes a personas determinadas. También hay que tener en cuenta la amplitud que algunos Ordenamientos dieron a los derechos del cónyuge sobreviviente, especialmente en usufructo universal o por la vía de sociedades de ganancias matrimoniales, con el fin de otorgar al sobreviviente un poder de regencia de la familia y en los que no desencajaban facultades para distribuir bienes al buen arbitrio del padre o madre y desigualar a los descendientes.

Nos limitaremos a citar las Leyes de alcance general.

5 - Helmut Coing, op. cit., tomo I, página 752.

El Fuero Real, promulgado por el Rey Alfonso X (hacia la mitad del s. XIII) parece que es la primera Ordenación de carácter general que recoge una institución de esta naturaleza (el comisario). Un texto anterior, de carácter general, como el Fuero Viejo de Castilla, no contempla ninguna de las figuras sucesorias que estamos tratando. El Fuero Real se ha considerado por los historiadores un texto respetuoso con las costumbres jurídicas del pueblo castellano. No obstante, su vigencia inicial fue problemática fuera de los tribunales de la Corte, porque pretendía imponerse a los fueros municipales y encontró una tenaz resistencia; se fue dando poco a poco como Fuero a diversos municipios, con el fin de evitar tanta dispersión normativa y privilegios. El título V del libro III se refiere a las mandas y el título VI a las herencias. Hay una ley, sólo una, que es la 6ª del libro V que admite la delegación sucesoria en las mandas, con gran amplitud: “Si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por sí la manda que hiciere de sus cosas, e dier su poder a otre, que él que la ordene e la dé en aquellos logares onde el toviere por bien, puedalo facer, e lo que él ordenare o diere, vala asi como si la ordenase aquel que dio el poder”. Esta delegación no se contempla en caso de herencia.

Comentando esta figura, Benito Gutiérrez (en su obra *Códigos*, de 1863), a quien no le gustaba, dijo “admitiela el derecho español conformándose con alguna antigua práctica, o quizá por haber creído que no había diferencia entre esta y cualquier otra comisión”⁶.

La delegación debía ser muy practicada. El mismo Benito Gutiérrez dice que Covarrubias, entre otros autores de la época, aceptaba (para el ámbito del *Ius Commune*) sin mayores problemas la cláusula, que daba a entender que era usual, “*melioro unum de filiis meis, quem mea uxor elegerit*”. En todo caso aquí se trataba en este caso de una elección entre sujetos pertenecientes a una clase determinada.

Pocos años después del Fuero Real, sin embargo, las Partidas recogieron un criterio más restrictivo. Esta obra ha sido siempre de vigencia discutida y se ha considerado una Ordenación basada en el Derecho romano y no en las costumbres jurídicas del pueblo, lo que debió ser la causa de la duradera oposición que encontró su aplicación. Se dice que no tuvo vigencia hasta el Ordenamiento de Alcalá (año 1348), que la colocó, en el orden de prelación de fuentes, detrás del Fuero Real. La Partida VI, que contiene la regulación de testamentos y herencias, dedica su título III a “como deven ser establecidos los herederos en los testamentos”. La ley 11 de este título dice “declarar debe e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nombre de aquel que estableciese por heredero, ca si el otorgase poder a otro que lo estableciese

6 - Benito Gutiérrez, op. cit., volumen III, página 204.

en su lugar no valdrie maguer dixiese asi aquel sea mi heredero que fulano quisiere o estableciere por mi que lo sea. Esto es porque el establecimiento del heredero e de las mandas no debe ser puesto en alvedrio de otro. Pero sy alguno rogase el testador que fiziese su heredero a otro nombrandolo sy el que fizo el testamento quiere caber su ruego e lo estableciere por su heredero valdra”. Como “Adicion” a esta ley se copia la Ley antes citada del Fuero Real. Del primer inciso transcrito resulta la prohibición de delegar la institución de heredero.

En materia de legados hay algunas normas interpretativas de legados en la ley 28 del título 9 Part. 6, que parecen admitir una delegación a un tercero. También hay que tener en cuenta la ley 8 del tít. 3º Part. 6ª, sobre reserva de designar el heredero en codicilo, pero esto exigía la previa reserva en el testamento y en todo caso no se contemplaba la delegación a un tercero.

Las Leyes de Toro (de 1505, época en que el poder real estaba mucho más consolidado) contienen una interesante y amplia regulación del poder testatorio en las Leyes XXXI a XXXIX, que puede resumirse así: La ley 31 dice “porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden, o porque no quieren facer sus testamentos, dan poder a otros que los fagan por ellos, y los tales comisarios facen muchos fraudes y engaños con los tales poderes” y para evitarlo, dispone que el comisario no pueda “hacer herederos en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni del quinto, desheredar a ninguno de los hijos o descendientes del testador, ni les pueda sustituir vulgar ni pupillar, ni ejemplarmente, ni hacerles substitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni se pueda dar tutor a ninguno de los hijos, o descendientes del testador salvo si el que le dio el tal poder para hacer testamento, especialmente le dio el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre a quien mando el comisario haga heredero, y en quanto á las otras cosas señalando para que da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dio el poder señalo y mando y no mas”.

Sobre el alcance de la delegación hubo polémica doctrinal. Benito Gutiérrez menciona que algún autor (Tello Fernández) admitió la elección de persona mejorada sin expresa designación por el testador y que Gómez había dicho que no vale la cláusula por la que se dé a otro la facultad de instituir heredero (o nombrar legatario) a quien le parezca, o a determinada persona que se mencione por el testador pero bajo la condición “si quisiere esta o esotra persona”. Sí es posible la “elección de persona incierta de ciertas”⁷. La mayoría parece que se inclinó por la postura restrictiva: el heredero tenía que ser designado por el testador, pero el comisario podía designar beneficiarios de

7 - Benito Gutiérrez, op.cit., volumen III, páginas 206-207.

mejoras y sustituciones entre los designados colectivamente por el testador. La mujer puede ser comisaria y no pierde el cargo por contraer segundas nupcias, pero sí por vivir lujuriosamente. El comisario no puede subdelegar en ningún caso.

La Ley 32 dispuso que si el testador no hizo heredero ni dio poder al comisario para que lo hiciera, la función del comisario consistiría en pagar las deudas del difunto, distribuir el quinto a favor del alma del testador y el remanente sería adquirido por los parientes abintestato.

La Ley 33 fijó los plazos de actuación del comisario: 4 meses si estaba en la localidad donde se le dio el poder, 6 meses si no estaba en tal lugar, pero sí dentro del reino, y un año si estaba fuera del reino. Si pasaban los plazos, el comisario no podía actuar y la herencia se distribuía entre los parientes abintestato, con la excepción de lo que “el testador le mando señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, o señalando cierta cosa que avia de hacer el tal comisario”, pues esto debía cumplirse. Se discutió entre los autores de la época si el testador podía ampliar ampliar estos plazos, igual que podía ampliar el plazo a los albaceas y ejecutores testamentarios (que era de un año). Benito Gutiérrez (en su obra citada, al comentar esta Ley 33) no comprendía bien esta postura (que ayudaba a perpetuar incertidumbres), pero reconocía que era la opinión doctrinal mayoritaria.

El comisario no podía revocar ni en todo ni en parte el testamento que el testador había hecho, salvo si el testador especialmente le dio poder para ello (ley 34). Tampoco podía el comisario revocar ni modificar el testamento que hubiere otorgado para cumplir el encargo (ley 35). Se entendió que al otorgar el comisario testamento (por el causante), caduca la facultad que se le había encomendado, “a ejemplo del Juez que, pronunciada su sentencia definitiva, no la puede revocar, alterar o mudar en parte alguna”.

La ley 38 dispuso que si el testador nombró varios comisarios, valdrá lo que decidan por mayoría. Y si ésta no puede alcanzarse, decida el Alcalde como tercero (u otras Autoridades que la Ley fija).

Finalmente la ley 39 exigió forma pública al poder testatorio: “intervenga la solemnidad del escribano y testigos que según las leyes de nuestros reynos han de intervenir en los testamentos, y de otra manera no valgan ni hagan fe los dichos poderes”.

Todas estas disposiciones fueron recogidas íntegramente en la Nueva Recopilación (año 1565): libro V, título IV, leyes 5 a 13 (inclusive) y de ahí pasaron a la Novísima Recopilación (año 1805), que las reprodujo en su título XIX del libro X.

Por otro lado, el título V de la Partida VI (que luego pasó a las dos Recopilaciones) admite la sustitución fideicomisaria, que define como el llamamiento de heredero a alguien con el ruego de que la herencia que le deja la tenga tanto tiempo y que después la entregue a otro (ley 14). El fiduciario, a diferencia del comisario, es realmente un heredero o legatario, por lo que estas figuras responden a intereses distintos y son perfectamente compatibles. El texto no menciona si el heredero fiduciario puede designar fideicomisarios. Pero esto lo admitía el Jus Commune, por lo que la utilización de esta figura tenía apoyo legal en los casos en que se podía recurrir a dicho Derecho. La regulación de las Partidas es muy escueta, no parece distinguir bien entre fideicomiso y sustitución fideicomisaria y revela que probablemente no tenía vigencia práctica. Creemos que muchos de sus fines prácticos se podían lograr utilizando otras vías más usuales en aquel momento: las facultades de elección podían encomendarse a otro utilizando el poder testatorio y las vinculaciones de bienes se realizaron con los mayorazgos.

Las cláusulas de confianza secretas las encontramos en cambio citadas, para prohibirlas, en el título VII de la misma Partida VI, cuya ley 13 lleva por título “porque razon deven perder los herederos la herencia que devian aver” y cuyo n° 6 dice “quando el testador rogase al heredero en poridad (o sea, en secreto) que diese aquella heredad en que le estableciese a alguno su hijo, o a otro que no lo podia heredar porque le era defendido por la ley. Ca si el heredero cunpliese tal ruego o mandamiento del testador e la entregase al otro perderia por ende el derecho que avia en la heredad”. Una prohibición análoga se contenía en el Fuero Real. La consecuencia por tanto era la nulidad de toda la institución, no del llamamiento prohibido.

De esta regla se dedujo que no era nulo el encargo al heredero para entregar la herencia a personas determinadas, siempre que tal encargo no se hiciera en secreto y los beneficiarios fuesen personas con capacidad para heredar. Pero es que en tal caso nos encontraríamos ante un fideicomiso, incluso en el supuesto de que el primer llamado pudiera designar a los fideicomisarios. Resaltamos esto último: si el primer llamado es un sucesor real, parece admitirse la fiducia sin problemas.

Hasta el CC se conocían y aplicaban los fideicomisos en estos términos; o sea, existencia pública de la confianza y beneficiarios no prohibidos por la Ley. Llama la atención porque en el caso del poder testatorio se reaccionó contra la concesión de excesivas facultades a los comisarios. La jurisprudencia, en cambio, parece que admitió la validez de cláusulas de confianza que iban más allá de lo permitido literalmente por la Ley, por lo que debía ser práctica arraigada. Citamos algunos ejemplos: “Al heredero de confianza relevado por el testador de dar cuentas, nadie puede pedírselas, porque se iría contra la voluntad del testador” (STS 21.04.1860); “Segregados de la masa

común los bienes de la dotación de un fideicomiso de confianza, y entregados al heredero fiduciario, este queda desde el momento autorizado para disponer de ellos de la manera que mejor le pareciese para llenar su cometido, sin que sea dado a los albaceas ni a nadie residenciar sus operaciones” (STS 27.09.1861); y en especial es interesante la siguiente decisión: “La Ley 14 tít V de la Part. VI, cuyo objeto es definir y autorizar la sustitución fideicomisaria, si bien supone la existencia de dos personas, una que tiene la comisión o encargo de entregar la herencia, y otra el derecho de recibirla, no prohíbe que la designación de la segunda sea confidencial: la práctica y la jurisprudencia han autorizado que su designación se haga, ora en cédulas o papeles reservados, ora a la misma persona a quien se da la comisión” (STS 26.06.1862).

La figura del albacea también fue conocida y regulada en el Derecho de Castilla. La primera regulación general apareció en el lib 3, tít 5 del Fuero Real. Se reconoce que tienen la misión de cumplir los legados, pudiendo vender bienes de la herencia si fuere preciso, pero en caso de oposición de los herederos habría que esperar a la decisión de si la manda es o no válida. También se dice que si no aceptan el cargo pierden lo que el testador les dejó, pero si lo aceptan, están obligados a cumplirlo. Las Partidas la regularon en el tít 10 Part. VI. La ley 2 dice que los testamentarios deben actuar “en la manera que los fazedores de los testamentos lo ordenaren”. Han de dar cumplimiento a la voluntad del testador en el plazo señalado por éste y en su defecto en el plazo máximo de un año desde la muerte del testador. Si hay más de uno es válido lo que decida la mayoría. Si son remisos en cumplir su obligación, sean apremiados por el Obispo y, no obedeciendo, deben nombrarse otros albaceas.

Como se ve, es una regulación basada en el Derecho canónico, que fue aceptada sin problemas en la Codificación del s. XIX, aunque en esta época la figura del albacea había decaído en la práctica.

En resumen, hemos visto admitidos: un poder testatorio que se fue intentando limitar en extensión por la Ley (lo cual revela que por costumbre era amplísimo) hasta exigir la designación de heredero por el testador, pero permitiendo al comisario elegir beneficiarios de mejoras y sustituciones entre los designados colectivamente por el testador; un fideicomiso con escasa regulación, que permitía la aplicación por los juristas de las reglas del Ius Commune, con posible elección de fideicomisarios, e incluso admitiéndose por el TS que el encargo de la elección pudiera realizarse de manera confidencial; y un albaceazgo modelado por el Derecho canónico, principalmente orientado a la ejecución de las piae disposiciones.

La extensa reseña que se acaba de hacer a estas figuras es principalmente

para poner de relieve la amplitud con que fueron admitidas, su arraigo, y el contraste con lo que vino después.

El ambiente doctrinal previo a la codificación.

Una reacción contra los excesos del poder testatorio se produjo en los distintos Reinos de Europa Occidental en la última época del *Ius Commune*, cuando ya los distintos Derechos nacionales aspiraban a relegar a éste. La preocupación de los juristas se encaminaba entonces a evitar que el testador otorgase testamentos que no estuvieran basados en su libre voluntad. Un aspecto de esto era que el testador tenía que expresar su voluntad personalmente. La delegación a un tercero de la formación de la voluntad del testador no era posible en la mayoría de las regiones de Europa en la última época del Antiguo Régimen. Esto se unió a las tesis doctrinales que enfatizaban la voluntad personal y preparó la fuerte reacción de los Códigos contra las instituciones fiduciarias. La pandectística alemana (Windscheid, aun comentando el pasaje de D. 28,5,32)⁸ admitía dejar a un tercero la elección entre un círculo determinado de personas siguiendo unos criterios comprobables, pero poco más. Por otro lado, la política de combatir las manos muertas y vinculaciones vio con disfavor los fideicomisos de todo tipo (no sólo las sustituciones fideicomisarias familiares) y fue preparando asimismo una gran reacción legislativa en su contra. Todo esto se vio como una racionalización del Derecho y recibió del jusnaturalismo del s. XVIII una imponente legitimación que se hizo en gran medida efectiva en el momento de la codificación.

En España el poder testatorio también había caído en desgracia para la mayoría de juristas castellanos. Se estimaba que proteger la voluntad del testador significaba declararla inalienable e indivisible. Benito Gutiérrez, en su obra “Códigos” dice “apenas es defendible la institución del comisario tanto desde el punto de vista de la conveniencia (por los fraudes y abusos: “¡Cuantos no serían los abusos y fraudes de esa autorización cuando el legislador dicta para precaverlos nada menos que nueve leyes!”) como de la justicia. La voluntad es inalienable, de lo que deduce que la facultad de hacer testamento debe ser producto exclusivo de nuestra voluntad. Tal es el principal defecto de las leyes sobre comisarios, aumentado, si cabe, desde que la ley 31 de Toro declaró con igual derecho y en el mismo caso al que no pueda que al que no quiera testar”. Y la necesidad de tal institución también la puso en duda: cuando el comisario tenía facultades discrecionales podía “prestar algún auxilio al propietario perezoso o tímido”. Pero no se evita la molestia de hacer testamento, pues el poder testatorio tiene que hacerse con los mismos

8 - Windscheid, Pandekten III, página 567.

requisitos que el testamento. Además, el testamentario es un ejecutor “que no ha de hacer más que lo que él le mande”. Por ello, “instituciones hay más necesarias y más justas que este testamento”⁹.

El proyecto de Código de 1851 recogió la prohibición del poder testatorio. Se destacó la importancia de proteger la voluntad del causante, para lo cual se veía necesario no permitir que dejara su decisión a un tercero. Sólo al testador tiene que corresponder la decisión sobre el destino post-mortem de sus bienes, pues es la persona que dispone de más elementos de juicio para hacerlo. Se resaltó también la diferencia entre los poderes post-mortem y los dados en vida, pues los primeros ya no se pueden revocar.

El ambiente entre los juristas de Derecho Común también era contrario a los fideicomisos secretos. Hay que decir que en España no era contrario a los expresos y prueba de ello es su admisión por el CC frente a lo ocurrido en Francia, Italia y otros países. Pero respecto de los primeros, Benito Gutiérrez decía “una mala práctica ha autorizado los fideicomisos tácitos”¹⁰ lo que parece decir que no tenían un apoyo claro en las Leyes. La prohibición de tales cláusulas se recogió ya en el art. 636 del proyecto de 1851, aunque sirvió, de rebote, para la defensa del fideicomiso expreso, pues esta institución quedaba a salvo de ser usada para burlar previsiones legales.

Estas posturas doctrinales se convirtieron en normas legales con la entrada en vigor del Código Civil de 1889.

III.- Instituciones del Código Civil.

El CC configuró el testamento como un acto personalísimo, de forma que no admite el poder testatorio ni permite, salvo en excepciones de alcance muy limitado, la cooperación de un tercero. Así resulta del conocido artículo 670: “El testamento es un acto personalísimo, no podrá dejarse su formación al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”. También el art. 830 dice “La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro”. Son frases tajantes contra la admisibilidad del poder testatorio.

Se prohíbe en primer lugar la formación de la última voluntad por persona distinta del causante: tanto la delegación a un tercero para que

9 - Benito Gutiérrez, op. cit., volumen III, páginas 221-222.

10 - Benito Gutiérrez, op. cit., volumen III, página 333.

decida por el testador como el supuesto en que el tercero actúa según las instrucciones recibidas del causante (testamento por comisario o mandatario). Y se prohíbe en segundo lugar cualquier actuación sobre un testamento ya otorgado. Con ello, se va especialmente lejos en las restricciones a la actuación de un tercero. No obstante, el último inciso del art. 670, interpretado a contrario y en el contexto del art. 671, sí permite una actuación a terceros: cuando no se trate de designar las porciones de los sucesores, sino de ejecutar lo designado por el causante, y cuando se trate de personas no designadas nominalmente, sino en forma genérica.

Se estima que estas reglas son de orden público, por lo que no pueden admitirse excepciones ni aunque el testamento se haya otorgado en el extranjero (no rige en este caso el art. 732, que en todo caso se refiere sólo a las formas, no al contenido). En todo caso, la nulidad de la cláusula del poder testatorio no acarrea por sí sola la nulidad del resto del testamento.

Algunos casos resueltos por la jurisprudencia del TS han sido los siguientes: es contrario al 670 instituir heredero a aquellos a cuyo favor testara la esposa, pues esto implica autorizar a ésta a realizar la institución (5 julio 1893). Lo mismo se dijo, respecto de la mejora en una STS de 26 de junio de 1958. Las facultades concedidas a los albaceas para determinar el pariente de mejor derecho a bienes amayorazgados se entendió válida por la STS de 24 de junio de 1940, pero esto no era más que aplicar criterios legales preestablecidos. En cambio, la facultad concedida a una legataria de usufructo de determinadas fincas para distribuirlas por testamento entre los hermanos varones del testador se reputó inválida (4 diciembre 1975).

Una excepción al art. 670 aparece en el art. 671: distribuir cantidades que se dejen en general a clases determinadas, así como la elección de las personas o establecimientos a que deban aplicarse. No obstante, el primer supuesto es casi una mera ejecución de la voluntad del testador, pues las cantidades a distribuir vienen señaladas en el testamento. El segundo supuesto sí que permite una actuación discrecional del tercero, pero no va contra el 670, que se refiere a instituidos nominalmente, y en todo caso tiene muy poca relevancia práctica. Y además hay que tener en cuenta las normas establecidas para resolver las indeterminaciones en los artículos 747 (sufragios y obras piadosas en beneficio del alma), 749 (pobres) y 751 (parientes). Por lo demás, se ha entendido que es irrelevante si esas personas o establecimientos son herederas o legatarias, que el testador puede realizar el encargo a uno o varios terceros y establecer libremente su forma de actuar, y que la función es indelegable salvo que se haga a persona jurídica, pues ésta podrá actuar como legalmente pueda hacerlo. Se ha admitido por la jurisprudencia que se encargue a un tercero recompensar como crea oportuno a las personas que cuidaron del testador (STS 1 diciembre 1899). La STS de

7 noviembre 1935 declaró válida la disposición relativa al resto de una herencia por la que se encomendaba a un tercero o invertirlo en edificar una iglesia o repartirla entre los pobres del lugar.

Otra excepción, pero de muy poca relevancia práctica, puede encontrarse en la figura del legado alternativo, pues el art. 874 remite a la regulación de las obligaciones alternativas y en ellas la doctrina admite que la elección pueda dejarse a un tercero, pero la elección contemplada por la Ley se refiere al objeto de la prestación, no a los sujetos. Otra, en las sustituciones pupilar y ejemplar, especialmente si se admite, como se ha admitido jurisprudencialmente, que se refieren no sólo al patrimonio recibido del sustituyente.

La principal excepción se encuentra en el art. 831, reformado parcialmente por la Ley de 13.05.1981 y completamente por la Ley de 18.11.2003, de la que alguien (Seco Caro) alegó como precedente el testamento por comisario¹¹.

La redacción original del CC permitía otorgar, pero sólo en capitulaciones, al cónyuge sobreviviente la facultad de mejorar a los hijos comunes. Fue letra muerta porque las capitulaciones, hasta la Ley de 2 de mayo de 1975 sólo podían otorgarse antes del matrimonio y eran irrevocables. Tal razón se alegó, pero el caso es que tampoco se usó cuando las capitulaciones pudieron otorgarse tras la celebración del matrimonio y ser revocables. La Ley de 13 de mayo de 1981 permitió atribuir esta facultad también por testamento, pero aun así continuó siendo de rarísima aplicación práctica. Se trata de una institución desconocida. La reforma de 2003 ha ampliado mucho las facultades del viudo, si bien hay figuras análogas de otros Derechos civiles españoles que son todavía más amplias; pero tampoco ha calado en la práctica y no creemos que sea por no haberla configurado con más amplitud. En todo caso, ésta última es la regulación que ahora reseñamos.

La delegación de facultades sólo puede realizarse a favor del cónyuge, en testamento y para ser usada a favor de hijos o descendientes comunes. El último párrafo de este artículo permite la delegación “cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”. El ámbito de actuación del fiduciario es amplio pero no excesivamente: puede mejorar incluso con cargo al tercio libre, y en general realizar adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título sucesorio. Tiene que respetar las legítimas estrictas y en general todas las disposiciones del causante, aunque puede cumplirlas con bienes del propio fiduciario; por el contrario, no puede pagar las legítimas con dinero extrahereditario. Tampoco puede designar heredero.

11 - Seco Caro, op. cit., cita tomada del libro de Rivas Martínez (vid. capítulo relativo a los derechos legitimarios del viudo en el CC).

Mientras no use las facultades, el fiduciario tiene la administración de los bienes objeto de la fiducia. La reforma de 2003 eliminó, a nuestro juicio de forma incomprensible, la posibilidad de hacerla en capitulaciones, de forma que desde entonces sólo puede hacerse en testamento.

El fiduciario puede actuar en uno o varios actos, pero tiene un plazo máximo de dos años desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes. No obstante, el testador puede fijar libremente el plazo (por ejemplo, cabrá por toda la vida del fiduciario) y también autorizar a usar la fiducia en el testamento del fiduciario.

La fiducia se extingue si el fiduciario pasa a ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o desde que tiene un hijo no común con el causante, salvo (en todos los casos) que el testador hubiere dispuesto otra cosa. No dice la Ley qué ocurre en los casos de nulidad, separación o divorcio, o en el de separación de hecho, por lo que en todos estos casos hay disputa doctrinal, de solución difícil desde el momento en que el CC permite la concesión de esta fiducia entre personas no casadas.

En definitiva: es una importante excepción a la regla del art. 670. Es un supuesto de fiducia sucesoria encargada al cónyuge, pero sólo por el hecho de ser tal, es decir, con independencia de si es heredero o legatario.

Distinta de esta figura es la posibilidad concedida al testador de realizar por actos entre vivos o mortis causa la partición de sus bienes, que permite preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad. Esto se contempla en el art. 1056, reformado por la Ley de 1 de abril de 2003, que no podemos comentar ahora porque aquí, además de tratarse de actos particionales (aunque el límite con lo dispositivo no está claro) no se permite ninguna delegación a terceros.

La Ley reguladora de la explotación familiar agraria y del joven agricultor (LJA) de 24 de diciembre 1981 permitió el testamento por comisario en la sucesión de la explotación familiar agraria, pero nunca se aplicó y fue derogada totalmente por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias.

El CC tampoco admitió ninguna figura que pudiera ser calificada como heredero o legatario de confianza. El art. 785.4 dice que no surtirán efecto las disposiciones “que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador”. La sanción es la nulidad, que se ha estimado apreciable de oficio por los tribunales aunque actor y demandado acepten la validez de la misma (STS 29 octubre 1949; también 13 de octubre de 1934, 6 de febrero de 1903 y 21 de marzo de 1910). Parece

irrelevante si con esta figura se pretende o no favorecer a un incapaz de suceder. No obstante, no podemos dejar de mencionar que la jurisprudencia sí ha dado un cierto juego a las instrucciones reservadas en los casos admitidos de indeterminación relativa de beneficiarios antes examinados.

No creemos que esta norma del art. 785.4 se refiera propiamente a una sustitución fideicomisaria. Dado que con esta cláusula no se trata de favorecer al heredero o legatario de confianza, hay que entender que no le es aplicable el art. 786 (que salva la institución declarando la nulidad de sólo el exceso de la sustitución) y que la nulidad hay que predicarla de toda la institución o legado, no sólo de la cláusula de confianza.

No desconocemos que algún autor (Cámara Lapuente)¹² ha defendido que la herencia de confianza no va contra el carácter personalísimo del testamento (pues el heredero de confianza ha de atenerse a las instrucciones del testador) ni contra la indeterminación prohibida por el art. 750 (pues la determinación resulta de la revelación), pero creemos que el CC prohíbe que la designación de sucesor quede, de hecho o de Derecho, fuera de control “jurídico”.

El CC sí admitió, por el contrario, y a diferencia de lo que ocurrió tras las revoluciones del siglo XIX en otros países europeos, la sustitución fideicomisaria, aunque con el límite de la segunda generación, en cuyo estudio no corresponde ahora entrar. Desaparecida la diferencia entre legado y fideicomiso a efectos de su cumplimiento, lo distintivo de este último consiste simplemente en que un intermediario se interpone entre el causante y beneficiario. Lo que no permitió, que es lo único que aquí interesa señalar, es posibilidad alguna del fiduciario en cuanto a la elección de fideicomisarios o distribución entre éstos del caudal. No se dice esto en ningún artículo de la regulación de las sustituciones pero no cabe ninguna duda porque el contexto normativo es el ya visto del art. 670.

Respecto de lo que es propiamente un fideicomiso puro (antes regulado en el Derecho catalán), el CC no lo contempla; creemos que esta figura es posible, pues nada hay que lo prohíba. Se le aplicarán las normas de las sustituciones fideicomisarias en lo que no resulten incompatibles. No puede configurarse como un heredero de confianza.

Y reguló la figura del albacea, aunque el albaceazgo universal sólo se cita (art. 894), con lo cual su regulación queda en manos del testador. En todo caso, tanto el particular como el universal son sólo ejecutores de la voluntad testamentaria, por lo que no corresponde ahora entrar en el estudio de estas figuras. No suplen en ningún caso la institución de heredero

12 - Cámara Lapuente, La fiducia sucesoria secreta (op. cit.), página 439.

porque tal institución no es formalmente necesaria en el sistema del CC. Sus funciones son de administración y supervisión, reguladas en los arts. 901 a 903, sobradamente conocidos. El testador puede ampliar las facultades legales, pero no puede derogar las reglas del art. 670 CC, por lo que entendemos que, salvo los casos antes reseñados expresamente previstos en el CC (alma, pobres, parientes, etc.) el albacea no tiene posibilidades de elegir ni distribuir bienes; por ejemplo, no puede determinar la persona que haya cuidado al causante si éste instituyó heredero “a la persona que me cuide”, pues aquí hay un margen de apreciación que, en nuestra opinión, parece que excede de lo permitido por el art. 670, aunque quizá esta solución sea discutible por demasiado drástica.

El cargo es personalísimo, indelegable. No pueden realizar la partición si el testador no les ha encomendado esta tarea.

La figura del albacea tiene poca aplicación práctica. Los casos típicos de su uso son los grandes patrimonios, las previsibles malas relaciones entre coherederos, la existencia de menores o incapacitados, y el interés especial del testador en asegurar el cumplimiento de determinados legados o modos por herederos que no sean hijos o descendientes. En situaciones “normales” se prefiere por los testadores que la ejecución de su última voluntad se realice directamente por los herederos.

La figura del contador partidor, que en realidad es un albacea particular, se regula someramente, pero sí ha tenido aplicación práctica, especialmente cuando en la sucesión están interesados menores o incapacitados.

En resumen, las figuras fiduciarias tuvieron muy poca cabida en el sistema del CC de 1889, aunque éste fue, como veremos, menos radical en su eliminación que otros Códigos Europeos. Las excepciones son las limitadas facultades que puede ostentar el albacea en casos de institución a favor de personas relativamente inciertas y las también limitadas facultades que podían conferirse al cónyuge sobreviviente antes de la reforma de 2003. La evolución legislativa ha ido en la clara dirección de ampliar en gran medida los encargos de confianza que se pueden realizar al cónyuge, aunque en la práctica no se han usado. El contexto legitimario es, como sabemos, de legítima material individual, pero no creemos que esto influya en el rechazo social de las figuras de confianza, pues también la había en el Derecho anterior al CC y había legítima material individual en Cataluña y Baleares y ello no impidió su aplicación.

Salvo los artículos 831 y 1056, los demás referidos a la materia de este trabajo no han sido modificados desde 1889.

Hemos comentado la regulación del CC para pasar a continuación a los

demás Derechos civiles españoles, pues en este orden creemos que se apreciarán mejor las diferencias y se entenderán también mejor unas regulaciones que no sufrieron los ataques de la política jurídica codificadora del s. XIX y que por ello han conservado instituciones que el CC rechazó.

IV.- Instituciones de los demás Derechos civiles españoles.

Derecho de Cataluña.

El poder testatorio no aparece en las Ordenaciones del Derecho histórico catalán. Las instituciones de confianza reconocidas legalmente fueron sólo las admitidas por el Ius Commune (romano-canónico): fideicomisos y sustituciones fideicomisarias y, en cuanto pueda calificarse de institución fiduciaria, el albaceazgo universal, que pudo haber dado lugar (quizá junto con el fideicomiso, la vulgarización del Derecho, la costumbre y algún modelo de ejecutor de Derechos godos) a la figura del heredero o legatario de confianza en los términos que se admitieron. Sin perjuicio de esto, algún tipo de delegación sucesoria para ordenar la sucesión tuvo que tener vigencia consuetudinaria en algunos lugares, sobre todo en comarcas pirenaicas, con orígenes poco conocidos lo que motivó que fueran regulados por la Compilación de 1960.

La Compilación de 21 de junio de 1960 reguló la delegación sucesoria, en ámbitos locales determinados si no era a favor del cónyuge, y con carácter territorial general la herencia (y legado) de confianza, y también incluyó una ordenación amplia de fideicomisos y del albaceazgo.

La delegación sucesoria podía realizarse a favor del cónyuge (art. 115), para nombrar heredero al hijo o hijos que éste eligiera entre los hijos comunes. Su ámbito subjetivo era pues muy limitado. La regulación era en lo demás meramente supletoria de lo dispuesto por el testador. La administración de la herencia, mientras no se usara la facultad, correspondía a quien hubiera designado el testador, y en defecto de designación, al cónyuge sobreviviente, que tenía plenas facultades dispositivas sobre los bienes para su inversión en otros bienes (que quedaban subrogados), atender a la subsistencia de la familia, pagar deudas, dotes y legítimas, todo ello con las limitaciones impuestas por el testador. No se fijó plazo para ejercitar la delegación, por lo que se entendía que era de por vida, si no se fijaba plazo por el causante; en caso de fallecer sin haberla ejercitado, la herencia se defiere a los hijos por partes iguales, con derecho de representación. El cónyuge no es, por el hecho de ser fiduciario, heredero ni usufructuario (o si lo es, será por yuxtaposición de derechos por voluntad del causante), sino un simple

fiduciario. No obstante, la tradición jurídica vinculaba la cláusula de confianza al usufructo vidual universal, hasta el punto de que algunos clásicos defendieron que tal usufructo estaba implícito. Esta delegación podía hacerse también en heredamiento.

En la comarca del Pallars Sobirà “o en otras comarcas donde rija la costumbre de poder el testador instituir heredero a aquel de sus hijos que elijan los dos parientes más próximos, sin individualizarlos” se podrá (art. 116) designar heredero de conformidad con lo previsto por el testador o la costumbre. En defecto de ello, la Compilación fijó unas reglas, meramente supletorias. El ámbito subjetivo era también muy limitado. La elección sólo podía recaer en el hijo –o si no hubiera hijos, descendiente ulterior– que se estimare más apto para regir la casa. El ámbito de facultades era más limitado que el del cónyuge, pues éste podía imponer condiciones, limitaciones y sustituciones. La elección tenía que hacerse en escritura pública y era en principio irrevocable. Les correspondía a tales parientes electores la administración de la herencia en los mismos términos que al cónyuge en el art. 115. No se fijó ningún plazo para ejercitar la delegación, ni reglas supletorias. Estos parientes son también meros fiduciarios, no ostentan, por razón del encargo de confianza, derechos sobre los bienes hereditarios.

Algunos supuestos que podemos calificar de “herencia de confianza” se reconocían y aplicaban en tiempos anteriores a la Compilación, y no se discutía su subsistencia aunque en el s. XIX se avisaba de sus peligros por el riesgo de abuso del heredero de confianza. Se reguló en los artículos 118 a 121, sin limitarse a ningún ámbito geográfico concreto. Se exige que la existencia de la herencia de confianza sea expresa y, por aplicación de otras normas, que no se beneficie a personas que según la Ley no pueden suceder. Pero se admite con gran amplitud: “El testador podrá instituir o designar herederos o legatarios de confianza a personas individuales para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente de palabra o por escrito”. Sólo pueden ser, como se ve, personas físicas (pueden ser varias) y hay que designarlos nominatim, no por referencia a un oficio o cargo. Antes de la Compilación existía la práctica de nombrar heredero de confianza a una orden religiosa o a un cargo eclesiástico determinado. Se prefirió asegurar que el encargo lo cumpliera sólo alguien que fuera conocido y de confianza del causante. En Navarra, en cambio, rige el criterio contrario.

Si hay varios, actuarán por mayoría, en defecto de previsión por el testador. El testador podrá autorizar la elección de sustitutos por el heredero de confianza. También podrá prohibir la revelación. Si no lo prohíbe, podrán mantenerla reservada o revelarla en escritura o protocolizando las notas del testador, en cuyo caso se considerará que forma parte del testamento “y no podrá revocarse ni alterarse pero sí ser objeto de aclaración”. Mientras no

revelen la confianza, se considerarán herederos o legatarios y tendrán facultades dispositivas entre vivos (a salvo las limitaciones impuestas por el testador), pero no podrán hacer definitivamente suyos los bienes relictos, que quedarán separados de sus propios bienes. Revelada la confianza, quedarán como albaceas universales o particulares, salvo que otra cosa disponga el testador. No hay plazo legalmente fijado para el cumplimiento del encargo.

Los fideicomisos fueron objeto de amplia regulación. Aquí nos referimos sólo al fideicomiso puro, no al de sustitución, aunque su regulación estaba entremezclada. Se trata del encargo de transmitir la totalidad o una cuota de herencia o de un legado, sin que el fiduciario pueda hacer suyos los frutos salvo autorización del testador (art. 163). Se le podía atribuir la facultad de elegir fideicomisario “entre personas que designe (el causante) por sus nombres o circunstancias, o que formen un grupo determinado”, así como distribuir la herencia entre los fideicomisarios (art. 178, que daba una regulación meramente supletoria de lo ordenado por el causante). Tenía un plazo para efectuar la entrega (art. 205) de un año desde que fuera requerido notarial o judicialmente por el fideicomisario. En el fideicomiso de sustitución, también era posible la elección de fideicomisarios; en tal caso, el fiduciario sí tenía derechos sobre los bienes hereditarios.

El albaceazgo se reguló en los artículos 235 a 241. Se distinguió la figura del albacea particular del universal, y dentro de éste, el de realización dineraria de todo o parte de la herencia y el de entrega directa del remanente de bienes hereditarios. Las facultades de administración y en su caso de disposición del caudal concedidas al albacea se basan en la confianza que en él deposita el causante, por lo que también puede hablarse de institución fiduciaria (como hace Puig Ferriol)¹⁴, en especial en el universal, que suple la institución de heredero en el testamento. El albacea particular es la persona que ha de cumplir uno o más encargos relativos a la herencia o ejecutar disposiciones testamentarias o del heredamiento; tendrá las facultades impuestas por el testador y en su defecto las de cuidar del entierro y funerales y pedir el cumplimiento de los modos.

El albacea universal está facultado para posesionarse y administrar la herencia. El de realización dineraria puede realizar toda clase de actos dispositivos, aun habiendo legitimarios. El de entrega del remanente puede realizar la partición si no hay contador partidor. El testador puede ampliar o limitar sus facultades.

Los albaceas, sean del tipo que sean, no pueden delegar sus funciones si no se les hubiera facultado para ello. Tienen que cumplir su encargo dentro

14 - Puig Ferriol, op. cit., página 208.

del plazo fijado en el título sucesorio, que podrá ser ampliado por todos los herederos de común acuerdo. Si no se les fijó plazo tienen el de un año desde el fallecimiento del causante. Pasado este plazo, pueden ser requeridos para cumplirlo dentro del plazo que se les señale.

Las funciones de contador partidor no pueden ser encomendadas a ningún heredero ni legatario de parte alicuota, salvo a un ascendiente común de todos los herederos.

Recordamos que la legítima se configuró en 1960 como una cuota de valor, si bien garantizada con afección real de todo el patrimonio relicto. La Ley de 9 de abril de 1990 cambió su naturaleza a un derecho de crédito contra la herencia. Pero sigue configurada como legítima material individual.

La Ley de 30 de diciembre de 1991, del Código de sucesiones, supuso el siguiente paso en la evolución legislativa, aunque en materia de instituciones de confianza no hubo grandes cambios.

Las dos novedades principales son haber extendido a toda Cataluña la delegación sucesoria a favor de parientes a que se refería el art. 116 de la Compilación (algo propugnado por la doctrina, ya que no había ninguna razón para no poderla hacer extensiva a todos los catalanes, Puig Ferriol)¹⁵ y haber eliminado toda la regulación del fideicomiso puro. Esta eliminación no se justificó en la exposición de motivos, que simplemente dijo “se suprime la figura del fideicomiso puro, con lo cual se consigue una notable simplificación de la institución”. Quizá se entendió bastante la regulación referida a la sustitución fideicomisaria y, para el caso de que el causante no quisiera que el fiduciario fuera heredero o legatario, la regulación del albaceazgo, pues es cierto que por estas vías se pueden cumplir fines análogos, pero nosotros más bien creemos que esta derogación ha eliminado normas que resolvían cuestiones de interés y que por tanto podía haberse actuado de otra manera.

Respecto de la delegación a favor del cónyuge (art. 148), permitió expresamente que se hiciera a favor de descendientes viviendo su padre o madre; antes no estaba claro si el testador podía ordenar esto.

Respecto de la delegación a favor de parientes, fijó el plazo máximo –en defecto de plazo fijado por el testador– de 5 años para su ejercicio. Pasado este plazo podrán ser requeridos por cualquier interesado para ejercitarla en 6 meses, pero podrán obtener del Juez una prórroga si concurre causa justificada. Y ha precisado su ámbito, pues sólo puede instituir a persona que sea un hijo y precisamente sólo a uno (antes, parece que también era así,

15 - Puig Ferriol, op. cit., página 249.

pero ahora se han eliminado dudas). Y ha desaparecido la referencia a la distribución de los bienes.

La regulación de herederos y legatarios de confianza se mantuvo invariada.

La delegación sucesoria y la herencia de confianza apenas se han utilizado en la práctica desde los años 60.

La regulación del albaceazgo contenida en el Código de Sucesiones de 1991 es básicamente la misma que la de la Compilación. Destacamos sólo lo siguiente: se dice expresamente (art. 310) que podrá ser albacea el heredero, el legatario, el resto de personas favorecidas por la sucesión y los que en cada momento ejerzan un cargo determinado. Y cuando no quede ningún albacea y no se haya cumplido totalmente el encargo, cualquier interesado en la sucesión podrá solicitar al Juez el nombramiento de uno o más albaceas dativos con las mismas funciones y facultades que los albaceas testamentarios.

La regulación de 1991 en todas estas materias es la que ha sido recogida por el libro IV del vigente Código Civil (Ley 10/2008, de 10 de julio), con leves retoques. Se ha extendido la facultad de elegir heredero o de distribuir la herencia al conviviente en unión estable de pareja. Y se ha fijado al heredero de confianza un plazo de 6 meses (antes era de 1 año) para practicar inventario. En cuanto a los albaceas, se ha reducido su retribución y que se ha puesto un tope al plazo máximo que el testador puede fijar al albacea: 30 años, o si lo fija con relación a la vida de determinadas personas, no puede exceder de los límites de los fideicomisos.

En resumen: se han mantenido todas las instituciones (delegación sucesoria, herencia de confianza, fideicomisos y albaceas) y la evolución legislativa no ha aportado novedades esenciales. Ha ampliado ligeramente la regulación de la fiducia sucesoria, ha permitido su uso por integrantes de pareja estable, y ha mantenido con leves retoques y correcciones técnicas la regulación de la herencia de confianza y del albaceazgo particular y universal. Ha derogado la normativa sobre fideicomisos puros pero ha mantenido la sustitución fideicomisaria incluso con posibilidad de elección de fideicomisarios por el fiduciario, si bien dentro de ciertos límites fijados por el causante.

Derecho de Mallorca y Menorca.

En el Derecho de Mallorca y Menorca aparece como figura peculiar la del distribuidor. Es una institución de carácter consuetudinario, escribió Juan

Verger Garau (en su comentario contenido en la obra de Albaladejo)⁽¹⁶⁾ aunque señaló que hay que admitir que tiene claros y abundantes precedentes romanos. En cambio, contra la opinión de Pascual Ruiz, dijo que las influencias canónicas "no son exactas y corresponden más bien a la institución de herederos o ejecutores de confianza, la que no está admitida, como sabemos, en el Derecho propio balear". Mantuvo Verger Garau que el distribuidor implica una sustitución fideicomisaria, pues el distribuidor es sucesor y con la elección o distribución de bienes se produce siempre una designación sucesiva; y dijo: "esta es una gran diferencia con respecto a las figuras examinadas en otros Derechos; por tanto, se aplican las disposiciones de las sustituciones fideicomisarias en todo lo que no tenga regulación por el causante o por la regulación legal propia de esta figura, lo cual llena una buena parte de la institución". Nosotros estimamos más correcta la tesis que mantuvo la SAP Palma de 9 de mayo de 2002: no se puede hablar de identidad entre ambas instituciones (incluso tienen regulación separada) si bien participa en cierta manera de su naturaleza, por el doble llamamiento y porque con ambas se pueden alcanzar objetivos similares.

Se reguló en los artículos 18 a 24 de la Compilación de 1961.

El encargo sólo podía conferirse a quien fuera instituido "aunque sólo fuere en el usufructo de todo o parte de la herencia". O sea, que tenía que ser instituido heredero, ya fuera en toda la herencia, en una cuota de la misma, o sólo en usufructo de todo o parte de los bienes (institutio ex re certa). En todo caso, la regulación posterior, aunque no se dijo expresamente, presupone una persona física, no jurídica. La extensión se fijó en el art. 18: "que por acto entre vivos o de última voluntad, los asigne (los bienes de la herencia) a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél (del causante) o del propio distribuidor, libremente o con las condiciones o limitaciones que el testador establezca, quedando a salvo las legítimas".

Sólo podía nombrarse en testamento. En el Derecho de Mallorca (no en el de Menorca) también podía nombrarse en la escritura de donación universal (a persona que no fuera el donatario, según el art. 13).

Se parece al fideicomiso romano con facultad de elección o distribución, también regulado en el Derecho Navarro (ley 236, citada) y catalán. La propia Compilación dice que en la elección no pueden sobrepasarse los límites señalados para la sustituciones fideicomisarias. No tenía derecho a la cuarta trebeliánica si el testador no lo autorizaba expresamente. No podía detraer la falcidia aunque en la distribución asignara cosas

16 - Verger Garau, inicio de su comentario citado en la obra dirigida por el prof. Albaladejo.

determinadas a los beneficiarios. La Compilación daba también algunas reglas sobre bienes omitidos (dada la esencialidad de la institución de heredero).

El ámbito subjetivo, a salvo lo anterior, es amplio, pues puede ser distribuidor cualquier persona, aunque lo habitual era que fuera el cónyuge. La elección o la distribución sólo pueden realizarse entre los parientes del causante o del propio distribuidor. No hay ulteriores limitaciones, salvo las que el testador imponga.

Tiene todas las facultades de administración del caudal hereditario. Podía ejercer el encargo por acto entre vivos (irrevocable) o mortis causa (revocable). Si no se ejercía el cargo, se estaría a lo previsto en el testamento, y en su defecto, se entendían instituidos por partes iguales “los parientes del testador que sobreviviendo a éste, fueren los más próximos en grado entre los individual o genéricamente designados por él” (el causante).

La regulación de esta figura se amplió en la reforma de 1990 (R.D. Legislativo de 6 de septiembre de 1990) que le dedicó los arts. 18 a 24, pero las modificaciones no afectan a los rasgos principales de la institución. Destacamos los siguientes puntos:

Se dice expresamente que el legatario de usufructo universal puede ser distribuidor (o sea, sin tener que ser instituido heredero).

Se dice expresamente que el distribuidor puede, además de asignar bienes, elegir heredero o herederos. Y que las legítimas se harán efectivas “según disponga el mismo distribuidor se conformidad con esta Compilación”, por lo que puede decidir el pago en dinero de las mismas si el causante no lo prohibió.

El encargo puede realizarse por acto entre vivos, pero en este caso se dice expresamente que tiene que ser en escritura pública.

El ejercicio del cargo es personalísimo. Esto no puede ser modificado por el testador, pues la delegación va unida a la institución de herencia o de legado de usufructo. Pero la simple ejecución material puede según el art. 19 encomendarse a otra persona (o sea, de la elección o distribución ya hecha).

Se han fijado plazos para el ejercicio del encargo: en el encargo de distribución, el plazo lo señala el testador (no hay límite), y si no fija plazo, tiene que hacerse al tiempo de su muerte (aunque no está claro si se trata de la muerte del causante o del distribuidor). Si hay encargo de elección, el distribuidor no tiene plazo, salvo que el testador quiera señalarlo.

Se han precisado más las reglas aplicables en defecto de actuación del distribuidor.

Se dice expresamente (art. 23) que el distribuidor tendrá los derechos y obligaciones que le correspondan como “heredero fiduciario”. El art. 21, por su parte, utiliza las palabras “fideicomiso de distribución”.

No se regulan causas de extinción.

No se olvide, en todo caso, que el contexto es el de legítima material individual y que el testamento es un acto personalísimo. En todo caso, es una institución actualmente muy poco usada, tanto en Palma como incluso en el resto de Mallorca. En mis 16 años de ejercicio en Palma no he tenido ningún caso. Tampoco es usual en el resto de la isla. En Menorca no se conocen casos desde hace décadas.

La Compilación no reguló el albaceazgo ni la figura del contador-partidor. Sí regula la sustitución fideicomisaria, pero en aspectos que no interesan a este trabajo. Respecto de la posibilidad del fideicomiso puro, creemos que nada lo impide, al igual que en el sistema del CC.

En resumen: la figura de Derecho propio que es el distribuidor se ha mantenido en la regulación positiva, aunque la evolución legislativa no ha realizado cambios importantes, sino que se ha limitado a mejoras de tipo técnico. No hay a la vista cambios significativos. La herencia o legado de confianza no son posibles, por aplicación del Derecho común, que también rige en lo relativo al albaceazgo.

Derecho de Ibiza-Formentera.

El Derecho de las Pitiusas contiene un supuesto de delegación de facultades o fiducia sucesoria cuyo origen consuetudinario ha sido defendido, con razón, por nuestro compañero Notario José Cerdá Gimeno¹⁷.

La Compilación de 1961 le dedicó una breve regulación, que calificó de “delegación de facultades o cláusula de confianza” en su art. 77: el testador podrá encomendar a su consorte la distribución de los bienes de la herencia entre los hijos comunes, libremente o con las limitaciones que establezca. También podía hacerse en heredamiento, en cuyo caso se regía por las normas de éste (arts. 70 a 76), pero con el mismo ámbito subjetivo: el encargo sólo podía encargarse al cónyuge y consistía en “la facultad de designar por testamento posterior el hijo o hijos que han de ser herederos” o “efectuar la elección entre los hijos comunes del o de los que han de ser herederos”. En uno y otro caso las facultades no son sólo de distribución de bienes sino también de elección de los beneficiarios, según quiera el causante.

17 - Cerdá Gimeno, op. cit., página 310.

La reforma de 1990 apenas modificó esta regulación, aunque se ha usado una terminología más amplia que elimina la duda anterior sobre si las facultades del fiduciario podían extenderse a la elección además de a la distribución; ahora se dice “para que ordene la sucesión de aquél entre sus descendientes comunes” (art 71), lo cual es de una gran amplitud, más que en el Derecho catalán. Este mismo art. 71 mantiene la regla de que el fiduciario sólo puede ser el cónyuge y los beneficiarios los hijos comunes. La designación de fiduciario y el cumplimiento del encargo pueden hacerse en testamento (por tanto, aunque no sea ante Notario) o en escritura pública (por tanto, aunque no sea escritura de testamento). El encargo ejecutado por acto entre vivos es irrevocable.

Por el contrario, el heredamiento puede contener “cláusula de confianza”, con una extensión que carece de cualquier otra precisión legal, en cuyo caso se estará a lo pactado y se interpretará con arreglo a la costumbre. Y se ha establecido una regulación de los pactos sucesorios en los arts. 72 a 77 de la Compilación, en el primero de los cuales se dice que la institución de heredero podrá hacerse “delegando en el cónyuge la facultad de ordenar la sucesión”, lo que parece remitir a un contenido más amplio que el de la fiducia testamentaria del art. 71, si bien la interpretación según la costumbre puede llevar a reducir su ámbito a los hijos comunes.

Parece que, como dice Cerdá Gimeno¹⁸, las facultades del fiduciario son indelegables, dado su carácter personalísimo. El mismo entiende que la designación en testamento es revocable y en escritura (o sea, en escritura que no sea de testamento) es irrevocable. También se entiende que mientras no se ejercite la fiducia, el fiduciario tiene la administración de los bienes, aunque la Compilación no diga esto expresamente.

En resumen, la institución de confianza que se regula es el encargo al cónyuge para que actúe en relación a los hijos comunes; en esto, es más limitado que el Derecho de Mallorca y Menorca, pero las facultades son más amplias, pues puede en general “ordenar la sucesión”. La evolución legislativa ha sido mínima, como se ha visto. No se han regulado otras instituciones de confianza, por lo que se aplicará el sistema del CC.

En todas las Islas Baleares hay que tener en cuenta, además de lo dicho, la Ley de parejas estables no casadas, que atribuye al sobreviviente de las parejas inscritas en el Registro administrativo los mismos derechos que la Compilación prevé para el viudo (art. 13). No queda claro si esto se refiere a la posibilidad de usar las figuras fiduciarias que acabamos de reseñar. El problema no se da en el caso de Mallorca y Menorca, porque la Compilación

18 - Cerdá Gimeno, op. cit., páginas 319 y 320.

no exige ser cónyuge ni pariente para ser nombrado distribuidor. En las Pitiusas sí se plantea el problema, pues el art. 71 habla de “cónyuge”; creemos que el cargo de fiduciario no cabe en lo previsto por el art. 13 citado. Pero respecto de los pactos sucesorios (art. 72 y ss), la Compilación no exige ningún vínculo matrimonial o familiar.

Derecho de Aragón.

El Derecho positivo aragonés no ha regulado las instituciones de confianza hasta tiempos bien recientes; en concreto, hasta el Apéndice de 1925. Sin embargo, se trataba de algo que existía en la práctica y se estimaba vigente de manera indiscutida por jurisprudencia (de la Audiencia de Zaragoza y del Tribunal Supremo) y doctrina. Asso y Manuel, en su obra de 1794¹⁹, reconocen con toda claridad que en Aragón puede el testador dejar al arbitrio de otro el nombrar heredero. Emilio Latorre²⁰ escribió (en los Comentarios de Albaladejo) que se trataba de una institución de origen consuetudinario, nacida al amparo del *standum est chartae* y que su desarrollo se produce en tiempos recientes; cita a autores históricos (Molino, Portolés) según los cuales se podía testar por comisario puesto que no estaba prohibido por las disposiciones forales y éstas imponían la obligación de estar a la carta o instrumento. Por su parte, Merino Hernández afirma el testamento por comisario fue una institución popular conocida desde tiempos remotos en todos los reinos peninsulares; si en Castilla se regularon expresamente fue para salvarlos de la corriente contraria que representaba el Derecho romano en su recepción medieval, pero en territorios como Aragón o Navarra, donde la influencia romana apenas se dejó sentir, no hacía falta esa protección legal, y vivía al margen y con independencia de las normas positivas, como institución enraizada en el sentimiento popular y en la práctica cotidiana.²¹

El Congreso de juriconsultos aragoneses de Zaragoza de 1881, en la cuestión relativa a qué derechos podrá conceder el testador a su cónyuge a quien sobreviven hijos, acordó condenar por antiforal la práctica de instituir heredero al cónyuge aun con obligación de distribuir a su muerte los bienes entre los hijos, y sostener la práctica de conferir un cónyuge al otro la facultad de designar heredero y distribuir los bienes entre los hijos. Lo primero se parece a la herencia de confianza y no se recogió en la Compilación,

19 - Asso y Manuel, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* (citada en la bibliografía), que en la página 224 contiene esta referencia a Aragón.

20 - Latorre, en el inicio de su comentario a los arts. 110 y ss de la Compilación (vid. tomo citado de los “Comentarios” de Albaladejo).

21 - Merino Hernández, *op. cit.*, página 68.

y lo segundo es la fiducia sucesoria que se reguló en la Compilación. En todo caso reconoció que se trata de figuras consuetudinarias, no amparadas por norma legal alguna.

Parece que la práctica no limitaba el uso de la fiducia al caso de los cónyuges, pero el Apéndice de 1925 sólo la permitió entre cónyuges y para utilizar entre hijos comunes. Esto fue ampliado en la Compilación.

La Compilación de 8 de abril de 1967 reguló la fiducia en los arts. 110 y siguientes, con una normativa propia para el cónyuge fiduciario y otra para los parientes (o fiducia colectiva), que fueron por tanto los únicos casos posibles de fiduciarios.

Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro “para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado”. Ordenar la sucesión no sólo es designar heredero, sino realizar todo lo que el causante hubiera podido hacer: legados, cargas, sustituciones, imposición de condiciones o términos, nombrar albaceas y contadores partidores, realizar la partición de la herencia, administrar y disponer de los bienes respetando los límites que también tenía el causante; y también regular la administración de los bienes de menores, nombrar tutor, designar junta de parientes para resolver ciertas cuestiones, actuar en los casos de preterición, etc. La designación de fiduciario podía hacerse en testamento (por tanto, incluso en testamento no notarial) o escritura pública (por tanto, aunque no fuera en escritura de testamento). Así también los actos de ejecución de la fiducia (los actos entre vivos serían irrevocables). La ejecución podía ser total o parcial y en tiempos distintos, salvo voluntad contraria del causante. Hasta la ejecución, la administración y disposición se regiría por las normas de la comunidad hereditaria.

En todo caso, la condición de fiduciario no va unida a la de heredero o legatario, aunque el cónyuge sobreviviente tendrá la viudedad universal (pero es título independiente a la fiducia).

Y se reguló la fiducia encomendada a parientes o “fiducia colectiva”. Fiduciarios podían ser dos o más parientes, si bien el cónyuge viudo no podía ser excluido si sólo había hijos comunes. Se daban reglas para el caso de que los parientes no hubieran sido determinados claramente. Los beneficiarios sólo podían ser descendientes o consanguíneos del causante hasta el cuarto grado. Y el contenido de la fiducia era también muy amplio: “ordenar la sucesión de la casa” (art. 114). El Art. 115.2 también permitía esta fiducia en los supuestos en que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando éstas resulten de imposible cumplimiento. La ejecución de la fiducia se realizaba por acuerdo de la junta de parientes, adoptado según las reglas

fijadas por el causante y supletoriamente por unas reglas que daba la propia Compilación.

La reforma introducida por la Ley1/1999 de 24 de febrero presenta las siguientes novedades:

Para ser nombrado fiduciario no se exige ya la condición de cónyuge ni vínculo de parentesco. Puede ser nombrada cualquier persona.

El nombramiento de fiduciario a favor del cónyuge no surte efecto si al fallecimiento estuviera declarada judicialmente la nulidad, separación o divorcio o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.

Si hay descendientes del comitente, la sucesión tiene que ordenarse a favor de alguno de ellos, salvo disposición contraria del causante. En otro caso, parece que no hay límites a la actuación del fiduciario.

Se dice expresamente que la delación de la herencia no se entiende producida hasta el momento de ejecución de la fiducia o extinción de la misma.

Se ha regulado la administración y disposición de los bienes mientras no se ejecuta el encargo. La administración corresponde al cónyuge viudo si fuera administrador de la comunidad conyugal, o en otro caso sobre los bienes afectos a la viudedad. Sólo en defecto de cónyuge corresponde al fiduciario. En la fiducia colectiva, la administración sólo corresponde a los fiduciarios si el causante no nombró administrador. El fiduciario puede disponer de bienes si el causante lo autorizó, o para atender el pago de ciertas obligaciones o “cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros”. Si hay legitimarios, tiene que consentir el acto de disposición uno cualquiera de ellos.

Se han fijado plazos para el ejercicio de la fiducia, si bien sólo supletorios de lo establecido por el causante. Cuando el fiduciario es el cónyuge, el nombramiento se entenderá hecho de por vida. El cónyuge sobreviviente podrá ejecutar el encargo en su propio testamento, además de por actos entre vivos (en escritura pública, irrevocable). En cualquier otro caso, la fiducia sólo puede ejecutarse por actos entre vivos (en escritura pública, irrevocable).

Se introducen retoques en el funcionamiento de la fiducia colectiva.

Se regulan causas de extinción de la fiducia. Entre ellas, la nulidad, separación o divorcio o la interposición de demanda para obtener cualquiera de ellas (no la mera separación de hecho, por tanto), así como que el cónyuge fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo disposición en contra del causante.

Esta regulación de 1999 ha pasado sin variaciones al vigente Código de Derecho Foral, que ha entrado en vigor el 23 de abril de 2012.

En resumen, la evolución legislativa ha ampliado el ámbito subjetivo de la fiducia sucesoria, tanto respecto del fiduciante como de los beneficiarios, ha introducido correcciones técnicas y ha regulado las consecuencias de las crisis matrimoniales. Ha mantenido la extensión objetiva, que creemos es la más amplia de todos los Derechos civiles españoles.

No se regula en el Derecho aragonés la herencia de confianza ni tampoco los fideicomisos. La primera no será posible por aplicación supletoria del CC. Los fideicomisos son admisibles en la misma medida que en el sistema del CC. En la Ley de 1999 hay una mínima referencia al albacea, que no corresponde ahora comentar.

Finalmente diremos que el contexto legitimario es de legítima material, pero no individual, sino electiva por el causante.

Derecho de Navarra.

En Navarra la delegación sucesoria tuvo también origen consuetudinario, aunque parece que no pasaba de ser una mera facultad de distribuir bienes entre los hijos, concedida sólo al cónyuge viudo.

No hubo regulación general que contemplara esta figura, ni siquiera en la Novísima Recopilación de 1724-26, aunque se entendía válida al amparo de las distintas costumbres locales, cuyo arraigo impidió la existencia de un Fuero General válido para todo el Reino. Consta el reconocimiento por la jurisprudencia del TS (por ejemplo, STS 4 de mayo de 1863), que más de una vez dijo que en Navarra la delegación sucesoria era una consecuencia natural del principio de libertad de testar. No obstante, Benito Gutiérrez, quizá por la falta de reconocimiento en una ley de carácter general, escribió que “no conoce esta provincia dicho testamento” (por comisario).²²

La primera formulación aplicable con carácter general se debe a la Compilación de 1 de marzo de 1973, que le dedicó las leyes 281 a 288 y amplió las facultades del fiduciario respecto del Derecho que subsistía en las costumbres locales. La Compilación también reguló la herencia de confianza, los albaceas y las sustituciones fideicomisarias.

La ley 151 estableció que el causante puede delegar en fiduciarios-comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia, bien libremente, bien conforme a instrucciones reservadas. Esta

22 - Benito Gutiérrez, op. cit., volumen VII, página 234.

ley también admite el poder post-mortem, vigente tras la muerte del poderdante mientras no lo revoque quien se halle preferentemente instituido por el difunto como ejecutor de su voluntad “sin perjuicio del total cumplimiento de la gestión encomendada al apoderado”.

Las leyes 224 a 239 regulan las sustituciones fideicomisarias, no el fideicomiso puro, aunque creemos que este es posible en cuanto respete los (escasos) límites de Derecho necesario impuestos por las leyes reguladoras de los fideicomisos. La primera de las leyes citadas dice que el disponente puede ordenar que se transmitan a uno o sucesivos fideicomisarios, en el tiempo y forma que señale, los bienes que de él haya recibido el fiduciario. Este último tiene todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario los bienes y sus subrogados. Tiene facultades de disposición si el disponente lo autorizó, o si no lo prohibió, con el consentimiento de los fideicomisarios y eventualmente del Juez. También puede partir por sí solo la herencia. No existe en el Derecho navarro la cuarta trebeliánica (no es esencial la institución de heredero) ni la cuarta inversa para el caso de sustitución de residuo.

La ley 236 permite que el disponente pueda autorizar al fiduciario a elegir fideicomisarios entre los señalados por aquél y determinar la distribución de los bienes igual y desigualmente. La elección puede hacerse en testamento (y en tal caso será revocable) o por contrato sucesorio o acto entre vivos, en cuyos casos será irrevocable. Si el fiduciario no elige, heredan todos los fideicomisarios por partes iguales y si no se hubieran designado nominativamente, pueden determinarse por acta notarial.

Las leyes 281 a 288 regulan los fiduciarios-comisarios. De esta regulación extraemos lo siguiente:

Puede ser fiduciario el cónyuge u otras personas (cualquier persona), individual, conjunta o sucesivamente. El cónyuge viudo que contraiga nuevas nupcias perderá la condición de fiduciario.

No hay límites, a falta de norma, en cuanto a la designación de beneficiarios; pueden ser personas de la familia o de fuera de la familia. En todo caso, la ley 282 exige que la interpretación e integración de la voluntad del causante tiene que ajustarse a la costumbre del lugar y a los usos de la familia. Por otro lado, no se olvide que en el Derecho de Navarra no hay legítima material.

La delegación puede hacerse (ley 281) en “testamento, capitulaciones u otra escritura pública” (por ejemplo, por el poder post-mortem).

La extensión resulta de la ley 281: “para el caso de fallecer el causante sin haber ordenado de otro modo su sucesión, puede aquél delegar ...las

facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados, dentro de los límites establecidos en la delegación y conforme a lo dispuesto en el presente título”. En todo caso, las facultades no salen de la esfera patrimonial.

La actuación del fiduciario es personalísima, pero la ejecución o formalización podrá delegarse en otra persona.

La delegación puede ejecutarse en uno o varios actos, y debe formalizarse en testamento (revocable) o en escritura pública (irrevocable).

La administración se rige por las normas de la comunidad hereditaria. El fiduciario que sea el cónyuge sobreviviente o ascendiente del causante tiene la administración y disposición de los bienes de que todavía no hayan dispuesto.

Si la designación por los fiduciarios no puede realizarse, el mayor de los hijos podrá pedir que se le declare heredero; en su defecto, el mayor de los demás descendientes que viva en la casa. Si ninguno lo pide, se abrirá la sucesión legal.

La Compilación reguló también la herencia de confianza en las leyes 289 a 295. De ellas reseñamos lo siguiente:

Pueden ser herederos de confianza cualesquiera personas físicas o jurídicas. La posibilidad de personas jurídicas puede permitir una mejor gestión de grandes patrimonios y recuerda el trust del Derecho inglés.

Puede instituirse en testamento o (novedad de la Compilación desconocida en el Derecho histórico) en pacto sucesorio.

Las instrucciones pueden darse por escrito o de palabra y el heredero no está nunca obligado a revelarlas ni a dar cuenta de su gestión, salvo disposición en contra del causante. Mientras no la revele, puede ejercitar todos los derechos propios de heredero. Una vez revelada, se le considera ejecutor de la voluntad del testador, con todas las facultades de albacea, contador-partidor y representante de la herencia, que podrá ejercitar sin limitación de tiempo, salvo que el testador hubiera señalado plazo.

No se menciona la posibilidad de que el causante prohíba la revelación, pero no hay inconveniente legal para ello.

Si el testador lo hubiese autorizado, el heredero puede delegar su función total o parcialmente en otra/s persona/s, pero sólo en testamento, ya sea revelando la confianza o transmitiendo reservadamente de palabra o por escrito las instrucciones recibidas del testador.

El heredero de confianza puede autoasignarse la retribución que tenga

por conveniente, lo cual parece ir, en la práctica, contra el principio de que no puede hacer definitivamente suyos los bienes, pues la asignación de tal retribución resultará muy difícil de impugnar. En la teoría se puede salvar la contradicción entendiendo que incurre en enriquecimiento sin causa si se asigna una retribución excesiva.

Y la ley 293 regula una figura que persigue en realidad una finalidad distinta: el testador puede establecer una fiducia continuada, temporal o ilimitada en el tiempo, que no se extinga por la revelación de la confianza o por la desaparición del fiduciario. Se pretende satisfacer un fin duradero, no un fin más o menos inmediato como pretende la herencia de confianza. Puede hacerlo nombrando sustitutos a los herederos de confianza, o fijando la forma de hacer las sucesivas sustituciones o facultando a los herederos primeros o sucesivos para hacer ulteriores nombramientos. La titularidad de los bienes es siempre de la herencia de confianza y los sucesivos cambios de fiduciarios no implican transmisión de bienes. Al extinguirse, en defecto de reglas del testador, se defiere la sucesión a favor de los más próximos parientes del testador que serían sus herederos legales en el momento de tal extinción. Esta fiducia continuada es otra opción a la designación de persona jurídica. Se acerca a una fundación de interés particular, aunque en el contexto prohibitivo que impera quizá haya que exigir una conexión con un fin de interés general.

Y finalmente la Compilación contiene una breve e incompleta regulación de los albaceas en las leyes 296 a 299. Pueden ser singulares (para actos determinados, con sólo las facultades necesarias para el cumplimiento de tal misión) o universales. En este último caso tendrán las facultades que haya señalado el testador y, salvo disposición de éste, las que señala la ley 296, entre las que están la administración de la herencia y en general la ejecución de la última voluntad. El plazo lo fija libremente el causante y lo podrá prorrogar sin limitación.

Esta regulación se mantuvo en la reforma introducida por la Ley 1 de abril de 1987. El único cambio respecto de lo antes reseñado es que la designación de fiduciario-comisario (sólo en este caso) a favor del cónyuge viudo quedará sin efecto por sentencia firme de nulidad, separación o divorcio.

En resumen, el Derecho navarro contiene una amplia regulación de instituciones de confianza. La fiducia se admite sin limitaciones subjetivas, aunque desde el punto de vista objetivo es algo menos extensa que la aragonesa y en todo caso tiene que ejercerse dentro de los límites de la delegación (límites que ésta deberá señalar). La herencia de confianza, en cambio, admite más posibilidades de configuración que ningún otro Derecho

español. En el fideicomiso se permite la elección de fideicomisarios, pero dentro de los límites fijados por el causante. El albaceazgo tiene, en cambio, una breve regulación y tampoco es muy usado.

No ha habido innovaciones de relieve en ninguna de estas figuras desde 1973.

Derecho de la Tierra Llana de Vizcaya.

El Derecho foral vizcaíno regula el poder testatorio, así como la consiguiente actuación del comisario en ejercicio de las facultades conferidas.

Esta figura se recogió por primera vez en el Fuero Viejo, de 1452 (capítulo 127), como institución de práctica consuetudinaria, que permitió dar poderes a parientes, cónyuge o amigos para hacer el testamento y nombrar herederos (“para dar e distribuir e partir entre sus herederos todos sus bienes”). Concede amplias facultades para ordenar la sucesión, y no sólo a parientes sino también a extraños. El Fuero Nuevo, de 1526, también lo reguló (ley 3 del título XXI), reconociendo la costumbre preexistente, pero presenta alguna influencia de las Leyes de Toro, aunque reacciona frente a las restricciones que había impuesto la ley 31, pues permite que la institución de heredero que haga el comisario valga aunque el testador “no haya nombrado ni declarado a cual de sus hijos o descendientes o sucesores le hayan de heredar, o los comisarios nombrar, y elegir”.

Esta normativa fue recogida por la Compilación de 1959 (arts. 15 a 20), que se refirió tanto al poder testatorio (acto de delegación de facultades) como al testamento por comisario (que es la ejecución del encargo recibido), pero sin establecer una regulación separada de cada uno. Interesa destacar lo siguiente:

El comisario puede ser cualquier persona (no es necesario ser cónyuge ni que haya vínculo de parentesco) y tiene amplias facultades, pues el art. 15 dice “designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan (al testador) en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”. Es decir, puede tener tal amplitud de facultades que se coloca en posición parecida a la del causante, aunque sólo en la esfera patrimonial. Téngase en cuenta, en todo caso, que en el Derecho foral hay troncalidad y legítima larga, pero electiva, de forma que el causante puede elegir y disponer libremente (incluso respecto de los bienes troncales) entre sus hijos y descendientes.

Pueden nombrarse uno o varios comisarios, y en este último caso actuarán por mayoría salvo que del testamento resulte otra cosa. El comisario tiene que atenerse a lo establecido en el testamento y “en su defecto, tendrá

las facultades que al testador correspondan según los preceptos de esta Ley”. No podrá revocar el testamento del comitente, en todo o en parte, a menos que el testador le hubiera especialmente autorizado para ello (art. 17). El cargo es gratuito y las facultades son personalísimas e intransferibles. Sólo puede nombrarse comisario en testamento, si bien los cónyuges pueden nombrarse recíprocamente comisarios en capitulaciones. El comisario puede cumplir su encargo por acto entre vivos o en testamento ad hoc, si bien el cónyuge sobreviviente puede hacerlo en su propio testamento pero sólo respecto de los hijos comunes. El encargo tiene que cumplirse en un solo acto (salvo si hay hijos menores, pues en este caso puede hacerse a medida que se casen o alcancen la mayor edad) es siempre irrevocable y tiene que hacerse dentro del plazo señalado por el testador (plazo al que la Ley no fijó ningún límite). Si el testador no fijó plazo, será de 1 año desde el fallecimiento del testador (en su caso, desde el matrimonio o mayor edad del más joven de los presuntos herederos).

La Ley 3/1992 de 1 de julio ha mantenido casi todo lo anterior, si bien ha ampliado la regulación. Destacamos lo siguiente:

Los cónyuges pueden nombrarse comisarios no sólo en capitulaciones, sino también en pacto sucesorio (pero siempre ante Notario). A la designación entre cónyuges se le da el nombre tradicional de alkar-poderoso, aunque la doctrina ha apuntado que esto sólo debe ser así cuando al viudo se le haya atribuido también el usufructo universal. El comisario podrá adjudicarse a sí mismo los bienes que le pudiese haber atribuido por testamento el causante, así como los que le corresponderían en caso de sucesión intestada o a falta de ejercicio del poder testatorio. Aunque el ejercicio del cargo sigue siendo personalísimo, el comisario podrá designar albacea y contador partidador (cargos que no eligen sucesor ni distribuyen los bienes a su arbitrio). Tiene la representación y administración de la herencia, si no hay persona designada ni cónyuge sobreviviente. Pero tiene que realizar inventario de la herencia y no tiene poder de disposición sobre los bienes. Es decir, por el mero hecho de ser comisario (al igual que en la Ley de 1959) no tiene la condición de sucesor del causante ni tiene titularidad ni facultades sobre los bienes hereditarios.

Aunque las facultades del comisario no exceden de lo patrimonial, se le impone la obligación de promover la tutela o curatela de descendientes menores o incapacitados (art. 42).

Respecto del plazo de ejercicio, se dice que si el comisario fuere el cónyuge “el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere”. Se mantiene la regla de la irrevocabilidad del acto de ejercicio de la delegación, pero el cónyuge sobreviviente, al disponer a favor de hijos

comunes, puede dar carácter revocable de manera expresa a tal disposición hecha en testamento. La regla de la irrevocabilidad apenas se ha flexibilizado, lo que puede dar problemas, especialmente si aparecen bienes antes ignorados o cambian las circunstancias personales de los sucesores.

Y se regulan las causas de extinción. Entre ellas, la presentación de demanda de separación, divorcio o nulidad después de otorgado el poder testatorio, o si el cónyuge comisario contraer ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial salvo que el testador hubiese dispuesto lo contrario, o si el comisario incurre en causa de indignidad para suceder.

En resumen, la figura del comisario se ha regulado con gran amplitud subjetiva, pues no hay limitaciones respecto de la persona del comisario ni respecto de los beneficiarios, aunque deben tenerse en cuenta las limitaciones derivadas de las legítimas, reservas y troncalidad. El ámbito objetivo es amplísimo, más que en Navarra y casi como en Aragón, ya que abarca toda la esfera patrimonial, aunque no tanto como en este último Derecho, pues apenas hay posibilidades de actuación en la esfera personal.

No se contempla la herencia de confianza ni hay regulación de fideicomisos ni albaceas, por lo que en estas materias se aplican las reglas del CC.

La evolución legislativa no ha traído grandes innovaciones sino detalles más bien técnicos.

Derecho de la Tierra de Ayala.

El Derecho histórico fue desde el año 1470 el Derecho castellano, al igual que en el resto de la provincia (salvo los municipios de Llodio y Aramayona, en que rige el Fuero de Vizcaya), por lo que el poder testatorio y el testamento por comisario fueron conocidos y vividos. La Compilación de 1959 sin embargo no se refirió a ellos, por lo que fue objeto de críticas, que dieron su fruto, pues la Ley de 1 de julio de 1992 ha acogido esta institución, que ha denominado “usufructo poderoso” y regulado en los artículos 140 a 145.

Esta figura es mucho más limitada que el poder testatorio vizcaíno o del antiguo Derecho castellano. La delegación de facultades sólo puede realizarse a favor de un usufructuario. Quizá se está pensando en el cónyuge a quien se le deja el usufructo universal, pero la Ley no lo dice, por lo que podrá constituirse a favor de cualquier persona. En esto se parece al distribuidor mallorquín. Los beneficiarios, por su parte, sólo pueden ser hijos o descendientes del constituyente del usufructo. Según el art. 140, el usufructuario tiene “la facultad de disponer a título gratuito, inter vivos o mortis causa, de la totalidad o parte de los bienes, a favor de todos o alguno

de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo”. El constituyente puede señalar las personas entre las que el usufructuario pueda designar beneficiarios, y “ampliar, restringir o concretar su contenido”. Es un derecho personalísimo (art. 142) y “no podrá ser enajenado ni gravado por ningún título, salvo autorización del constituyente”.

La Ley no menciona el título por el que se constituye el usufructo, por lo que parece que no sólo puede ser el testamento (y testamento de cualquier tipo, no sólo ante Notario). Tampoco se establecen plazos para el ejercicio de la delegación, por lo que quedará al arbitrio del causante.

En todo caso, no se olvide que el contexto normativo en el Derecho de la Tierra de Ayala es de libertad de testar, sin legítima material, aunque es verdad que la libertad se ha usado tradicionalmente para favorecer la familia, por lo que también podría decirse que la libertad de testar es el medio jurídico que ha existido para cumplir esa finalidad; diferente de otros Derechos, pero con una finalidad análoga.

No hay otras instituciones de confianza en el Derecho de la Tierra de Ayala, por lo que, aparte lo comentado, rige respecto de ellas el CC.

Derecho de Guipúzcoa.

La Compilación de 1959 no contenía normas aplicables en Guipúzcoa.

La Ley de 1 de julio de 1992 contiene una regulación relativa a la ordenación del caserío y sus pertenecidos, para favorecer su conservación indivisa, en un sistema sucesorio que es del Código Civil (de legítima material individual), pero con una importante peculiaridad. Obsérvese en todo caso que la Ley vasca es posterior a la reforma del art. 831 CC por la Ley 13 mayo de 1981, pero anterior a la de 18 de noviembre de 2003 y también anterior a la reforma del art. 1056 CC por la ley de 1 de abril de 2003. La peculiaridad es que la asignación del caserío y sus pertenecidos por el causante a un heredero forzoso (o descendiente de éste) excluye el valor de lo asignado de la base para el cómputo de las legítimas (art. 156). En esto hay una gran diferencia con el art. 831 CC.

Esta regulación vasca permite la ordenación por comisario (arts. 164 a 171), pero el cargo sólo puede recaer en el cónyuge. Sin embargo, el objeto se dice (art. 164) que no es sólo el caserío y sus pertenecidos, sino “este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio”, norma ésta cuando menos sorprendente, pero que no toca ahora comentar.

El causante tiene que haber señalado el grupo de personas entre las que ha de efectuarse la designación o en su defecto tiene que haber dejado herederos forzosos, en cuyo supuesto la elección se limita a éstos y a sus

descendientes (aunque viva el ascendiente). Como se ve, el ámbito de actuación del cónyuge es –al menos teóricamente– más amplio que el permitido por el art. 831 (hijos o descendientes comunes). La atribución del caserío por el comisario también lo excluye del cómputo legitimario (art. 164).

El poder testatorio tiene que otorgarse en testamento abierto ante Notario o en escritura pública que no sea de testamento, la cual podrá ser (aunque no sólo) de capitulaciones.

Respecto de la actuación del comisario, reseñamos lo siguiente: tiene que atenerse a las instrucciones del causante, en otro caso tiene las mismas facultades que hubieran correspondido al causante, pero no podrá revocar en todo o parte el testamento del causante si no hubiera sido expresamente autorizado para ello. Sólo es administrador del caudal si no hay persona designada por el causante para ello. El plazo para usar el poder es el que fije el causante. Si el cónyuge es usufructuario vitalicio podrá ser por toda su vida “respecto a los bienes a que alcance el usufructo”. En otro caso, si el causante no fijó plazo, tendrá el de un año desde la muerte o en su caso desde la mayor edad o emancipación del sucesor más joven. La ejecución debe hacerse en escritura pública; si se refiere a bienes objeto de usufructo vitalicio y no tiene señalado un plazo más breve, también podrá hacerlo en su propio testamento (parece que no puede hacerlo en otro testamento). La ordenación en escritura es irrevocable y la hecha en testamento es siempre revocable. Se extingue por las mismas causas que prevé el Derecho de la Tierra Llana vizcaína.

En las demás figuras jurídicas objeto de este trabajo, rige el CC. La evolución legislativa, como se ve, también ha sido favorable a la fiducia.

Finalmente diremos que según la Ley vasca de parejas de hecho (Ley 2/2003, de 7 de mayo) las parejas de hecho inscritas están equiparadas a las casadas en cuanto al régimen sucesorio, y “en función del Derecho foral aplicable en cada caso” podrán nombrarse recíprocamente comisario en testamento o pacto sucesorio, como expresamente dice el art. 9.

Derecho de Galicia.

Concluimos el repaso de los Derechos civiles españoles con una mención al Derecho de Galicia. La Compilación de 1963 no contenía normas de Derecho sucesorio. Tampoco la Ley 7/1987, de 10 de noviembre.

La Ley de 24 de mayo de 1995 reguló por primera vez el testamento por comisario y en materia de partición se refirió a la figura del contador-partidor. Se trata de una regulación ya derogada, por lo que nos limitamos a reseñar lo siguiente:

El testamento por comisario se regulaba en los arts. 141 a 143. En testamento o capitulaciones se podía nombrar heredero al cónyuge para distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes (sin perjuicio de las legítimas y mejoras dispuestas por el causante). El cargo era indelegable y se perdía al contraer nuevas nupcias. El plazo era de un año desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes.

El art. 159 también previó la posibilidad de encomendar al cónyuge, en testamento o en otro documento público, la facultad de hacer la partición de la herencia (“partija”) a quien no sea partícipe. También podía nombrarse al cónyuge al que se hubiese asignado además el usufructo total (sic) de viudedad y delegar además en él la facultad de mejorar a hijos o descendientes comunes. Se extinguía la delegación si perdía la condición de viudedad. El plazo era de un año desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Los artículos 160 a 63 regularon brevemente algunos aspectos de la figura del contador partidador nombrado por el causante; en especial, la forma de actuación cuando había varios nombrados.

La Ley 2/2006, de 14 de junio ha regulado ampliamente las sucesiones mortis causa y dedica sus artículos 196 a 208 al testamento por comisario. También contiene una regulación de la partición de la herencia por contador-partidador (arts. 283 a 293).

La regulación del testamento por comisario puede resumirse así: la delegación puede hacerse en testamento o capitulaciones. Sólo puede hacerse por un cónyuge a favor del otro. El contenido puede ser tanto la facultad de designar heredero o legatario, pero sólo entre hijos o descendientes comunes, como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán. Parece que la asignación de bienes sólo puede producirse dentro del ámbito de los hijos o descendientes comunes.

Sobre el ejercicio de la delegación hay las siguientes reglas: puede hacerse por actos entre vivos, en cuyo caso son irrevocables, o mortis causa (aunque no hace falta un testamento ad hoc), en cuyo caso son revocables. Tiene que respetar las legítimas y todas las disposiciones del causante. El cónyuge es administrador de toda la herencia mientras no haya ejercitado la delegación, y puede disponer del dinero de cuentas para pagar gastos de entierro y funeral y las deudas. Salvo que el causante haya señalado plazo, el cónyuge podrá ejercitar la delegación mientras viva. Se extingue la delegación en caso de nuevo matrimonio (salvo dispensa del causante), por la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio y por la separación de hecho que conste de modo fehaciente.

Como se ve, la evolución de la regulación ha sido claramente favorable de la fiducia sucesoria. Se ha ampliado considerablemente las facultades del fiduciario y se ha dado una regulación de diversos detalles. Fuera de esta figura, rige el CC.

Finalmente diremos que en el Derecho gallego, el contexto legitimario es de legítima material individual, pero reducida desde la reforma de 2006 a una cuarta entre todos los legitimarios, que además ha cambiado su naturaleza a un derecho de crédito (art. 249).

Antes de examinar algunos Derecho extranjeros, volvemos a lanzar una mirada rápida al ámbito de las instituciones de confianza en los Derechos españoles:

En el territorio donde rige el Código Civil como Derecho directamente aplicable, la herencia o legado de confianza no se permiten en ninguna de sus posibles formas (incluso anulan la institución o legado) pero la fiducia sucesoria se permite en el caso del art. 831 CC: al viudo –desde el año 2003, entre progenitores aunque no estén casados– para ser usada a favor de los hijos comunes con la posibilidad de distribuir bienes y disponer legados, llevando inherente la administración del caudal, pero sin ir vinculada a la condición de heredero o legatario. En los fideicomisos no cabe elección de fideicomisarios por el fiduciario. El albacea sólo puede considerarse fiduciario (y aun así, con una cierta licencia en el uso de esta palabra) en los casos expresamente previstos de disposiciones a favor del alma, parientes o pobres.

En el Derecho de Cataluña se admite la herencia de confianza, incluso puede prohibirse la revelación, pero se exige siempre que el heredero o legatario de confianza sea persona física y resulte designado por su nombre por el causante; la fiducia se admite con una limitada extensión subjetiva y objetiva (que además ha de respetar la legítima material individual), que no va unida a la condición de heredero ni legatario ni tiene per se la administración del caudal relicto; en los fideicomisos cabe la elección de fideicomisarios por el fiduciario; el albacea no puede considerarse como figura de confianza, salvo el albacea universal, que es poco utilizado.

En el Derecho de Mallorca y Menorca, la única figura regulada es un supuesto de fiducia, de ámbito subjetivo amplio, pues puede ser cualquier persona, aunque sólo puede ser usada a favor de parientes del causante o del propio distribuidor. El ámbito objetivo es patrimonial (no se extiende a lo personal) y puede ser tanto instituir heredero como disponer a título particular y distribuir bienes, aunque siempre limitado por la legítima

material individual. El distribuidor tiene que tener la condición de heredero o legatario, no en sentido formal. Tiene la administración del caudal relicto. No se prevé en la regulación de fideicomisos que el fiduciario pueda designar fideicomisarios, ni se regula la herencia de confianza ni el albaceazgo, por lo que en estas materias rige el CC.

En el Derecho de las Pitiusas, la única figura regulada es también un supuesto de fiducia, de ámbito subjetivo limitado, pues sólo puede ser a favor del cónyuge (salvo la designación en pacto sucesorio, que en teoría puede ser a favor de cualquier persona) y para ser usada sólo a favor de descendientes comunes, pero de ámbito objetivo amplísimo, que abarca todo lo patrimonial sin limitación, con respeto de la legítima material individual. Por esto último no acabamos de comprender la postura de algún autor (Garrido Melero) que ha escrito que “el cónyuge fiduciario ibicenco es similar al cónyuge fiduciario catalán”²³. No va vinculada a la condición de heredero ni legatario ni tiene per se la administración del caudal relicto. En las demás materias objeto de este trabajo, rige el CC.

En el Derecho de Aragón no se admite la herencia o legado de confianza y en materia de fideicomisos rige el CC, así como, salvo algunas particularidades, en cuanto al albaceazgo. Sin embargo, se admite una fiducia sucesoria sin limitaciones subjetivas (ni en cuanto a fiduciario ni a beneficiarios) ni objetivas, por lo que el fiduciario queda colocado, salvo limitaciones impuestas por el causante, prácticamente en la misma posición jurídica de éste. No va unida a la condición de heredero o legatario, pero el fiduciario tendrá la administración del caudal relicto si no hay cónyuge sobreviviente que administre.

En el Derecho de Navarra se admiten todas las instituciones que estamos comentando en este trabajo. La fiducia no tiene limitaciones subjetivas ni en cuanto al fiduciario ni en cuanto a los beneficiarios y presenta un ámbito objetivo muy amplio, que puede abarcar todo lo patrimonial, en cuando el causante lo haya delegado; no va unida a la condición de heredero ni legatario ni da per se la administración del caudal relicto; la herencia de confianza se admite en términos más amplios que en Cataluña, pues se puede encomendar a personas jurídicas y puede establecerse con carácter continuado, sin límite temporal, así como prohibirse su revelación; en los fideicomisos se permite la elección de fideicomisarios, pero dentro de los límites fijados por el fideicomitente; y se admite el albaceazgo universal.

En el País Vasco hay que distinguir el territorio de Derecho común, la Tierra Llana Vizcaína, la comarca de Ayala y el territorio de Guipúzcoa. En

23 - Garrido Melero, op. cit., página 987 del tomo V, vol. I.

todos estos ámbitos se aplica el sistema del CC en cuanto a fideicomisos, albaceas y herencia de confianza. Las peculiaridades se encuentran en la fiducia sucesoria. En el Derecho de la Tierra Llana vizcaína se regula un poder testatorio sin límites subjetivos y con un ámbito objetivo amplísimo, pues abarca todo lo patrimonial aunque no lo personal, si bien tiene que respetar la troncalidad; no va unida a la condición de heredero ni legatario ni tiene en principio la administración del caudal. En el Derecho de la Tierra de Ayala se regula desde 1992 una delegación sucesoria con un ámbito subjetivo limitado, pues va vinculada al usufructo universal (aunque no tiene por qué ser al cónyuge) y sólo puede usarse a favor de hijos del causante; pero el ámbito objetivo abarca todas las facultades dispositivas sobre el caudal relicto. En Guipúzcoa se permite desde el año 1992 una delegación de ámbito subjetivo muy limitado (a favor de sólo el cónyuge, sólo a favor de un legitimario) y sólo sobre el caserío (aunque teóricamente se permite también sobre el resto del patrimonio), aunque –caso único en España– el ejercicio de la delegación no se ve afectado por la legítima material individual; no va vinculada a la condición de heredero ni legatario ni otorga per se la administración.

En el Derecho de Galicia se ha admitido una fiducia sucesoria (testamento por comisario) desde 1995. El ámbito subjetivo es muy limitado: sólo puede conferirse al cónyuge y sólo puede usarse a favor de los hijos comunes. El ámbito objetivo es amplio, pero no se coloca en la posición del causante, pues sólo puede instituir herederos o legatarios y “asignar bienes concretos”. No va unido a la condición de heredero ni legatario pero sí tiene la administración del caudal relicto. En las demás figuras objeto de este trabajo, rige el sistema del CC.

Como se ve, en materia de fideicomisos y albaceazgo se aplica un mismo Derecho en casi todos los territorios. Las diferencias se dan en los Derechos catalán y navarro porque se permite que el fiduciario elija fideicomisarios, aunque es raro que se conceda esta facultad en la práctica. El albaceazgo universal se regula sólo en los Derechos catalán y navarro, pero es posible en todos los Derechos; es una figura jurídica que tampoco tiene mucha aplicación, ni siquiera el albacea especial. La herencia de confianza sólo se admite en Cataluña y Navarra, lo cual es una gran diferencia con el resto de los Derechos, pero es una figura jurídica que se usa poco (se usa más en Navarra que en Cataluña).

En cambio, todos los Derechos civiles españoles, incluido el CC, regulan algún tipo de fiducia sucesoria, aunque hay grandes diferencias en cuanto a la extensión subjetiva y objetiva y en cuanto al régimen jurídico. En una simplificación quizá excesiva podríamos decir que son figuras parecidas de fiducia sucesoria la del CC (art. 831) y la del Derecho gallego y, por otro

lado, la del Derecho de Mallorca-Menorca y la de la comarca de Ayala (únicos casos éstos últimos en que va vinculada a una titularidad sucesoria). En los restantes Derechos, cada regulación tiene particularidades propias: la de Guipúzcoa es de ámbito limitado; la de Cataluña es más amplia; las de Navarra, Vizcaya y Aragón (especialmente ésta) son de extensión muy amplia, en todos los sentidos; la de las Pitiusas es de ámbito subjetivo limitado pero de extensión objetiva muy amplia.

La evolución legislativa de las últimas décadas no ha tocado (en los puntos que comentamos en este trabajo) la regulación de fideicomisos y albaceas, salvo la eliminación del fideicomiso puro en Cataluña, que no acertamos a entender; tampoco la de la herencia de confianza, salvo ligeros retoques allí donde ya se admitía; en cambio ha ampliado la extensión de las fiducias sucesorias (2003 el CC; 1995 y 2006 Galicia; 1992 el País Vasco; 1999, Aragón y Cataluña) o al menos la ha mantenido e intentado mejorar (1973 y 1987, Navarra; 1990, Baleares).

V.- Panorama de Derecho extranjero.

A continuación se examinan las instituciones análogas de algunos Derechos de nuestro entorno, para ver sus rasgos básicos y la evolución que ha tenido su regulación en los tiempos recientes.

Derecho francés.

Regla: el testamento es un acto personal del testador, igual que las liberalidades entre vivos.

En el CC francés no encontramos reglas tan taxativas como los artículos 670 y 671 del CC español, pero no se admite la delegación sucesoria ni la herencia de confianza. Una regla prohibitiva tajante la hay sólo referida al testamento mancomunado (art. 968). El carácter personalísimo del testamento se deduce de los trabajos preparatorios del Código y la jurisprudencia lo ha basado también en la propia ordenación que el CC hace de los requisitos del testamento, tanto formales como materiales.

El primero de los artículos que el CC dedica a los testamentos, el 967, dice “Toda persona podrá disponer por testamento, ya mediante la institución de heredero ya mediante legados ya bajo cualquier otra denominación adecuada para manifestar su voluntad”. Previamente, en la regulación general de los actos a título gratuito, encontramos el art. 895 que dice “el testamento es un acto por el cual el testador dispone, para el momento en que ya no exista, de todo o parte de sus bienes...y que puede revocar”. Estas reglas subsisten desde

la primera redacción del Código, con un leve retoque realizado por la Ley de 23 de junio de 2006, que por otro lado ha modificado profundamente todo el Derecho de sucesiones.

La jurisprudencia ha interpretado, hasta donde ha podido, incluso con pruebas extrínsecas al testamento, la voluntad del testador en casos en que la designación de sucesor, ya a título universal o particular, había quedado indeterminada, pero ha mantenido que el testador tiene que designar por sí mismo los herederos y legatarios y no puede encomendar esta tarea a la decisión de un tercero, que sería en tal caso el verdadero disponente. Esto no quiere decir que el testador esté obligado a escribir en el testamento el nombre del sucesor, pues puede limitarse a designarlo por una cualidad, o hacer depender la designación de un acontecimiento futuro o del cumplimiento de una condición pero en todos los casos es necesario que la designación sea suficientemente precisa para manifestar la voluntad del propio testador. Afirmaciones como ésta se han recogido en sentencias de la Sala Civil de la Corte de Casación de 12 de agosto de 1863, 25 de noviembre de 1952 y 8 de noviembre de 2005. Esta última declaró nulo un testamento que confiaba a un notario ordenar la sucesión y simplemente decía: “Este es mi testamento. No quiero que mi familia se beneficie de lo que tengo. Le encargo a Vd. disponer a favor de quien Vd. quiera. Pongo en Vd. mi confianza”.

También se ha sostenido por tratadistas doctrinales relevantes que el carácter personal del testamento implica que el testador tiene que designar él mismo a los beneficiarios, tesis ésta que puede considerarse abrumadoramente mayoritaria.

No obstante, hay un sector que ve con buenos ojos, de lege ferenda, permitir la delegación sucesoria dentro de ciertos límites. Una proposición de ley en la fase de elaboración de la Ley de 23 de junio de 2006 decía: “El testador puede encomendar a uno de sus herederos o legatarios o al ejecutor testamentario, la tarea de determinar los beneficiarios de sus disposiciones, siempre que éstos deban ser elegidos dentro de una categoría de personas físicas o jurídicas que el disponente haya definido o por un modo de designación que haya fijado”. Sin embargo no pasó al texto definitivo de la Ley.

En todo caso, la doctrina ha considerado la reforma de 2006 como especialmente favorecedora de la voluntad individual en detrimento del orden público sucesorio. Un avance de los derechos del propietario frente a los derechos de personas vulnerables integrantes de la familia (así se ha escrito por más de un autor).

Distinto es el caso de disposiciones con carga (modales) consistente en beneficiar a personas desconocidas del testador al tiempo de testar (por ejemplo, a personas que realizaran determinadas tareas, o consiguieran

ciertos premios), que se han considerado admisibles.

La determinación se ha exigido igualmente respecto de los objetos de las disposiciones testamentarias. Se ha aceptado, al igual que en los sujetos, que el objeto no quede determinado pero sea determinable. Pero se ha rechazado que el testador encomiende al executor testamentario la facultad de apreciar si un legado tenía que entregarse o no en su totalidad (SCC 6 marzo 1984).

Libéralités graduelles (arts. 1048 a 1074).

El fideicomiso universal era una de las instituciones civiles más discutidas en la política jurídica de principios del XIX. Se había usado para mantener indivisos los grandes patrimonios familiares y en general se defendían por quienes querían mantener la estructura social del Ancien Régime. Por eso mismo fue combatida por los revolucionarios, que propugnaban una división siempre repetida de las herencias para impedir el mantenimiento de los grandes patrimonios y promover la igualdad de hecho (lo que iba en la línea de las legítimas materiales individuales y la colación entre coherederos); además las vinculaciones se estimaban contrarias a la libertad del tráfico jurídico-económico. Durante el S. XIX se sucedieron las prohibiciones y restauraciones del fideicomiso universal en el CC.

El CC, en la redacción que viene de la 2ª República, contenía una regla prohibitiva de los fideicomisos en su art. 896: “Las sustituciones están prohibidas. Toda disposición por la cual el donatario, el heredero instituido o el legatario es encargado de conservar y restituir a un tercero será nula, incluso respecto del propio donatario, del heredero instituido o del legatario”. No obstante, el art. 898 admitía (y sigue admitiendo hoy) la sustitución en los casos en que el donatario, heredero o legatario no podía adquirir; es lo que llamaríamos sustitución vulgar, que el art. 898 dice que “no será considerada sustitución”.

Como se ve, se refería tanto a disposiciones a título universal como sobre bienes singulares. Se trataba de una nulidad de orden público, insanable, ni aun por declaración del tercero beneficiario (fideicomisario) eximiendo al gravado de la obligación de conservar y restituir. Se basaba principalmente en el inconveniente económico de colocar bienes fuera del comercio y crear situaciones de manos muertas. Entraña por tanto (y sólo) la nulidad de la cláusula relativa a los bienes a que se refiere (SCC 27 junio 1894, 6 junio 1961) salvo que la cláusula de sustitución forme con el conjunto de las disposiciones testamentarias un todo inescindible (SCC 6 junio 1961). La jurisprudencia entendió que el simple ruego o recomendación expresada por el testador a su sucesor para que dispusiera en beneficio de un tercero de bienes heredados no es una sustitución prohibida. También había admitido,

aunque esto resulta un poco sorprendente, la validez de la cláusula de residuo (SCC 31 enero 1995) pues el primer instituido conserva sus facultades dispositivas.

Sólo se exceptuaban determinadas disposiciones entre padres e hijos y entre hermanos, reguladas en los antiguos artículos 1048 a 1074: los padres podían imponer la sustitución en los bienes dados a sus hijos por actos entre vivos o por testamento con la carga de transmitirlos a los hijos de éstos (nacidos o nacerlos) pero sólo del primer grado y sin poder establecer ningún distinción ni preferencia entres éstos por razón de edad o sexo. Y lo mismo podía hacerse en los bienes dados por dichos títulos a los hermanos del disponente.

La gran reforma del Derecho de sucesiones operada por la Ley de 23 de junio de 2006 (en vigor desde el 1 de enero de 2007) ha dado nueva redacción a este artículo 896, que ahora dice: “La disposición por la cual una persona queda encargada de conservar y restituir a un tercero sólo produce efecto en los casos en que está autorizada por la Ley”. Esto en sí mismo no significa demasiado, pero se ha dado nueva redacción a todo el capítulo que antes llevaba por título “disposiciones permitidas a favor de nietos del donante o testador o de los hijos de sus hermanos o hermanas” (arts. 1048 a 1074) y ahora “De las liberalidades sucesivas y de residuo”. Las palabras “liberalidades sucesivas” es el equivalente a sustitución fideicomisaria, expresión ésta que no se ha querido usar.

El nuevo Derecho permite expresamente que el donatario o sucesor testamentario quede sujeto a la conservación de los bienes y tenga que transmitirlos, a su muerte, a un segundo beneficiado designado por el primer disponente en el mismo acto. No puede haber ulteriores designados, pero si los hay, la cláusula –a diferencia del Derecho anterior a 2006– no es nula, sino que es válida en cuanto a la sustitución del primer grado. El primer beneficiario, a salvo estas obligaciones, tiene la condición de propietario y el segundo beneficiario sólo tiene un derecho eventual, aunque algunos hablan de propiedad sujeta a condición.

Y también se permite expresamente, en las liberalidades entre vivos y por testamento, que una persona pueda adquirir el residuo tras la muerte del primer beneficiado, que no limita las facultades de disposición de éste por actos a título oneroso entre vivos, pero que le impide disponer por testamento, si bien el disponente puede ordenar que tampoco pueda disponer por actos entre vivos a título gratuito.

Pero, por lo que ahora nos afecta, no hay en todo esto nada que permita delegar en un tercero la designación de beneficiario ni ningún otro aspecto de la sucesión. Además obsérvese que en las liberalidades sucesivas la

restitución al “fideicomisario” sólo puede producirse por muerte del primer llamado, por lo que difícilmente cabría usar esta figura para las finalidades que se pretenden conseguir con una herencia de confianza o una fiducia sucesoria, especialmente en este último caso si el primer llamado no ha de tener derechos sobre los bienes relictos.

El ejecutor testamentario (arts. 1025 a1034).

Toda la regulación sobre el ejecutor testamentario ha sido redactada de nuevo por la Ley de 23 de junio de 2006, aunque los cambios no son significativos y han consistido principalmente en darle más facultades. De la regulación vigente, reseñamos:

El testador puede nombrar uno o varios ejecutores testamentarios para supervisar o realizar la ejecución de su última voluntad. El testador fija libremente su manera de actuar; en caso contrario, cualquiera por sí solo puede actuar.

Tiene por Ley la facultad de defender la validez del testamento, de tomar cuantas medidas de conservación de los bienes sean necesarias, así como vender muebles para pagar las deudas urgentes. El testador puede facultarle para tomar posesión de todos los bienes muebles y venderlos para pagar legados; como novedad de la reforma de 2006, también, en defecto de legitimarios, le puede autorizar para disponer de todo o parte de los inmuebles (informando previamente a los herederos), colocar capitales, pagar las deudas y realizar la partición. El plazo de actuación lo fija el testador, pero no puede exceder de 2 años desde la apertura del testamento; el juez puede prorrogarlo un año más.

El ejercicio del cargo se ha entendido por la jurisprudencia anterior a la Ley de 2006 que es personal, de forma que no cabe la delegación salvo que el testador lo haya autorizado. El CC decía simplemente que las facultades del ejecutor no pasan a sus herederos, regla que la Ley de 2006 ha cambiado ligeramente, diciendo que tales facultades no son transmisibles por causa de muerte.

Como vemos, si no hay herederos forzosos, el causante puede configurar el cargo como un auténtico albacea universal, incluso para la conversión dineraria de todo el patrimonio relicto.

El mandato post mortem.

Una novedad de la reforma de 2006 ha sido la figura del mandato post mortem, antes desconocida legalmente, regulado ahora en el art. 812 CC, aunque es menos de lo que parece, pues el nombre podría dar a entender

que nos encontramos ante un auténtico poder testatorio. Es un administrador de la parte que corresponde a uno o varios herederos, sin perjuicio de las facultades, en su caso, del ejecutor testamentario, ya que pueden darse ambos cargos a la vez, pues tienen distintas funciones.

Lo puede designar cualquier persona. Puede ser mandatario cualquier persona física o jurídica, una o varias, incluso puede serlo un heredero. Tiene que ser aceptado por el mandatario antes de la muerte del mandante y tanto el poder como la aceptación tienen que constar en forma auténtica (o sea, ante Notario).

Su función es administrar y gestionar, sin perjuicio de las facultades confiadas al ejecutor testamentario, todo o parte de la sucesión por cuenta e interés de uno o varios herederos identificados. No despliega su eficacia en vida del mandante. El mandato sólo es válido, sin embargo, si está justificado por un interés serio y legítimo en relación a la persona del heredero o al patrimonio hereditario, y ello tiene que motivarse con precisión. Ha sido especialmente concebido para resolver las dificultades de gestión en los casos de sucesión de empresas o patrimonios complejos, especialmente si hay discapacitados, menores de edad o personas sin aptitud para dirigir tales negocios o patrimonios. Despliega sus efectos incluso sobre la legítima y priva siempre al heredero de realizar por sí los actos objeto del mandato (Leroyer)²⁴; no son objeto del mandato los actos dispositivos. Se discute doctrinalmente si el mandante puede conferir al mandatario poderes de disposición (de la tramitación legislativa parece que los actos de disposición necesitaban autorización judicial).

Su actuación se rige por las normas del contrato de mandato (entre vivos) que no resulten incompatibles con las del mandato post mortem.

Se trata, pues, de un cargo con eficacia limitada, que no sustituye al heredero y que sólo permite realizar actos de administración. No obstante, la actuación por cuenta de otro y la inexistencia de representación del mandante han permitido a autores como Grimaldi de calificar esta figura como “contrato fiduciario”²⁵. Exige además que el heredero haya aceptado la herencia, pues en otro caso el mandatario sólo puede realizar actos conservativos. Su actuación no puede tener influencia en la aceptación o repudiación por el heredero. Por el contrario, ejerce sus funciones aunque el heredero sea menor o incapacitado y tenga representante legal.

Ejerce el cargo por un máximo de dos años (5, por razón de la incapacidad o edad del heredero), prorrogable por el Juez por una o más veces.

24 - Leroyer, op. cit., páginas 325-326.

25 - Grimaldi, op. cit, cap. 1, página 3.

El CC regula a continuación dos figuras con función similar a ésta: el mandatario designado por común acuerdo de los herederos para administrar la sucesión (art. 813) y el mandatario designado por el Juez a petición de persona con interés legítimo, para administrar provisionalmente la sucesión en determinados casos como inactividad de los herederos, desacuerdo, oposición de intereses entre ellos o complejidad de la sucesión (art. 814).

Sus funciones son en ambos casos meramente de administración, por lo que no vamos a entrar en más comentarios. No puede hablarse aquí propiamente de fiducia sucesoria.

En definitiva, el Derecho francés no admite ninguna fiducia sucesoria ni tampoco la herencia o legado de confianza. Admite la sustitución fideicomisaria de un grado (con carácter general ¡sólo desde la reforma de 2006!) pero no permite que el primer llamado elija fideicomisarios. Las reformas legales se han preocupado más de la gestión y ejecución de las últimas voluntades, pero no se trata de cargos que puedan calificarse de fiduciarios y su plazo de actuación es muy breve.

Tras la gran reforma de 2006 no ha habido modificaciones legales en estas materias ni hay a la vista ninguna.

Derecho italiano.

El Derecho italiano contiene una regla contraria al heredero o legatario aparente. El art. 627 CC, que lleva por título “disposición fiduciaria” dice que “No se admite acción en juicio para declarar que las disposiciones hechas a favor de persona mencionada en el testamento son sólo aparentes y que en realidad se refieren a otra persona, aunque expresiones del testamento puedan indicar o hacer presumir que se trata de persona interpuesta. Sin embargo, si la persona mencionada en el testamento ha cumplido espontáneamente la disposición fiduciaria transfiriendo los bienes a la persona querida por el testador, no puede repetir, salvo que sea un incapaz. Las disposiciones de este artículo no se aplican al caso en que la institución o el legado sean impugnados por haber sido hechos por medio de persona interpuesta a favor de incapaces de suceder”.

La regla contraria a la delegación sucesoria se encuentra en los arts. 631 y 632. El primero dice “Es nula toda disposición testamentaria con la que se hace depender del arbitrio de un tercero la indicación del heredero o del legatario o la determinación de la cuota de herencia. Sin embargo es válida la disposición a título particular a favor de personas a escoger por el gravado o por un tercero entre varias personas determinadas por el testador o pertenecientes a familias o categorías de personas por él determinadas, y también es válida la disposición a título particular a favor de uno entre

varios entes determinados igualmente por el testador. Si hay indicadas varias personas de modo alternativo y no se ha establecido quién debe hacer la elección, ésta se considera dejada al gravado”. El art. 632 dice “Es nula la disposición que deja al mero arbitrio del gravado o de un tercero la fijación del objeto o de la cantidad del legado. Son válidos los legados hechos a título de remuneración por los servicios prestados al testador, aunque no se haya indicado el objeto ni la cantidad”. No obstante, en materia de legados genéricos, el art. 664 permite que la determinación la realice un tercero, pero fija el criterio: tiene que escoger una cosa de calidad media.

Sin embargo, en donaciones entre vivos sí se permite un mayor margen a la actuación de un tercero. El art. 778 dice “Es nulo el mandato con el que se atribuye a otro la facultad de designar la persona del donatario o determinar el objeto de la donación. Por el contrario es válida la donación a favor de persona que un tercero designará entre varias personas designadas por el donante o pertenecientes a determinadas categorías o a favor de una persona jurídica entre las indicadas por el propio donante. Es igualmente válida la donación que tiene por objeto una cosa que un tercero determinará entre varias cosas indicadas por el donante o dentro de los límites de valor establecidos por el propio donante”.

La sustitución fideicomisaria apenas se admite. En el S. XIX el debate llevó a vaivenes legislativos en los distintos Estados italianos similares a los ocurridos en Francia y fueron definitivamente suprimidas en el Código de 1865.

El Código vigente, de 1942, ha mantenido la prohibición. El único caso admitido es el del art. 692, que permite que un ascendiente o el cónyuge de un incapacitado puedan instituir a dicho descendiente o cónyuge (respectivamente) con obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes a favor de la persona o los entes que, bajo la vigilancia del tutor, han cuidado del propio incapacitado. Con razón se ha hablado de fideicomiso asistencial. Al instituido se le aplican, en cuanto sea posible, las normas del usufructuario. El inciso final de este artículo dice tajantemente que “en cualquier otro caso la sustitución es nula”.

Incluso se niega eficacia al usufructo sucesivo: el art. 698 dice que sólo tiene valor a favor de las personas que en el momento de la muerte del testador han sido primeramente llamadas. Una excepción hay en el art. 699, que permite la disposición testamentaria que tiene por objeto el pago periódico, ya sea perpetuo o temporal, de sumas determinadas como premio de nupcialidad, de natalidad, ayudas para la preparación de una profesión o arte, obras asistenciales o para otros fines de utilidad pública, a favor de personas a escoger dentro de una determinada categoría o entre los

descendientes de una determinada familia. Estas anualidades pueden rescatarse.

Por su parte, el art. 697 dispone que estas normas son también aplicables a los legados.

En materia de donaciones, el art. 795 dispone, siguiendo la misma tesis prohibitiva, que “En las donaciones no están permitidas las sustituciones salvo en los casos y con los límites establecidos para los actos de última voluntad”. Sin embargo, añade que “la nulidad de la sustitución no implica nulidad de la donación”.

Los ejecutores testamentarios se regulan en los artículos 700 a 712. Es una regulación similar a la francesa. Lo más interesante a efectos de este trabajo es que el testador puede autorizar al executor a designar un sustituto para el caso de que el primero no pueda continuar el encargo (art. 700). Todo executor tiene, salvo voluntad en contra del testador, la posesión y administración de la herencia. No obstante, no puede realizar actos dispositivos, y si es necesario enajenar bienes, necesita autorización judicial oídos los herederos. Tiene que entregar los bienes a los herederos cuando éstos lo pidan, siempre que tales bienes no sean necesarios para cumplir sus funciones. El testador puede encomendarle la tarea de realizar la partición, siempre que el executor no sea uno de los herederos ni legatarios; en tal caso, realiza la partición por sí solo, pero tiene que oír a los herederos. Tiene que rendir cuentas al finalizar su gestión y en todo caso pasado un año del fallecimiento del testador si sus gestiones han excedido del año (art. 709).

La figura del contador partididor se regula escuetamente en el art. 733, que sólo dice que la partición realizada por tal persona no vincula a los herederos si el Juez, a instancia de alguno de éstos, la declara contraria a la voluntad del testador o manifiestamente inicua.

En definitiva, el Derecho italiano tampoco admite fiducia sucesoria alguna ni la herencia o legado de confianza. Ni siquiera admite fideicomisos ni sustituciones fideicomisarias salvo el caso limitadísimo del fideicomiso “asistencial”. El albacea tiene facultades de gestión, nunca dispositivas y su plazo de actuación es muy breve, por lo que no puede calificarse de institución de confianza (en el sentido de este trabajo).

Toda la normativa comentada proviene de la redacción inicial del Código (16 de marzo de 1942) sin que hasta la fecha se hayan modificado. Tampoco consta ningún proyecto de modificación.

Derecho alemán.

En el Derecho germánico medieval no se conocía la institución del testamento, por lo que no se dio la ocasión de tener que reaccionar contra

instituciones-límite a la autonomía de la voluntad. No obstante apareció una figura jurídica como reacción frente a la transmisión automática de los bienes del difunto a la familia conforme a criterios prefijados. Se trata del Salmann, que era una persona de confianza del difunto, a quien éste dejaba en confianza sus bienes para que los entregara en un acto público, tras la muerte de éste, a las personas designadas por el propio difunto. En todo caso, esta figura sólo puede ser considerada un antecedente remoto del actual ejecutor testamentario regulado por el BGB, pues el grado de confianza objeto de posible delegación admitido por el Código es mucho menor.

Se ha dicho (Hans Brox) que el BGB, en vigor desde el 1 de enero de 1900, no introdujo grandes reformas en el Derecho sucesorio anterior²⁶. El testamento se considera un acto personalísimo, si bien hay un cierto margen a la actuación de terceros en todo lo que pueda entenderse que no implica un suplantar la voluntad del causante. Aparte de esto, las únicas excepciones las encontramos en materia de legados y en la figura del ejecutor testamentario. La regulación que comentamos no nos consta que haya sido modificada desde la entrada en vigor del BGB.

**Regla: Las disposiciones de última voluntad
tienen carácter personalísimo.**

El testador no puede encomendar a otro la formulación de su última voluntad, sino que tiene que hacerlo personalmente, incluido en los legados. Esta regla data de la primera redacción del BGB y se ha mantenido invariada.

El párrafo 2064 BGB dice que “El causante sólo puede otorgar testamento personalmente”. Y el párrafo 2065 BGB dice que “El causante no puede ordenar una disposición de última voluntad de manera que otra persona tenga que decidir si debe valer o no. El causante no puede encomendar a un tercero la designación de la persona que deba percibir una atribución así como tampoco la designación del objeto de la atribución”. Estas reglas se estimaron adecuadas, en lo esencial, al Derecho anterior al BGB y se justificaron también con el argumento de que el testador no debe descargar la responsabilidad de la ordenación de la sucesión en un tercero y que la voluntad del testador no puede ser influenciada ni relegada. La disposición contraria a esta actuación personalísima se ha entendido siempre nula de manera insanable por doctrina y jurisprudencia. Así, el testamento o la revocación de un testamento, hecho por un representante no puede ni siquiera ser ratificado por el causante, es nula la cláusula que permite al

26 - Hans Brox, op. cit., páginas 17 y 72 y ss.

cónyuge sobreviviente modificar o revocar las disposiciones del otorgante premuerto, es nula la facultad concedida a un tercero para que elija, en caso de haber otorgado el causante varios testamentos, cuál debe regir.

El párrafo 2065 sólo se aplica cuando el testador ha puesto en manos de un tercero la decisión sobre la validez de una disposición. Por ejemplo, A instituye heredero a B bajo la condición de que, una vez fallecido el testador, C lo consienta. Pero no todas las disposiciones cuya validez depende de la voluntad de un tercero son inválidas.

Doctrina y jurisprudencia han atenuado, a diferencia de lo ocurrido en otros países, el rigor de la regla legal.

Si el testador ha expresado claramente su voluntad acerca de la persona a instituir, es válido que esto se haga depender de la conducta de un tercero. Por ejemplo, A instituye heredero a su sobrino bajo la condición de que la mujer de ese sobrino cuide a A en la vejez o enfermedad de éste. Esta institución es válida aunque depende de la conducta de un tercero.

También se ha entendido que no hay representación prohibida en los casos en que el testador designa al heredero (o fija las cuotas) con criterios objetivos, que el tercero se limita a aplicar para instituir heredero o calcular las cuotas. En estos casos, el tercero no decide conforme a su propio (subjetivo) criterio, sino que sólo aplica los criterios fijados en el testamento. Por ejemplo, un herrero dispone en un testamento que instituye heredero a aquél de sus hijos que llegue a ser herrero; y si lo llega a ser más de uno, instituye al hijo de más edad; la determinación del heredero la está dejando en realidad a un tercero, pero esto se ha admitido porque en este caso el tercero no tiene poder de decisión; es cierto que el testador no ha designado al heredero por su nombre, pero –se ha sostenido– ha dejado suficientes criterios para que cualquier persona pueda realizar la elección. También se ha admitido que un tercero compruebe si el heredero, para serlo, ha contraído o no matrimonio válido, o ha terminado su formación académica, o incluso si (caso más discutible) es entre los designados por el testador la persona más adecuada para dirigir la empresa o la explotación agraria. Se ha admitido instituir al que el cónyuge adopte en un futuro aunque en el momento de testar se desconozca la identidad de ese hijo adoptivo. En nuestra opinión, estos casos no cabrían en la regla del art. 772 del CC español (“Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución”), aunque es verdad que la doctrina española apenas ha hecho esfuerzos de interpretación de las posibilidades que podría dar este artículo. También se ha admitido en Alemania que pueda instituirse heredero a quien tal persona haya a su vez

designado como heredero, algo que en España se rechazaría como institución captatoria. No se ha admitido, en cambio, que el primer llamado pueda designar un sustituto vulgar o un heredero sucesivo (heredero fideicomisario), aun entre un círculo de personas designadas por el testador.

Si el tercero decide según su propio criterio, esto está prohibido por el parágrafo 2065, pues en este caso decide el tercero en lugar del testador.

Se ha discutido si puede darse más arbitrio al tercero. El Tribunal Supremo del Reich admitió que si el testador señalaba un determinado grupo de personas entre las cuales el tercero tenía que elegir aplicando criterios fijados por el testador ello sólo era válido si el círculo de personas era tan reducido y los criterios de elección tan claros que no quedaba espacio para el arbitrio del tercero. Es decir, se ha admitido la autorización a un tercero para la ejecución (sólo “ejecución”) de la voluntad del testador.

La regla del carácter personalísimo se ha intentado mantener con dureza incluso en el caso del otorgamiento de testamentos ante Notario. El testador puede entregar un escrito al Notario, para que éste redacte el testamento y se ha discutido si el otorgamiento del testamento es válido si ese escrito que se entrega al Notario ha sido redactado por persona distinta del testador. En general, se ha rechazado tanto rigorismo, pues el testador puede ser aconsejado o asesorado por un tercero, y se ha entendido que lo decisivo es que el testador entregue personalmente al Notario ese escrito y le diga, con intermediación, que ese escrito refleja su última voluntad.

Distinto es el caso de disposiciones del testador más o menos inconcretas, que a veces se pueden aclarar acudiendo a medios interpretativos.

Esta regla del carácter personalísimo se suaviza en materia de legados: el parágrafo 2155 se refiere a la figura del legado que puede atribuirse a varios y dispone que la elección del legatario puede corresponder al gravado o a un tercero; el 2154, referido al legado alternativo, permite que la elección de la cosa que deba percibir el legatario se encomiende a un tercero; el 2153 permite que el causante ordene un legado a favor de varios y que el gravado o un tercero determine qué parte de la cosa legada debe recibir cada legatario; en el legado de cosa genérica (parágrafo 2155) puede encomendarse la determinación a un tercero; el parágrafo 2156 permite que el causante deje sólo expresada la finalidad de un legado y que corresponda a un tercero (o al gravado) elegir la prestación más adecuada para cumplirlo.

La regla del carácter personalísimo también se encuentra en materia de contrato sucesorio (parágrafo 2274: “el causante sólo puede otorgar un contrato sucesorio personalmente”), 2282 (la impugnación del contrato sucesorio no puede realizarse por un representante del causante, salvo en

caso de incapacidad), 2284 (la confirmación de un contrato sucesorio impugnado sólo puede realizarse personalmente por el causante, sin que ni siquiera sea posible la confirmación si el causante tiene la capacidad de obrar negocial limitada), 2290 (la resolución del contrato sucesorio sólo puede hacerse personalmente, aunque se permite la representación del incapaz).

Finalmente reseñamos que la reciente Ley de modificación del Derecho de tutela y curatela, de 29 de junio de 2011, que también contempla lo que aquí llamaríamos “voluntades anticipadas” o “instrucciones previas” (arts. 1903 y siguientes) no ha permitido en absoluto, como tampoco se permitía antes, la actuación del representante en disposiciones por causa de muerte.

Por otro lado, los fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias también sufrieron las consecuencias del liberalismo decimonónico y fueron reguladas por el BGB con cierta prevención, si bien, a diferencia de lo ocurrido en Francia no se llegó a la prohibición. Los parágrafos 2100 a 2146 BGB aceptan y regulan la figura del heredero sucesivo (Nacherbe), que es una sustitución fideicomisaria pero en la que sólo se admite un llamamiento. Si el acontecimiento o el momento en que la sucesión sucesiva debe abrirse no han sido determinados por el causante se entiende que la herencia sucesiva se defiere al morir el primer heredero.

La institución de heredero sucesivo es ineficaz si pasan 30 años desde la muerte del causante, salvo que el hecho que determine la sucesión sucesiva se refiera a una persona que viva al morir el primer causante, o que un hermano del primer heredero esté designado como heredero sucesivo.

El primer heredero no puede disponer, como regla general, pero tampoco ha de soportar cargas extraordinarias en los bienes. No obstante, el causante puede instituir heredero sucesivo sólo en lo que quede de la herencia (parágrafo 2137) o autorizar al primer heredero a disponer libremente. No existe la figura de la cuarta inversa a favor del heredero sucesivo. Como hemos dicho antes, el primer llamado no puede elegir fideicomisarios.

No se regula en el BGB el llamado fideicomiso puro (del Derecho Romano) si bien la función de éste creemos que puede ser cumplida por el ejecutor testamentario.

La figura del ejecutor testamentario se regula en los parágrafos 2197 y ss BGB de una manera bastante detallada.

Lo designa el causante para ejecutar en general su última voluntad o bien para encomendarle tareas particulares. Puede nombrarse en contrato sucesorio, pero no como pacto vinculante para el ordenante. También puede nombrarse en testamento mancomunado, pero nunca será considerado como disposición correspectiva. Puede nombrarse bajo condición o a término. Y el

parágrafo 2198 dispone que el causante puede encomendar a un tercero la designación. El tercero pierde este derecho si transcurre el plazo que le haya fijado el Tribunal de herencias (Nachlassgericht) a petición de cualquier interesado. También puede nombrarlo el propio tribunal de testamentarías si el testador así lo ha pedido en el testamento, pero oyendo antes a los interesados.

El ejercicio no es personalísimo, pues el parágrafo 2199 permite que el ejecutor testamentario designe sustitutos así como uno o más co-ejecutores.

El causante puede autorizar al ejecutor a designar un sucesor (2199).

Ejecutor puede ser tanto una o varias personas físicas como jurídicas. Puede ser uno de los coherederos, según ha admitido la jurisprudencia (pues como ejecutor tiene facultades que no le corresponden como coheredero) pero no el heredero único, pues el cargo de ejecutor implica limitaciones para los herederos, aunque el heredero único sí puede ser co-ejecutor, pues en tal caso el cargo se ejerce mancomunadamente). También puede nombrarse un ejecutor para el legatario o para los herederos sucesivos, de forma que administre y haga entrega del legado o ejecute los derechos del heredero sucesivo y cumpla sus obligaciones; en este caso, su actuación no incide en la actuación de los herederos primeramente llamados.

Su función, a falta de mayores especificaciones del testador, es conseguir que se lleven a efecto las disposiciones del causante. Si hay varios herederos, tiene la obligación de realizar la partición, oyendo antes a los herederos sobre su plan de partición. También tiene la obligación de administrar el caudal relicto; puede tomar posesión del mismo y tiene facultades de disposición ilimitadas, salvo por título gratuito, en cuyo caso sólo puede realizar actos dispositivos que respondan a un deber moral o a una medida obligada por el decoro. La administración y posesión de los bienes está sustraída a los herederos. Incluso sólo corresponde al ejecutor hacer valer judicialmente los derechos que resulten del caudal. Los herederos tampoco pueden realizar actos dispositivos sobre los bienes que administra el ejecutor. La limitación principal de esta figura es que no puede contraer obligaciones, salvo las que sean necesarias para la ordenada administración del caudal; en ningún caso pueden quedar obligados los herederos.

En materia de plazos, la regulación difiere básicamente de la los otros Derechos extranjeros vistos. La administración puede conferirse al ejecutor por plazo que no exceda de 30 años desde la muerte del causante. No obstante, el parágrafo 2210 permite que el plazo dure toda la vida del heredero o del propio ejecutor o hasta la producción de un acontecimiento en la persona de uno u otro. El ejecutor tiene obligación de entregar a los herederos los bienes relictos que manifiestamente no necesite para el cumplimiento de sus funciones.

Es una especie de figura tutelar de los herederos, que les priva de la administración y disposición del patrimonio. Es algo que claramente se quiso evitar en Francia y en Italia y que aproxima esta figura a la vinculación fideicomisaria (de ahí el límite temporal de 30 años). Puede ser de utilidad especialmente en el caso de grandes patrimonios o en el de empresas, especialmente si han de ser administradas durante un cierto tiempo. Con esta figura el testador puede evitar la actuación de un sucesor poco capacitado, o la sujeción del patrimonio al régimen legal de la tutela, o determinadas actuaciones judiciales que se darían en casos de existencia de menores o incapacitados.

El problema de la limitación del ejecutor para contraer obligaciones se puede eliminar con el consentimiento de todos los herederos. El causante puede también imponer esto como una carga a los herederos o bien como una condición para heredar. También se ha propuesto ver el caso como un patrimonio separado administrado por el ejecutor con exclusión de los herederos, pero de forma que los herederos sólo responden con los bienes integrantes de ese patrimonio.

En nuestra opinión, el ejecutor presenta algunos rasgos comunes con los fiduciarios de algunos Derecho civiles españoles, especialmente con el aragonés.

La figura del ejecutor no debe confundirse con la del curador o administrador del caudal hereditario (Nachlasspfleger) regulada en el parágrafo 1960, que es sólo un mero administrador provisional nombrado por el Tribunal de herencias hasta que los herederos se hagan cargo de los bienes hereditarios.

En definitiva, el Derecho alemán ha sido un poco más permisivo que el francés y el italiano. No admite figuras que puedan ser calificadas como herencia o legado de confianza. Sí admite el fideicomiso de sustitución, pero sólo con un llamamiento, aunque el fiduciario no puede elegir fideicomisarios. No admite en principio la delegación sucesoria, pero por vía doctrinal y jurisprudencial se aceptan sin mayores problemas algunos casos de actuación de un tercero para “aplicar” criterios del testador que en el sistema del CC español se entenderían prohibidos por excesivos. La figura del ejecutor testamentario, en cambio, como hemos visto excede del albaceazgo francés o italiano, por lo extenso de sus facultades y porque puede prolongarse en el tiempo.

Derecho de Inglaterra y Gales (Common Law).

En el Derecho medieval apareció una figura fiduciaria como reacción frente a las leyes que prohibían liberalidades a favor de manos muertas: se cedían

los bienes a un tercero, en la confianza primero, y tiempo después con la obligación (exigible por una actio basada en la equidad) de que éste cedería los rendimientos de los bienes a la institución a la que el causante quería favorecer. Es algo parecido a lo que ocurrió en Roma para esquivar las prohibiciones de suceder. Más tarde parece que se usó para beneficiar a hijos a quienes no era conveniente por razones de hecho que aparecieran como sucesores en un primer momento. Esta institución se conoció en un principio con el nombre de “use” (que no deriva de “usus” sino de “ad opus”) y tuvo una primera regulación legal en el Statute of Uses de 1535, más modernamente en la Trustee Act de 1893, la de 1925 y hoy también en la Trustee Act del año 2000 (de 23 de noviembre de 2000) que principalmente reguló y amplió las facultades de los trustees o executors.

Como es bien conocido, el Common Law no conoció la figura del heres romano. A la muerte de una persona no se produce una transmisión de la propiedad de sus bienes a unos herederos. Por el contrario, se traspasan de forma temporal los bienes y los derechos sobre los bienes, pero como un patrimonio separado, a una o varias personas que tienen encomendada la administración y liquidación del patrimonio relicto hasta la entrega del remanente a los beneficiarios finales (“residuary beneficiary”, o “beneficiary of a bequest” si se trata de bienes concretos). Esta persona es el “executor” nombrado por el causante en su testamento o, en defecto de testamento (lo cual es mucho más normal que en España pues en una estadística de 2003 dos tercios de la población de Inglaterra y Gales moría sin testamento) o si en éste no se nombró “executor”, a un administrador nombrado judicialmente. Resaltamos que el ejecutor tiene que ser nombrado en el testamento. Nada permite que lo designe un tercero. Puede ser una persona jurídica y puede ser también uno o varios de los beneficiarios últimos. A falta de nombramiento en testamento, o el nombrado muere o no puede ejercer el cargo, hay que solicitar el nombramiento de un administrador al Juez. Esta última figura se regula, en el Derecho estatutario, en la Administration of Estates Act de 1925 y el nombramiento en las Non-Contentious Probate Rules de 1987, que fijan un orden jerarquizado de categorías de personas que pueden ser nombradas; si no hay testamento, el orden es el siguiente: el cónyuge sobreviviente, los hijos, los descendientes ulteriores, los padres, los hermanos, los medio hermanos, los abuelos, los tíos o tías, los tiasros o tiasstras, el Treasury Solicitor y en último término los acreedores del difunto.

El executor o administrador se convierte en el titular legal de los bienes del fallecido, que tras la liquidación, que puede durar escaso tiempo o muchos años, los entrega a los beneficiarios. El ejecutor o el administrador sólo pueden ejercer sus funciones cuando han sido correctamente nombrados: el primero por un grant of probate y el segundo por las letters of

administration, ambos documentos expedidos por un tribunal de Inglaterra o de Gales en un procedimiento que en realidad es administrativo y que sólo es propiamente judicial cuando hay disputa entre partes interesadas). En general, sólo se expiden estos documentos cuando el difunto ha dejado bienes muebles o inmuebles en Inglaterra o Gales. La administración de los bienes relictos no puede realizarse sin el nombramiento. Es decir, aunque el ejecutor haya sido nombrado en el testamento y su título derive de éste, necesita un documento judicial para probar su autoridad para desempeñar sus funciones. Para actuar en Inglaterra o Gales hay que obtener uno de los citados documentos y no sirve un título análogo obtenido en el extranjero. Por razón análoga, y dado que en Inglaterra y Gales, igual que en general en el Continente antes de la época de las Revoluciones, no hay una única ley de la sucesión sino que se aplica la *lex rei sitae* a los inmuebles y la ley del último domicilio (en el sentido de la Ley inglesa) a los muebles, y puede prescindirse del ejecutor o del administrador si la sucesión se rige por Ley que no exige estos cargos (como por ejemplo, las españolas). Pero nada impide la actuación del ejecutor o del administrador en el país de situación de los bienes, a falta de previsión testamentaria del causante.

Los beneficiarios tienen acción contra los executors o administradores en relación al correcto ejercicio de sus funciones y para exigir la transmisión de los bienes. Los beneficiarios no son mientras tanto propietarios ni titulares de derechos reales sobre los bienes y tampoco tienen acciones entre sí: el beneficiario de un bien concreto, o legatario, no tiene acción contra los demás beneficiarios que reciban el remanente.

Los executors y los administradores son los titulares del “legal interest” (que mal se puede traducir por “propietarios”) de los bienes y tienen las facultades dispositivas, con las limitaciones que el causante haya en su caso dispuesto, pero sin necesidad de ninguna autorización judicial o administrativa. No obstante, carecen del interés económico (“beneficial interest”) pues no pueden hacer suyo el caudal relicto, salvo autorización del causante. Su titularidad no está sujeta a plazo, salvo que el causante haya regulado esta materia, aunque el pago de los legados pasado un año se penaliza con el pago de un interés a los beneficiarios.

El Common Law es resultado de una evolución que primó desde la recepción del Derecho canónico los aspectos de la ejecución y que por otro lado resistió los embates voluntaristas de los juristas continentales del siglo XIX, recurriendo más bien (en estas materias) a la equidad y a la figura del enriquecimiento injusto. Así, ha resultado un sistema en el que no hace falta recurrir a la “sucesión” ni al “heredero”, pero en el que no puede prescindirse de un liquidador; la práctica ha llevado a que a este liquidador se le puedan encomendar encargos más amplios, relativos a la designación

de beneficiarios y distribución de los bienes. Se suele determinar por el testador en el propio testamento el círculo o categorías de personas que hayan de resultar beneficiarios.

No hay constancia de reformas recientes ni de propuestas de reforma del Derecho que acabamos de reseñar.

Breve reseña del Derecho de otros países.

Brevemente reseñamos algunos puntos de otras legislaciones a las que hemos tenido acceso:

Austria.

El Derecho sucesorio se regula en los párrafos 531 a 824 del Código Civil General (ABGB).

No se admite en el Derecho austríaco el poder testatorio ni por tanto el testamento por comisario.

Se admite la herencia sucesiva, pero con un único llamamiento. El primer heredero se convierte en propietario del caudal relicto y tiene el uso y disfrute ilimitados, pero sujeto todo ello a condición resolutoria o a término final, según los casos. La Ley no regula la sustitución en el residuo pero se ha entendido por doctrina y jurisprudencia que es posible que el causante autorice al primer heredero a disponer entre vivos y que el segundo heredero sólo adquiera el remanente.

En materia de ejecución, hay que distinguir el ejecutor testamentario y el administrador de la herencia.

El causante puede en testamento o contrato sucesorio nombrar uno o varios ejecutores testamentarios, pero no puede encomendar a un tercero su nombramiento. En ningún caso es legalmente obligatorio que haya un ejecutor, a diferencia de lo que ocurre en los Derechos angloamericanos.

Si el causante no dispone otra cosa, tiene la función de supervisar el cumplimiento del testamento y defender la validez del mismo (párrafo 816); no tiene facultades de administración ni representa a la herencia ni a los herederos. No está sometido a nombramiento ni a control judicial. Sus funciones son, como se ve, muy escasas. El causante puede atribuirle, no obstante, la administración y representación del caudal, pero en este caso necesita un nombramiento formal por el tribunal de herencias. El causante también puede atribuirle funciones para después de la adjudicación de la herencia. Su actuación no está sujeta a controles judiciales, es privada. No es una figura muy usada.

Otra figura distinta es el administrador de la herencia. En principio, la administración corresponde a los propios herederos, pero el causante puede nombrar un administrador. El tribunal de herencias también puede nombrar un administrador (que en este caso se llama curador) si el causante no lo nombró y es necesario porque los herederos no se hacen cargo de la administración, o son desconocidos o no hay disensiones entre ellos. Está sujeta a una constante vigilancia judicial y necesita autorización judicial para numerosos actos, entre ellos, por ejemplo, para disponer de dinero de cuentas bancarias, para sustituir una cuentas bancarias por otras o para entregar los legados.

Por lo visto, la figura del administrador tiene escasa aplicación práctica.

La última reforma del Derecho sucesorio tuvo lugar en 1989, que igualó en derechos a los parientes ilegítimos y a los legítimos. En las materias objeto de este trabajo no ha habido reformas recientes ni tampoco hay reformas a la vista.

Bélgica.

La sucesión mortis causa se rige por los artículos 718 a 1100 del Código Civil. No es posible otorgar un contrato sucesorio ni un poder testatorio ni, por tanto se admite el testamento otorgado por un tercero. No obstante, como excepción, se permite un nombramiento contractual de heredero en los tres siguientes casos: un tercero puede realizar un nombramiento de heredero a favor de uno o de los dos esposos en capitulaciones matrimoniales (art. 1082), los esposos pueden instituirse herederos —o revocar la institución— en capitulaciones (art. 1093) y durante el matrimonio los esposos también pueden instituirse herederos —o revocar la institución— en un contrato por el que se modifique el régimen matrimonial o en un documento público.

El Código admite y regula en los arts. 1025 y siguientes la figura de los ejecutores testamentarios, que son personas que sólo pueden ser designadas por el testador. Su función en principio es supervisar la entrega de los legados a realizar por los herederos. El testador, no obstante, puede ampliar sus funciones: puede autorizarlos a tomar posesión de los bienes muebles del caudal durante un plazo máximo de un año; en tal caso, los herederos pierden las facultades de administración en beneficio del executor, que puede además realizar actos dispositivos si ello es necesario para pagar los legados. Tiene que rendir cuentas pasado un año. No parece que el nombramiento por el testador tenga que ser confirmado o formalmente declarado por ningún tribunal o autoridad tras la muerte del de cujus.

Luxemburgo.

El Derecho de sucesiones de Luxemburgo ha estado siempre muy influenciado por el francés; incluso es usual entender aplicable la jurisprudencia

dencia francesa. La regulación actual se contiene en el Código Civil, cuyas últimas modificaciones fueron introducidas por leyes de 26 de abril de 1979 (asimilación de los hijos naturales a los legítimos), 12 de marzo de 1982 y 8 de abril de 1993 (cesión de cuotas hereditarias).

El Derecho de Luxemburgo prohíbe los pactos sucesorios, si bien en capitulaciones matrimoniales pueden establecerse disposiciones mortis causa de bienes a favor de los cónyuges o de los hijos nacederos, así como también pueden donarse los cónyuges bienes futuros. Tampoco permite el poder testatorio ni el testamento por comisario.

La ejecución de la última voluntad por un tercero no es algo necesario y, cuando existe, su actuación no es controlada por los tribunales y no es nombrado ni ratificado por ninguna autoridad.

El testador puede nombrar a una o varias personas para que vigilen la ejecución de su última voluntad. Sus funciones pueden variar:

Si el testador no le da la posesión de los bienes, el ejecutor tiene que realizar inventario de los bienes, defender la validez del testamento en juicio o fuera de él, conservar y defender los bienes, exigir el cumplimiento de modos y legados, y vender bienes muebles si ello es necesario para pagar los legados.

Si el ejecutor tiene la posesión de los bienes, asume la administración del caudal.

Ningún ejecutor tiene facultades dispositivas, salvo lo dicho para el pago de legados. Tampoco puede realizar la partición y no parece posible que el testador le encomiende esta tarea.

El plazo de ejercicio de su cargo es de un año, y no puede ser ampliado por el testador ni por los tribunales. Tiene que rendir cuentas a los herederos, pero ante el Juez.

No hay a la vista ninguna reforma legislativa sobre las materias que acabamos de citar.

Dinamarca.

La sucesión mortis causa en Derecho danés se rige por la Ley de sucesiones, cuya última versión que nos consta es de 14 de agosto de 2001, y haya que tener en cuenta una Ley reguladora de patrimonios relictos de 22 de mayo de 1996, modificada por otra de 29 de diciembre de 1999. Hay que tener en cuenta que en Dinamarca los llamados notarios tienen unas funciones muy limitadas; no pueden redactar los testamentos, aunque sí legitimar las firmas de los testadores y conservarlos en la oficina judicial a

la que están adscritos. En 2008 había unos 350.000 testamentos registrados (para una población de 5 millones) y entre el 97-99% habían sido suscritos con esa intervención notarial. Hay Registro Central de testamentos La otra forma de otorgar testamento es ante dos testigos. En Dinamarca no es posible testar en forma ológrafa.

La figura de un ejecutor testamentario (“bobestyrer”) no es necesaria, ya que los herederos pueden administrar por sí solos el caudal y realizar la partición de la herencia. El ejecutor testamentario se nombra por el Tribunal de herencias, que expide un certificado que le permite ejercer sus funciones. El nombramiento se da en determinados casos tasados: cuando un heredero lo pide, cuando hay insolvencia del caudal relicto, cuando todos los herederos son menores o insolventes, cuando el testador lo pedido en su testamento, cuando los herederos son desconocidos o cuando pasado un tiempo no se encuentra una solución para la gestión del caudal relicto.

El ejecutor tiene las facultades de administrar el caudal relicto, realizar la partición y también la de disponer de los bienes hereditarios. El tribunal de herencias tiene una misión de supervisión de la actuación del ejecutor, sin perjuicio de que éste tiene que rendir cuentas a los herederos, pero el ejecutor no necesita en principio autorización del Tribunal para disponer de los bienes hereditarios.

En los últimos años las únicas reformas legales en cuando a herencias han sido las fiscales, para reducir los impuestos. No ha habido en los últimos años reformas que afecten a la materia de este trabajo ni constan reformas en marcha.

Apunte final sobre los Derechos extranjeros examinados.

El ámbito de las instituciones de confianza en los Derechos continentales examinados es mucho menor que en los Derechos civiles españoles, incluido el Código Civil. Hay más disparidad entre los Derechos civiles españoles que en los Derechos extranjeros examinados. Ninguno de éstos admite figuras que puedan calificarse de herencia o legado de confianza. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias, en los casos en que se admiten, no permiten que el primer llamado elija fideicomisarios. Los cargos relativos a la ejecución de las últimas voluntades no tienen facultades que permitan calificarlos como figuras fiduciarias, salvo en una pequeña medida el ejecutor alemán. La fiducia sucesoria tampoco se reconoce, salvo el ámbito admitido por la doctrina y jurisprudencia alemana.

El Derecho inglés presenta una gran diferencia, pues puede decirse que en toda herencia testada hay sitio para la fiducia, ya que el executor tiene un poder decisorio que no es de mera ejecución, sino de integración de la voluntad del causante. La figura del albacea se ha unido en cierta manera a

la de un comisario, aunque el ámbito de actuación de éste queda delimitado en el testamento. El causante puede regular su sucesión con todo el detalle que quiera, incluso de forma que el executor no tenga poder decisorio, pero no es lo usual. El causante también puede incluir al executor en el círculo de beneficiarios.

VI.- Incidencia de la normativa de la Unión Europea.

En los últimos años hay un importante debate en la Unión Europea sobre los mecanismos para tratar la diversidad normativa de los distintos Estados que a su vez ha llevado a otro debate sobre los límites de la unificación del Derecho Privado. El debate se va desplazando desde el ámbito del Derecho internacional privado a las reglas de Derecho material. Es un proceso que se ha ido afianzando con el tiempo, venciendo reticencias iniciales. Una prueba del empuje hacia la unificación es que el instrumento jurídico utilizado desde más de diez años es el Reglamento y no la Directiva.

Hasta ahora, en materias de Derecho privado la principal tarea de la UE ha sido dar reglas sobre la competencia judicial de cada país, permitir y facilitar el reconocimiento de resoluciones judiciales de un país en los demás países miembros y dar criterios de elección de Derecho aplicable. En materia de obligaciones y contratos hay proyectos más ambiciosos de regulaciones sustantivas, que alegan la gran frecuencia de las relaciones transfronterizas, aunque han generado un debate aún inconcluso. En relación al Derecho de sucesiones se publicó en marzo de 2005 un Libro Verde sobre sucesiones y testamentos que planteaba numerosas preguntas con vistas a un plan normativo de futuro, principalmente con vistas a una unificación de normas de conflicto sucesorias y a partir de ahí (no a la inversa, lo cual ya es una novedad) a una unificación de reglas de competencia judicial y de reconocimiento de resoluciones.

De todas formas, si se comienza por una unificación del Derecho internacional privado hay que tener en cuenta la interrelación que se produce entre Derecho sustantivo y Sistema para resolver los conflictos de Leyes, que hace (González Campos)²⁷ que una unificación de éste último tenga que implicar sacrificios de Derecho material. Se ha dicho (Font Segura) que la unificación de reglas de Derecho internacional privado ya producida en materia de obligaciones civiles y mercantiles y en Derecho de familia ha sido posible porque los principios de regulación material en esos ámbitos son similares en los diversos Estados miembros²⁸, pero en Derecho sucesorio no es así.

27 - González Campos, op. cit., páginas 98-110.

28 - Font Segura, op. cit., páginas 67-68.

Sin duda el Derecho de sucesiones es el más difícil de unificar, no sólo por la disparidad existente entre los Derechos de los países miembros sino porque en él confluyen prácticamente todos los otros sectores del Derecho privado: la noción de individuo y su capacidad, la libertad de disposición que se le reconoce en el ámbito obligacional y sus límites legales y convencionales, la regulación del matrimonio y su régimen económico, la consideración dada a la familia, la regulación del derecho de cosas y el sistema de propiedad, la adquisición de ésta, la publicidad registral inmobiliaria, la forma de acreditar el carácter fehaciente de los actos, etc. También se relaciona con el Derecho procesal, pues a menudo la actuación judicial es una vía (a veces la única) para ejecutar las últimas voluntades y liquidar una sucesión.

Seguramente por todo esto no hay a día de hoy ninguna norma europea vigente sobre materia sucesoria, si bien ya tenemos un proyecto de Reglamento que regula, entre otras cosas, el Certificado Sucesorio Europeo cuya tramitación, en contra de lo que parecía hace unos meses, no ha quedado paralizada. Y es que los órganos de la UE han adoptado como objetivo el de una mayor integración. Hoy por hoy esto tiene su límite en los Tratados, incluso en el de Lisboa, pero el paso de los años ha demostrado que los Tratados se han conseguido reformar y han ido siempre dando más competencias a la Unión en detrimento de los Estados miembros, por lo que no cabe descartar que en un futuro (no inmediato) sea legalmente posible una unificación de Derecho sucesorio. El propio Libro Verde citado y los trabajos previos a él relacionan el Derecho sucesorio con el “desarrollo pleno de un espacio de libertad, seguridad y justicia” (algo que hace no muchos años nos hubiera costado incluso comprender) por la creciente movilidad de personas en el territorio de la Unión, el incremento de matrimonios y uniones de hecho entre personas de distintas nacionalidades, la frecuente adquisición de inmuebles en otros Estados de la Unión, y los numerosos (y cada vez más frecuentes) problemas surgidos de las sucesiones transfronterizas por la disparidad de normas sustantivas, procesales y de conflictos de Leyes. En el anexo al Libro Verde se maneja la cifra de unas 50.000 sucesiones transfronterizas por año. Todos los participantes en las respuestas al Libro Verde, así como el Consejo Económico y Social y la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo han declarado el acierto de la Comisión en acometer la armonización del Derecho sucesorio “con vistas al pleno funcionamiento del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”. El propio Gobierno alemán manifestó su disposición a no descartar la introducción de normas materiales, si ello es necesario para conseguir una unificación.

Se han puesto reparos por lo excesivamente ambicioso que parece todo esto, tanto por Gobiernos (Reino Unido, Irlanda) como por Colegios profesionales (Abogados austríacos, por ejemplo) y por numerosas opiniones doctrinales,

pero por el contrario también hay entusiasmos. Rodríguez Benot (universidad Pablo de Olavide, de Sevilla) escribe: “únicamente una regulación global de la sucesión mortis causa en la Unión Europea garantizará el éxito en la reglamentación de este problemático sector”²⁹. Aikaterini Kousula, de la Universidad alemana de Hannover, se pronuncia decididamente por la promulgación de normas materiales unificadas y rechaza el mecanismo del reconocimiento –en lo referente al certificado sucesorio y la administración y liquidación de herencias– por inútil para el fin pretendido, porque las diferencias sustantivas son tan grandes y tan desconocidas fuera del país propio que el reconocimiento por sí sólo no basta para la aplicación efectiva de algo que pueda calificarse como “certificado de herederos”, pues hay que acreditar muchas cosas más que no resultan del propio certificado.³⁰

Hemos constatado que hay un considerable sector doctrinal y político que entiende insuficiente una unificación del sistema de Derecho internacional privado y es partidario, en vista de las crecientes relaciones transfronterizas, de una unificación sustantiva, si bien sin prisas.

A nivel más “de calle” nos atrevemos a decir que una mayoría de juristas prácticos que tratan con sucesiones internacionales –que es verdad que no son muchos en números absolutos– en las Islas Baleares y en Barcelona no ven como algo malo el sacrificio de normas de Derecho propio sustantivo. La oposición a los cambios en el Derecho propio en aras de una unificación se da más en algunos ambientes universitarios.

De todas formas, a día de hoy la unificación de Derecho sucesorio no está ni siquiera planteada formalmente. La propuesta de Reglamento citada es modesta: suprime legalizaciones, facilita el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos sucesorios, pretende instaurar un registro único de testamentos en toda la Unión, potencia la creación de administradores y liquidadores de herencias, determinando sus facultades y su libre actuación en cualquier Estado miembro y favorece la prueba de la condición de heredero con un certificado unificado.

En lo que se refiere a la materia propia de este trabajo, no aporta novedades, pues la determinación de quién sea heredero se realiza conforme al Derecho que rige la sucesión y las facultades de administradores y cargos similares no tienen en el proyecto regulación material que permita calificarlas de instituciones de confianza.

Pero hay algo importante a retener: se crea una figura jurídica nueva (unificada), igual en todos los Estados de la unión y que impone una misma

29 - Rodríguez Benot, op. cit., página 217.

30 - Kousula, op. cit., página 320.

eficacia: el certificado sucesorio europeo. Se ha rechazado la técnica del reconocimiento en los demás países del certificado emitido por un país determinado. Estimamos que esta solución es la más adecuada al fin pretendido. Esto no quita que el proyecto sea criticable por otros motivos; especialmente porque la eficacia del certificado sucesorio no es sólo la prueba de la condición de heredero sino que se convierte en título de adquisición de los bienes relictos a favor de los sucesores. Pero ahora no toca examinar esto sino constatar el abandono de la técnica del reconocimiento. Este rechazo se basa, por un lado, en que no hay igualdad entre los diferentes Derechos en cuanto a la prueba de la condición de heredero, pues las diferencias entre las Ordenaciones de cada país son muy diferentes y, por otro lado, en que incluso en el caso de documentos con valor parecido en el ámbito interno de sus respectivos países, su reconocimiento fuera del país de expedición es problemático, pues exige una certificación escrita por jurista competente, debidamente legalizada y en su caso traducida, relativa, por lo menos, a si ese documento es el que determina quiénes son los herederos según la Ley del Estado que lo expide y a la eficacia de ese documento en el país de origen; además, la eficacia del mismo en el extranjero está supeditada no sólo a la Ley del país donde se vaya a usar, sino (lo que es de gran importancia) al valor que le dé la práctica de los juristas, y profesionales en general, de este último Estado, que a veces es nula aunque todo sea formalmente correcto. Estos problemas se solucionan con una regulación sustantiva unificada. Son argumentos que se podrían trasladar a la regulación de otras figuras sucesorias cuando llegue el momento.

Si se ha comenzado con este certificado de herederos quizá se podría continuar en el futuro con una regulación de testamentos que se verá obligada a pronunciarse sobre el carácter personalísimo de éste y en su caso sobre las matizaciones a esta regla, con lo cual se entrará de lleno en la materia objeto de este trabajo.

Por ello hemos querido concluir este comentario con una referencia a la Unión Europea por lo que pueda ocurrir en el futuro, pues si una eventual unificación se plantea –y parece que ya hay un tímido comienzo, aunque no sabemos cómo evolucionará– hay que tomar postura en relación a dos cuestiones: cómo debe hacerse tal unificación, y cómo (o cuánto) debe afectar a las instituciones peculiares de cada Derecho propio.

Perspectivas de futuro.

Respecto de la primera cuestión, hay un punto de partida que nos parece importante.

Para plantearlo citaremos una opinión doctrinal, exagerada, pero expresiva.

El italiano Ugo Mattei, profesor de Derecho civil de Turín, escribió el año 2003, refiriéndose a la unificación del Derecho contractual: es inútil hacer exégesis del Derecho europeo y perder el tiempo en esfuerzos estériles de sistematizar el Derecho interno de cada país con las normas que llegan de Bruselas para conseguir realizar monumentos a nuestra vanidad de cultura jurídica. Hay que dar un salto cualitativo para comprender cuáles son las fuerzas económicas y políticas que están detrás.³¹

Se nos dirá que si se acepta la primera parte de esta opinión, resulta superfluo el estudio de Derecho histórico y comparado que acabamos de hacer.

Nosotros creemos que la comparación entre instituciones es un primer paso necesario, y con este trabajo lo hemos pretendido ratificar, aunque es cierto que no debe ser el último, ni por tanto lo decisivo. La comparación es “para algo” que tiene que exceder de una mera recapitulación. Es imprescindible para poder tomar decisiones conocer la situación existente en los distintos países, tanto de las normas como de su uso efectivo, pero las decisiones relativas a los principios fundamentales no pueden basarse sólo en esa comparación, ni aun en el caso de que se tome en cuenta la vigencia práctica de las instituciones reguladas, vigencia práctica que para quien suscribe es algo de lo que no se puede prescindir pero que algunos tratadistas prefieren ignorar. Sin embargo, la comparación –de normas y práctica– puede resultar de gran ayuda a la hora de configurar el cuerpo de la regulación. No se olvide que en la época de la codificación del siglo XIX se sentaron unos principios contrarios al Derecho histórico pero el contenido de la regulación de los Códigos fue en su mayor parte el mismo Derecho histórico. Y creemos que algo así volverá a pasar, pues el Derecho civil existente no es en general el resultado de actuaciones improvisadas ni tampoco soluciones para situaciones irrepetibles en el tiempo. El problema específico actual, respecto de la situación de cada país en el siglo XIX, es que no se trata del paso del Derecho de un antiguo régimen al de un nuevo régimen, sino de crear un Derecho que se superpondrá a una multitud de Derechos ya existentes, cada uno integrado en un Ordenamiento estatal que va a seguir subsistiendo.

Tampoco se pretende decir que las decisiones deban ser obra de juristas. La codificación europea tiene que salvaguardar el espacio de la política sin ocupar su puesto, ha dicho un partidario de la unificación como el italiano Mario Barcellona³². Pero los juristas no debemos dejar de opinar.

31 - Ugo Mattei, “Perché il Piano d’Azione privilegia i poteri forti. Critica della retorica soft”, artículo publicado en el libro de MELI, Marisa y MAUGERI, M^a Rosaria (coords.), *L’Armonizzazione del Diritto Privato Europeo*, citado en la bibliografía.

32 - Mario Barcellona, “Per un codice civile europeo”, artículo publicado en el libro de MELI, Marisa y MAUGERI, M^a Rosaria (coords.), *L’Armonizzazione del Diritto Privato Europeo*, citado en la bibliografía.

En cualquier caso, el debate jurídico sobre el Derecho privado europeo, previo a la toma de decisiones políticas, no puede reducirse a una exégesis de normativas, en uso o en desuso, con el fin de conseguir una regulación admisible para todos o para casi todos los juristas o políticos que participen, ya sea sintetizando o imponiendo algunas figuras o reglas sobre otras, sino que tiene que partir de una concepción del individuo, su posición en la sociedad y los fines que le son propios.

Esto remite en primer lugar a la autonomía de la voluntad. No parece arriesgado decir que la inmensa mayoría de juristas será de este parecer. Pero la defensa de la concepción de la persona como tal, con sentido común, que es la tarea del Derecho privado, lleva a veces a la necesidad de usar normas imperativas. Las medidas imperativas para proteger a la persona, dijo De Castro, son la expresión más directa del Derecho privado³³. Ello es evidente en el Derecho de obligaciones y contratos, pero en nuestra opinión, también en el de sucesiones.

La autonomía de la voluntad reclama la eliminación de formalismos inútiles y tiende a la eliminación de prohibiciones y limitaciones, pero las normas imperativas pueden resultar imprescindibles para garantizar el aseguramiento de libertad y pleno conocimiento de causa en la formación y expresión de las declaraciones de última voluntad –en especial, aunque no en exclusiva, para evitar captaciones y suplantaciones– y para asegurar que en la ejecución de las mismas (o integración, en su caso) no va a prevalecer, no sólo de Derecho sino tampoco de hecho, el interés de los ejecutores. Son aspectos inescindibles y el énfasis en uno o en otro variará en función de lo que sea necesario en cada momento para la mejor defensa del bien común. En todo caso, no puede establecerse un sistema basado en la buena fe y la tutela judicial, pues ello es insuficiente, al igual que lo es en el Derecho de obligaciones. Tampoco hay por qué proponer un catálogo de “principios de justicia”, sino prever los dispositivos con los que se asegure su efectividad en las relaciones entre particulares.

La concreción de la defensa del individuo antes expuesta en las materias objeto de este trabajo llevan, a nuestro entender, a mantener la regla general de que las declaraciones de última voluntad tienen que ser de carácter personalísimo, y recoger como excepciones las posibilidades de actuación de persona distinta del causante. No creemos andar descaminados si mantenemos que hay en esto un consenso amplísimo, tanto en España como en el resto de la Unión Europea. Pero añadimos que esas excepciones deben configurarse de tal manera que se impida efectivamente su uso para fines propios de los fiduciarios y ejecutores. El consenso sobre esto creemos que también existe

33 - De Castro, op. cit., página 121.

en España, pero no es tan amplio como respecto de la afirmación anterior. Pero lo reiteramos: no se debe, por tanto, en nuestra opinión, seguir acríticamente la postura de ampliar todo lo posible las facultades delegables por el causante en un tercero, por mucho que se alegue que la delegación proviene de la voluntad del testador; por otro lado, ésa sería una técnica que sigue el esquema de la exégesis apegada a las normas vigentes, antes criticada (aunque sea una exégesis para liberalizarlas).

Esto nos lleva a la segunda cuestión, relativa a la subsistencia de instituciones peculiares de los Derechos propios, que vamos a intentar responder desde la perspectiva que se acaba de reseñar.

En esta materia estamos hoy en los países de la Unión Europea en una situación que se va acercando, si es que no ha llegado ya, a la que se planteaba en España en el siglo XIX acerca del Código Civil único y la subsistencia de los Derecho forales.

Por lo antes dicho, creemos que no se trata de reconducir las figuras existentes en todos los Derechos a uno o varios modelos aceptables para todos; una tarea, por cierto, de éxito muy dudoso. Entre paréntesis añadiremos que hay que tener en cuenta, con realismo, a la vista de los Derechos de países europeos que antes hemos examinado, que la política de la Unión Europea probablemente tenderá a ser restrictiva en cuanto a las instituciones fiduciarias en general.

Pero por otro lado estamos convencidos que las distintas posibilidades de actuación que vienen del Derecho histórico, muchas de las cuales han sido recogidas por distintos Ordenamientos españoles actuales, abarcan todos los supuestos posibles de actuaciones fiduciarias (usamos aquí esta palabra en el sentido más amplio posible) y proporcionan además una buena “cantera” de materiales jurídicos (si se nos permite esta expresión) para crear hoy una regulación legal satisfactoria regida por los principios que se han dado por sentados en el apartado anterior, por lo que no tendría sentido “empezar de cero”.

No se puede hacer tabla rasa del Derecho histórico. Al revés, creemos que el estudio del Derecho histórico y comparado sirve también para descubrir que gran parte de los rasgos de las instituciones, modeladas por los distintos Derechos nacionales desde que éstos suplantaron al *Ius Commune*, son de importancia relativa, y por ello prescindibles o modificables; por ejemplo, la vinculación entre la delegación de confianza y la condición de heredero o legatario, o el ámbito subjetivo de las personas a quienes se puede otorgar la confianza o incluso la extensión de facultades que se pueden conceder. También sirve, y esto es también importante, para descubrir un pasado mucho más común del que resulta de una mera comparación ahistórica de

los Derechos actuales. Las páginas anteriores de este trabajo han pretendido ser una demostración de esta postura.

Por eso nos referimos, para finalizar, a las cuatro figuras que principalmente han sido objeto de atención en este trabajo, que vienen del Derecho histórico, que son hoy Derecho vigente en varios Ordenamientos, pero a las que pasamos por el tamiz de los principios antes enunciados (que no son, como esperamos haya quedado claramente entendido, puramente racionalistas). Si en lo esencial están en sintonía con ellos, las variaciones en la regulación de los detalles podrán ser asumidas sin problemas.

Los fideicomisos suscitan hoy menos rechazo que en el siglo XIX, por lo que una regulación europea que los admitiera no supondría ninguna novedad para ninguno de los Derechos españoles. Esta institución cuenta a su favor con un fin legítimo que tenía ya en el Derecho histórico: ser el cauce jurídico para que un tercero adquiriera con la intermediación de otra persona, que también goza de una titularidad, con derechos y deberes propios. No creemos que, de admitirse, se hiciera en mayor extensión que la admitida por los Derechos españoles, dado el disfavor de los vigentes Derechos de países de nuestro entorno hacia esta figura. No toca entrar en los límites que debieran tener las sustituciones fideicomisarias. La cuestión que nos interesa es si cabe permitir o no delegar en el fiduciario la elección de fideicomisarios. Como hemos visto, esto ha sido admitido en el Derecho histórico, por lo que su admisión, aunque hoy por hoy chocaría con el art. 670 CC, que rige en esta materia en toda España excepto Cataluña y Navarra, no debiera considerarse algo inaceptable si es dentro de los límites subjetivos fijados por el fideicomitente y con un fin legítimo (como pueden ser cualesquiera de los fines que ahora reseñaremos para la fiducia sucesoria), expreso o deducible del título sucesorio. No se atenta con esto, creemos, a nada esencial de la institución.

La figura del albacea es indiscutida en todos los países de nuestro entorno, aunque su uso no sea corriente y sólo se recomiende en casos especiales, pero que siguen siendo completamente legítimos. La configuración del estatuto jurídico del albacea, en lo esencial, tampoco se discute: es un cargo de ejecución de las últimas voluntades; su poder decisorio tiene que ceñirse a este tipo de tareas. Quizá el límite de este poder decisorio estará en integrar la voluntad del testador en casos en que por la propia naturaleza de las cosas el causante no pueda hacerlo por sí mismo, como es el caso de concretar las personas beneficiarias cuando se dejen bienes a clases determinadas; en lo que exceda de eso, se hace tránsito a otra figura, aunque sea para decidir la persona del sucesor aplicando criterios fijados por el causante, salvo que sean tan objetivos que no dejen margen de decisión (por ejemplo: instituyo heredero a mis hijos que obtengan el título de

Licenciado en Derecho, y si es más de uno, por partes iguales). Para respetar la tipología de cada figura, entendemos que si hay margen de decisión (por ejemplo, instituye heredero a la persona que me cuide en mi última enfermedad) ya no estaríamos ante un albacea, sino ante un fiduciario. No consideramos albacea al trustee del Derecho inglés, que es una figura fiduciaria peculiar.

Por lo demás, la regulación de otros aspectos que no influyen en la configuración tipológica es poco relevante, y pueden admitirse, a nuestro parecer, cambios en la regulación vigente del CC sin mayores problemas, siempre que la normativa respete la voluntad expresada por el causante. Por ejemplo, el ejercicio del cargo no tiene por qué ser personalísimo (contra lo que hoy disponen el art. 909 CC y el 429.1 del CC catalán); las reglas de funcionamiento, si hay varios, no tienen por qué ser mancomunadas (contra lo que hoy disponen los arts 895 y 897 CC y el 429.2 del CC catalán, a diferencia de la ley 296 de la Compilación navarra); al albacea pueden atribuírsele por Ley las funciones de contador-partidor (algo que no aparece en el 902 ni en el 429.12 del CC catalán ni en la Compilación navarra); puede tener derecho a una retribución (como establece el 429.5 del CC catalán; a diferencia de lo que establece el 908 CC), aunque parece más lógico que sea gratuito si el testador no ha expresado lo contrario (sin perjuicio del derecho a reembolsarse los gastos y perjuicios).

Respecto del plazo de duración del cargo, matizamos un poco la postura mantenida en el párrafo anterior. Hemos visto que la duración ha sido siempre muy breve, con la finalidad (laudable, tanto ayer como hoy) de que las últimas voluntades queden íntegramente cumplidas cuanto antes. El plazo de un año, prorrogable por algún otro período corto, es no sólo conforme con el Derecho histórico, sino razonable. Es lo que mantiene el CC y la Compilación navarra. Sería admisible que fuera un poco más largo, pero creemos que si se permiten plazos de 30 años como en el Derecho alemán y como permite el actual 429.13 del CC catalán (que introdujo esta novedad en la reforma de 2008) los perfiles tipológicos se desfiguran y comienza a hacerse tránsito a un cargo fiduciario, que para mayor claridad convendría regular por separado. En el Derecho alemán se admiten plazos largos porque no se regulan figuras fiduciarias. No sería grave ni imposible de aceptar, a nuestro parecer, que en el Derecho alemán se admitiera una regulación separada de fiducia sucesoria y se redujera el plazo fijado legalmente al ejecutor testamentario. Tampoco debiera confundirse la figura del albacea con la de un administrador del patrimonio que no tiene como fin ejecutar las últimas voluntades, sino mantener una administración en el tiempo, por algún interés legítimo (que los herederos alcancen cierta edad o cierta formación, que haya incapacitados, etc.).

La herencia de confianza sigue suscitando hoy muchos recelos tanto en España como en el extranjero, si bien se alega que la prohibición de estas figuras en los Derechos en que se admiten (Cataluña y Navarra) llevaría al uso de la fiducia plena, lo cual es más peligroso para el causante. Creemos que esta alegación es exagerada, por el desuso de la institución y porque la fiducia plena, en los casos que puede intuirse que existe, es a favor del cónyuge (en normalidad matrimonial), con lo cual el peligro de abuso es pequeño. También hemos visto que esta figura era utilizada en los Derechos históricos españoles, en especial el castellano. Arespacochaga dijo que se rechazó más por desconfianza que por contradicción con principios del propio Ordenamiento³⁴. También nos parece exagerada esta afirmación, pues no puede negarse que hay contradicción con la regla del carácter personalísimo del testamento, que es una pieza de gran importancia en el sistema sucesorio del CC.

Esta figura puede ser un cauce para mantener un patrimonio con un titular “formal” y unos beneficiarios últimos, sin que el titular formal tenga que hacer la designación de éstos hasta transcurrido un cierto tiempo. Así se podría llegar a una unificación entre Derechos continentales y anglosajones. Pero creemos que esto se puede conseguir también con la figura, menos peligrosa y de entrada más aceptable para todo el mundo, que hemos llamado “fiducia sucesoria”, si al fiduciario se le atribuye también la administración (lo cual es algo corriente). Lo que hay en la herencia de confianza que no se da en la fiducia es que la regulación de la actuación del fiduciario, incluida la identificación de los beneficiarios últimos, queda fuera del título sucesorio. Pero creemos que este “secreto” no hace mucha falta; en la gran mayoría de casos, el interés del causante también se cubre haciendo constar en el título sucesorio los límites de actuación del fiduciario y mayor o menor número de instrucciones. En la práctica que conocemos del Derecho inglés, es usual que en el testamento consten instrucciones al executor sobre su forma de actuar y plazos, y siempre hemos visto designadas las clases de beneficiarios últimos. Por eso, creo que no hace falta acudir a la herencia de confianza para aceptar en los Ordenamientos continentales algo análogo al trust anglosajón. Bastan las figuras sucesorias “no secretas”, aunque así no se equipararía la situación con los Derechos anglosajones porque en éstos siguen admitiéndose las instrucciones reservadas. En todo caso, y siendo realistas, la posibilidad de que una regulación europea admita la herencia de confianza nos parece remota, salvo que la balanza se incline decididamente del lado anglosajón. Y dado que la mayor parte de sus finalidades se pueden conseguir con la fiducia sucesoria, no nos declaramos

34 - Arespacochaga, op. cit., página 126.

partidarios de su regulación. Entendemos que una eventual eliminación de esta figura en los Derechos catalán y navarro no sería un sacrificio grande, máxime si tenemos en cuenta su desuso; quizá el sacrificio sería mayor en el caso de la fiducia continuada y la fiducia a favor de persona jurídica admitidas en Navarra, pero tales instituciones pueden subsistir en buena medida como fiducias no secretas.

Sobre las figuras que hemos calificado como “fiducia sucesoria” hay un amplio debate, a diferencia de lo que ocurre con las demás instituciones comentadas.

Se ha discutido, en primer lugar, sobre la conveniencia o no de admitirlas.

En su contra se ha dicho que no cabe dividir la voluntad o que la representación en la muerte no es posible. Se trata de argumentos bastante teóricos. También se ha dicho, con más acierto, que no parece bueno que la última voluntad sea expresada por alguien distinto del causante. El principal argumento es la posibilidad que se usen las facultades concedidas de una forma que no sea la querida por el testador.

A favor de la fiducia sucesoria se han dado muchos argumentos:

El ambiente familiar, si bien no hace imposibles los abusos, sí facilita que en la práctica casi siempre se consigan las finalidades pretendidas. Roca Sastre dijo que en Castilla una razón frecuente de los abusos era la actuación de técnicos, en quienes el testador, por la complejidad del Derecho, delegaba la ordenación de la sucesión.

Verger Garau, en su comentario a los arts. 18-23 de la Compilación (en los “Comentarios” de Albaladejo) escribió el año 2000 que algunas de las finalidades actuales pueden ser: cónyuges que no tienen hijos y se instituyen herederos distribuidores recíprocamente para que el sobreviviente instituya heredero posteriormente a uno o unos parientes entre un grupo determinado; por ejemplo, el que conviva con él, o el que mejor le ayude en sus necesidades (fiducia que puede ser, por tanto, también para la protección del propio fiduciario). Testador que prevé su muerte prematura y tiene hijos muy jóvenes, que encarga a su cónyuge que elija heredero cuando con el transcurso de los años hayan manifestado sus aptitudes o resulten patentes sus necesidades o su diversa fortuna, o sea más evidente quién es el más apto para hacerse cargo de la casa o del negocio o patrimonio familiar (aunque en Baleares la institución de heredero único para conservar la casa no ha sido una institución realmente sentida); hoy podría no ser un patrimonio agrícola, sino también industrial, comercial, profesional, etc. Y añadió: “Hoy esto es más sentido, pues los patrimonios o negocios tienen que tener un nivel de producción adecuado para poder mantener una familia y

por otro lado hoy es fácil colocar a los demás hijos en la industria y servicios, en especial el turismo”.

Nuestro compañero Notario de Palma José Antonio Carbonell Crespí³⁵ también ha explicado que tiempo atrás era utilizada en testamentos entre cónyuges, independientemente de que tuvieran hijos o no, para premiar al hijo o pariente que mejor honrase o cuidase al sobreviviente, el cual dada su posición de fuerza podía exigirle el correspondiente respeto (así se dijo en el proyecto de Apéndice balear de 1903).

Puig Ferriol³⁶ justificó la fiducia del cónyuge en Cataluña diciendo que también sirve para potenciar la posición jurídica del cónyuge sobreviviente, especialmente en los casos de no tener éste un patrimonio propio.

También puede servir para dar un destino unitario al patrimonio de ambos cónyuges. Y facilita la disposición de bienes, aunque sin perjuicio de las legítimas; en frase conocida: es la culminación de la regla “todo lo del uno para el otro”.

Merino Hernández ha dado, además, argumentos distintos de los tradicionales teniendo presente la actual situación social: hoy los hijos tardan en tener independencia económica, por lo que aunque hereden tarde, el causante puede no conocer bien las necesidades de cada uno; hoy los hijos tardan en casarse, por lo que quizá el hecho de que haya o no nietos se hubiera tenido en cuenta por el causante, o el hecho de haber o no una crisis matrimonial del hijo.³⁷

Algunos de estos argumentos se pueden a su vez criticar: dar más poderes al cónyuge sobreviviente era una justificación que se daba en Francia en el Antiguo Régimen. La codificación reaccionó precisamente contra esto para terminar con un arma de poder excesivo del progenitor respecto a los hijos. También tenemos en cuenta que hoy por hoy la confianza no es un valor al alza, sino que más bien prima utilizar en provecho propio cualquier situación de poder que se presente; hemos constatado en nuestra práctica notarial que resulta difícil a cualquier testador poner su confianza en alguien para que ordene aspectos de su herencia (en realidad, incluso para nombrar un albacea), incluso, con el cuasi-vaciamiento legal del matrimonio, en el cónyuge.

Pero, en general, haciendo balance de los argumentos a favor y en contra, creemos que la admisión de figuras fiduciarias es conveniente, pues

35 - Carbonell Crespí, op. cit., página 138.

36 - Puig Ferriol, op. cit., página 248.

37 - Merino Hernández, op. cit., páginas 98 a 102.

puede servir a intereses legítimos, como los antes dichos, que no pueden ser cubiertos por otras figuras, ya sean las estudiadas en este trabajo (fideicomisos, albaceas) u otras que suministra el Derecho: usufructo universal con facultad de disponer (pues no incluirá la facultad de disponer a título gratuito), usufructo sin nuda propiedad simultánea, donaciones con cláusula fideicomisaria, etc.

Lo que se debe discutir son los límites de su admisibilidad. Permitir la confianza en un tercero nos parece algo bueno, si se mantiene dentro de límites que aseguren el cumplimiento de la voluntad del causante. Si excede este límite, es una figura peligrosa, pues dar poderes implica un riesgo probable de que se utilicen en beneficio de quien usa el poder; quizá el auge del individualismo es una de las principales razones por las que se ha dejado de usar y, desde luego, es una razón por la que los Notarios no lo recomendamos, en especial si se pretende dar facultades a personas de fuera de la familia.

Para dar alguna propuesta de futuro, con vistas a la Unión Europea, aunque ello pueda aplicarse también para los Derechos españoles hoy vigentes, diremos que nos inclinamos por mantener la fiducia a favor del cónyuge y para ser usada a favor de hijos o descendientes, con amplia extensión objetiva. Quizá también a favor del otro progenitor (no cónyuge) para ser usada entre descendientes comunes. No nos parece esencial que se tenga que vincular a la condición de heredero o legatario, aunque será lo que usualmente se querrá; pero esto debe quedar a voluntad del causante.

Esta fiducia no resulta tan contraria a Derechos que no admiten hoy por hoy la fiducia sucesoria pero sí admiten la institución de heredero a favor del cónyuge, aunque sea sin perjuicio de legítimas materiales individuales, como los Derechos alemán o francés. La institución de heredero al cónyuge acompañada de una sustitución vulgar a favor de los descendientes no deja de ser un caso de fiducia, más extensa incluso que la que proponemos, pues se da más confianza sin protección jurídica, ya que el hecho de que los hijos lleguen a ser herederos queda en manos del cónyuge sobreviviente. Es una forma más sencilla y a la vez más arriesgada. Seguramente la regulación de una fiducia sucesoria podría servir para dar un cauce más seguro a ese interés legítimo.

La concesión de facultades a personas distintas, físicas o jurídicas, debería exigir que el testador determinara con precisión en el título sucesorio los límites subjetivos y objetivos, pues en otro caso la captación de voluntad podría producirse fácilmente, no sólo por familiares o personas dependientes del causante, sino también por técnicos que participaran en el asesoramiento, o por Bancos u otro tipo de entidades. En todo caso, dado el

escaso uso de esta figura, salvo en el Reino Unido y en Irlanda (que podrían optar por su no aplicación) no sería excesivamente grave que una regulación europea unificada no la admitiera.

Una vez hechas estas precisiones tipológicas, la regulación de otros aspectos nos parece de menor relevancia. En todo caso, debiera ser meramente supletoria de las instrucciones dadas por el causante y creemos que esto es opinión jurídica común.

Por tanto, una regulación unificada de los siguientes aspectos creemos que no atentaría contra la esencia de ninguna de las fiducias sucesorias reguladas por los Derechos civiles españoles y podría resultar aceptable:

La forma de actuación, si hay varios (mancomunada, solidaria, etc). Y si tal actuación tiene que ser personalísima o cabe la delegación a un mero nuntius.

Si el nombramiento tiene o no que hacerse en documento notarial (en principio es lo recomendable para evitar decisiones poco meditadas y disminuir la posibilidad de captación). Y en qué tipo de documento debe hacerse: testamento, capitulaciones, escritura ad hoc, contrato sucesorio, etc. En principio, todos podrían ser legalmente admisibles.

El plazo de duración del cargo. En general tiene sentido permitir plazos largos, pero adecuados a la situación sucesoria concreta (adecuación que un Juez podría revisar).

La forma de uso de las facultades: si en una o varias veces; si intervivos o mortis causa o sólo intervivos; si revocable o irrevocable; si el fiduciario puede o no utilizar su propio testamento.

Si el fiduciario tiene que tener la administración de los bienes. Si pueden atribuírsele poderes dispositivos Si tiene que hacer inventario o prestar fianza.

Si la fiducia concedida debe quedar sin efecto por nuevo matrimonio o por crisis matrimoniales.

Las consecuencias del no uso de la fiducia, especialmente la determinación de quiénes serían los herederos en tal caso.

Concluimos.

El carácter estrictamente personal del otorgamiento de actos de última voluntad tiene que ser el punto de partida de cualquier futura regulación. No podemos defender otro principio general que éste. Las instituciones fiduciarias deben contemplarse como una ampliación de las posibilidades

del testador, que éste delega en otros por pura imposibilidad de ejercerlas él mismo, pero para que se utilicen en su interés. Por ello, su admisión tiene que ser en la medida que la Ley lo reconozca. La regla de D. 28, 5,32 que citábamos al principio de este trabajo puede servir también para concluirlo.

BIBLIOGRAFIA.

ARESPACOCCHAGA, Joaquín, El trust, la fiducia y figuras afines, Marcial Pons, 2000.

ASSO Y MANUEL, Instituciones del Derecho Civil de Castilla, edición facsimilar editada por Lex Nova de la obra de dichos autores, edición 5ª de 1792.

CAMARA LAPUENTE, Sergio, Comentarios al Fuero Nuevo de Navarra, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por el prof. Albaladejo, tomo XXXVII, Edersa, 2000.

CAMARA LAPUENTE, Sergio, La fiducia, en “Presente y futuro del Derecho foral”, Eunsa, 1999.

CARBONELL CRESPI, José Antonio, El distribuidor balear, en “Seminarios del Colegio Notarial de las Islas Baleares 2011-2012” (coord. Carlos Jiménez Gallego) editado por el Colegio Notarial, 2012.

CERDA GIMENO, José, Costumbres jurídicas en las Pithiusas, Dykinson, 2011.

D'ORS, Alvaro, Derecho Privado Romano, Eunsa 1997.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil de España, Civitas, 1984.

FONT SEGURA, Albert, Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial, en “Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa (Ramon Viñas y Georgina Garriga, coords.)”, Marcial Pons, 2009.

GARRIDO MELERO, Martín, Los fideicomisos, en la obra colectiva Instituciones de Derecho Privado, coordinada por Juan Francisco Delgado de Miguel, Thomson-Civitas, 2004 (tomo V, volumen I).

GONZALEZ CAMPOS, Julio, Las relaciones entre Forma y Jus en Derecho Internacional Privado, ADI 1977-78.

GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito, Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, edición facsimilar de la versión original de 1869, Lex Nova, 1988.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, Derecho de sucesiones, Bosch, 1971.

LATORRE, Emilio, Comentario a los arts. 1 a 148 de la Compilación aragonesa, en “Comentarios” de Albaladejo, tomo XXXIV, volumen I, Edersa, 2002.

MERINO HERNANDEZ, José Luis, La fiducia sucesoria en Aragón, Colección El Justicia de Aragón, 1994.

MOSTAZA RODRIGUEZ, Antonio (y otros), Nuevo Derecho Canónico, B.A.C., 1983.

PUIG FERRIOL, LLuís, Institucions del Dret Civil de Catalunya, Tirant lo Blanch, 1998.

RIVAS MARTINEZ, Juan José, Derecho de sucesiones común y foral, Dykinson 2004.

ROCA SASTRE, Derecho hipotecario, Bosch, 1979.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNA XIRGU, Joan, Derecho hipotecario, Bosch, 2008.

RODRIGUEZ BENOT, Andrés, La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero, en “Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa (Ramon Viñas y Georgina Garriga, coords.), Marcial Pons, 2009.

SECO CARO, Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo, Barcelona, 1960 (citado por Rivas Martínez en su obra “Derecho de sucesiones común y foral”).

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, Panorama del Derecho de sucesiones, Civitas, 1982.

VERGER GARAU, Juan, Comentarios a los artículos 18 a 23 de la Compilación de Derecho civil de Baleares, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por el prof. Albaladejo, tomo XXXI, Edersa, 2000.

Autores extranjeros:

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, Instituciones de Derecho romano, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

BRAMBRING, Günter, y JERSCHKE, Hans-Ulrich, Beck'sches Noar-Handbuch, Verlag C.H. Beck, 1996.

BROX, Hans, Erbrecht, Carl Heymanns Verlag, 1998.

COING, Helmut, Derecho privado Europeo, Fundación cultural del

Notariado, 1996 (año de publicación del original alemán de la obra: 1989).

D'ARMA, Stefano, Diritto Privato, Edizioni romane, 1998.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio, Código Civil alemán comentado, Marcial Pons 1998.

GRIMALDI, M., Droit patrimonial de la famille, Dalloz, 2008-2009.

KOUSULA, Aikaterini, Europäischer Erbschein, Nomos, Hannover, 2008.

LEROYER, Anne-Marie, Droit de successions, Dalloz, 2011.

MELI, Marisa y MAUGERI, M^a Rosaria (coords.), L'Armonizzazione del Diritto Privato Europeo, Università di Catania, Giuffrè Editore, 2004.

REID, DE WAAL, ZIMMERMANN, Testamentary Formalities, Oxford University Press, 2011.

La información sobre el Derecho de Austria, Bélgica, Luxemburgo y Dinamarca se ha obtenido de los Rapports realizados para la organización europea del Notariado (CNUE).

Normas legales utilizadas de Derecho histórico y extranjero:

- Cuerpo del Derecho civil romano, versión latina-española publicada como edición facsimilar por Lex Nova en 1988 de una versión de 1889 a cargo de Ildefonso García del Corral de la obra de Kriegel-Hermann-Osenbrüggen.

- Ediciones facsimilares realizadas por Lex Nova de los siguientes cuerpos legales: Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla (1982, de una edición de 1640), Leyes de Toro (1981, de una edición de 1885 que recoge un comentario de Antonio Gómez), Ordenamiento de Alcalá (1983, de una edición de 1774 de Asso y Manuel), Fuero Real (1990, de una edición de la Real Academia de la Historia de 1836).

- Partidas, edición facsimilar realizada en 1988 por Lex Nova de la 1^a edición de las Partidas por Alonso Díaz de Montalvo en 1491 (Biblioteca capitular de la catedral de Segovia).

- El Código de Derecho Canónico de 1917 utilizado es la edición bilingüe de Miguélez-Alonso-Cabreros publicada en España por la B.A.C. en 1947.

- Bürgerliches Gesetzbuch, comentado por Berger, Jauernig y otros, Verlag C.H. Beck, 1999 (Alemania).

- Bürgerliches Gesetzbuch, comentado por Bassenge, Brudermüller y otros (Palandt), Verlag C.H. Beck, 2012 (Alemania).

- Codice Civile, edición comentada a cargo de Roberto Garofoli y M^a Cristina Iezzi, Neldiritto editore, 2012 (Italia).

- Code Civil, 111^a edición, comentada por François Jacob y otros, Dalloz, 2012 (Francia).

V.2- CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO.

Siguiendo las tradiciones académicas y las disposiciones estatutarias contestó, en nombre de la Academia el miembro de número de la Corporación y Magistrado Antonio Monserrat Quintana, el cual contempla la figura de la fiducia sucesoria desde una óptica especialmente filosófica; y así, en un primer apartado titulado –con gran agudeza– “Desconfiando de la confianza”, pasa revista a las opiniones de autores que se posicionaron en contra, no ya de la fiducia sucesoria, sino incluso de la propia sucesión mortis causa, cual es el caso de Kant, Fichte y Alexis de Tocqueville.

Sin embargo, los juristas –tal vez más aferrados que los filósofos a las realidades diarias– pronto encontraron la necesaria justificación de la sucesión mortis causa –y, dentro de ella, de las instituciones de confianza– al ligarla a la necesidad de perpetuar el patrimonio más allá de la vida humana y a la seguridad de que las obligaciones jurídicas serán cumplidas aunque se produzca la eventualidad de la muerte de quien las contrajo. Se hacen referencia, en el discurso, a otras corrientes y movimientos filosóficos, para concluir en que el fundamento de la sucesión y, en definitiva, de las instituciones de confianza, radica en el carácter social de la propiedad y en los derechos que corresponden a los beneficiarios finales, únicos que, por estar vivos, tienen verdaderos derechos, junto con los correlativos deberes que de aquéllos se derivan.

FUNDAMENTOS DE LA CONFIANZA.

Antonio Monserrat Quintana

I.- Primer acto: Desconfiando de la confianza.

Agradezco el honor que la Academia, por mano de su Presidente, me ha conferido al hacerme el encargo de contestar al magnífico y denso discurso de ingreso de D. Carlos Jiménez Gallego, a quien felicito sincera y efusivamente.

El nuevo académico ha realizado –como indica en la que llama *Nota de presentación*– un exhaustivo análisis de las distintas instituciones sucesorias en las que prima la confianza sobre la ejecución, comparando las distintas formas que a lo largo de los siglos se han ido produciendo; así como las actuales instituciones del ámbito europeo; para finalizar con sugerentes reflexiones sobre el futuro de las instituciones de confianza.

Un primer mérito del discurso que contestamos me parece que es justamente que se haya referido a la *confianza*, que el nuevo académico anuda a la *lealtad* y a la *fidelidad a la palabra dada*. No es poco en estos tiempos que alguien se atreva a entrar en estos conceptos, cuando las nociones que parecen imperar son la *desconfianza*, la *desesperanza* y una generalizada *crisis de valores*. Bienvenida sea, por ello, una reflexión seria y profunda sobre la *confianza*, en materia tan fundamental como las instituciones sucesorias.

El discurso se centra, en numerosas ocasiones, en el estudio de la *protección jurídica de la confianza*, con referencias continuas a las sustituciones fideicomisarias y fideicomisos en general, planteando de continuo puntos y cuestiones sobre los que vale la pena conocer y reflexionar. A este respecto, también es de elogiar la consideración del nuevo Académico que afirma que *no se puede hacer tabla rasa del Derecho histórico*, coincidiendo plenamente

con la opinión de COING quien decía que “La labor del jurista, que trata de interpretar el derecho con rigor, es por esencia histórica” ¹.

En este recorrido histórico y comparado, destaca también el contraste, claramente expuesto por Carlos Jiménez, existente entre la opinión actual y la que llevó a muchos legisladores del siglo XIX, singularmente a los redactores del *Code Civil des Français*, o *Code Napoléon*, de 21 de marzo de 1804, a la prohibición absoluta de las sustituciones, operada por el artículo 896 de dicho Código.

Para comprender mejor la importancia que los legisladores indicados daban a la expulsión del Ordenamiento jurídico de las sustituciones, fueran fideicomisarias o de cualquier otra clase, baste comprobar la colocación sistemática de la referida prohibición en el Código Napoléon. En efecto, el Título II, *Des donations entre-vifs et des testaments* –en su Capítulo 1º, *Dispositions générales*– se inicia con tres artículos definitorios: el 893, que declara que la disposición de los bienes por título gratuito sólo puede hacerse por donación *inter-vivos* o por testamento; el 894, que define la donación *inter-vivos*; el 895, que define el testamento; e, inmediatamente después (artículo 896), aparece la drástica prohibición:

“Les substitutions sont prohibées.

Toute disposition par laquelle le donataire, l’héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l’égard du donataire, de l’héritier institué ou du légataire”.

Apunta Carlos Jiménez que esta prohibición absoluta ha sido corregida en parte por la reforma del Código Civil francés operada en 2006, que ha dado nueva redacción al artículo 896, si bien de forma cautelosa, al prescribir que “la disposición por la que una persona queda encargada de conservar y restituir a un tercero”, “sólo produce efecto en los casos en que está autorizada por la Ley”.

Hagamos un alto en el camino para intentar comprender las razones que condujeron a los ilustrados legisladores y juristas del siglo XIX a una actitud frontalmente opuesta a las instituciones de confianza, o por lo menos, a un recelo y actitud sumamente restrictiva, en particular de las sustituciones fideicomisarias.

Veamos lo que decía BIGOT-PRÉAMENEU, en el importantísimo *Discours 55* de los pronunciados con ocasión de la publicación del *Code*

1 - Helmut COING: *Savigny et Collingwood ou: Histoire et interprétation du Droit*, en “Archives de Philosophie du Droit”, 1959, pp. 1 ss.

Civil, tratando de este asunto, calificando la prohibición de las sustituciones fideicomisarias como “la más importante” disposición en materia de donaciones y testamentos:

“Parmi les règles communes à tous les genres de dispositions, et que l’on a placées en tête de la loi, la plus importante est celle qui confirme l’abolition des substitutions fidéicommissaires.

» Cette manière de disposer, dont on trouve les premières traces dans la législation romaine, n’entra point dans son système primitif de transmission des biens...

» L’esprit de fraude introduisit les substitutions: l’ambition se saisit de ce moyen et l’a perpétué.

(.../...)

L’expérience a prouvé que, dans les familles opulentes, cette institution n’ayant pour but que d’enrichir l’un de ses membres en dépouillant les autres, était un germe toujours renaissant de discorde et de procès”².

A pesar de la más benévola consideración de las sustituciones fideicomisarias en nuestro Código Civil, no se crea que la opinión de nuestros juristas fuera mucho más favorable. Fijémonos, a modo de ejemplo, en MUCIUS SCAEVOLA (pseudónimo, como se sabe, de Pedro de APALATEGUI y OCEJO). Empieza con una ampulosa declaración, que más bien alienta poco a quien se adentra en el estudio de la institución:

“No se figuraría el caminante indocto, colocado en la suave planicie donde la sustitución fideicomisaria tiene su punto originario, que, al aventurarse en el camino y al empezar a recorrerle, firmaba el compromiso de sortear el paso por quebradísimos terrenos, en que se alcanza a veces el máximo de la elevación, y se desciende otras al máximo de la profundidad”.

Tras esta agorera advertencia, pasa directamente al ataque:

“(.../...) Aquella modesta institución de Roma, sencillo medio profiláctico de prevenir el mal de fallecer sin testamento, conviértese después en principal e independiente (.../...). Destruye entonces el orden de la familia, altera el de los municipios y hiere vivamente en sus entrañas, al de la sociedad.

» Empieza por ser una medicina, se convierte después en un alimento y acaba siendo un germen de infección y de destrucción”.³

2 - BIGOT-PRÉAMENEU, *Discours 55, Motifs et Discours prononcés lors de la publication du Code Civil, par les divers orateurs du Conseil d’État et du Tribunal*, Paris, chez Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de l’Institut de France, Rue Jacob, n° 56, 1838, p. 374 ss.

3 - MUCIUS SCAEVOLA, *Derecho Civil*, Tomo XIII, p. 664.

No acaba aquí la cosa. MUCIUS llega a comparar los fideicomisos con la pulmonía, por lo general de tan fatales efectos en su tiempo. Así, haciendo un parangón con los mayorazgos, tan denostados por los liberales, dice:

“Entre la pulmonía ordinaria y la epidémica no existen diferencias esenciales, pero mientras la primera se produce en pocos casos... es la segunda un hecho general y frecuente, obedece también a causas generales, y a diátesis producidas a la vez en todos los individuos de una comarca por circunstancias atmosféricas o de otro género, y afecta, en su desarrollo y en su fin, formas y caracteres imprevistos y generalmente funestos. Del mismo modo, el fideicomiso familiar de Roma es un caso aislado, hijo del capricho del testador unas veces, medio, otras, aunque exagerado, de satisfacer una necesidad impuesta por determinada situación de la familia, y, en general, poco abundante de malas consecuencias sociales e individuales; mientras que la vinculación de bienes en forma de mayorazgo extiéndese por toda la sociedad, ataca a todas las clases sociales... y termina produciendo en la familia y en el Estado destrozos morales y materiales que llegan a infundir desolación y espanto”⁴.

II.- Segundo Acto: inmortalidad, soberanía, protección de terceros y otras explicaciones.

Aunque con el ánimo algo encogido por tan negros presagios, sigamos adelante con nuestra exposición, referida a algunos aspectos del brillante discurso de Carlos Jiménez.

En distintas ocasiones, la preocupación del nuevo académico se dirige a la preservación de la voluntad del causante, es decir, a la protección de la confianza otorgada por éste en sus disposiciones de última voluntad. Así pueden leerse, en numerosos pasajes del discurso, referencias a “la protección jurídica de la confianza”; el “riesgo de abuso del heredero de confianza”; “la prohibición de esas figuras llevaría al uso de la fiducia plena, lo cual es más peligroso para el causante”; “el interés del causante también se cubre...”; “permitir la confianza en un tercero nos parece algo bueno, si se mantiene dentro de límites que aseguren el cumplimiento de la voluntad del causante”, etc., finalizando con que “las instituciones fiduciarias deben contemplarse como una ampliación de las posibilidades del testador, que éste delega en otros por pura imposibilidad de ejercerlas él mismo, pero para que se utilicen en su interés”.

Estas referencias me dan ocasión para plantear una cuestión de la

4 - MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, T. XIII, p. 669-670.

máxima importancia: ¿Por qué hay que respetar la voluntad del causante? En particular, ¿cuál es el fundamento del deber de respetar y honrar la confianza depositada en el fiduciario por el disponente?

Se me podrá contestar inmediatamente: “Por la misma esencia del derecho sucesorio”.

Sin embargo, cualquiera que esté medianamente impuesto de los principios de esta difícil materia, sabe perfectamente que el problema no tiene fácil solución, ni mucho menos están de acuerdo en este punto los diversos autores y la multitud de escuelas que lo han tratado.

Se trata, ni más ni menos, que del controvertido –y a mi entender, no solucionado del todo– problema del fundamento de la sucesión, tanto testada como intestada; y, en segundo lugar, subordinado a éste, de las espinosas cuestiones que se derivan de las instituciones de confianza, precisamente en relación con esta última.

Como es sabido, las teorías respecto del derecho hereditario se pueden clasificar en *positivas*, es decir, a favor del mismo; *negativas*, que lo rechazan con más o menos rotundidad; y *eclécticas*, de muy variado signo ⁵.

No tenemos tiempo, ni Uds. tendrían humor, para desarrollar, siquiera sea esquemáticamente, dichas teorías. No obstante, abusando de su paciencia, permítanme referirme a algunos autores, por su particular relación con lo que hoy tratamos.

Entre las teorías *negativas* de la sucesión hereditaria destacan autores tan respetables como KANT y FICHTE, según los que “la sucesión testamentaria no es de Derecho Natural, porque la muerte extingue todos los derechos de la persona... La sucesión intestada ... carece también de justificación racional, porque la comunidad de bienes en la familia tan sólo se concibe en cuanto ésta perdura” ⁶.

Entre las muchas teorías *positivas*, permítanme hacer una referencia, por lo curiosa, a las tesis de Giuseppe d’AGUANNO, el cual, siguiendo y adaptando al mundo del Derecho las tesis de HAECKEL, quien afirmaba que el desarrollo embrionario de un individuo reúne las etapas evolutivas de su raza⁷, en su curiosa obra *La génesis y la evolución del Derecho Civil según*

5 - Pueden verse amplias exposiciones de estas teorías, p.ej., en LUÑO PEÑA, E.: *Derecho Natural*, 4ª ed., Barcelona, 1961, pp. 455 ss.; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, reimpr. De la 7ª ed., T. VI, Vol. I, Reus, Madrid, 1969, pp. 30 ss.; o LACRUZ: *Derecho de sucesiones. Parte General*, Librería Bosch, Barcelona, 1961, p. 11, y “Fundamento del derecho a suceder”, *op. cit.*, p. 14.

6 - Vide LUÑO PEÑA, *op. cit.*, *ibid.*

7 - Cf. [www.monografias.com>biologia>desarrolloembrionario](http://www.monografias.com/biologia/desarrolloembrionario).

los resultados de las Ciencias Antropológicas é Histórico-Sociales⁸, con base en lo que llamó *antropología científica*, y tras efectuar una *Investigación genética de los derechos de sucesión*⁹ sostuvo, que “(.../...) si se transmiten hereditariamente las cualidades biológicas de los antepasados, y en gran parte las anomalías orgánicas, los vicios de conformación, ciertas especies de enfermedades, las virtudes y los defectos, deben también transmitirse los bienes.

»En efecto, si es verdad que, hablando biológicamente, todos los hombres renacen en sus descendientes, por cuanto éstos tienen un organismo parcialmente idéntico y conformado de la misma manera que el de sus progenitores, y el desarrollo de dicho organismo se verifica de una manera uniforme al de éstos, claro es que la ley debe reconocer esta no interrumpida cadena que liga á los padres con sus descendientes, y debe reconocer la intimidad biológica que existe entre los unos y los otros. Y si la ley admite y garantiza la propiedad personal en el individuo, debe reconocer el derecho de transmitir esta propiedad á sus descendientes, que son una continuación fisiológica y psicológica de los padres”¹⁰.

En definitiva, como habrán comprobado Uds., el heredero o el beneficiario final de la herencia sería una suerte de *reencarnación* del causante difunto...

Por extraña que pueda parecer esta postura, hemos de admitir que muchas de las teorías *positivas* pecan de notoria exageración, por cuanto aluden, nada más y nada menos que a la *inmortalidad* del causante o a una *soberanía* sobre sus bienes.

Así, el insigne GARCÍA GOYENA afirmaba: “(.../...) los hechos del difunto... ¿No se reputan por hechos de estos mismos [sus herederos]? ... **El hombre nunca muere** en cuanto á sus derechos y obligaciones civiles, que no sean personalísimas, ni hay bajo este aspecto un solo momento de interrupción entre el difunto y su heredero”¹¹.

Y –de nuevo el eminente civilista– MUCIUS SCAEVOLA apela a la *soberanía*, al decir que “El poder que representa la facultad de testar en un testador no es tanto la libre disposición de sus bienes, como la **soberanía** que

8 - Madrid, La España Moderna, 1892, traducción de Antonio DORADO MONTERO, p. 15.

9 - La “Sección Cuarta” de la obra, dedicada a las Sucesiones, tiene los siguientes apartados: 1. Fundamento científico de la sucesión. 2. Investigación genética de los derechos de sucesión. 3. Los derechos de sucesión a través de la evolución histórica. 4. Aplicaciones prácticas del estudio científico sobre las sucesiones.

10 - D'AGUANNO, *op. cit.*, pp. 464-465.

11 - *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, T. II, Madrid, 1852, p. 11.

ejerce, en nombre de altísimas consideraciones de orden moral y social, dejando ordenado para cuando fallezca, el régimen económico, político, industrial, artístico, etc., de la familia, cuya existencia y prosperidad desearía que continuase como en vida del mismo, y, siendo posible, dando lugar a que se engrandezcan hasta el mayor límite factible”(.../...)

»Hay, pues, un más allá en los horizontes del mundo visible, como existe también la creencia indudable de que nuestros trabajos, nuestras creaciones, hasta nuestros mandatos y consejos han de utilizarse, respetarse y bendecirse, aun después que desaparezcamos de la tierra, perpetuándose la memoria de nuestro nombre, en tal forma, por todo el tiempo que las señales exteriores de la actividad duren y sean conocidas...

asi también el industrial que emprende un complejo y atrevido negocio, por él sólo concebido y comprendido, tiene, en la facultad de disponer de sus bienes *mortis causa*, la prenda cierta e indefectible de que sus afanes para después que deje de existir, no han de quedar infructuosos y baldíos, encomendando la continuación de la empresa a persona o personas cuyas dotes él reconozca como más a propósito para que no se malogre lo conseguido después de desembolsos, trabajo y crédito difícil de recuperar, si se pierde, y con arreglo también a las disposiciones que él escriba en su testamento o que la ley supletoria determine”¹².

BIONDI lo dice de otra manera, algo más dubitativa: “El testador *cree*¹³ **que sobrevive** por el hecho de imponer autoritariamente su voluntad y la ley trata de dar a ésta plena satisfacción”¹⁴.

THIERS, por su parte, decía que “instituyendo la propiedad personal dio la sociedad al hombre el único estímulo que puede excitarle a trabajar. Faltábale una cosa: **hacer infinito** el estímulo, y este fue su objeto al instituir la propiedad hereditaria”¹⁵

No acaba aquí la cosa. Alexis de TOCQUEVILLE decía: “Me sorprende que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones una gran influencia en la marcha de los negocios humanos... Por ellas, el hombre está armado **de un poder casi divino** sobre el

12 - MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XII, pp. 20-21.

13 - La negrilla y cursiva son nuestras.

14 - BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª ed. revisada, Bosch, Barcelona, 1960, p. 6.

15 - THIERS, Louis Adolphe: *La propiedad*, cap. X, ed. en castellano, Madrid, 1880, p. 81. Vide VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, Tomo I, *Las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 14.

porvenir de sus semejantes (*d'un pouvoir presque divin sur l'avenir de ses semblables*)”¹⁶.

Pero aquí estamos en sede jurídica y, siendo esto así, ¿cómo se puede hablar de que el causante, *difunto* por definición, es *inmortal* o que *ejerce soberanía* o, más todavía, *está armado de un poder casi divino* si ya no está en este mundo?

Una postura algo más aceptable fue la de los codificadores franceses, como el mencionado BIGOT-PRÉAMENEU, quien consideraba que el derecho de disponer *mortis causa* de los propios bienes era una consecuencia del derecho de propiedad, a la par que un *consuelo* ante la inminencia de la muerte:

“C'est surtout lorsque l'homme voit approcher le terme de sa vie qu'il s'occupe le plus du sort de ceux qui doivent après sa mort le représenter...

»C'est dans le temps où la Parque fatale commence à être menaçante que l'homme cherche sa consolation, et le moyen de se résigner avec moins de peine à la mort, en faisant à son gré la disposition de sa fortune”.

Todo ello sin dejar de reconocer las objeciones opuestas por los *negacionistas*:

“Quelques jurisconsultes opposent à ces idées d'indépendance dans l'exercice du droit de propriété, que celui qui dispose pour le temps où il n'existera plus n'exerce point un droit naturel; qu'il n'y a de propriété que dans la possession qui finit avec la vie; que la transmission des biens après la mort du possesseur appartient à la loi civile, dont l'objet est de prévenir le désordre auquel la société serait exposée, si ces biens étaient alors la proie du premier occupant, ou s'il fallait les partager entre tous les membres de la société comme une chose devenue commune à tous”¹⁷.

Curiosamente, el argumento del *consuelo* tiene antigua, antiquísima raigambre, como pone de relieve BIONDI, quien, citando a QUINTILIANO, afirma que “la certeza de la eficacia de la propia *voluntas ultra mortem* se consideraba como *solatium mortis*”¹⁸.

No se crea que nos hemos apartado del hilo de la exposición, ni de nuestra contestación al magnífico discurso sobre las instituciones hereditarias de confianza. En efecto, existe una clara conexión entre el derecho hereditario,

16 - Alexis de TOCQUEVILLE: *De la démocratie en Amérique*, 1835, Cap. Tercero.

17 - BIGOT-PRÉAMENEU, *Discours 55, Motifs et Discours ...*, cit., p. 372.

18 - QUINTILIANO, *Decl.* 308; citado por BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y Donación*, cit., p. 5.

el derecho de propiedad y el correlativo deber de respetar la confianza recibida.

A mi modesto entender, el problema estriba en que se ha hecho demasiado hincapié en la voluntad del causante, en los *derechos de éste*, y, a mí me parece que esta visión es insuficiente y hasta contradictoria. Si es cierto –y lo es– que *mors omnia solvitur*, habrá que acudir a algún otro instrumento, porque anclar todo el entramado de derechos, y sobre todo, deberes, en la personalidad jurídica del difunto, que ya no existe, es un artificio que resulta de muy difícil aceptación. De ahí que las teorías negativistas del derecho hereditario –no nos referimos aquí a las teorías negativas de corte socialista, porque éstas se basan en definitiva en la negación del derecho de propiedad– tuvieran, desde el punto de vista individualista gran aceptación en su momento.

Como la cuestión es ciertamente compleja, algunos otros autores han buceado en la fundamentación del derecho hereditario, con su entramado de deberes y derechos de los beneficiarios, en los *terceros contratantes*. Así, empieza diciendo CASTÁN que lo relaciona con la idea –ya señalada– de una supuesta *inmortalidad*, cuando afirma:

“El fundamento de la sucesión es, pues, la necesidad de perpetuar el patrimonio más allá de los límites de la vida humana... Sin sucesión no habría crédito, pues lo que mantiene la fe en las transacciones humanas es esa especie de inmortalidad de que se reviste la persona jurídica (???) del deudor por medio de la sucesión hereditaria”¹⁹.

Por su parte, ROCA-SASTRE MUNCUNILL amplía el argumento, diciendo:

“Por ello, prescindiendo de los argumentos en pro y en contra acerca de la viabilidad de la sucesión *mortis causa*, que esgrimen las tesis individualistas, familiares, fisiológicas, orgánicas, colectivistas o socialistas, hay que afirmar rotundamente que la sucesión por causa de muerte es un instituto fundamentado (.../...). *Mors omnia solvit* y quien contrata con una persona ya cuenta con su muerte, que es *certus an*, aunque incierta en el *quando*, pero también confía o tiene la seguridad que (*sic*) habrá alguien que se colocará en la posición jurídica del difunto que recogerá sus bienes y derechos y responderá de sus obligaciones y cargas, y continuará en fin la personalidad, al menos patrimonial, de su causante o antecesor”²⁰.

19 - CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español*,..., reimpr. de la 7ª ed., T. VI, Vol. I, Reus, Madrid, 1969, p. 32.

20 - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, T. I, Bosch, Barcelona, 1989, p. 15.

Todo esto no me acaba de convencer: Cuando compro en *El Corte Inglés*, ¿estoy teniendo en cuenta o considero la futura muerte de Isidoro Álvarez? La permanencia la da la continuidad de la persona jurídica, sociedad supongo que anónima, de los grandes almacenes; pero esa consideración no se da, por lo general, y salvo algún caso extremo, en las transacciones entre personas físicas.

III.- Tercer acto: un punto de inflexión.

Los argumentos que pretenden fundar el derecho hereditario y, por consiguiente, para lo que hoy nos interesa, el deber de respetar la voluntad y la confianza del causante, exclusivamente en éste, en una pretendida *soberanía o inmortalidad* del disponente; o aquéllas que lo hacen en consideración a los terceros, me parecen, en conclusión, manifiestamente insuficientes.

Por ello, entiendo que hay que acudir a otras vías con la esperanza de hallar soluciones más satisfactorias.

Para empezar, hay que tener en cuenta la estrecha relación, destacada por muchos civilistas, entre el derecho hereditario, incluyendo la libertad de testar, el derecho de propiedad, y la familia ²¹.

Así, SÁNCHEZ ROMÁN, dice que “el derecho de personalidad y el de libertad, que se fundan en la naturaleza racional y moral del hombre... hacen necesario el que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle...” ²².

Otros, también citados por VALLET ²³, como CADAFALECH, GINER DE LOS RÍOS, DURÁN Y BAS, Gumersindo de AZCÁRATE, etc., afirman que “el derecho de propiedad, en cuanto fundado en la naturaleza racional y previsor del hombre ha de tener efectividad para después de la muerte... en uso del *ius disponendi*..., que no se circunscribe a lo actual, sino que atiende a lo futuro, fundamento y materia, también del derecho de propiedad, y que de ningún modo más consciente serán cumplidos que por manifestación expresa de la voluntad del difunto, por ser quien mejor conoce ese conjunto de deberes que deja a su muerte pendientes de cumplimiento” ²⁴.

21 - Así, COGLIOLO: “La razón de ser del derecho de suceder está en dos institutos armónicamente combinados: la propiedad y la familia”, en *Filosofía del diritto privato*, 2ª ed., Firenze, 1891, p. 258, citado por CASTÁN, *op. cit.*, p. 32.

22 - *Estudios de Derecho Civil*, T. VI-II, 2ª ed., Madrid, 1910, cap. XIV, § 1, n. 8, p. 721, citado por VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 25.

23 - *loc. cit.*, n. 38, p. 25.

24 - SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, n. 8, p. 720.

En definitiva, se trata de un problema sin solución estrictamente *jurídica*. Como señaló agudamente SAVIGNY al hablar del *Derecho de familia*, “sus partes constitutivas son el matrimonio, el poder paterno y el parentesco. La materia de cada una de estas relaciones es un lazo natural que, como tal, está por cima de la humanidad misma (*jus naturale*). Por esta razón tienen un carácter de necesidad independiente del derecho positivo...”. Y terminaba diciendo: “De aquí resulta que las relaciones de familia sólo bajo un aspecto pertenecen al derecho positivo; y aún puede decirse que en él se comprende la menor parte, pues la más importante pertenece á un dominio muy distinto del jurídico”²⁵.

En similar línea se posicionaba también BIGOT-PRÉAMENEU, al decir, en su citado *Discours 55*, que el fundamento del orden de suceder se halla en *la voix que la nature a fait entendre à tous les peuples*, junto a los *sentiments d'affection que la nature a mis dans le coeur des parents les uns pour les autres*²⁶.

En resumen, como afirma rotundamente MUCIUS, “no podemos considerar el derecho hereditario como nacido de la ley civil”²⁷.

IV.- Cuarto acto: Acercándonos a una solución.

Pienso que el punto débil de las construcciones más comunes que pretenden la justificación del derecho hereditario y, por extensión, del derecho de imponer disposiciones *mortis causa* basadas en la confianza, junto al deber correlativo de respetarla, se halla en que representan un punto de vista excesivamente *individualista*, concentrado en una persona, sí, pero que en el momento en que se plantea el problema, está ya *difunto*.

Esta consideración nos lleva a considerar que la solución sólo es posible, en una primera aproximación, superando el ámbito individual y pasando a

25 - M.F.C. de SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, versión al castellano por Jacinto MESÍA y Manuel POLEY, con un prólogo de D. Manuel DURÁN y BAS, 2ª ed., Tomo Primero, Madrid, sin fecha, pp. 265-266.

26 - El texto completo dice así: “Au milieu de ces discussions, il est un guide que l'on peut suivre avec sûreté; c'est la voix que la nature a fait entendre à tous les peuples, et qui a dicté presque toutes les législations. Les liens du sang, qui unissent et qui constituent les familles, sont formés par les sentiments d'affection que la nature a mis dans le coeur des parents les uns pour les autres; l'énergie de ces sentiments augmente en raison de la proximité de parenté, et elle est portée au plus haut degré entre les pères et mères et leurs enfants. Il n'est aucun législateur sage qui n'ait considéré ces différents degrés d'affection comme lui présentant le meilleur ordre pour la transmission des biens”.

BIGOT-PRÉAMENEU, *Discours 55, Motifs et Discours...*, cit., p. 373.

27 - *op. cit.*, T. XII, p. 18.

lo que Gustav RADBRUCH llamó el *supraindividualismo*, aunque este autor respetaba la consideración *individualista*, pero entendiéndola como insuficiente.

Dice RADBRUCH:

“El principio individualista del Derecho hereditario es el de la libertad de testar. Es una manifestación del derecho de propiedad que continúa más allá de la muerte.

Empero, tanto la sucesión intestada como el sistema de legítimas, son también susceptibles de una fundación inmediata individualista, **y no ciertamente desde el punto de vista del causante, sino desde el del heredero.**

»La función familiar del Derecho hereditario puede fundamentarse no sólo desde el punto de vista del individualismo, sino también desde el del **supraindividualismo**. La familia, entonces, no es sólo un centro de relaciones personales entre parientes, sino una totalidad suprapersonal por cima de dichos hombres, que no puede estar limitada al círculo de aquellas relaciones personales...

»Lo que en la concepción individualista de la función familiar del Derecho hereditario obligaba a la admisión del sistema de legítimas, lleva en la concepción *supraindividualista* a admitir la aglomeración forzosa de la herencia, el **fideicomiso** y el derecho hereditario integral”²⁸.

Obsérvese, además, que en Roma la institución del fideicomiso, en su origen, se formaba por una disposición de última voluntad por la que el causante *rogaba* al depositario de la confianza que conservase y entregase todo o parte de su patrimonio a la persona en definitiva designada. Este ruego no tuvo inicialmente valor jurídico, sino simplemente *fiduciario*²⁹.

Este carácter inicialmente voluntario (mero ruego), en mi opinión, era más conforme con la noción del deber –simplemente moral– de respetar la voluntad del difunto, o de no traicionar su confianza. Luego deviene obligatorio, pero no porque se base en este deber –repito que simplemente moral– de hacer honor a la confianza que el difunto depositó en el fiduciario, sino porque ya se fundamenta en el deber –ahora ya jurídico– de respetar y llevar a cumplimiento **las expectativas del beneficiario final del fideicomiso**, es decir, del fideicomisario, el cual, en el Derecho Español común, ha adquirido ya el derecho a la sucesión desde la muerte del

28 - Vide VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de derecho sucesorio...*, cit., p. 13.

29 - Cf. D'AGUANO, *op. cit.*, p. 493.

testador, aunque muera antes que el fiduciario; y porque el derecho de aquél –ya fallecido– ha pasado a sus herederos, como prescribe el artículo 784 del Código Civil.

V.- Quinto acto: una conclusión.

Las consideraciones anteriores nos están llevando, ineluctablemente, a un cambio radical en el enfoque del problema. Estamos pasando desde la posición del *causante* a la del *beneficiario*. Creo que en este punto radica la solución auténtica de la *vexata quaestio* de la confianza tal como la hemos venido exponiendo.

Me parece obvio que, más que hablar de los hipotéticos *derechos del difunto* (expresión que, por sí misma, constituye una *contradictio in terminis*), hemos de considerar los *derechos del beneficiario* (tesis individualista matizada), así como de los *derechos de la sociedad en general* (tesis supraindividualista).

Respecto de esta última consideración, creo que el fundamento de la sucesión, en todas sus facetas, es el mismo que el del derecho de propiedad: es decir, el progreso, el bienestar, la familia, la continuidad, la libertad: todos ellos son anhelos naturales del hombre.

En este ámbito, es particularmente interesante la posición de PUY MUÑOZ, quien nos dice que “lo esencial es determinar que el hombre tiene un derecho mucho más general: el derecho a la sucesión entendido como derecho a la tradición. Es el derecho a ser beneficiario de la labor de todos los antepasados en general”³⁰.

Sigue afirmando que “este derecho nos beneficia en extremo, puesto que nos convierte, por humanos, en herederos de las conquistas de la humanidad toda: animales domesticados, tierras roturadas, ..., los bienes todos de la cultura y la civilización”³¹. Esta interesante observación nos conduce a otra: de aquí deriva el deber –correlativo del derecho a la tradición mencionado por PUY– de la ecología.

Para PUY, “los aspectos concretos que acreditan –siempre, claro es, dentro del ámbito de lo justo natural...– una mayor virtualidad de la idea de tradición en la experiencia jurídica son:

El derecho pasivo de sucesión.

Y el derecho activo de sucesión.

30 - PUY MUÑOZ, Francisco: *Lecciones de Derecho Natural*, Tomo I, *Introducción a la Ciencia del Derecho Natural*, 3ª ed., Ed. Dirosa, Barcelona, 1974, p. 445.

31 - *op. cit.*, pp. 448-449.

El *derecho pasivo de sucesión* comprende, ante todo, el *derecho a suceder en la vida física*; después, el *derecho a suceder en la vida moral*, o sea, en la dignidad de los progenitores, sea como individuos, sea como miembros de los diversos grupos sociales; por último, el *derecho a suceder en los bienes*, materiales e inmateriales, con testamento o sin él”³².

El *derecho activo de sucesión* sería “el derecho a vincular especialmente la sucesión a favor de las personas o instituciones más próximas o más acreedoras a nuestra gratitud”³³.

VALLET DE GOYTISOLO acepta las tesis de PUY, añadiendo, junto a las anteriores notas, las tendencias, también naturales del hombre, al *arraigo* y a la *continuidad*³⁴, de tal modo que la posesión no se justifica si no es para *transmitir*. “El titular no se considera con todos los derechos sobre esta tierra, sobre esta casa. Un contrato tácito le vincula a sus predecesores y a sus sucesores”³⁵.

Resumiendo, pues, y para concluir: los pretendidos derechos del causante a que se respete y cumpla la confianza depositada en cualquier fiduciario, así como la justificación misma de las instituciones de últimas voluntades radican, sobre todo, en el carácter social de la propiedad y en los derechos que corresponden a los beneficiarios finales, únicos que, por estar vivos, tienen verdaderos derechos, junto a los correlativos deberes que de aquéllos se derivan.

Muchas gracias.

32 - *ibid.*, pp. 445 ss.

33 - *ibid.*, p. 448.

34 - VALLET, citando a Rafael GAMBRA (*El silencio de Dios*, cap. VIII, 1ª ed., Madrid, 1968, p. 142), *op. cit.*, p. 17.

35 - VALLET, *op. cit.*, citando a BOURGET y a PÉGUY, p. 18, *passim*.

**VI.- SESIÓN DE INGRESO EN LA ACADEMIA
DE DON MIGUEL COCA PAYERAS.**

VI.1- DISCURSO DE INGRESO.

El discurso de ingreso de Miguel Coca Payeras en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears fue leído el 17 de Diciembre de 2012. Su título pone de relieve, de entrada, su gran capacidad de síntesis, pues ha sido, desde luego, inmensa la evolución que han experimentado desde la promulgación del Código civil las tres instituciones civiles fundamentales analizadas.

La actual regulación de la materia contractual en el Código civil pone de relieve la inactuación del legislador español, que no ha sido capaz de adaptar la normativa sobre obligaciones y contratos a la nueva realidad socioeconómica. Han sido hitos en la evolución contractual la aparición de los contratos de adhesión, de los contratos necesarios, la irrupción de la noción de consumidor como contratante a proteger y la incorporación de las acciones de clase o grupo; y, particularmente, la europeización de la normativa contractual que apunta ya, en la actualidad, a todo el Derecho de la contratación.

Mayor ha sido aun la evolución en materia de familia, no teniendo nada que ver las figuras jurídicas introducidas hoy en día del matrimonio homosexual y del divorcio exprés con la familia pergeñada por el Código civil, estructurada por el principio de jerarquía, potestad y autoridad del padre-marido.

Y por lo que respecta a la propiedad, a finales del siglo XIX había la misma iniciado su proceso de “modernización”, perdiendo su anclaje en lo rústico, aunque seguía siendo principalmente

funditaria y se hallaba en el camino de superar la trilogía propiedad-sucesión-familia para unir su destino al del contrato, presentándose como un objeto del tráfico jurídico económico. Se hace especial referencia a la función social de la propiedad exigida por el art. 33 CE, para concluir que la misma no es una mera delimitación externa del derecho de propiedad, sino que constituye parte integrante del derecho mismo.

**PROPIEDAD, CONTRATO Y FAMILIA:
123 AÑOS DE EVOLUCIÓN DE INSTITUCIONES
CIVILES FUNDAMENTALES.**

Miguel Coca Payeras

I.- AUTOACCUSATIO MANIFESTA.

Agradezco sinceramente el nombramiento como miembro de esta Academia, las palabras de presentación, y la compañía de quienes nos acompañan en este solemne acto.

Aspiro a hacerles partícipes de algunas reflexiones fruto de los treinta y siete años de dedicación al estudio del derecho privado, dedicación que es –junto a mi esposa y tres hijos– de lo poco que puedo presumir. Y no se tomen estas iniciales palabras como una *excusatio non petita*, sino como una *autoaccusatio manifesta*.

Esas reflexiones se realizan esencialmente desde una perspectiva dogmática o de construcción jurídica, dado que entiendo que ello es lo que justifica el que las instituciones sigan manteniendo su *nomen*, a pesar de experimentar en el tiempo importantes variaciones en su contenido que van modificando su naturaleza y por ende su función.

Ello plantea al jurista un atractivo reto: descifrar cual es la estructura o contenido mínimo que justifica el que las instituciones y derechos, a pesar de experimentar importantes modificaciones a lo largo del tiempo, mantengan inalterada su denominación.

Lo que, en palabras de nuestro TC, nos sitúa por un lado ante la llamada garantía institucional, y por otro ante el contenido esencial.

1.- La garantía institucional.

Es sabido que, a partir de la STC 32/1981 de 28 de julio se ha definido la “*garantía institucional*” como el “*reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*”, y que la hace “*reconoscible para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*”. (Posteriormente: STC 38/1983, de 16 de mayo; STC 76/1988 de 26 de abril; STC 109/1998 de 21 de mayo; STC 159/2001 de 5 de julio y STC 16/2003 de 30 de enero).

O, en palabras de la reciente STC 198/2012 de 6 noviembre, “*la imagen maestra de la institución*” que la Constitución otorga a través de la garantía institucional.

2.- El contenido esencial del derecho.

La STC 11/1981 de 8 de abril, en su Fundamento Jurídico 8, perfiló la noción de “*contenido esencial*” de un derecho, a través de dos vías. La primera, consiste en “*tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho*”.

De modo que conforman el contenido esencial de un derecho subjetivo “*aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así*”.

II.- INTRODUCCIÓN.

La elección de esas tres instituciones (propiedad, contrato y familia), parte del apriorismo de considerarlas fundamentales en el Derecho Civil postcodificado, y por ello la evolución de esa trilogía desde el Código Civil (1889) hasta nuestros días ilustra la propia evolución de éste.

En efecto, el derecho de propiedad era en aquella fecha el derecho real-tipo sobre el que se modulaban los derechos reales limitados, y tenía en el contrato su principal instrumento de transmisión *inter vivos*, y en la sucesión su instrumento de transmisión *mortis causa*.

Lo que posteriormente se denominará el tráfico jurídico-económico de los

bienes (de la propiedad de los bienes, para ser precisos) tenía prioritariamente esos dos ámbitos: contrato y sucesión *mortis causa*.

Esos dos instrumentos o modos transmisivos se conectan al derecho de propiedad a través del principio de autonomía privada, entendida como un poder reconocido a la persona que la faculta tanto para ser titular de derechos subjetivos (autonomía dominical) como para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas (autonomía de la voluntad).

Con todo, en los tiempos de la aparición del Código Civil el ámbito de la sucesión *mortis causa* que se conectaba a la propiedad era preferentemente el de la familia, cuyos integrantes –se entendía– eran los destinatarios naturales de tal instrumento o modo de transmisión, lo que explicaría las importantes limitaciones a la libertad de disposición *mortis causa* que conllevan las reservas o las legítimas.

Observemos cómo por esta vía resulta que derecho de propiedad, contrato y familia se conectan con el principio de autonomía privada, principio que en último término nos sitúa ante la libertad del individuo que, aunque no hallaba en la Constitución de 1876 un reconocimiento general, como ocurre con el actual art. 10 CE, sí era recogida en alguna de sus manifestaciones, como la libertad de establecimiento (art. 2º referido a los extranjeros), la de ejercer las facultades inherentes al derecho de propiedad (art. 10), de elección de actividad o profesión (art. 12), o de asociación (art. 13).

Un ejemplo expresivo de la ligazón entre las instituciones a que nos estamos refiriendo, lo hallamos en las discusiones en el Senado en torno al dictamen del Proyecto de ley autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las bases y condiciones establecidas en la misma, que se convertiría en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Concretamente en la sesión de 19 de febrero de 1885, la intervención del vocal de la Sección civil de la Comisión general de Codificación Don Benito Gutierrez Fernández, principió señalando que la legislación civil *está destinada a definir las grandes relaciones que entraña la organización de la familia y la propiedad*, para mas adelante reiterar una frase ya presente en trabajos anteriores suyos: *la familia y la propiedad viven de su propia vida; porque son dos cosas que se compenetran; y no sin motivo se ha dicho que la propiedad es el teatro donde se desarrolla la familia*.

Tampoco es casual que en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, se dedique al contrato una sola de ellas (la base 20), mas preocupada por dejar establecida su condición de mero título adquisitivo que por su propio contenido, mientras que la propiedad, posesión y derechos reales sean objeto de cinco (de la base 10 a la 14); las sucesiones *mortis causa*, cuatro (de la base 15 a la 18); al matrimonio y relaciones personales derivadas del

mismo, cinco (de la base 3 a la 7); y a las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio, otras cuatro (de la base 22 a la 25).

Resulta obvio que este enfoque del Código Civil es tributario de una sociedad preindustrial, en la que el diseño de política legislativa parte del entendimiento de que la riqueza reside en la propiedad fundiaria, y que la transmisión de ésta mediante contrato no tiene la relevancia que tiene la sucesoria, por contra a lo que sucede con la propiedad sobre los bienes muebles cuya relevancia económica no reside tanto en su propiedad como en la realización de su valor mediante los diferentes tipos de contrato, a cuyo fin ya existía un instrumento, que era el Código de Comercio de 1885.

Añádase a ello, desde la óptica normativa, el tenor del art. 11 de la antecitada Constitución de 1876, cuando afirmaba que *La religión católica, apostólica, romana, es la del Estado*, y tendremos pergeñado el escenario, y comprenderemos el sentido de la afirmación de Benito Gutiérrez.

Por otra parte, la conexión entre esas instituciones ha sido puesta de relieve desde una óptica ideológica tan distante a la del citado autor como la marxista. Recordemos que Karl Marx en su Manuscritos Económicos y filosóficos.

Hecha esta somera introducción, pretendo hacer unas consideraciones sobre la estructura y contenido técnico de estas tres instituciones (propiedad, contrato y familia) en el instante temporal que hemos tomado como punto de partida, e intentar unas pinceladas sobre su evolución, en la que se pondrá de relieve cómo el legislador español ha sido sensible a los cambios operados en la familia y el derecho de propiedad, mientras que no lo ha sido en relación al contrato cuya adaptación a la nueva realidad socioeconómica se está produciendo a resultas de impulsos externos.

III.- EL CONTRATO.

Como ya hemos advertido, la Base 20 comenzaba situando al contrato como fuente de obligaciones y mero título de transmisión del dominio, para acto seguido y de forma breve significar que *“continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo”*.

1.- El contrato en el Código Civil.

Ese contrato es delineado en el art. 1254 del CC como un consentimiento o acuerdo de dar o hacer, refrendado por el art. 1258 al reiterar que su perfección es fruto del mero consentimiento, aunque limitada tan genérica

definición por el art. 1261 al exigirle además “*causa de la obligación que se establezca*”.

El diseño, tributario del iusnaturalismo racionalista, es un desarrollo del principio de libertad del individuo y del de igualdad entre ellos, concretado en la antes referida autonomía de la voluntad, que tiene un triple alcance:

1.1.- Libertad para crear, modificar o extinguir un contrato, patente en los citados arts. 1254 y 1258 CC.

1.2.- Libertad para dotar de contenido al contrato, expresado en el art. 1255 del CC: pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente.

1.3.- Rango normativo del contrato creado. “*Contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis*”, manifiesto en el art. 1091 CC: el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y debe cumplirse a su tenor.

Ese rango normativo, es la mas clara manifestación del grado de tutela de la autonomía de la voluntad, pues se deja en manos de los particulares la creación de normas jurídicas inter partes, lo que justifica una serie de límites a esa autonomía.

2.- La evolución del contrato y la inactuación del legislador español.

Pues bien, ese modelo de contrato ha ido evolucionando tanto en su estructura, como en su propia fuente formal, evolución que no se ha movido exclusivamente en el ámbito del ordenamiento español, sino prioritariamente en uno de mucho mayor alcance: europeo e internacional.

Y hay que decir que esto ha sido así, afortunadamente para nuestro ordenamiento, ante la absoluta dejadez del legislador español que no ha sido capaz de adaptar el Libro IV del Código Civil, y señaladamente los Libros I (De las obligaciones y contratos) y II (de los contratos), a la nuevas realidades socioeconómicas.

Buen ejemplo de lo que decimos es la frustrada *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación publicado en el año 2009.

Y esa inactuación sobre el Código Civil ha forzado a nuestro legislador a la promulgación de numerosas leyes especiales para poder cumplir con la obligación de trasponer las diferentes directivas de la UE.

De modo que el panorama actual de nuestro sistema contractual, es

ciertamente estrambótico, pues mantenemos una parte general del contrato que responde a unos criterios de política legislativa diferentes y distantes de los que presiden las diferentes leyes especiales que regulan las “nuevas” modalidades contractuales.

Un buen ejemplo de ello, lo tenemos en la regulación de los remedios frente a los vicios o defectos ocultos de la cosa, que en el Código Civil se encauza por la vía de la clásica acción de saneamiento (art. 1484 y ss), mientras que la Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, en sus arts. 3 y 5 (hoy, art. 114 del Texto Refundido LGDC de 2007), lo articula a través de la noción de “no conformidad” o “falta de conformidad”, por la vía de la acción de incumplimiento, cuyo origen se halla en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980 (arts. 35 a 44).

3.- Los hitos evolutivos desde un punto de vista técnico.

Desde un punto de vista técnico, entiendo que los hitos mas relevantes de la evolución del contrato se pueden resumir en 4:

- La aparición de los contratos de adhesión, fruto de la masificación, y posteriormente de las condiciones generales de la contratación.
- La intervención administrativa mediante los contratos necesarios.
- La irrupción de la noción de consumidor, como contratante a proteger.
- La incorporación de las acciones de clase o grupo, y la tutela de interés colectivos o difusos en el derecho privado.

Me voy a detener sólo en estos dos últimos.

3.1.- La noción de consumidor y su incidencia en el campo de la contratación.

La noción de consumidor o usuario es transversal al ordenamiento jurídico, y de ahí su actual reconocimiento en el art. 51 CE, en donde su protección se sitúa como un principio rector de la política social y económica, y por el art. 38 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2010, o las medidas horizontales contenidas en el Título I de la Ley 25/2009 de 22 de diciembre conocida como Ley Omnibus.

Sentado ese carácter, su asunción como concepto jurídico delimitador de un particular estatus por el ordenamiento patrimonial privado, es el hito normativo mas relevante en España y Europa del último siglo en el campo del contrato, comparable en cuanto a su trascendencia al desarrollo del

principio de igualdad entre sexos en el campo familiar, y al establecimiento de la función social como delimitadora del contenido de la propiedad.

Y si queremos seguir con los parangones, comparable al que supuso la aparición del Derecho laboral, mediante el establecimiento de un estatus protector al trabajador como parte contratante, por la misma razón de fondo que en el caso del consumidor: por entender el legislador, bajo la presión de colectivos organizados (sindicatos en un caso, organizaciones de consumidores, en el otro), que no concurría el presupuesto de la igualdad precontractual entre las partes, sobre la que descansa el principio de autonomía de la voluntad como pieza angular del diseño del contrato en el Código Civil.

Las reglas del Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre), relativas a la información previa al contrato (art. 60), a la integración de la información precontractual y de la oferta y promoción en el contenido vinculante del contrato (art. 65 y 61), el derecho de desistimiento (arts. 68 y ss.), las reglas del llamado control de inclusión (art. 80), la noción de cláusula abusiva y su nulidad (arts. 82 y 83), configuran un marco normativo del contrato diferente y alejado del marco general que permanece en el Código Civil, y cuyo engarce requiere importantes esfuerzos voluntaristas.

Con ello, queramos, o no, el principio de autonomía de la voluntad es, si no arrinconado, debilitado o matizado, o incluso superado por el principio de protección al consumidor que se impone al presupuesto de la histórica libertad precontractual, por entender –insisto– que ésta no es real.

3.2.- La incorporación de las acciones de clase o grupo, y la tutela de interés colectivos o difusos en el derecho privado.

Otro de los fenómenos mas destacados en la evolución del derecho privado y procesal de los últimos años del siglo XX y comienzos del XXI, ha consistido en el reconocimiento directo, como una modalidad de interés legítimo, o sea como un título de legitimación procedimental, los intereses supraindividuales o colectivos.

3.2.1.- Esa noción de interés colectivo, tiene su origen en el campo del Ordenamiento público, y se define como el interés común de un grupo de personas, de una categoría de ellas, estructurada o no, cualquiera que sea el elemento que la caracterice. No se trata de la suma de intereses individuales de quienes conforman el grupo, sino del interés del grupo como sujeto.

La primera Sentencia del TS –que conozcamos– en abordar esa conceptualización, fue la de la Sala de lo Social de 25 de Junio 1992, luego reiteradamente citada, dictada en un recurso entablado contra una

Sentencia del TSJB y lo hizo en su F.Dº Segundo:

El interés colectivo se ha definido como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros y como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general.

Por otra parte, la noción de interés difuso nos sitúa ante una modalidad de interés colectivo, caracterizada por que la categoría de sujetos de la que se predica es laxa, no estructurada en una colectividad determinada o de perfiles poco definidos.

Y en nuestro país, en el campo del derecho procesal privado, la irrupción normativa del interés legítimo colectivo, en sus dos facetas (estricta, y amplia o difusa), se ha producido también en sede de consumo, y concretamente de contratos celebrados bajo condiciones generales, por influencia de la presión normativa europea, y mas concretamente por mor de una acción, la llamada acción de cesación en el uso de condiciones generales de la contratación. Acción de cesación e intereses colectivos o difusos, van estrechamente unidos.

El actual art. 6,1,8º LEC y los arts. 53 al 56 del TRLCU son su plasmación legal.

4.- Hitos evolutivos desde la óptica de su fuente material: la europeización.

Como hemos apuntado, la normativa nacional en materia de defensa del consumidor es consecuencia de la actividad de la doctrina europea y de la Unión, pero ésta no sólo se ha ceñido a ese estricto campo, sino que se ha movido, y apunta en la actualidad, a todo el derecho de la contratación.

En suma, la aparición de una nueva fuente material en el ordenamiento español, la Unión Europea, se ha dejado sentir en el ámbito contractual, no sólo a través de la política en materia de consumo y de protección del consumidor como contratante débil, sino también a través del movimiento de unificación del derecho patrimonial privado en Europa que alborea a mediados de los años ochenta y comienza a tomar cuerpo en la Unión en los noventa y siguientes hasta hoy.

4.1.- Los pilares del movimiento de unificación.

Ese movimiento que persigue un horizonte común en materia de Derecho privado, se asienta sobre tres pilares.

Uno, de orden estrictamente económico, ligado al desarrollo del sistema capitalista: los instrumentos jurídicos uniformes agilizan el tráfico jurídico-económico, y permiten rentabilizar, por la vía de la reducción de costes de negociación, conflictividad y resolución, las concretas actividades económicas. La unidad de mercado, requiere instrumentos jurídicos unívocos.

Otro, de orden sociopolítico, ligado a la idea de Europa como unidad político-económica. De la misma forma que los Estados surgidos de la revolución burguesa aspiran a dotarse de un Código Civil único, como instrumento de vertebración de la sociedad civil y de la actividad económica, se está abriendo paso la idea, con enormes dificultades ciertamente, de que la vertebración europea impone un instrumento formalmente similar.

En este aspecto, es patente una tensión entre la Comisión y el Parlamento, en cuyo fondo subyace la disputa entre dos modelos de vertebración: modelo burgés (Europa de los ciudadanos) y modelo empresarial (Europa de los comerciantes o empresarios), bajo el que nació la CCEE.

Dicha tensión no es muy diferente a la que se percibe entre las normas generales de derecho de la contratación de algunos Estados miembros (como España) y las de la Unión, ya que las primeras responden aún en gran medida a la idea del intercambio “justo” entendido como equilibrado entre dos sujetos que libremente deciden contratar, mientras que en el Derecho privado comunitario se prioriza la seguridad en el funcionamiento del mercado y por ende la abolición de las trabas al tráfico comercial y la evitación del falseamiento de la competencia.

Y un tercer pilar, de orden histórico. En efecto, la dicotomía actual entre el sistema continental (civil law) y el sistema angloirlandés (common law), se intenta superar buceando en la fuente compartida del *Ius commune*. En este sentido, es conocido el manifiesto reverdecimiento de los estudios sobre el Derecho Intermedio, y el claro empeño de los juristas europeistas en buscar en sus ordenamientos nacionales el substrato histórico común.

La construcción de un derecho europeo de los contratos ofrece obstáculos técnicos importantes, aunque superables, que se resumen en la existencia de diferentes modelos contractuales en los países europeos, cada uno con su propia historia, como el nuestro, el modelo inglés, el modelo alemán y el modelo francés.

Así, frente a nuestro modelo de contrato causal y espiritualista (voluntad), el francés aunque también espiritualista es abstracto.

Y el ordenamiento alemán ofrece un modelo abstracto de creación doctrinal que centra todo su peso en la declaración de voluntad y en el acto jurídico.

Y el derecho inglés no se preocupa por definir el contrato, dejando en manos de la jurisprudencia la conformación del contrato en base a la noción de “consideration”.

Por eso en los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECLS) se orilla el problema aludiendo sólo a lo que es preciso para crear un contrato: un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato (art. 2:101), mientras que el DCFR (Proyecto de Marco Común de Referencia) acoge una concepción próxima a nuestro derecho y al francés: “un contrato es un acuerdo que hace nacer una relación jurídica obligatoria u otro efecto jurídico” (art. II.- 1:101).

Son tantas las direcciones e iniciativas que no es fácil si quiera resumirlas, o enumerarlas. En mi opinión, por su relevancia hay que citar cuatro: los PECL, los PETL, el DCFR y el CESL.

4.2.- Los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL).

Con esta denominación, Principios del Derecho Contractual Europeo (en inglés *Principles of European Contract Law*, abreviadamente *PECL*), se alude al resultado, de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos (*Commission on European Contract Law*, *CECL*, también llamada Comisión Lando, por razón del apellido de su Presidente). Se constituyó en el año 1980 por el Profesor Ole Lando de la *Copenhagen Business School*, con el patrocinio de la Comisión de la Comunidad Europea, y reunió a trece profesores y juristas de distintos países europeos.

Ciertamente, se trata de trabajos doctrinales, que en sus inicios fueron escasamente apoyados por la Unión Europea o por las fuerzas políticas de los Estados miembros, pero cuya difusión y trascendencia ha hecho que la Unión Europea se suba a ese tren europeizador y lo impulse en los últimos tiempos.

Frente a la denunciada inactividad del legislador español, y al carácter estrictamente doctrinal o académico de dichos principios, es muy significativo que nuestro Tribunal Supremo los haya comenzado a adoptar en sus sentencias, revelando con ello la imperiosa necesidad de adaptar nuestro ordenamiento contractual a las nuevas realidades.

4.2.1.- Podemos citar al respecto, la STS 109/2008 de 3 de diciembre, relativo al incumplimiento de un contrato, en la que frente a la “*voluntad deliberadamente rebelde del deudor*”, *sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento,*

bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte”.

Y en apoyo de esa nueva concepción del incumplimiento, leemos que: *Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial...Este principio se repite en el art. 8.101 (1) de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL), que en el art. 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato.*

Ciertamente reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en 1991, concretamente en su artículo 49.1, al tratar del *incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya “un incumplimiento esencial del contrato”,* pero es obvio que dicha norma no es aplicable a una compraventa de vid, celebrada en La Rioja entre una conocida bodega allí asentada y un productor local.

4.2.2.- En la STS 344/2010 de 9 de junio, tratándose un problema de interpretación del contrato, y tras sostener que *en nuestro sistema la interpretación de los contratos tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes,* se refuerza ese planteamiento con la cita del *número 1 del artículo 5 :101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos,* así como en el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada en 2009.

4.2.3.- En la STS 201/2011 de 4 de abril, tras enfatizar sobre el hecho de que en nuestro sistema la perfección del contrato descansa sobre la idea del consentimiento de los contratantes, *“sin perjuicio de su vertiente de norma interpretativa como consecuencia del principio de autorresponsabilidad, como tenemos afirmado en las sentencias 371/2010 de 4 de junio (RJ 2010/2669) , y 344/2010 de 19 de julio SIC (RJ 2010/5385),* nuevamente insiste en que su interpretación tiene por finalidad investigar en qué consintieron realmente los contratantes, su verdadera intención, reforzando la regla del art. 1281 CC, con la cita del número 1 del artículo 5 :101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos (PECL).

4.2.4.- Por su parte, la STS 285/2012 de 8 de mayo, y tratándose también

un tema de interpretación del contrato, se sostiene que a diferencia de otros sistemas como el francés o el italiano en que en la interpretación de los contratos se inclinan, de forma explícita y clara, por la prevalencia de la intención de las partes “*El primer párrafo del art. 1281 CC no recoge con la deseable claridad la primacía de lo realmente querido por las partes sobre lo que dijeron querer.*”

Y en apoyo de tal conclusión, se alude a las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto en el artículo 4, de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales “*el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes*”, y nuevamente al apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos.

4.2.5.- Por último, la STS 485/2012 de 18 de julio, tras reiterar que la moderna jurisprudencia afirma que la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, apoya dicha solución, además de en jurisprudencia anterior de la Sala, nuevamente en los PECL y en la Propuesta de Modernización: *Lo propio acontece con los Principios de Derecho Contractual Europeo que, en el apartado 1 del artículo 9:303, disponen “el ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte”.*

4.3.- Los Principles on European Tort Law (PETL) (Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil).

Son el resultado, publicado en el año 2005, de algo más de diez años de trabajo del llamado *European Group on Tort Law* fundado en 1992 por Jaap Spier —a la sazón Catedrático de Derecho privado en la Universidad de Tilburg— formado por más de una treintena de juristas de diversos países.

Inicialmente, los 36 principios se articulan en forma parecida a los PECL en seis Títulos que se subdividen en capítulos, secciones y artículos, numerados siguiendo una notación decimal en la que el primer dígito —separado de los demás por dos puntos— indica el capítulo, el segundo la sección y los dos últimos el orden del correspondiente artículo dentro de cada sección.

Traigo a colación estos PETL por dos razones. En primer lugar por cuanto aunque están concebidos esencialmente para la responsabilidad extracontractual, es lo cierto que el art. 2:102 al enunciar los intereses protegidos, sitúa en el apartado 4, *la protección de intereses puramente*

patrimoniales o de relaciones contractuales, señalando que *pueden tener un alcance mas limitado*, que la vida, integridad física, dignidad o los derechos reales.

Y en segundo lugar porque nuestro Tribunal Supremo se viene haciendo eco de ellos en sede de responsabilidad contractual. Veámoslo:

4.3.1.- La STS 1085/2008 de 24 de noviembre, en un caso de responsabilidad por un accidente en el metro (responsabilidad contractual), sostuvo que estando atribuida la responsabilidad relativa a la seguridad a la sociedad Metro de Madrid, ésta no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quien presta el servicio de transporte.

4.3.2.- En la STS 102/2009 de 2 de marzo, se excluye la responsabilidad civil de un Registrador de la Propiedad, por que los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizaban a imputarle el daño producido, no obstante el reconocimiento de la negligencia en la que incurrió, *aplicando el criterio de cercanía entre la actividad dañosa y sus efectos (reconocido jurisprudencial y científicamente; verbigracia, en el art. 3:201 a) de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, PETL) se aprecia que el daño producido tiene una relación no inmediata con el error de calificación por parte del registrador....*

c) Aplicando el criterio del fin de protección de la norma infringida (reconocido también en sede jurisprudencial y científica: PETL, art. 3:201 e).

4.3.3.- El Tribunal Supremo, también se va apoyando en los PETL a la hora de dar entrada y delimitar el daño moral derivado del incumplimiento contractual. Así, en la STS 366/2010 de 15 de junio.

4.3.4.- Esta recepción de los PETL por los órganos jurisdiccionales españoles no es exclusiva ni de la Sala 1ª del TS, ni de éste órgano judicial, sino que es perceptible en otros ámbitos. Someramente, recordaré:

- La STSJ de Navarra 14/2011.

- Por su parte, la Sala de lo Social del TS en la STS 11 junio 2012.

- También la Sala de lo Militar, en la STS 3 noviembre 2010, aplica el concepto de daño no patrimonial *contenida en los PETL 10:301*.

4.4.- La Unión Europea: el Proyecto de Marco Común de Referencia. (Draft Common Frame of Reference). DCFR.

La dinámica de la Unión en torno al derecho de los contratos, se inicia con la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de Mayo de 1989, intitulada,

“sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros.

La multitud de vicisitudes posteriores, que he analizado en trabajos anteriores, ha desembocado en los últimos años en realidades tangibles: el llamado DCFR y la propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea.

4.4.1.- El Proyecto Académico del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), DCFR, en seis voluminosos tomos. 2009.

El CFR establece principios, definiciones y reglas modelo de Derecho Civil, incluido el Derecho contractual y de responsabilidad civil, incluyendo disposiciones tanto para los contratos mercantiles como para los de consumo.

Pero, ¿qué es el Proyecto de Marco Común de Referencia?.

Como su nombre indica, un marco de referencia para el estudio, análisis y reflexión sobre la legislación y la aplicación del Derecho privado en Europa. Para la Comisión Europea, es, en la jerga propia, una “caja de herramientas”.

Tales normas, aspiran a regular las relaciones contractuales en Europa en forma mediata, provocando su asunción por los legisladores nacionales o el de la Unión. Si se conseguirá ese objetivo, o no, es algo difícil de preveer aunque parece que –salvo imponderables no descartables a día de hoy sobre el propio futuro la Unión– el proceso parece irreversible, aunque lento.

Formalmente el DCFR se compone de una Introducción, unos principios, tablas de concordancias con los PECL, y reglas-modelo distribuidas en diez libros, que van acompañadas de términos estándar o definiciones para facilitar su comprensión, uso y aplicación.

El Libro II se dedica a las reglas sobre Contratos y demas actos jurídicos, y en el Capítulo 1, leemos que el contrato “*es un acuerdo que hace nacer una relación jurídica obligatoria u otro efecto jurídico*” (1.101), y acto seguido se define la autonomía de la voluntad (*party autonomy*) (1.102): (1) *Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules.* En el Libro III, se reúnen las normas sobre obligaciones y derechos, y en el IV sobre contratos en particular.

4.4.2.- Su acogida por los tribunales españoles ha sido espectacular, como atestiguan las diez sentencias del Tribunal Supremo dictadas en los tres últimos años que se fundan en alguna de esas reglas-modelo. Así:

- La STS 870/2009 de 20 de enero, aborda la cuestión de si la responsabilidad de los deudores es solidaria, o no, concluyendo que, *las reglas del*

Draft Common Frame of Reference (DCFR 2009), en el artículo III.-4:103 (2) dicen que si los términos de la obligación no determinan el tipo, la responsabilidad de dos o más deudores que deben cumplir la misma obligación es solidaria, lo que se aplica especialmente cuando sean responsables por el mismo daño.

- En esta misma dirección, la STS 597/2010 de 8 de octubre, señala que el principio de no presunción de solidaridad ha sido matizado y reinterpretado en el sentido de admitir la solidaridad cuando, no siendo expresa, “*existe comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones*” e “*interna conexión entre ellas*”.

Dicha doctrina, aplicada por las sentencias posteriores de 27 julio 2000, 19 abril 2001, entre otras. Se refuerza mediante la cita del “*Art. III.- 4:103 DCFR (Draft of Common Frame of Reference, 2009) dice que si los términos de la obligación no establecen la forma en que los deudores se obligan, la responsabilidad de dos o más en el cumplimiento de la misma obligación es solidaria (trad. propia)*”.

Tampoco nuestra Audiencia Provincial ha sido ajena esta tendencia, como se percibe en la SAP Baleares (4^a) 342/2012 de 17 de julio.

- En la STS 366/2009 de 20 de enero, en sede de interpretación, se refuerza la regla del art. 1284 CC de la interpretación más favorable a la eficacia de los contratos, con la cita del *artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de contratos [PECL] y del artículo II.-8:106 del Draft Common frame of reference DCFR*.

- En la STS 261/2010 de 13 de mayo, discutiéndose la interpretación de la causa de ingratitud en la donación del art. 648, 2º CC, se trae a colación *el art. IV.H.-4:201 del Draft of Common Frame of Reference DCFR, cuando dice que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (gross ingratitude) por haber cometido de forma intencional un daño grave (serious wrong) contra el donante.*

- Del alcance de la resolución por incumplimiento del contrato versa la STS 380/2010 de 22 de junio, recordando que ésta es una cuestión muy discutida, ya que a salvo lo dispuesto en el Art. 1303 CC, con las salvedades establecidas en las disposiciones siguientes, el Art. 1124 CC no contiene ninguna norma dirigida a determinar cuál es el alcance de la resolución por incumplimiento: “*La doctrina tradicional entiende que se producen dos tipos de efectos, la extinción de las obligaciones y la restitución (Arts. III.-3:509 y 3:510 del Draft of Common Frame of Reference, DCFR y Arts.1202 y 1203 del Proyecto de reforma del CC)*”.

- En la STS 769/2010 de 3 de diciembre, al referirse al canon de conducta en el ejercicio de los derechos, a la buena fe, y mas concretamente al retraso desleal en dicho ejercicio, acude al DCFR: “*O como señala el art. I.-1 :103 (2) del (Draf of Common Frame of Reference), “en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas” (trad. propia). Es decir, lo que se sanciona en el art. 7 CC es una conducta contradictoria del titular del derecho, que ha hecho que la otra parte confiara en la apariencia creada por dicha actuación”.*

- El planteamiento que acabamos de referir aparece en la STS 872/2011 de 12 de diciembre.

Precisamente el juego de la buena fe es uno de los puntos que dificultan la armonización en Europa por su diferente papel en los ordenamientos de los Estados. Desde el muy relevante papel que tiene en el ordenamiento alemán que ha posibilitado el reequilibrio del contrato desequilibrado por alteración de las circunstancias económicas, hasta el nulo papel que tiene en el sistema inglés en el que “*good faith*” es un concepto ajeno al cumplimiento del contrato, que tiene que ser cumplido tal como fue acordado.

Al final, tanto los PECL como el DCFR se han decantado por la inclusión de la buena fe.

- En la STS 306/2011 de 6 de mayo, y en relación a la naturaleza del enriquecimiento sin causa, se sirve del DCFR.

- Sobre el alcance de la obligación restitutoria en el caso de resolución del contrato versa la STS 99/2012 de 29 febrero.

- En esa misma dirección y con el mismo apoyo en el DCFR se pronuncia la STS 103/2012 de 1 de marzo.

4.5.- La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea. (CESL).

La Propuesta de Reglamento del parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011.

Se trata de un instrumento concebido como facultativo, pues su adopción por los operadores no es vinculante, constituyendo una nueva “caja de herramientas”.

IV.- LA FAMILIA.

1.- La familia, en el CC de 1889.

La familia que el legislador del CC toma en consideración se caracterizaba por cuatro notas:

1.1.- Fundada en el matrimonio.

Estaba fundada en el matrimonio entre dos personas de diferente sexo. La posibilidad de que fueran del mismo sexo no era si quiera planteada.

Se trataba de un negocio jurídico, uno de los pocos, en que el sexo de los intervinientes era relevante, constituyendo ello una especificidad normativa.

1.2.- Principio de unidad.

Articulada sobre el principio de unidad, cuya efectividad imponía la discriminación por razón de sexo, en detrimento de la mujer. Exponentes de ello:

- Prohibición de que las hijas de familia mayores de edad, pero menores de 25 años, dejen la casa familiar, sin licencia del padre, salvo para contraer matrimonio o tomar estado (art. 321). No olvidemos que dicho precepto mantuvo su vigencia en este punto hasta la Ley 22 Julio 1972.

- La propia terminología con que se designa a uno y otro contrayente: *varón* (hombre) y *hembra* (mujer) (art. 80,1º).

- Deber de obediencia de la mujer al marido frente al deber de éste de protegerla (art.57).

- Obligación de la mujer de seguir a su marido donde quiera que fije su residencia (art. 58).

- Representación de la mujer por el marido y licencia marital para enajenar y obligarse (arts. 60 y 61).

- En cuanto a la vecindad civil, la mujer seguía la condición del marido (art. 15).

- El adulterio de la mujer era causa de separación en todo caso, pero el del marido sólo si resultaba escándalo público o menosprecio a la mujer (art. 105, 1ª).

- En caso de demanda de separación o nulidad, el art. 68,2º contemplaba como medida: *Depositación de la mujer en los casos y formas previstos en la LEC*,

con la que se pretendía garantizar la seguridad de la esposa contra la conducta del marido, así como las faltas que aquella pudiera cometer.

- En el supuesto de separación imputable a la mujer (culpable), el marido mantenía la administración de los bienes de la mujer que sólo tenía derecho a alimentos (art. 73,5°).

- La presunción de legitimidad de los hijos nacidos después de 180 días de la contracción y antes de los 300 siguientes a su disolución, presunción que sólo admitía como prueba en contrario la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del niño. (art. 108).

- Consejo de Familia, como órgano de vigilancia del tutor (art. 201), que incluye hasta 5 parientes del tutelado (Art. 293 y ss).

- El marido es el administrador de los bienes gananciales (1412).

1.3.- Jerarquía, potestad y autoridad.

La patria potestad sobre los hijos recaía en el padre-marido (art. 154), que es el “*cabeza de familia*” (art. 1910), y como tal responsable de los daños que puedan provocar los hijos sujetos a potestad.

Existen dos nociones de cabeza de familia en el CC: la del marido o padre que ejerce la patria potestad del 1910, y la del que ocupa la cabeza de la línea recta descendente en el parentesco, al que el art. 917 llama también cabeza de familia.

- La licencia para el matrimonio, en su caso, debía otorgarla el padre (art. 46 CC).

- Obligación de obediencia de los hijos, mientras permanecieran bajo la patria potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre (art. 154).

- Facultad de corrección y castigo del padre sobre los hijos (art. 155), y de recabar el auxilio gubernativo “*que deberá serle prestado en apoyo de su propia autoridad sobre los hijos*” (art. 156). Facultad que llegaba hasta la posibilidad de reclamar al Juez la detención de hasta un mes del hijo en un establecimiento correccional destinado al efecto, “*bastando la orden del padre, con el visto bueno del Juez*”.

- La madre viuda perdía la patria potestad sobre los hijos habidos si pasare a segundas nupcias, cosa que no ocurría con el padre viudo, quien a pesar de contraer nuevo matrimonio mantenía la patria potestad sobre los hijos del anterior matrimonio (art. 168).

- La prohibición de que en Capitulaciones se acordara algo que fuere

depresivo de la autoridad que corresponda en la familia a los futuros cónyuges, (art. 1316), en contraste con el actual art. 1328, que declara nulos los pactos limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada cónyuge.

- Obligación de los padres de dotar a la hija legítima, salvo que ésta contrajera matrimonio sin su licencia (art. 1340).

- Licencia marital para que la mujer enajenara los bienes dotales (1361) e incluso los parafernales (1387).

1.4.- Confesionalidad.

Deriva de la prohibición del matrimonio civil, cuando uno de los contrayentes profesara la religión católica (art. 42), pues en tal caso sólo podía contraerse el canónico, en consonancia con el ya citado art. 11 de la Constitución de 1876, cuando afirmaba que *La religión católica, apostólica, romana, es la del Estado.*

Consecuencia de ello: indisolubilidad, excepto por muerte de uno de los cónyuges, que hacía del matrimonio el negocio jurídico creador del vínculo interpersonal de mayor intensidad existente en el ordenamiento privado.

Por otra parte, esa estabilidad en la institución fruto de la influencia canónica, se conjugaba a la perfección con el hecho de que el matrimonio era creador de un estado o condición civil de necesaria constancia en el Registro Civil, concebido precisamente éste, años antes, como instrumento para la constancia de tales hechos.

No en vano había coincidido en el tiempo político y cronológico la Ley del Registro Civil de 17 de junio y la Ley del Matrimonio Civil de 18 de junio, ambas de 1870, fruto de la “Gloriosa” y la Constitución de 1869.

Si se pasa revista a la lista de hechos inscribibles recogida en el actual del art. 1 de la LRC, se constata el carácter estable, en algunos casos incluso perpetuo, de todos ellos: nombre y apellidos, modificaciones judiciales de la capacidad, declaración de ausencia y fallecimiento, etc.

1.5.- Indefinición.

Esa familia fundada en el matrimonio, no era definida, a pesar de que el art. 9 CC se refería a los “derechos y deberes de familia”, ni se sentía la necesidad de definirla en el CC, por cuanto la absoluta vertebración de la misma a través de esos 4 principios lo hacía innecesario.

En efecto, la familia en el CC era una organización integrada por un

matrimonio entre personas de distinto sexo, indisoluble, a la que eventualmente se sumaban los hijos legítimos que pudieran tener, sometidos todos ellos a la autoridad del marido o padre, que era el cabeza de familia, y de forma contingente los ascendientes de los cónyuges.

Con todo, la familia como grupo organizado era casi autosuficiente normativamente hablando, de forma que presentaba una muy escasa permeabilidad a las normas civiles.

Dicho de otra forma, el diseño de política legislativa era el de la mínima intervención en ella, por entender que los problemas de relación entre sus miembros debían ser resueltos por ellos mismos, y en último término por el que ostentaba la potestad, mando o autoridad del grupo.

Lo que explica que, sean ajenos a ese momento regulador figuras normativas familiares actuales de claro contenido tuitivo del grupo como son, los de “vivienda familiar”, “ajuar familiar”, “interés familiar”, “cargas de la familia”, “vida de familia”, “núcleo familiar”, “acogimiento familiar” etc.

Conceptos, empero, sin los cuales hoy en día no se podría hablar de familia, pues son los puntales de la estructura reguladora básica de la misma, al haber variado radicalmente el diseño de política legislativa de intervención mínima por el de intervención obligada por imperativo constitucional, como veremos mas adelante.

2.- El buen padre de familia como módulo de diligencia, y su sustitución por la “persona razonable”.

Pero el cambio en el enfoque de política legislativa en torno a la familia no sólo ha variado cuantitativamente (de menor a mayor regulación), sino que también lo ha hecho cualitativamente.

Ya hemos apuntado que el legislador del CC no pretende regular minuciosamente la vida familiar, las relaciones personales entre sus integrantes, que deja en último término a la autoridad del cabeza, sino que toma en consideración la familia como organización relevante en el tráfico patrimonial privado, y por ello regula esencialmente esos aspectos.

Por lo anterior, prácticamente el único aspecto de relación interna que aborda el CC en esa época es el de la supervivencia del propio grupo familiar al ordenar que será a cargo de la sociedad de gananciales el “*sostenimiento de la familia y educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno de los conyuges*” (viejo 1408,5° hoy, 1362,1^a); el 1434 en sede de régimen de separación *al sostenimiento de los cónyuges y de los hijos, así como su educación*; y el 1362 que carga a la dote inestimada los

“gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden, bajo la tolerancia del marido”.

Si a ellos sumamos el derecho de alimentos entre parientes, y la circunstancia de que el Estado no había desarrollado ni un sistema de pensiones ni uno de servicios sociales, obtendremos como resultado que la unidad de la familia formada por hasta tres o mas generaciones, era, mas que deseada por sus miembros, inevitable, aportando los abuelos la titularidad de la vivienda y los hijos las percepciones económicas, compartiendo además la función educacional respecto de los hijos o nietos.

Algo parecido está ocurriendo actualmente, aunque por razones diversas, esencialmente por la carestía de la vivienda, la precariedad laboral y la crisis, que nos sitúa ante los llamados “impares”, e incluso en el otro extremo comienza a percibirse un nuevo fenómeno obligado de familias trigeracionales.

Aquella familia, como organización cerrada y jerarquizada, desarrollaba armónicamente su función en el teatro de la propiedad. Y era precisamente en ese teatro dominical y no en otro, por cuanto –como ya hemos señalado antes– las relaciones patrimoniales trascendentes en esa época eran justamente las reales. De forma que, cuando el CC toma como módulo de conducta media o conducta exigible, la del buen padre de familia lo hace esencialmente en relación a conductas relativas a bienes, a su cuidado o conservación. Veámoslo:

- Art. 270: administración de los bienes del tutelado.
- Art. 497: cuidado de las cosas dadas en usufructo.
- Art. 1094: conservación de las cosas que se han de dar o entregar.
- Art. 1555,2º: conservación de las cosas dadas en arrendamiento.
- Art. 1788: cuidado de las cosas depositadas.
- Art. 1867: cuidado de las cosas recibidas en prenda.
- Art. 1889: cuidado de los bienes por el gestor oficioso de negocios ajenos.

Con todo, es tal la fuerza paradigmática del modelo familiar que también se extiende a conductas insertas en el sector patrimonial no real, en el obligacional. Así:

- Art. 1104: conducta exigible en el cumplimiento de las obligaciones.
- Art. 1719: específicamente en la ejecución del mandato.

En justa correspondencia a lo anterior, también la conducta del buen padre de familia es adoptada como criterio de exención o reducción de

responsabilidad, en dos casos:

- Art. 1801: usos o costumbres del buen padre de familia en materia de juego, como criterio de reducción.

- Art. 1903 in fine: exención de responsabilidad civil por actos de terceros.

Con todo, la STS 1087/2008 de 21 de noviembre, resume el proceso iniciado un año antes por el propio Tribunal de sustitución en el ámbito de la responsabilidad civil de la noción de “*buen padre de familia*” por la de “*persona razonable que se halla en las mismas circunstancias*” en atención al art. 4:102 (1) de los PETL: “*el reproche culpabilístico es obvio que ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares de conducta establecidos en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, y que vienen referidos a unos patrones de conducta exigibles a todos (persona razonable), en función la naturaleza y valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la previsibilidad del daño, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la relación de proximidad o de la especial confianza de las personas implicadas y la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos*”.

Los referidos criterios –como ya había indicado la STS 831/2007 de 17 julio– pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la “*diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*” como a “*la que correspondería a un buen padre de familia*” para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos.

3.- La familia como módulo de regulación.

Al margen de esa adopción del *buen padre de familia* como modelo de conducta en el tráfico económico privado general, que se sigue manteniendo en la actualidad, aunque ni la bondad, ni la paternidad, ni la familia, sean las mismas, el CC adoptaba y adopta la familia como criterio de regulación de diferentes figuras patrimoniales. Así:

- El art. 336 contempla las rentas o pensiones *afectas a una familia*.

- El art.495 prevé que el usufructuario que no ha prestado fianza, reclame la asignación de habitación para él y su familia en una casa comprendida en el usufructo.

- Los derechos de uso y habitación del art. 524 CC tienen como módulo delimitador las necesidades del titular *y de su familia*.

- Igualmente, el uso de rebaño o pira, del art. 526 se rige por las necesidades de “consumo” del usuario *y su familia*.

- La facultad de pagar la legítima en metálico, se justificaba por el deseo de conservar indivisa una explotación “*en interés de la familia*”, en el art. 1056 CC. Hoy se ha añadido, “en atención a la conservación de la empresa”.

- En sede de arrendamiento de fincas urbanas, se contempla la posibilidad de rescindir el contrato cuando por razón de las obras se hace inhabitable la parte que el arrendatario *y su familia* necesitan para habitación, ex art. 1558.

- En el inaplicable art. 1584, arrendamiento de criados, se habla del “destinado al servicio personal de su amo, o al de la *familia de éste*”.

- En el art. 1824 se exceptúa de la regla de validez de la fianza prestada por una obligación anulable por defecto de capacidad, al préstamo hecho al *hijo de familia*.

- En el art. 1924 CC cuando se establecen los privilegios generales, en el apartado 2º, F) se recogen *los créditos devengados por anticipaciones hechas al deudor para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado...* Precepto aún vigente en las ejecuciones singulares, y último vestigio de la autoridad del padre de familia.

4.- La irreconocibilidad de la “nueva” familia: ampliación de su ámbito y pérdida de sus pilares tradicionales.

Con el devenir de los años, se ha producido un doble fenómeno de gran trascendencia que hace irreconocible esa familia. En primer lugar, el campo de actuación de la familia ha ampliado sus límites patrimoniales, y en segundo lugar ha perdido los pilares sobre los que normativamente se sustentaba, su núcleo esencial.

4.1.- Actuación patrimonial de la familia.

La actuación patrimonial de la familia ya no se ciñe exclusivamente a la propiedad y a su transmisión *mortis causa*, sino que la trascendencia económica de las relaciones obligacionales hace que abarque a cualquier tipo de relación patrimonial, y señaladamente por ello a las obligacionales.

Esa extensión al campo de las relaciones obligacionales de la familia, no siempre lo ha sido en aras a una protección de la misma o de sus integrantes, sino que también se han hecho derivar consecuencias negativas o prohibitivas

del hecho de ser “familiar”. Un ejemplo, en cada sentido lo ilustrará:

- Positivo o tuitivo. El art 16 Ley 29/1994 de AU, al contemplar la subrogación en caso de muerte del arrendatario de los diferentes integrantes del grupo familiar.

- Negativo. El art. 93,1,1º Ley 22/2003 Concursal que considera “*personas especialmente relacionadas con el concursado*” las que integran el grupo familiar, incluso hasta los cónyuges de los ascendientes, descendientes o hermanos, calificando el art. 92,5º los créditos que pudieran ostentar contra el concursado de “*subordinados*”, aunque objetivamente pudieran ser créditos con privilegio especial (hipotecarios, etc).

4.2.- Pérdida de su anclaje en el matrimonio.

En segundo lugar, la familia ha perdido los pilares sobre los que asentaba, y concretamente ha roto su anclaje con el matrimonio como fundamento exclusivo de ella, y además el matrimonio ha experimentado una revolucionaria transformación normativa.

El matrimonio se ha democratizado, como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad de sexos, desapareciendo la potestad marital (jerarquía del marido) y el principio de unidad por sujeción al régimen del marido.

Ello supuso una auténtica revolución organizativa del modelo codificado de matrimonio, cuyo alcance jurídico ha sido escasamente ponderado.

El matrimonio entre iguales, dejó a la institución sin el elemento básico de vertebración del modelo de familia pergeñado en el Código Civil: la autoridad y potestad del marido. En este “nuevo grupo”, al faltar como criterio de solución de los conflictos el criterio de autoridad de uno de ellos, no van a poder ser resueltos en el seno del mismo, como hasta entonces, sino a través de los poderes del Estado, y concretamente del judicial.

En este sentido, el matrimonio y la familia que genera, pierden la especificidad normativa que le había acompañado en cuanto a la resolución de sus conflictos, y se asimila –en cuanto a diseño legal de solución de conflictos– a cualesquiera otros “grupos” o personas jurídicas, como las comunidad de propietarios, las asociaciones o incluso las sociedades.

4.3.- El nuevo modelo normativo de matrimonio.

El modelo de matrimonio civil general, ya no es el canónico, sino uno diseñado inicialmente sobre el modelo canónico, pero progresivamente alejado del mismo. Hitos de ese alejamiento son:

4.3.1.- La disolución por divorcio, que debilitó el vínculo matrimonial, situándolo al mismo nivel que los negocios duraderos, al admitir la resolución por justa causa.

Nuevamente, pérdida de especificidad normativa y asimilación a los negocios patrimoniales.

4.3.2.- La implantación por la Ley 15/2005 del divorcio a instancia de uno solo de los cónyuges sin alegación de causa, que convierte al matrimonio en el vínculo negocial mas débil del ordenamiento privado.

Paradójicamente, mas débil que la promesa de matrimonio, que sigue inalterada y en la que la ruptura “sin causa” genera obligación de indemnizar ex art. 43 CC.

Debilidad que está llevando a sectores de pensamiento anglosajón, de los que no me encuentro muy alejado, a preguntarse por el sentido que tiene que el ordenamiento jurídico regule una institución basada en un negocio jurídico resoluble por cualquier parte en cualquier instante y circunstancia.

Hasta el punto de que, hoy en día, no me atrevería a calificar de descabellados los planteamiento de quienes proponen que los únicos aspectos del matrimonio que el ordenamiento civil debe abordar son los derivados de la situación de convivencia, y su cese, pues los de filiación son autónomos, dejando en manos de las organizaciones religiosas o asociaciones los aspectos de contracción y de relación personal.

4.3.3.- En esta misma dirección se enmarca la apertura del matrimonio a personas del mismo sexo, operado por la Ley 13/2005 que arrumba el principio histórico de la exigencia de diversidad de sexo, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por la STC 198/2012 de 6 de noviembre, volviendo en parte sobre los pasos trazados en el Auto 222/1994 de 11 de julio.

Recordemos que en ese Auto 222/1994 el TC sentó que “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera «ope legis» una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990). Este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que opera aquí como canon de interpretación, al amparo de lo previsto en el art. 10.2 CE. En sendas Sentencias (caso Rees, 17 de octubre de 1986, y caso Coasey, 27 de septiembre de 1990), ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los

Estados contratantes de regular mediante las Leyes el ejercicio del Derecho de casarse.

Confirmando que “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo”.

Ahora la STC 198/2012, que ha declarado ajustada a la CE la indiferencia sexual de los contrayentes, entendiendo que ello no afecta a la garantía institucional de la institución ni al contenido esencial del derecho fundamental a contraer matrimonio.

a) No afecta a la garantía institucional, por entender que ello es conforme a nuestra cultura jurídica y no la hace irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea, postulando una interpretación evolutiva del art. 32 CE, basada en tres ideas:

- La Constitución es un «**árbol vivo**», –en expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una **interpretación evolutiva**, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

- Esa lectura evolutiva de la Constitución “lleva a desarrollar la noción de **cultura jurídica**, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero F. 4; 89/1993, de 12 de marzo, F. 3; 341/1993, de 18 de noviembre, F. 3; 29/1995, de 6 de febrero, F. 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, F. 11). Pues bien, la

cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.

- En nuestro sistema constitucional, el **camino de entrada** de parte de estos elementos conformadores de la **cultura jurídica**, que por lo demás se alimentan e influyen mutuamente, viene dado por el **recurso a un principio fundamental de la interpretación** de la Constitución, que es el dispuesto en el **art. 10.2 CE**. La referencia a ese precepto ... nos exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el Título I de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales ... **la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva, que nos permitirá explicar el art. 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005.**

b) El TC entiende que tampoco afecta al contenido esencial del derecho a contraer matrimonio tutelado por el art. 53,1 CE apoyándose en tres ideas:

- Ante todo, porque la dimensión subjetiva del derecho a contraer matrimonio *“impone al legislador, que debe preservarla, la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad que contiene el derecho (en este sentido STC 382/1996, de 18 de diciembre, F. 3).*

- Aunque la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, *“esta modificación, una vez analizado el Derecho Comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales.*

- La nueva regulación del matrimonio no supone una limitación del derecho al matrimonio sino una modificación de las condiciones de ejercicio,

que “no impide el ejercicio del derecho por parte de las personas heterosexuales, en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían, afectando por tanto al contenido esencial de ese derecho”.

- El que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo *“ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil.*

Desde mi punto de vista, en términos jurídicos, no es muy relevante que el TC entienda que cabe el matrimonio entre personas del mismo sexo no, lo que es relevante es que no se percate de que aunque la imagen que tiene la sociedad española actual del matrimonio admite perfectamente esa unidad de sexos, no puede ya definirse –como hace la sentencia– como una *“comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mútua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esa institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento...”*(Fundamento Jurídico 9).

Porque, ni el afecto, ni el proyecto de vida familiar común son jurídicamente traducibles; ni puede considerarse un vínculo aquel que es libremente resoluble sin causa, y por que las sociedades de ayuda mútua en sus diversas formas han existido siempre sin que nadie las asimilara o situara en las proximidades del matrimonio.

Se trata, en mi opinión, de una nuevo hito, uno más, en el camino de la pérdida de especificidad normativa, ahora en cuanto al sexo de los contrayentes.

4.3.4.- La desaparición o debilitamiento de las potestades.

Las relaciones paterno-filiales han visto debilitado el contenido de la patria potestad y desaparecido el elemento de autoridad. Así:

- Se mantiene la obligación de obediencia de los hijos, mientras permanecieran bajo la patria potestad, así como el respeto, con supresión de la reverencia (art. 155,1º).

Esa reverencia suprimida es la que es aludida en el art. 1267 in fine CC, cuando excluye de la intimidación como vicio del consentimiento, el *temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto.*

Ahora ya no hay, jurídicamente hablando, personas a las que se deba sumisión y respeto.

- Desaparece la facultad de castigo del padre sobre los hijos, quedando únicamente la de corrección razonable y moderada, y la de recabar el auxilio de la autoridad, pero sin reconocerla a quienes ejercen la patria potestad.

- Se introduce la exigencia de oír a los hijos que tuvieren suficiente juicio “antes de adoptar decisiones que les afecten” (art. 154 in fine).

- El hijo podrá solicitar al Juez la adopción de medidas en caso de incumplimiento por los padres de sus deberes (art. 158), y se le oírán en caso de desacuerdo entre los padres separados sobre el cuidado de cual debe quedar (art. 159).

- Se excluyen de la representación de la patria potestad los actos relativos a derechos de la personalidad (art. 162,1º).

- Al término de la patria potestad, podrán los hijos exigir a sus padres la rendición de cuentas de la administración de sus bienes (art. 168).

En general, podemos decir que, junto al debilitamiento del contenido de la patria potestad, se ha sustituido la autoridad del padre por la autoridad judicial, pergeñando un modelo de intervención judicial muy acusada en la relación paterno-filial. *Los trapos sucios ya no se lavan en casa, sino ante un Juez.*

Precisamente porque la familia ha perdido los instrumentos de cohesión tradicionales, la judicialización ha llegado hasta ella.

5.- Los nuevos modelos de familia.

Han ido apareciendo modelos de familia distintos al fundado en el matrimonio. Concretamente, tres nuevos tipos:

- Figuras autonómicas denominadas “parejas estables” (Ley 18/2001 CAIB), “uniones estables de pareja”, “uniones de hecho”, “parejas estables no casadas”, etc.

- Situaciones de convivencia afectiva “more uxorio” entre personas de distinto o igual sexo. Auténticas situaciones de hecho.

- Familias integradas por un padre/madre y un o unos hijos.

En puridad, las mismas ya eran previstas en el CC al admitir la adopción por una sola persona (art. 175,4), y por supuesto en los casos de filiación natural, o filiación sólo determinada respecto de uno de los progenitores.

6.- Ténue europeización.

La suma de los relatados factores ha provocado un cambio radical en el concepto y regulación de la familia que ha sido plenamente asumido por el legislador español, contrariamente a lo que ha ocurrido con las relaciones contractuales, sin necesidad de presiones exteriores.

La europeización en ese sector es mucho más ténue que en el contractual, y cabe situar sus inicios a mediados de los años noventa, cuando ya España se había dotado de una Constitución, cuando se plantea la conveniencia de la armonización en este campo, dentro del proceso global de armonización del derecho privado europeo.

Ciertamente, existen no pocos instrumentos comunitarios relativos a aspectos concretos, tales como alimentos, ejecución de sentencias, etc., y existe una Comisión sobre Derecho de Familia Europeo (Commission on European Family Law) (CEFL), creada en el año 2001 por seis académicos con la finalidad de impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica relativo a la armonización del Derecho de familia en Europa.

Ese órgano ha elaborado unos “Principios de Derecho Europeo de Familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados” y unos “Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental”, de escaso éxito normativo y jurisprudencial.

7.- Los elementos definidores de la “nueva” familia.

La cuestión, estriba ahora en determinar cual es la contemplación constitucional de la familia, para deducir de ella y de la doctrina del Tribunal Constitucional los elementos esenciales que la configuran.

7.1.- El art. 39 CE como precepto básico.

Sin duda, el precepto básico en este campo es el art. 39 CE, en sede de principios rectores de la política social y económica, al establecer el mandato a los poderes públicos del *aseguramiento de la protección social, económica y jurídica de la familia*. En el mismo sentido, el art. 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.

Estamos ante la plasmación constitucional de lo que antes hemos llamado el principio de intervención obligada de los poderes públicos en la familia. Así la STS 320/2011 de 12 de mayo, señala que la protección de la familia es objeto de un importante reconocimiento por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuyo art. 8 establece, en su párrafo primero, que

“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]”. Dicho artículo ha sido interpretado en el sentido que aquí se mantiene en relación al artículo 39 CE por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 septiembre 2007”.

7.1.1.- Esa idea de protección jurídica de la familia, implica la contemplación por el constituyente de la misma, como una realidad socio-jurídica, como un grupo, relevante en la organización social. Como tal, entiendo que alcanza a la familia la tutela ínsita en los siguientes preceptos:

- Art. 9º,2 *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas: remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...*

- Art. 14, cuando prohíbe la *discriminación por razón...de condición o circunstancia personal...*

- Art. 20,3 cuando exige al legislador que *garantice el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado a los grupos sociales significativos...*

- Art.27,5 al establecer la garantía del derecho a la educación por los poderes públicos, *con participación efectiva de todos los sectores afectados...*

7.1.2.- De una forma mas directa y específica, nos encontramos con que:

- Las necesidades de la familia, son, junto a las propias del trabajador, el criterio de delimitación del salario suficiente en el art. 35,1 CE.

- La garantía de las pensiones adecuadas y la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad y la promoción de un sistema de servicios sociales es independiente –ex art. 50 CE– de las obligaciones familiares.

Esto es, los mecanismos privados de supervivencia del grupo familiar (alimentos), no pueden ser excusa para que los poderes públicos se desentiendan de la promoción de servicios sociales.

- La garantía del derecho a la intimidad familiar en el art. 18,1 CE (y en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010) y la expresa limitación del uso de la informática para garantizar esa intimidad familiar del art. 18,4.

Es éste un campo en el que el TC y el TEDH han ido perfilando las fronteras del espacio reservado familiar.

- El parentesco como causa que exime de declarar sobre hechos presuntamente delictivos, en el art. 24,2 in fine CE.

- El derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban formación religiosa, ex art. 27,3, que es un derecho marcadamente familiar.

- El derecho a la intervención en el control y gestión de los centros docentes sostenidos por la Administración, por parte de los padres y alumnos, del art. 27,7.

- Como ya hemos apuntado antes el derecho a contraer matrimonio de hombre y mujer con plena igualdad jurídica del art. 32,1 CE, perfilado en el art 9 de la de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010 como la garantía del “*derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”.

Situados en este punto, podemos preguntarnos por cual es actualmente desde la óptica jurídica la “familia”, lo que equivale a preguntarse por cual es la familia constitucional. Y tras ello, podremos abordar el tema de si existe una garantía institucional de la familia.

8.- La “familia” constitucional.

8.1.- La protección social, económica y jurídica.

Ya hemos visto que el art. 39,1 CE, en sede de principios rectores de la política social y económica, establece el mandato a los poderes públicos del *aseguramiento de la protección social, económica y jurídica de la familia*.

Acto seguido, va pergeñando la estructura de esa familia al referirse en el 39,2 a la *protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea estado civil...*

Y cierra, en el 39,3 con el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos.

8.2.- El concepto constitucional.

Como leemos en la STS 198/2012 de 6 noviembre, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado hasta la fecha al TC, a definir un concepto constitucional de familia, añadiendo que tampoco es el momento de elaborarlo (Fundamento Jurídico 5).

Puestos a realizar esa tarea hermenéutica a la que ha abdicado el TC, podemos principiar advirtiendo que la familia contemplada en la CE es una familia vertical, compuesta como mínimo por una relación de filiación: padre-hijo madre-hijo. Quedarían excluidas las situaciones conocidas hoy como “dinquis”.

8.2.1.- Relación horizontal o vertical.

Sin embargo, creemos que esa conclusión es apresurada, por cuanto la noción de matrimonio como relación jurídica horizontal, que nadie duda que se halla unida, aunque no de forma excluyente, a la de familia, no implica necesariamente descendencia ni verticalidad. Este es, además, el criterio del TC:

- STC 45/1989 de 20 Febrero, en relación al concepto de unidad familiar en la Ley IRPF: *“sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Convenio de Roma...”*

- STC 197/1991 de 17 Octubre, en torno a la intimidad familiar, incluyendo en ella *“ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos”*.

- De forma directa, la STC 222/1992 de 11 de Diciembre, afirma que *“en el concepto constitucional de familia entra, sin duda, el supuesto de matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo”*.

8.2.2.- Familia y matrimonio.

Aclarado este punto, queda otro: el de si el concepto de familia se ciñe a la matrimonial, o no. La respuesta negativa es diáfana.

La STC 222/1992 de 11 de Diciembre, que acabamos de citar, lo aclara: *“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se obtiene no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (arts. 1,1 y 9,2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”*.

Observemos cómo esa conexión de la familia al carácter social del Estado, armoniza a la perfección con el hecho de que también el derecho de propiedad constitucionalmente reconocido se halla limitado por su función social ex art. 33,2 CE, de forma que han seguido un parecido recorrido.

En parecidos términos la STEDH de 13 de julio de 2000, pregona en relación al art. 8 del Convenio, que *el concepto de familia no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras*

relaciones «familiares» factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula «familiar» desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Por tanto, existe entre el niño y sus padres una relación constitutiva de una vida familiar

8.3.- El tratamiento de los diferentes modelos.

La existencia de dos modelos familiares reconducibles a la familia constitucional, con sus submodelos (matrimonio a secas, convivencia more uxorio normada o no, matrimonio con hijos, padre-hijos o madre-hijos) plantea la cuestión de si ello impone al legislador ordinario una igualdad de trato, o al contrario, una diferenciación necesaria.

El TC ha entendido que, ni lo uno, ni lo otro. O sea, que:

- ni cabe derivar del art. 39 CE una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales (STC 47/1993 de 8 Febrero),

- ni se impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales (STC 184/1990),

- y que por consiguiente, toda distinción entre unas y otras no puede decirse que sea incompatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14 (STC 74/1997 de 21 Abril).

Observemos que esa posible diferencia de trato sólo afectaría a las relaciones horizontales de la familia, nunca a las verticales, que al ser de filiación son expresamente equiparadas por el art. 39,2 CE.

Concretamente el TC ha tenido ocasión de aplicar el criterio de distinción en los casos de pensiones, en los que ha rechazado la equiparación (STC 174/2004), mientras que la ha mantenido en sede de arrendamientos urbanos y de indemnizaciones (STC 180/2001). En la misma dirección se manifiesta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para quien la diferencia de trato es posible cuando tiene una justificación objetiva y razonable, bien por perseguir un fin legítimo, bien por constituir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado (STEDH 18 julio 1994 (TEDH 1994/27) “caso Karlheinz c. Alemania”, y 21 diciembre 1999 (TEDH 1999/72), “Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal”), por lo que “la protección de la familia tradicional” constituye una justificación razonable para la diferencia de trato legislativa entre uniones matrimoniales y uniones de hecho, al menos por lo que se refiere al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad.

8.4.- Efectos patrimoniales de la familia no matrimonial.

De cualquier forma, el problema básico que plantean esas familias no matrimoniales es el de los efectos patrimoniales de su extinción. Nuevamente la familia en el teatro de las relaciones patrimoniales.

Esta cuestión, como es sabido, ha sido abordado por la jurisprudencia con soluciones harto diferentes, que van desde la negación de efectos indemnizatorios o compensatorios, a:

- la concesión de indemnización en base al art. 1902 CC (STS 16 Diciembre 1996);

- o la de pensión compensatoria por aplicación analógica del art. 97 CC (STS 16 Julio 2002);

- disolución de comunidad de bienes (STS 4 Junio 1998);

- disolución de sociedad irregular (STS 18 Marzo 1995);

- enriquecimiento injustificado (STS 11 Diciembre 1992);

- analogía en la aplicación en las reglas de la vivienda conyugal, art. 96 CC (STS 16 Diciembre 1996);

- principio de protección del convivente perjudicado (STS 27 Marzo 2001);

- o principio de la buena fe y el abuso del derecho en sintonía con una interpretación acorde con la realidad social (STS 13 Junio 1986).

La STS del Pleno de la Sala 1ª de 12 Septiembre 2005, resolvió la cuestión aplicando un principio general del derecho obtenido por analogía iuris relativo al enriquecimiento injusto, denegando, en el caso, la pensión compensatoria solicitada. Con dos votos particulares.

Cuestión distinta es la de las familias autonómicas, o situaciones convivenciales amparadas por una de las leyes autonómicas, a las que obviamente habrá que remitirse en cada caso, y que nos sitúan ante un tercer tipo familiar no homogéneo, intercalado entre la matrimonial y la de hecho.

9.- ¿Existe una garantía institucional de la familia?

O lo que es lo mismo, ¿la CE garantiza la existencia de un reducto indisponible o núcleo esencial de la familia?

La respuesta es afirmativa, y ello significa, como dijo la STC 26/1987, que el legislador *se halla obligado a preservarla en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.*

Esto es, la garantía institucional conecta directamente con la conciencia social de cada tiempo y lugar, lo cual no significa que la institución carezca de un núcleo esencial inamovible.

Este núcleo, en mi opinión, se compone de tres factores, uno constante y otros dos que pueden concurrir de forma conjunta o alternativa, según sea el primero.

- El primero, es el substrato personal, compuesto por un mínimo de dos personas unidas por una relación de convivencia, matrimonial o de filiación. Los argumentos legales ya han sido expuestos.

Añadir ahora que, en la medida en que ese substrato sea el matrimonial, existe la reserva de competencia exclusiva del Estado sobre las “*relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio*” del art. 149,1,8ª CE.

- Un principio rector de la relación horizontal que es el de igualdad. Art. 32,1 CE.

- Otro principio rector de la relación vertical o de filiación que se encarna en la obligación de alimentos.

En consecuencia, cualquier otro grupo que socialmente se presente o actúe como una familia sin cumplir con los elementos indicados, cae fuera de la garantía institucional de la familia, no es una familia desde la óptica de la constitución y, por ende, no merece tutela o protección en cuanto tal.

Así, concretamente la STC 45/1989 de 20 Febrero, nos dice que *el concepto de familia y matrimonio que alienta en los arts. 39 y 32 es incompatible con una concepción de grupo en la que sólo es sui iuris la cabeza, y alieni iuris todo el resto de sus integrantes.*

Lo dicho significa que, como reconoció el TC en STC 116/1999 de 17 de Junio, y ha plenamente confirmado la STC 198/2012 de 6 noviembre, no integran la garantía institucional de la familia, ni la heterosexualidad del matrimonio, ni la posibilidad de que de él deriven relaciones paterno-filiales.

V.- DERECHO DE PROPIEDAD.

1.- El modelo de la Constitución de 1876 y el Código Civil.

La propiedad privada, había sido reconocida en la Constitución de 1876 desde una perspectiva defensiva, en el art. 10 (*No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este*

requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado).

Esa propiedad que llega a nuestro Código Civil, responde al modelo liberal cuya base filosófica es el iusnaturalismo racionalista (como la noción de contrato), aunque atemperada frente al modelo del Code francés de 1803 (art. 544) respecto del que se suprime la adjetivación de la facultad de goce y disposición como “*de la manera mas absoluta*”.

Esto es así, por cuanto la “propiedad” a finales del siglo XIX en España, ya había iniciado su proceso de “modernización”, estaba perdiendo su anclaje en lo rústico, aunque seguía siendo fundiaria, y se hallaba en el camino de superación de la trilogía propiedad-sucesión-familia para unir su destino al del contrato, presentándose como un objeto de tráfico jurídico-económico, incluso mercantil, al modo en que ya lo eran los bienes muebles.

2.- La evolución desde la propiedad fundiaria individualista a la propiedad como objeto de tráfico: desamortización, sistema bancario, ferrocarril y urbanismo.

En la base de esa evolución se hallaban cuatro fenómenos económicos que habían tenido su correspondiente traducción jurídica y consolidación a mediados del siglo XIX. Me refiero a la desamortización, a la ordenación del incipiente sistema bancario, al ferrocarril y al alborear del urbanismo.

2.1.- La desamortización.

La desamortización introdujo en el tráfico un importante número de bienes inmuebles que con anterioridad se hallaban sustraídos al mismo, produciéndose un efecto de división de los bienes y multiplicación del número de propietarios.

2.1.1.- El Decreto de 19 de febrero de 1836..

Ese decreto de desamortización, *atendiendo a la necesidad y conveniencia de disminuir la deuda pública consolidada, y de entregar al interés individual la masa de bienes raíces, que han venido a ser propiedad de la nación, a fin de que la agricultura y el comercio saquen de ellos las ventajas que no podrían conseguirse por entero en su actual estado*, en su art. 1º declaraba “*en venta desde ahora todos los bienes raíces de cualquier clase, que hubiesen pertenecido a las comunidades y corporaciones religiosas extinguidas, y los demás que hayan sido adjudicados a la nación por cualquier título o motivo y también todos los que en adelante lo fueren desde el acto de su adjudicación*”.

El art. 10 contemplaba que el pago del precio del remate podía hacerse con títulos de deuda consolidada o en dinero efectivo, en un plazo de dieciséis años (arts. 14 y 15) con garantía hipotecaria sobre el mismo bien (art. 16).

2.1.2.- La Ley de desamortización de 4 de mayo de 1855..

En su art. 1º declaraba en estado de venta *todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al Estado, el clero, órdenes militares de Santiago, Alcántara, Calatrava, Montesa y San Juan de Jerusalem, cofradías obras pías y santuarios, propios y comunes de los pueblos, beneficencia, instrucción pública* y en general a las manos muertas. En el art. 3º se ordenaba que las ventas en pública subasta se verificaran “*con la mayor división posible de las fincas, siempre que no perjudique a su valor*”.

2.2.- El sistema bancario.

La historia moderna de la banca española comienza con la aparición de dos leyes salidas de las Cortes del Bienio Progresista: la Ley de Bancos de Emisión y la Ley de Sociedades de Crédito, ambas de fecha 28 de enero de 1856.

2.2.1.- La Ley de Bancos de Emisión.

Establecía en su art. 1º la redenominación del Banco de San Fernando que pasaba a ser el Banco de España, y el art. 9º facultaba a ese Banco, al de Barcelona, al de Cádiz y a los que se constituyeran en otras provincias a emitir billetes por un importe igual al triple de su capital en efectivo.

La creación de dieciocho bancos emisores mas en diez años generalizó el uso del papel-moneda y aumentó la oferta de servicios financieros.

2.2.2.- La Ley de Sociedades de Crédito.

En su art. 1º decretaba que *Las sociedades anónimas de crédito podrán establecerse en España con sujeción a lo dispuesto en esta ley y a las que rijan sobre sociedades anónimas, en lo que no fue modificada por la presente.*

Y en el art. 4ª describía las nueve diferentes operaciones que podían realizar, desde suscribir empréstitos con el Gobierno a *crear toda clase de empresas de caminos de hierro, canales, fábricas, minas, dársenas...* y cualesquiera otras empresas industriales o de utilidad pública. Precisamente a la financiación de esas empresas de caminos de hierro y a actuaciones urbanísticas se dedicaron básicamente esas nuevas sociedades.

En Madrid se fundaron, con la colaboración de capital francés, tres de las sociedades anónimas más importantes del país: los hermanos Péreire levantaron la Sociedad de Crédito Mobiliario Español, los Rothschild auspiciaron la creación de la Sociedad Española Mercantil e Industrial y el financiero Prost con los hermanos Guilhou promovieron la Compañía General de Crédito.

2.2.3.- La crisis de 1866.

Como es sabido, la expansión financiera llegó a su fin en 1866, frenada por la crisis económica, agravada por la frustración de las expectativas de beneficios que debía generar el ferrocarril, el importante endeudamiento que supuso su construcción y la incapacidad del Estado para hacer frente al pago de la deuda pública. Las sociedades de crédito y los bancos de emisión entraron en disolución o quiebra y el sistema financiero no se recuperó hasta principios del siglo XX.

Pero en el ínterin tuvieron lugar tres hitos legales importantes: la liberalización de la creación de bancos y sociedades, la creación del Banco Hipotecario de España y la concesión del monopolio de emisión al Banco de España.

2.2.4.- La Ley de 19 de octubre de 1869 y la libertad de creación de compañías mercantiles.

La referida ley declaró –en su art. 1º– *Desde la publicación de la presente Ley (Gaceta de Madrid del 21 de octubre), libre la creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento y de Sociedades de crédito, de préstamos hipotecarios, concesionarias de obras públicas, fabriles, de almacenes generales de depósitos, de minas, de formación de capitales y rentas vitalicias y demás asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial o de comercio.*

O sea, derogaba la Ley de 28 de enero de 1848 que en su art. 1º prohibía *la constitución de compañías mercantiles, cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones, sino en virtud de una ley o de un Real Decreto.*

2.2.5.- Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco Hipotecario.

El art. 10 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, *“crea en Madrid un banco de crédito territorial con el título de Banco Hipotecario de España”*. Y en el art. 11 se *autoriza al Gobierno para conceder al Banco de París y los Países Bajos la facultad de crear el Banco Hipotecario de España a que se refiere el artículo anterior...*”.

En el art. 25, entre las operaciones que podía realizar, además de los préstamos con primera hipoteca de bienes inmuebles, se contemplaba la emisión de cédulas hipotecarias y su negociación.

2.2.6.- El Decreto de 17 de marzo de 1874: el Banco de España como único banco emisor.

En su art. 1º estableció *por medio de un Banco Nacional la circulación fiduciaria única, en sustitución de la que hoy existe en varias provincias, por medio de Bancos de emisión, a cuyo fin el de España se reorganizará...*

En el art. 2º se decretaba que ese Banco de España sería *el único de emisión debidamente autorizado y con el carácter de nacional..*

2.3.- El desarrollo del ferrocarril.

Su irrupción en España dinamizó la economía de mediados del siglo XIX, provocando la aparición de la Ley de 3 de junio de 1855, la primera ley de ferrocarriles.

En el art. 3º declaraba de dominio público *todas las líneas de ferrocarriles destinadas al servicio general, y sus obras consideradas de utilidad general.*

El art. 6º sujetaba a concesión la construcción de todas las líneas (tanto la de servicios general como particular), y en el art. 19 establecía que *los capitales extranjeros que se empleen en la construcción de ferrocarriles o en empréstitos para este objeto quedan bajo la salvaguardia del Estado y están exentos de represalias, confiscaciones o embargos por causa de guerra.* Y el art. 46 permitía al Gobierno *autorizar provisionalmente la constitución de compañías por acciones que tengan por objeto la construcción y explotación de los ferrocarriles...*

Aparecieron así, como mas relevantes con capital extranjero, la Compañía de los ferrocarriles de Madrid a Zaragoza y Alicante (M.Z.A.), y la Compañía de los Caminos de Hierro del Norte de España, auspiciada la primera por los Rothschild y la segunda por los hermanos Pereire, o sea las antes citadas Sociedad Española Mercantil e Industrial, y la Sociedad de Crédito Mobiliario Español.

2.4.- El incipiente urbanismo.

También a mediados del siglo XIX, se inicia una dinámica generalizada en las ciudades españolas que propugna el derribo de sus murallas, al objeto de permitir ensancharlas para disponer de suelo para cubrir las necesidades de habitación de la población rural que se iba asentando en la

ciudad, así como para cubrir las necesidades de la incipiente industria y las nuevas actividades con requisitos intensivos de suelo, como el ferrocarril. Esa demanda de suelo no podía satisfacerse con el existente en los cascos antiguos.

Ciertamente, los ensanches podían haber respetado las murallas, pero en la decisión de derribarlas no sólo concurrían exigencias inmobiliarias, sino también otras como la desaparición de su función defensiva, o el tufo aduanero o fiscal que tenían, antagónico al espíritu del capitalismo y el libre comercio.

Legalmente, ello se tradujo en las llamadas leyes de ensanche. Concretamente:

2.4.1.- La Ley sobre el ensanche y mejora del puerto de Barcelona de 25 de abril de 1856, y su modificación por la Ley de 20 de abril de 1859.

2.4.2.- La Ley sobre reforma, saneamiento y ensanche de poblaciones de 29 de junio de 1864, que en el art. 1º declaraba *de utilidad pública dichas obras en lo que se refiere a calles, plazas, mercados y paseos*, y en el art. 14 rebajaba a la mitad, en los primeros seis años, el impuesto de transmisión de la propiedad de los edificios construidos en los ensanches.

Dicha ley pretendió ordenar la situación, atribuyendo a los municipios la gestión de las diferentes operaciones urbanísticas, expropiando los terrenos destinados a uso público y realizando las obras y servicios necesarios.

2.4.3.- La Ley de 22 de diciembre de 1876 que sustituye a la anterior, y que en cuanto a Madrid y Barcelona fue derogada y sustituida por la Ley de 26 de julio de 1892, conocida como la Ley de ensanche de Madrid y Barcelona.

En suma, la desamortización, el desarrollo del ferrocarril, el impulso y primigenia ordenación del sector bancario, y el urbanismo plasmado en los ensanches de las ciudades, imponían un diseño de propiedad nuevo, y por decirlo claramente primando el aspecto especulativo (jurídicamente traducido en el poder de disposición) sobre el inmovilizado (cuya traducción jurídica es el poder de goce), máxime si se cae en la cuenta de que gran parte del capital que estaba invirtiendo en ello era extranjero.

3.- El derecho de propiedad como objeto de tráfico y garantía: la Ley Hipotecaria de 1861.

Como hemos apuntado, desde el punto de vista técnico, lo relevante en el contenido del derecho de propiedad, desde esta nueva perspectiva, no es tanto la facultad de goce del propietario como la de disposición, y para que esta

facultad dispositiva se ejercite eficientemente es preciso que exista una mínima seguridad en cuanto a la titularidad y en cuanto al objeto del derecho, porque ello posibilitará tanto la celeridad de circulación de bienes, incluidos los inmuebles, como la obtención de numerario mediante la garantía hipotecaria.

Ello propició, o mejor, hizo inevitable, la aparición de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 que al instaurar el Registro de la Propiedad cubrió esas exigencias de seguridad.

En suma, esa es la propiedad que se acoge en el art. 348 del CC, una propiedad en la que –por las razones antecitadas– las facultades de goce y disposición ya no son absolutas sino limitadas por la ley.

4.- La evolución a lo largo del siglo XX: la propiedad social.

A partir de ese instante temporal, el derecho de propiedad va a seguir experimentando una transformación, al impulso de la corriente social que impregna los inicios del siglo XX, hasta que es recogida por la Constitución de 1978.

Como ya advertimos al hablar del contrato, uno de los fenómenos más destacados en la evolución del derecho privado de los últimos años del siglo XX y comienzos del XXI, ha consistido en romper normativamente hablando el viejo anclaje individualista que impregna los Códigos Civiles europeos, mediante el reconocimiento directo, como una modalidad de interés legítimo, de intereses supraindividuales o colectivos.

En efecto, a principios del siglo XX en toda Europa se ha comenzado a hablar de lo “social” como noción ínsita al derecho civil, y más particularmente al derecho de propiedad. De esta forma, aparecerán junto a ese derecho tres conceptos históricamente alejados del mismo, como son la de “deber”, “límites” y “función social”.

Ciertamente, el desfasado marco constitucional que arranca de la Constitución de 1876 no será modificado hasta la Constitución de 1931, en cuyo art. 42 se afirmaba que *“Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.- La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.- Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.- Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.- El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación*

de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.- En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes.

5.- El derecho de propiedad en el actual ordenamiento jurídico español.

Desde el plano normativo es la institución que, comparada con las dos anteriores (contrato y familia) ha sido menos permeable a influencias ajenas a nuestro propio ordenamiento.

El art. 33,1 de la CE, reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, evidenciando la ancestral pervivencia de la conexión propiedad-sucesión *mortis causa*. Y en su segundo apartado establece que *la función social de estos derechos, delimitará su contenido*.

Voy a tratar aquí tres aspectos que, aunque ya he tratado en anteriores publicaciones sobre el derecho de propiedad, presentan derivaciones tan importantes como ellos mismas: el papel del artículo 33 CE como unificador de la institución, el concepto obtenido por la lectura conjunta de los artículos 348 CC y 33 CE y los temas que sugiere, y finalmente, la naturaleza subjetiva del derecho de propiedad así configurado.

5.1.- El concepto general y unitario del derecho de propiedad versus la diversificación de estatutos.

El primer aspecto importante del artículo 33,2 CE, estriba en que uniforma los posibles estatutos de la propiedad que habían ido apareciendo a lo largo del tiempo en función del objeto sobre el que recae el derecho, bajo el manto de la función social.

El concepto resultante, es global o general, pero cualquier concreción de él llevada a cabo por el legislador, debe ser reconducible a ese tipo genérico, con lo que se patentiza su virtualidad.

Podría decirse que si bien no existe “la” propiedad como institución unitaria, lo que sí existe es una única estructura jurídica conformadora del derecho de propiedad, constitucionalmente garantizada, y a la que son reconducibles todas las particulares instituciones propietarias.

La llamada “diversificación de estatutos de la propiedad” o pluralidad de propiedades, sostenida aún hoy en día por una cierta jurisprudencia, fue en realidad el resultado de la concurrencia de dos factores, cuya desaparición debe provocar idéntico efecto en ese resultado diversificador. Estos dos factores son:

5.1.1.- El concepto individualista del derecho de propiedad, que convierte al Estado, en garante de un derecho subjetivo pleno e ilimitado sobre los diferentes objetos posibles. Plenitud que acaba provocando una relación osmótica entre derecho y objeto, con el resultado final de identificación entre ambos.

5.1.2.- En segundo lugar, el propio objeto del derecho de propiedad, que en los momentos de la codificación seguía siendo prevalentemente fundiario.

El derecho de propiedad, aúna estos dos factores, y se presenta como un derecho pleno e ilimitado sobre la tierra o como la tierra misma.

Los inicios del capitalismo moderno, supondrán una pausada pero continua desaparición de ese segundo factor, al ir apareciendo otros posibles objetos del derecho de propiedad con parecida o mayor trascendencia económica, señaladamente los títulos societarios. Y respecto de esos objetos, no se precisa ningún poder pleno e ilimitado, los intereses de su titular se satisfacen igualmente con el ejercicio de un poder menos excluyente.

Si esto es así, estamos ya ante una primera diversificación: por una parte, la propiedad de la tierra que continúa consistiendo en un poder pleno e ilimitado, y por otra las restantes “propiedades” como poderes menos plenos. De ahí que, en contra de lo que en ocasiones se sostiene, la idea de diversificación de los estatutos de la propiedad, ya fuera advertida, por algunos autores, en el pasado siglo XIX, que no se referían a diferentes derechos de propiedad o estatutos de la misma, pero sí a diferentes “formas” de propiedad.

El siguiente paso, en una fase más avanzada del capitalismo, es el de distinguir dentro de la propiedad fundiaria, diversos objetos, subdistinguir “propiedades” inmobiliarias, como consecuencia de la sectorización de la actividad económica, y dentro de ellas, mantener en unos casos el poder pleno e ilimitado, y en otros, dejar al titular con unos poderes de intensidad similar a los de los propietarios de objetos no fundiarios. Se hablará entonces, de diferentes derecho de propiedad, con “estatutos diferentes” en armonía con los fines perseguidos.

5.2.- La función social.

El último escalón, en el que se sitúa el artículo 33,2 CE, es el de arrinconar definitivamente la propiedad como derecho subjetivo pleno –en los términos que venía siendo entendido– salvo los límites y limitaciones concretamente establecidos, desapareciendo la nota de plenitud en todos los casos, o sea, independientemente del objeto sobre el que recaiga, y sustituyendo esta nota, en todo caso, por la de “función social”.

De modo, que la historia de la debilitación de la “plenitud” del poder del propietario, es la otra cara, de la del ascenso de la función social.

En esta dirección el TC en su sentencia 37/1987 de 26 de marzo sostuvo que *“la referencia a la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido, pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señoría sobre un bien objeto del dominio reservado a su titular... Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente... en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”*.

Ahora bien, desaparecidos los factores de diversificación, ya no tiene sentido hablar de diferentes propiedades.

Dicho de otra forma, en el actual ordenamiento jurídico, la función social cumple el papel unificador que el poder pleno e ilimitado cumplía para los revolucionarios franceses. Por descontado, que esta evolución de dos siglos, presenta otros elementos de complejidad, y sus motores son varios, pero su esquema elemental es el descrito.

5.2.1.- Esta caída del cariz individualista del derecho de propiedad, fue analizada por el Tribunal Constitucional en sus primeros años de existencia, desde diferentes enfoques.

a) Primeramente, tuvo ocasión de clarificar, en su sentencia de 2 de diciembre de 1983, que los *“derechos de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, gozan de un menor nivel de protección constitucional y tienen como límite su función social (artículo 33,2) y las exigencias de la economía nacional”* (504), como corolario de la propia situación del artículo 33 en la Constitución (Sección 2^{a.}, y no 1.^{a.} del Capítulo II, Título I).

b) En otra ocasión, el 17 de febrero de 1984, enjuiciando la cuestión desde la óptica de la operatividad de la función social, señaló que *“Existen ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social”* (505).

c) Tampoco faltan decisiones en las que de manera directa, se encarga de esclarecer la necesidad de que el Estado intervenga mediante la adopción de los correspondientes instrumentos formales, para establecer los mecanismos jurídicos materiales tendentes a hacer efectiva esa función social. Así, en la STC de 7 de febrero de 1984, sostiene que *“El reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social –reflejado en diversos preceptos de la Constitución– conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos –especialmente los de contenido patrimonial como el de propiedad–”*.

d) Sobre todo, hay que referirse a la sentencia 37/1987 de 26 de marzo, en la que se insiste en la insuficiencia del art. 348 como dato conceptuador del derecho de propiedad, pues *“la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código civil...”*. Y posteriormente, insiste en que *“debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión... de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código civil, declinando en el siglo XIX, dispuso con carácter general en su art. 348, porque tal pretensión no tiene en cuenta para nada las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto...”*.

e) Más recientemente, a partir de la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, proyectándola sobre el derecho a la propiedad privada y poniendo en estrecha conexión los tres apartados del art. 33 CE, que revelan la naturaleza del derecho en su formulación constitucional, la STC 112/2006 de 5 de abril concluye *«que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del*

derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, o 204/2004, de 18 de noviembre, entre otras).

Esa misma jurisprudencia ha destacado que corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable: *“Incumbe, pues, al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, lo que no supone, claro está, una absoluta libertad en dicha delimitación que le permita «anular la utilidad meramente individual del derecho» o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, esto es, en no sobrepasar «las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho» STC 170/1989, de 19 de octubre (RTC 1989, 170)”*.

5.2.2.- La citada doctrina coincide con lo que habíamos apuntado ya en el año 1988, al sostener que el papel técnico de la función social era el delimitar el contenido del derecho subjetivo, ya que del artículo 33,2 CE, se deduce que en ningún caso cabe predicar la función social de la propiedad como institución o incluso como derecho subjetivo.

Es decir, la propiedad no es una función social, en nuestro texto constitucional, como se sostuvo por el sociologismo jurídico, tanto en Francia como en Alemania o Italia. Ni tampoco cabe decir que la propiedad, que el derecho de propiedad, es reconocido porque cumple una función social. O sea, que su existencia como derecho individual se justifica por el servicio que el mismo presta a la sociedad.

O mejor, ello no cabe deducirlo del artículo 33,2 CE, pues en todo caso, sería el resultado, discutible por lo demás, de un enfoque filosófico-político previo al ordenamiento positivo.

Lo que puede afirmarse con visos de objetividad, es que en nuestro artículo 33,2, la función social se sitúa en el plano técnico interno al derecho, como delimitación de su contenido. Por lo tanto, hay que puntualizar que, el reconocimiento que realiza el artículo 33,1 CE del derecho de propiedad privada, no es adjetivado en modo alguno por el núm. 2 del mismo artículo. El rol de la función social, en ese núm. 2, es interno al

propio derecho de propiedad, al estar ubicada en el plano de su contenido “delimitándolo”.

Dando un paso más, resulta que el derecho de propiedad, sigue estando configurado en nuestro ordenamiento jurídico, como un derecho subjetivo que tutela intereses individuales (los del propietario), pero que el poder conferido individualmente para satisfacer intereses de la misma índole, tiene su frontera en el cumplimiento de funciones sociales. O, en palabras del TC, utilidad individual y función social definen... inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad, en sentido negativo: cuando no haya cumplimiento de la función social, desaparecerá el reconocimiento y la tutela constitucional.

Independientemente de cuál sea el cariz de este juego, la circunstancia que acabamos de fijar, separa a este derecho subjetivo de los restantes. Me explicaré.

Podría decirse que, en realidad, todos los derechos subjetivos tienen su frontera en el cumplimiento de funciones sociales, ya que el artículo 7º,2 CC “no ampara” “el ejercicio antisocial” de los derechos. Sin embargo, las diferencias de predicado de la función social en ese artículo y en el caso concreto del 33,2 CE respecto del derecho de propiedad, son notables.

El primer precepto se mueve en el campo del ejercicio, no en el de la configuración estructural del derecho, y la función social sólo aparece cuando este ejercicio “sobrepase manifiestamente los límites normales”. Esto es, se topa con la función social, cuando se traspasan las fronteras del derecho en el momento de su ejercicio.

El segundo precepto, el del artículo 33,2 referido en concreto al derecho de propiedad, nos muestra la función social en sede estructural del derecho, como criterio determinante de su contenido, por lo que sin necesidad de sobrepasar los linderos de ese derecho, y sin siquiera necesidad de acudir al terreno del ejercicio, hallamos la función social.

Esta es la gran diferencia, desde esta perspectiva, que media entre el derecho de propiedad y los restantes derechos subjetivos, una diferencia técnica, basada en que éstos carecen de un factor estructural (la función social) presente en el de propiedad.

5.3.- El concepto unitario y el contenido esencial.

Retornando al tratamiento constitucional del derecho de propiedad, lo que sí es cierto es que en la Constitución no se halla “todo” el concepto del derecho de propiedad, pues para nada se alude a las facultades derivantes del poder del propietario o titular. Las presupone, eso sí, pues las “delimi-

ta”, y de esta forma mantiene parcialmente en vigor el artículo 348 del CC.

Antes de la entrada en vigor de la CE de 1978, quien pretendiera elaborar un concepto del derecho de propiedad debía imperiosamente dirigirse al Código civil (artículo 348), y de él trasladarse al estudio de las diferentes leyes especiales que contemplaban particulares estatutos.

Mientras que el CC ofrecía un concepto general del derecho de propiedad, casi con pretensiones de atemporalidad, las leyes especiales se encargaban de situarlo en instantes temporales concretos y en realidades económicas igualmente específicas.

Y, sin embargo, no existía ningún principio de jerarquía que mediara entre el concepto atemporal del Código civil, y los conceptos especiales; ni siquiera, en muchas ocasiones, existía remisión alguna del Código civil a esas leyes, que permitiera incardinarlas en su “sistema”.

El resultado era –como sabemos– la diversificación de estatutos de este derecho, frente al derecho-tipo. Ahora, el artículo 33 CE se sitúa jerárquicamente por encima del Código civil, y también por encima de las leyes especiales, pero con una importante diferencia de contenido.

Mientras que el artículo 348 CC describe técnicamente “cualquier” derecho de propiedad como facultad de “gozar y disponer”, lo que hacen las leyes especiales es perfilar las concretas formas de goce y disposición, fijándolos cualitativamente y en sus límites. Y al hacerlo, esas leyes especiales en materia de propiedad, –las ya existentes y las que se promulguen en el futuro– por una parte se están sirviendo del contenido del artículo 348 CC, y, por otra, se sujetan al mandato constitucional de que la “función social” delimite el contenido del derecho de propiedad, o sea ese “goce” y “disposición” de su titular.

De esta manera, resulta, que mientras que el artículo 348 CC, coadyuva a la conceptualización del derecho de propiedad general o único, garantizado tras ser reconocido por el artículo 33 CE, las leyes especiales se nos muestran como los instrumentos técnico-formales previstos por el constituyente, para concretar el proyecto constitucional, para acercarlo a la realidad específica.

Por esta vía, se solucionan todos los problemas relativos al contenido esencial del derecho, ya que el artículo 33 CE al incidir sobre el 348 CC, genera un nuevo concepto global o general, en el que “sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”, es antecedido, y, por tanto, desvirtuado, por “delimitado por su función social de acuerdo con las leyes”.

Luego el contenido esencial del derecho de propiedad es goce y disposición, y función social como límite a las anteriores facultades. Sin “algo” de goce

y de “disposición” no cabe hablar de derecho de propiedad pues la función social que actúa como límite de las facultades dominicales no puede cercenarlas, so pena de dejar irreconocible tal derecho.

Para concluir, no cabe duda de que la imagen que la conciencia social existente a finales del siglo XIX tenía del derecho de propiedad, del contrato y de la familia, tiene poco que ver con la de inicios del siglo XXI, y casi nada con la actualmente plasmada en nuestro ordenamiento jurídico, aunque sigan denominándose exactamente igual, y se incardinan en el mismo lugar del sistema jurídico.

Por el contrario, me parece mas arriesgado determinar si los cambios normativos expuestos han sido asumidos por la conciencia social, si ese diseño normativo actual coincide con la imagen que la sociedad española tiene de esas tres instituciones.

Palma-Artá diciembre 2012.

VI.2- CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO.

En la contestación al discurso de ingreso en la Academia de Miguel Coca Payeras, el Académico Josep Maria Quintana parte precisamente de la “modernización de la propiedad” a la que se había referido el nuevo Académico y, en particular, al hecho de que la propiedad, a finales del siglo XIX, empieza a unir su destino al del contrato, incorporándose al tráfico jurídico. Ello hace –razona el citado Académico– que sea preciso estructurar un marco jurídico seguro para la adecuada circulación de los bienes inmuebles, a la par que se favorece el crédito territorial mediante la figura de la hipoteca. Es de esta manera que se va creando un sistema registral basado en el principio de publicidad, con lo cual disminuye la incertidumbre jurídica en el ámbito inmobiliario, reduciendo los costos de información jurídica y contribuyendo a la eficacia y seguridad de las transacciones.

Se analizan después los principios de legitimación y de fe pública registral, que dotan de eficacia a los asientos del Registro y facultan al titular según el mismo a actuar como tal, concluyendo el estudio con algunas referencias al “Esborrany d’avantprojecte de llei de reforma integral dels Registres”, con algunas novedades tan discutibles como pueden ser la inoponibilidad de las tercerías de dominio basadas en títulos no inscritos pero susceptibles de inscripción y la modificación de la prescripción ordinaria contra tábulas, por considerarse que no posee de buena fe quien lo hace en concepto de propietario contra los pronunciamientos del Registro.

DE LA PROPIETAT ENTESA COM UN DRET SUBJECTIU AL REGISTRE DE LA PROPIETAT COM A MECANISME DE SEGURETAT EN EL TRÀFIC JURÍDIC IMMOBILIARI.

Josep M. Quintana

Il·lustríssim Sr. Degà del Col·legi d'advocats, Il·lustríssim Sr. President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears, Il·lustríssim Sr. Miquel Coca, Honorables autoritats que ens acompanyen, Il·lustríssims Senyors Acadèmics, Senyores i Senyors.

He de dir en primer lloc que és un honor per a mi el que m'ha dispensat el nostre president en designar-me per respondre, en nom de l'Acadèmia, al discurs d'ingrés del Dr. Miquel Coca Payeras, Catedràtic de Dret Civil de la Universitat de les Illes Balears i advocat insigne, la presència del qual en el si de la institució no hi ha dubte que l'honorarà i la farà més rica des del punt de vista intel·lectual i científic.

En l'exercici d'aquest deure acadèmic de respondre al discurs d'ingrés, entenc que la missió del qui l'ha de dur a terme no és el de sintetitzar ni, menys encara, d'avaluar la tesi del ponent, sinó –a partir d'aquesta– el de seguir una línia de reflexió que pugui complementar aspectes del dret que hi són relacionats. I és això el que jo pretenc fer aquesta nit amb la vostra vènia.

El Dr. Coca ha centrat el seu discurs en tres institucions que són cabdals en el Dret Civil: el contracte, la família i la propietat, institucions que, des del Codi Civil de 1889 fins avui, configuren el caràcter nuclear del sistema de dret privat. Deixant de banda la família, entesa com a institució que, com hem vist, és probablement la que ha estat objecte d'una més àmplia

evolució en el marc legislatiu del nostre sistema jurídic, em fixaré més específicament en el contracte i en la propietat per elaborar la meua resposta al seu discurs, atès que vull lligar aquestes institucions del dret privat a una institució jurídica pública, el Registre de la Propietat, des de la qual estic servint al dret des de fa més de trenta anys.

“El dret de propietat –ha dit el Dr. Coca– era [al 1889, data de promulgació del Codi civil] el dret real-típus sobre el qual es modulaven els drets reals limitats, i tenia en el contracte el seu principal instrument de transmissió *inter vivos*, i en la successió el seu instrument de transmissió *mortis causa*”. Instruments, ambdós, de transmissió que es connecten al dret de propietat a través del principi d'autonomia privada, entesa com un poder reconegut a la persona que la faculta tant per ser titular de drets subjectius com per crear, modificar i extingir relacions jurídiques.

Si ens remetem a l'anàlisi detallada que ha fet de l'element contractual veurem de seguida l'interès que ha posat el Dr. Coca a destacar que, ho vulguem o no, el principi de l'autonomia de la voluntat, ha anat essent arraconat, debilitat o matisat, o fins i tot superat pel principi de protecció al consumidor; i ahora ha ressaltat l'aparició d'una nova font material a l'ordenament espanyol –la Unió Europea– que persegueix una mena d'horitzó comú en matèria de Dret privat, que pretén, entre d'altres objectius, afavorir el tràfic de manera que es rendibilitzin, per la via de reducció de costos de negociació, de conflictivitat i resolució, les concretes activitats econòmiques.

De fet, a finals del segle XIX, Espanya havia iniciat ja –com molt bé ha destacat el Dr. Coca– el procés de “modernització, que anava perdent l'ancoratge que havia tingut fins aleshores en el món rústic, per decantar-lo cap al món urbà, i estava en camí de superació de la trilogia propietat-successió-família per unir el seu destí al del contracte, tot presentant el tràfic immobiliari com un objecte fonamental del tràfic jurídic-econòmic. Tot com a conseqüència de quatre fenòmens econòmics que el Dr. Coca ha ressaltat: la desamortització, l'incipient sistema bancari, el ferrocarril i el naixement de l'urbanisme.

Des d'aquesta nova perspectiva, el més rellevant del dret de propietat no era ja –o no era tant– la facultat de gaudi del propietari com la de disposició, i perquè aquesta facultat dispositiva es pogués exercitar eficientment era precis que existís un mínim de seguretat en tot allò que fa referència a la titularitat i a l'objecte del dret, ja que aquesta seguretat és la que garanteix una adequada circulació dels béns immobles i afavoreix el crèdit territorial. I és per assolir aquest objectiu que va néixer una institució, el Registre de la Propietat, que va veure la llum el 8 de febrer de 1861, mitjançant la promulgació de la Llei hipotecària.

Respectant, doncs, el contingut del dret de propietat, que, com ens ha dit

molt bé el Dr. Coca, ha seguit una evolució remarcable des del Codi Civil fins a la Constitució Espanyola de 1978, i atenent-nos per tant a les conseqüències que es poden derivar del contingut d'aquest dret, que comporta el de gaudir i disposar d'una cosa fins on aquest gaudi i disposició compleixin una funció social, sense més limitacions que les establertes en les lleis” –com l’ha definit el Dr. Coca–, i atenent-nos, doncs, a aquest contingut, en el qual jo no he d’entrar, el principi de seguretat jurídica del tràfic –indispensable alhora per a un ordenat creixement econòmic del país– implica que ningú no pugui ser privat d’aquest dret sense el seu consentiment per causes que no va conèixer o que no tenia per què conèixer al moment d’adquirir-lo. I això, perquè el titular d’una dret sobre una cosa –el propietari, si és que de propietat es tracta– no pot ser despullat d’aquest dret a menys que hi presti el consentiment mitjançant un negoci translatiu, ja sigui venent la cosa, permutant-la, donant-la, etc., de la mateixa manera que l’adquirent del dret no pot ser despullat de l’adquisició si no va poder o no degué saber, al temps de fer-la, que duia a terme un acte ineficax.

Totes aquestes qüestions, que hem de relacionar amb l’estàtica i la dinàmica de la propietat són les que ens introdueixen en un fenomen jurídic d’enorme importància per a la seguretat jurídica: el de la Publicitat –de la propietat i, en general, dels drets reals que la puguin afectar–, que esdevé un element clau en la constitució i en la transferència dels drets reals, i, de manera especial, en els de naturalesa immoble, que és als que, per la seva importància, vull fer referència. Fins al punt que la major o menor seguretat del tràfic jurídic radica precisament en la funció de la Publicitat, un fet que repercuteix no sols en la salvaguarda del dret i, per tant, en la seguretat jurídica, sinó també en el desenvolupament de la riquesa i el foment del crèdit territorial, que són objectius de naturalesa econòmica desitjables en una comunitat organitzada. Ja que de ben poc serviria un sistema jurídic que reconegués la propietat si el titular del bé, o l’adquirent d’aquest, no pogués saber amb tota certesa que qui li ha tramés la cosa n’era propietari i tenia capacitat suficient per transferir-ne la propietat.

1. L’organització dels drets de propietat com a mecanisme indispensable per a assegurar un ordenat creixement econòmic.

No és estrany, doncs, que el Banc Mundial, en donar suport financer a diversos projectes per a la implantació i modernització de sistemes registrals en el *World Development Report 1996: From Plan to Market*, afirmés taxativament que “totes les economies de mercat compten amb un sistema formal per registrar la propietat i els béns, amb el fi d’assegurar-ne la titularitat,

les inversions i altres drets públics i privats sobre els béns immobles. [I això perquè] un sistema que permeti registrar la titularitat de la propietat i dels béns immobles... i altres dades relacionades amb la propietat, és una eina essencial per al funcionament adequat d'una economia de mercat". I afegia més endavant que "un Registre de la Propietat resulta fonamental i essencial per al desenvolupament d'una economia de mercat que funcioni. Millora la seguretat de la titularitat i de la tinença, disminueix els costos de les transferències de béns i proporciona un mecanisme de baix cost per resoldre les eventuais disputes sobre els béns".

Així doncs, la contribució decisiva de la seguretat jurídica cautelar en general i, en l'àmbit que ens ocupa, dels sistemes particulars registrals de seguretat jurídica al creixement econòmic, no admet cap mena de dubte. I això ens permet afirmar que, en conseqüència, com més eficientment presti la seva funció un sistema registral, en major mesura podrà contribuir al creixement econòmic.

Les causes per les quals es produeix aquest fenomen en les diverses societats són la conseqüència d'una organització social eficient i, més en concret, de l'establiment d'un sistema eficaç de drets de propietat que fan que valgui la pena d'emprendre activitats socialment productives. Per aquesta raó, els estudis històrics sobre el desenvolupament econòmic revelen que les diferències en la configuració institucional dels drets de propietat en societats amb nivells similars de recursos han contribuït decisivament a les variacions observades de desenvolupament econòmic.

L'essència dels drets de propietat resideix, des del punt de vista econòmic, en el dret d'exclusió, entès, amb majors o menors matisacions, com la facultat reconeguda al propietari de gaudir lliurement dels seus béns i, més específicament, de decidir qui pot o no pot tenir accés a aquests béns i sota quines condicions. Ostentar la propietat d'una cosa és, doncs, veure's protegit contra la possibilitat que d'altres puguin imposar-nos, contra la nostra voluntat, un ús del nostre recurs que no sigui el que nosaltres desitgem.

Dons bé, aquesta és la manera com la configuració institucional dels drets de propietat determinen la renda i, a més, l'estalvi i la inversió en una societat organitzada. És a dir, la renda actual i la futura. Per tant, i en definitiva, el creixement econòmic. Per això, des del punt de vista teòric, l'essencial no és la protecció dels propietaris com a classe social, sinó la protecció del sistema institucional dels drets de propietat, per la qual cosa és necessari que aquests estiguin perfectament definits i atribuïts i que siguin exercitables a un cost baix, mitjançant els corresponents mecanismes de seguretat jurídica.

A més, ens cal també considerar que totes les qüestions jurídiques i econòmiques referents als drets de propietat han experimentat un notable

desenvolupament en els últims anys. Per una banda, han aparegut noves fórmules de propietat (el *software*, per exemple), i per una altra, és evident que, al llarg dels últims cinquanta anys, s'ha consolidat un procés de restricció dels poders tradicionals dels propietaris, de manera que, si bé en el període preclàssic i clàssic del Dret Romà, la propietat s'estirava a la part superior i inferior del terreny (*usque ad Coelum et usque ad Infernos*), avui la trobem molt retallada per dalt i per baix, no ja –o no tan sols– per les legislacions especials en matèria d'aigües o de mines (primeres que van introduir aquest tipus de limitacions), sinó –i bàsicament– per les regulacions administratives que afecten a l'ús del territori, com a conseqüència de les normes urbanístiques.

De tota manera, el dret de propietat no és, tan sols, un dret abstracte que es regeix per un conjunt de principis i de regles, ans és un dret que està arrelat en institucions que poden o no ser capaces de reforçar aquestes regles. Vull dir amb això que cap sistema legal no pot garantir el dret de propietat (amb el contorn i les limitacions que dissenyi la llei) si no té organitzat de manera correcta i eficaç un sistema de tribunals, si no posseeix juristes qualificats que la defensin i si està mancat d'un sistema que garanteixi de manera raonable l'efectivitat del dret.

Per altra banda, i des d'un punt de vista econòmic, no hi ha dubte que, en el camp de les transmissions immobiliàries, tota la problemàtica del tràfic jurídic afecta, no sols a la propietat *strictu sensu*, sinó que, com he apuntat, té alhora importants conseqüències en el vessant econòmic, ja que qualsevol transacció implica un conjunt de costos de considerable importància, la justesa i seguretat dels quals exigeix també un correcte i adequat sistema de seguretat jurídica.

Des d'una perspectiva molt general es pot dir que els costos de transacció són els que sorgeixen quan els individus intercanvien drets inherents a la propietat sobre els actius econòmics i exerceixen els seus drets exclusius. I aquests costos de transacció deriven de la subscripció *ex ante* d'un contracte i del seu control i compliment *ex post*. Costos que, bàsicament, afecten:

1er) A la recerca d'informació sobre la distribució del preu i la qualitat dels productes i de la mà d'obra i la recerca de compradors i venedors potencials, així com de la informació rellevant sobre el seu comportament i d'altres circumstàncies.

2on) A la negociació necessària per descobrir la situació real dels compradors.

3er) A la forma dels contractes.

4rt) Al control de les parts contractants per saber si respecten els termes d'un contracte.

5è) Al compliment d'un contracte i al conjunt de perjudicis derivats de l'incompliment per les parts contractants de les obligacions contractuals.

6è) A la definició dels drets de propietat intercanviats i la protecció d'aquests contra l'abús de tercers.

Atès, doncs, que la hipòtesi d'un mercat perfectament competitiu és la que aconseguix una òptima assignació de recursos i, per tant, una eficiència màxima, i atès també que els costos transaccionals mesuren la diferència existent entre l'assignació efectiva i potencial dels recursos, és forçós que concloem dient que la finalitat fonamental de tot sistema institucional consisteix a reduir en tot el que sigui possible els costos transaccionals i, especialment, els d'informació o d'incertesa que envolten tota transmissió immobiliària.

Doncs bé, els sistemes de seguretat jurídica cautelar o preventiva, en general, són institucions sorgides, precisament, amb aquesta finalitat. I, en l'àmbit que ens ocupa, aquesta és la finalitat essencial dels sistemes registrals immobiliaris, els quals pretenen disminuir la incertesa jurídica en l'àmbit immobiliari reduint, en conseqüència, els costos d'informació jurídica en dit sector. I en la mesura que ho aconseguixin, contribuir a l'eficiència i, per tant, al creixement econòmic.

Cal tenir en compte, a més, que el Registre de la Propietat actua sobre un dels elements centrals del sistema econòmic, com és l'acompliment dels drets de propietat. I hem de tenir en compte que, sense drets de propietat no hi ha mercat, atès que els agents no podrien intercanviar béns si no existís una vinculació entre els propietaris i aquests béns. I això significa que, sense drets de propietat eficients, no hi ha mercats eficients i sense aquests no hi ha creixement econòmic. I això perquè –com he dit– la seguretat jurídica disminueix els costos de transacció i d'informació i fa més eficients els mercats.

En efecte, si imaginem una societat sense un sistema registral, l'hipotètic comprador d'una propietat trobaria moltes dificultats a saber si el venedor és realment l'únic propietari legítim; correria el risc que el dia de demà poguessin aparèixer altres persones que reivindicassin el dret transmès pel venedor, o bé titulars de càrregues (per exemple d'hipoteques) ocultades pel mateix venedor a la fi d'obtenir, malèvolament, un preu major.

En aquesta situació, cadascú hauria de consagrar molt de temps i molts esforços a informar-se sobre l'estatut jurídic dels béns que tracta d'adquirir i investigar les possibles càrregues a què podrien estar subjectes i que el venedor tracta d'ocultar. Les incerteses inherents a dita situació es convertiren en una font de costos personals que el comprador hauria de tenir en compte.

Si la suma de tots aquests costos de transacció (és a dir d'incertesa) arribessin a ser massa elevats en relació amb els guanys futurs que una operació de compravenda pot produir (i quan dic guanys em refereixo no tan sols als econòmics sinó també als d'ordre diguem-ne moral) aleshores la dita operació no es produiria i els recursos quedarien infrutilitzats. A més, cal tenir en compte –i vull subratllar la importància d'aquest aspecte de la qüestió– que en una situació semblant, tampoc el creditor consideraria la propietat així adquirida com una garantia suficient per assegurar la seva inversió creditícia, per la qual cosa, o bé no prestaria, o bé, com deia ja l'exposició de motius de la Llei Hipotecària espanyola de 1861, compensaria aquesta incertesa amb uns interessos exorbitants.

De fet, si ens atenem a l'origen històric de la major part dels sistemes registrals, podem afirmar que la raó inicial de la seva implantació fou de possibilitar que la riquesa immoble d'un individu pogués servir de garantia al crèdit, que ha estat –com sabem– la gran palanca de tota economia moderna (i el gran problema d'avui, un cop els bancs l'han restringit).

I novament ens serveix com a exemple d'això l'exposició de motius de la Llei Hipotecària espanyola de 1861 quan diu que “Nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la propiedad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni ponderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación... la reforma es urgente e indispensable para la creación de Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados”.

La finalitat originària fou, doncs d'assentar sobre sòlides bases el crèdit territorial, per tal que poguessin desenvolupar-se Bancs Territorials i es moderessin els tipus d'interès. I per fer això era indispensable donar certesa al domini i als altres drets reals sobre les coses. No és, doncs, estrany que, el compliment d'aquestes finalitats hagin acabat convertint el Registre de la Propietat en una institució de *law enforcement* fonamental per contenir els costos transaccionals positius, inherents a tota economia de mercat.

He començat parlant de la Publicitat, o el que és el mateix, del que, des del punt de vista juríco-registral en diem el principi de Publicitat, i voldria tornar-hi abans d'entrar al Registre de la Propietat entès com a mecanisme de seguretat en el tràfic jurídic i, de passada, a la diversitat existent de sistemes registrals, perquè aquest principi ha tingut una elaboració llarga i complexa en el dret, ja que el Dret Romà, tan madur en molts aspectes, no

va traspasar la fase d'una publicitat simple: el de la *mancipatio*, negoci formal i solemne que se realitzava davant de cinc testimonis i un *libripens*, que pronunciava una fórmula sacramental; o bé el de la *iure cessio*, sistema de transmissió que es feia mitjançant un procés fingit davant el magistrat, en el qual l'adquirent simulava l'exercici d'una acció reivindicatòria amb l'acceptació del transmitent. Més tard, ja en el Dret pretori, apareixerà la *traditio*, a la qual el Dret justinianeu li donarà la naturalesa d'un mode d'adquirir, que, en espiritualitzar-se per mitjà de les formes de tradició simbòlica, acabarà per consagrar l'admissibilitat de la transmissió immobiliària pel simple consentiment. Però amb la *traditio* no es resoldrà el problema perquè la transmissió immobiliària esdevindrà un acte privat i secret, amb el qual no es tanca la porta al frau ni s'abandona la clandestinitat, per això ens trobem no sols amb la inseguretat del tercer adquirent respecte de la titularitat del propietari, sinó també amb la impossibilitat d'aquest de conèixer –estem, no oblidem, en el marc del Dret Romà– les hipoteques i els altres gravàmens de naturalesa real, que romanen ocults.

El Dret Germànic, menys perfecte tècnicament, té, però, més en compte la necessitat de publicitar els negocis relatius als béns immobles i, en el dret antic, ho fa per mitjà de la *auflassung extrajudicial* (es tractava d'un acte solemne a la mateixa finca davant testimonis); mitjançant l'*auflassung judicial*, que comporta un fenomen força similar a la *in iure cessio* romana; i, entrant ja al segle XII –concretament a la ciutat de Colònia–, a través de la inscripció en registres immobiliaris, encara que no serà fins al segle XV que la inscripció es considerarà com un acte constitutiu de l'adquisició del dret; procediment que farà de la inscripció un requisit constitutiu de la modificació jurídic-real immobiliària i serà admès, en el Dret Germànic, d'una manera més general.

El principi de Publicitat dels drets reals no és, però, un principi aïllat, sinó que es relaciona directament amb un altre: el de Legitimació, al qual el mallorquí Joan Lalaria va dedicar una excel·lent tesi doctoral, "*Legitimación y apariencia*", el qual, aplicat al sistema immobiliari, no significa sinó el reconeixement fet per la norma de la possibilitat concreta de realitzar un acte determinat, a l'objecte que aquest produeixi els efectes jurídics pretesos. I és que la dinàmica dels drets i la seguretat del tràfic exigeixen que els adquirents d'aquests drets siguin protegits com a conseqüència d'haver dut a terme una adquisició aparentment eficaç i, per això mateix, que es doti als adquirents de facilitats per saber amb exactitud si estan duent a terme una adquisició eficaç.

Serà, doncs, el joc d'aquests dos principis, Publicitat i Legitimació –fonamentals en el nostre dret immobiliari– que ens dotarà dels mitjans indispensables per conèixer qui són els titulars del dret –ja sigui de propietat o d'altres limitatius d'aquesta– i quin és l'estat jurídic d'aquests béns. Tot per

donar seguretat i eficàcia al tràfic jurídic, seguretat i eficàcia que no reclamen tan sols les transmissions del domini, sinó també els préstecs de capitals que els prestadors garanteixen amb drets reals sobre la propietat de les finques. Sense una adequada publicitat dels drets i sense les garanties derivades de la legitimació per transmetre'ls o per gravar-los no hi hauria tràfic jurídic segur, i ens hauríem de moure en les nebuloses de les assegurances (els nord-americans en són experts) a les quals han d'acudir els compradors o els prestadors en aquelles països que no s'han sabut proveir d'un eficaç Registre de la Propietat, al qual –i no per art de màgia sinó en benefici de la seguretat jurídica del tràfic–, aquells països que han perfeccionat els mecanismes d'aquesta institució doten fins i tot –és clar que sempre que s'acompleixin determinats requisits– de la facultat de consolidar el dret de l'adquirent derogant el que, en Dret romà era i, de fet, continua essent entre nosaltres, aquella màxima que exigeix que *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, per protegir la raonable confiança que reclama l'aparença jurídica. I és que, en matèria de propietat i de drets reals l'aparença es troba estretament lligada a al Publicitat, perquè, com diu Ladaria, “todo medio de publicidad crea una situación jurídica –la situación publicada– que debe ser tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico”.

2. El sistema registral espanyol.

Des d'un punt de vista teòric, un dels principals problemes que plantegen els sistemes registrals, concebuts com a instruments de seguretat del tràfic jurídic, radica en el fet que, si bé aquests disminueixen costos d'informació, imposen, en canvi, costos de vigilància o de conservació dels drets. I en conseqüència, seran tant o més eficients com major sigui l'estalvi que proporcionin en costos d'informació i menors siguin també els costos de vigilància que imposen a canvi.

D'acord amb això tindrem que –sempre des d'una perspectiva teòrica– seran preferibles aquells sistemes que més disminueixin la incertesa amb un cost relatiu menor.

En la pràctica, l'anàlisi interinstitucional de sistemes demostra també que el nivell de seguretat del tràfic jurídic està en funció directa de la potència assignada als efectes del sistema registral pel sistema jurídico-institucional vigent a cada país. Per això, i des d'aquest punt de vista, es pot afirmar que hi ha, essencialment, tres tipus de sistemes registrals: els de mera publicitat (propis de l'àrea anglosaxona), els de mera inoponibilitat del que no està inscrit respecte del que està inscrit (propis de l'àrea francòfona), i per últim, els de fe pública registral que, sense solució de continuïtat, proporcionen de manera immediata i autosuficient la informació desitjada, a saber: la titularitat, la delimitació del dret, les càrregues que el graven –ja siguin

d'origen negocial, judicial o derivades d'actes administratius—, així com les facultats dispositives del titular. Aquests sistemes requereixen unes altes barreres d'entrada i, allí on s'han imposat, el mercat no ha generat, perquè no els necessita, mecanismes complementaris de seguretat jurídica. En aquest grup són paradigmàtics els exemples d'Alemanya i d'Espanya, els quals tenen un efecte radical: que el dret publicat és l'únic existent (en el cas d'Alemanya) o bé l'únic que necessita conèixer qui pretén contractar (en el cas d'Espanya), la qual cosa s'aconsegueix mitjançant un mecanisme que podem denominar com d' intabulació de drets.

Aquests sistemes registrals de “fe pública” són, sens dubte, els que compleixen en més alt grau les condicions d'eficiència que es persegueixen en tot sistema registral, i són denominats d'aquesta manera perquè la inscripció produeix un efecte, juntament amb altres, que esdevé fonamental: el denominat, precisament, de “fe públic registral”, del què, per acabar ja aquesta resposta, haig de parlar molt breument.

Si bé és cert que al Registre de la propietat hi té accés la documentació pública derivada d'actes judicials o administratius, no hi ha dubte que el gruix de la documentació que hi accedeix és d'origen contractual o derivada d'actes d'última voluntat. D'ací que podríem afirmar que, al nostre país, la seguretat jurídica del tràfic immobiliari descansa, fonamentalment, en dues institucions jurídiques bàsiques: el notariat i el registre de la propietat.

El notari, que la Llei Notarial defineix al seu article primer com “el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”, encarna una institució jurídica a la qual la llei encomana la seguretat en la contractació, (i parlo de seguretat en la contractació perquè, com saben vostès, en el nostre sistema civil, la contractació es pot efectuar perfectament de manera privada i, per tant, extra-notarial). Però aquesta funció notarial de caràcter públic, que dissectiona, especifica i perfila tots els elements essencials que intervenen en la contractació i, a més, en dóna fe a través de l' instrument públic que el notari autoritza, provoca, mitjançant els mecanismes civils del *títol* i el *mode*, la transmissió immobiliària o bé la constitució, modificació o extinció de drets reals sobre un determinat immoble. Però aquesta funció —que és un pilar indiscutible en els mecanismes de seguretat jurídica— es complementa amb una altra, la registral, que, com a conseqüència del principi de Publicitat, té per missió la de garantir les conseqüències derivades d'aquella contractació davant —o front a— les immissions de tercers que no han intervingut en el procediment de transmissió, (i quan dic de transmissió vull dir també de constitució, extinció o modificació) de drets.

En el nostre sistema jurídic, el Registre de la Propietat no és, doncs, un element incardinat en el negoci transmissiu, constitutiu, modificatiu o

extintiu de la propietat o dels drets limitats sobre immobles en general, atès que, en principi, la modificació jurídica es produeix pels mecanismes civils i fora del Registre i, fins i tot es podria també produir sense la intervenció notarial, com a conseqüència del sistema espiritualista fixat a l'article 609 del nostre codi civil. Per tant, en el nostre sistema, el Registre de la Propietat no és un element del negoci, sinó un instrument mitjançant el qual l'Estat estableix la publicitat de tota la dinàmica immobiliària en benefici de la seguretat jurídica.

D'aquí que, amb una definició molt descriptiva i particularment encertada, José Manuel García García hagi definit aquesta publicitat registral com “l'exteriorització continuada i organitzada de situacions jurídiques de transcendència real per produir cognoscibilitat general *erga omnes*, la qual, a més, produeix efectes jurídics substantius sobre la situació publicada”.

I dic això darrer perquè si bé és cert que el sistema espanyol ha permès –com ja s'ha dit– que la propietat i els drets reals neixin, es modifiquin, es transmetin o s'extingeixin fora del Registre (això en principi, perquè hi ha excepcions per alguns d'aquests drets, com per exemple el d'hipoteca, la inscripció de la qual és constitutiva), ha establert en benefici de la seguretat jurídica i del crèdit territorial un sistema de publicitat dels drets al qual atorga unes conseqüències jurídiques fecundes. Bàsicament, les derivades de dos principis hipotecaris correlatius, que són la conseqüència immediata d'aquesta publicitat que provoca la inscripció del dret, com són els de Legitimació i el de Fe pública registral. El primer determina que els assentaments del Registre –que estan sota la protecció dels Tribunals de Justícia– es presumeixin, amb presumpció *iuris tantum* (s'admet, doncs, la prova en contrari), exactes i verços. Com a conseqüència d'això, el titular registral reflectit en aquests assentaments es considera legitimat per actuar en el tràfic jurídic i en el procés com a tal titular.

I he d'introduir en aquest punt, ni que sigui de passada, el reforçament d'aquesta presumpció que pretén el d'altra banda discutible i discutit “Esborrany d'Avantprojecte de Llei de Reforma Integral dels Registres” que acabem de conèixer, el qual estendrà –si és que s'acaba aprovant en aquests termes– els efectes de la inoponibilitat registral a les terceries de domini, tot impedit el triomf d'aquelles que s'interposin sobre la base de títols no inscrits, susceptibles d'inscripció; i modificant també el procediment de prescripció ordinària *contra tabulas*, ja que –segons es diu a l'Exposició de Motius– no es pot apreciar bona fe a l'usucapiant que diu que posseeix en concepte de propietari contra els pronunciaments del registre.

Tornant, doncs, a la presumpció *iuris tantum* de què parlava abans d'introduir aquest petit *excursus* motivat pel coneixement que hem tingut recentment de l'Avantprojecte en qüestió, diré que aquesta presumpció –que

implica, a més, la de possessió dels béns— té com a conseqüència, no sols la inoponibilitat del que no és inscrit al que resulti inscrit al Registre, sinó que provoca també —sempre en benefici de la seguretat jurídica— el doble salt mortal del segon gran principi hipotecari derivat de la publicat: el de Fe pública registral. Perquè, en efecte, aquesta presumpció *iuris tantum* d'exactitud i d'integritat registral, es converteix en una presumpció *iuris et de iure*, per tant, definitiva i inatacable, quan es tracta de protegir el tercer que ha adquirit a títol onerós confiant de bona fe en el que publica el registre i, després, inscriu el seu dret.

En aquest cas, dic, la protecció registral és absoluta per més que, posteriorment, es resolgui o s'anul·li el dret de l'atorgant per causes que no constaven en el Registre. El Registrador, per tant, que en tots els casos qualifica la documentació que se li presenta d'acord amb el dret i a partir de les dades que ja consten inscrites al Registre, com a professional qualificat que és, assumeix ell mateix la responsabilitat de garantir tots els tercers que en el futur vulguin adquirir drets sobre la finca que ha estat objecte de inscripció, una inscripció que —també com hem vist— un cop realitzada sota la responsabilitat del registrador, surt de l'àmbit jurisdiccional d'aquest i queda, plena i fecunda de conseqüències jurídiques, sota la salvaguarda dels Tribunals de Justícia fins al punt que els drets inscrits en el nostre Registre només poden ésser alterats per consentiment dels seus titular —és el denominat principi hipotecari del Consentiment— o bé per resolució judicial.

I amb això he d'acabar. Reitero la meua felicitació al Dr. Coca per la seva trajectòria al servei del dret, amb la convicció que, en uns moments tant delicats com el que ens toca viure, la reflexió, l'estudi i l'excel·lència del pensament poden i han de rendir un gran servei al bé comú. És el que, amb humilitat, però també amb la consciència de construir una obra ben feta, volem dur a terme, sempre al servei del país, els membres d'aquesta Acadèmia. Moltes gràcies.

Palma de Mallorca, 17 de desembre de 2012

VII.- CONMEMORACIÓN DEL 25 ANIVERSARIO DE LA ACADEMIA.

El 24 de Marzo de 1988, ante el Notario de Palma –que ulteriormente fue también Académico– Rafael Gil Mendoza, el entonces Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares Bartolomé Sitjar Burguera otorgó la escritura de fundación de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, en ejecución de acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno de dicho Colegio el día 21 de Enero de 1988.

Al cumplirse los 25 años de dicha fecha se juzgó oportuno realizar un acto académico conmemorativo, no sin dejar de reconocer –como puso de relieve el Presidente de la Academia en la presentación del acto y recalcó después el Académico Eduardo Martínez-Piñeiro– que ello no supuso sino el inicio de un largo camino que se culminó con el decreto 88/1994 de 13 de Junio del Govern balear, que reconocía la Academia como Corporación de Derecho Público, aprobando sus estatutos.

En el acto conmemorativo intervinieron en primer lugar los Académicos Gabriel Garcías Planas y Bartolomé Sitjar Burguera, que narraron las vicisitudes de este largo camino, que ellos con ánimo y energía recorrieron, juntamente con el primer Presidente de la Academia, hoy ya fallecido, Miguel Coll Carreras. Corres - pondió después el turno de palabra a Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, quien fue Presidente de la Academia desde el año 2000 al 2008, narrando su trayectoria presidencial, dirigida

fundamentalmente a solventar la situación económica de la Academia y a dar a conocer la misma a los medios de comunicación y público en general.

Finalizó el turno de intervenciones el actual Presidente Miquel Masot Miquel, el cual relató las experiencias acumuladas durante sus veinticinco años de vida académica, en especial mediante el desempeño de los cargos de Censor y Vicepresidente. Sobre las actuaciones realizadas durante su presidencia, que comenzó en Enero de 2009, y ante la imposibilidad de hacer referencia a todas ellas, se circunscribió a dos actos académicos que consideró especialmente significativos: la presentación del libro patrocinado por la Academia dirigido a conmemorar el 50 aniversario de la Compilación de Derecho civil de Baleares de 1961 y el ingreso en la Academia del jurista menorquín Josep María Quintana por el hecho de desplazarse todos los Académicos a Menorca, poniendo de esta manera de relieve el carácter verdaderamente interinsular de nuestra Corporación. No faltaron en su intervención los recuerdos a los Académicos fallecidos y un capítulo largo de agradecimientos a personas y entidades que hicieron y hacen posible la subsistencia de la Academia.

Todas estas intervenciones se insertan a continuación.

VII.1- VEINTICINCO AÑOS DE CREACIÓN DE LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BALEARES.

Gabriel Garcías Planas

Debemos remontarnos a los primeros meses del año 1988 en los que habiendo venido a mi despacho el Profesor Dr. D. Octavio Pérez-Vitoria Moreno, con quien tuve la suerte de trabajar en Barcelona, tanto en la Universidad como en su despacho profesional, como Abogado, que me planteo la idea de la creación en Baleares de una Academia de Jurisprudencia y Legislación; manifestándome que existían Juristas que justificaban plenamente esta idea –citándome a D. José Zaforteza Calvet, D. Miguel Masot Miquel, D. Miguel Coll Carreras y posiblemente algún otro–.

Tal idea, no cayó en saco vacío y la planteé en la primera Junta de Gobierno del Colegio de Abogados, de la que yo formaba parte, y que estaba presidida por el Decano que fue D. Bartolomé Sitjar Burguera. Éste acogió la idea con gran entusiasmo y me manifestó que me hiciera, cuanto antes, si era posible con los Estatutos de la Academia de Cataluña. Para ello, me puse en contacto con su Secretario el Notario D. José María Puig Salellas quien me los remitió a vuelta de correo. Tras traducirlos del catalán al castellano, se hicieron algunas reformas de adaptación, básicamente en lo referente a su número de miembros –en Cataluña eran 36 y en Baleares iban a ser 20–, y en cuanto al modo de elección de los diez primeros miembros.

Tales Estatutos fueron presentados a la Junta de Gobierno del colegio de Abogados, que los aprobó. Fue entonces, cuando el decano D. Bartolomé Sitjar Burguera compareció en la Notaria de D. Rafael Gil Mendoza el 25 de marzo de 1988 al objeto de formalizar la Escritura fundacional. Día 26 de

mayo de 1988 se celebró en la sede colegial el Acto formal de designación e imposición de medallas a los diez primeros Académicos. Presidieron el Acto D. Antonio Pedrol Rius, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, D. Angel Reigosa Reigosa, Presidente de la Audiencia Territorial de Baleares y el entonces Decano y en la actualidad Académico D. Bartolomé Sitjar Burguera.

El primer Presidente de la Institución fue D. Miguel Coll Carreras, Abogado del Estado, quien desempeño el cargo con gran dedicación, seriedad y altura jurídica. Le sucedió D. Eduardo Martinez-Piñeiro Caramés, Notario, quien como recientemente ha manifestado tuvo dos objetivos prioritarios, la financiación de la Academia y darla a conocer a la sociedad. Ambas cuestiones las desarrolló a la perfección.

Finalmente, en la actualidad preside la Academia D. Miguel Masot Miquel, Catedrático de Derecho Civil de la Escuela de Empresariales, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, quien con gran desvelo viene impulsando la Institución a diversos ámbitos de la Sociedad y fomentando el estudio del Derecho a través de trabajos y conferencias que se publican en el Boletín de la Academia y con la creación de distintas comisiones.

VII.2- 25 ANIVERSARIO DE LA ACADEMIA.

Bartolomé Sitjar Burguera

El año 1988 fue un año de iniciativas fructíferas para el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares:

Revista Missèr: se preparó el nacimiento de la Revista Missèr cuyo primer número se publicó en enero de 1989 y cuya publicación trimestral sigue distribuyéndose, esperando festejar su XXV aniversario.

V Congreso Nacional de la Abogacía. Se consiguió que el Congreso se celebrara en Palma, tras reñida competencia con otros Colegios y se preparó para abril de 1989.

Se acordó fundar la Academia de Jurisprudencia y Legislación cuya otorgación de escritura pública celebramos en este acto.

Fundación:

Junta de Gobierno del Colegio 21 enero 1988.

Escritura Rafael Gil: 24 marzo 1988.

Inauguración y presentación pública presidida por el Excmo. D. Antonio Pedrol Ruiz, Presidente del Consejo General de la Abogacía el 14 de junio de 1988.

Objetivo: Constituirse como entidad de derecho público y contar con la titularidad de Real Academia.

La forman 20 académicos de número, de honor y correspondientes.

Los 10 primeros fueron elegidos por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados tras las propuestas hechas por los últimos tres decanos del Colegio, por el Colegio de Notarios de Registradores, la Universidad y la Junta de Gobierno de la Audiencia Territorial.

Fueron elegidos: los abogados Juan Blascos, Bernardo Cardona, Miguel Coll,

Miguel Massot, Antonio Puerto y Andrés Rullán; el notario D. Rafael Gil –quien había otorgado la escritura de fundación–; el magistrado Francisco Noguera; el profesor de la Universidad Gabriel Garcías y el registrador Juan Vidal.

Como Presidente fue elegido Miguel Coll Carreras.

De los diez, siete ya han fallecido.

Estos académicos fueron quienes a su vez eligieron a los otros diez numerarios.

En marzo de 1997 –finalizado ya mi Decanato del Colegio de Abogados– tuvieron la atención de elegirme a mí supongo que no por méritos, sino en agradecimiento por los esfuerzos en poner en marcha la Academia.

Si bien desde el primer momento la Academia siguió el camino trazado todo fueron obstáculos para que el Ministerio de Educación nos aceptara como corporación de derecho público, ya que había una añeja institución que tenía el derecho de veto y se opuso una y otra vez al reconocimiento del Ministerio. Ello nos obligó al Presidente Miguel Coll y a mí en nombre del Colegio de Abogados a visitar y recorrer las instancias del Ministerio una y otra vez hasta que la Comunidad Autónoma asumió las competencias pertinentes para inscribirnos en el Registro Administrativo de Corporaciones de Derecho Público y Académicas, y con la colaboración y ayuda del entonces Conseller de Cultura y Educación, Tomeu Rotger a quien, una vez más agradecemos su ayuda, se publicaron los Estatutos en el Boletín de la Comunidad el 28 de julio 1994, y con ello dejamos de ser “intrusos” y nos olvidamos de burocracias rancias de Madrid. Y D. Miguel Coll y yo dejamos de viajar.

Aparte de los objetivos estatutarios de la Academia, uno de los principales motivos de su fundación y de su permanencia fue el de “proporcionar un punto de unión para todos los juristas y el medio adecuado para que se reconozca el trabajo realizado para aquellos que dedican una importante labor a favor del Derecho. Ya desde un principio, la entidad efectuó un llamamiento de colaboración para que todos los profesionales del Derecho aportaran sus conocimientos.

Colaboración que se ha cumplido con creces tanto de los profesionales como de las instituciones.

Reconozco que la tarea de llevar adelante la iniciativa de la Academia es de las que me siento más orgulloso de mis diez años de Decanato del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares.

VII.3- CONMEMORACIÓN DEL 25 ANIVERSARIO DEL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA DE LA FUNDACION DE LA ACADEMIA.

Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

De entre el rico refranero español me ha parecido procedente elegir, para iniciar este parlamento, uno de los más conocidos “En casa del herrero cuchillo de palo”.

Quizás alguno de los presentes se sorprendan de esta elección, pero de seguro que rápidamente comprobarán el por qué.

La Academia, nuestra Academia, nació por acuerdo de la Junta de Gobierno del I. C. de Abogados; acuerdo de 21 de enero de 1988, según consta en el Decreto 88/1994, de 13 de Julio, y se constituyó como entidad privada mediante escritura autorizada el 24 de Marzo de 1988 por el desaparecido Notario, y posteriormente Académico, Rafael Gil Mendoza. Fecha que celebramos y consideramos como la de nacimiento de la Academia.

¿Es esto cierto? Me atrevería a decir que sí y que no. Evidentemente como entidad privada creada con el fin principal de investigar y propulsar el Derecho en todos sus aspectos, la respuesta es SI. Tanto es así que cumpliendo lo prevenido en el art. 6 de los Estatutos aprobados y protocolizados, la Junta de Gobierno de este Colegio de Abogados el 26 de mayo de 1988 procedió a elegir los diez miembros de Número, los que podemos calificar de Académicos constituyentes, que fueron: Abogados 6 (Miguel Coll, Miguel Massot, Andrés Rullán, Antonio Puerto, Bernardo Cardona y Juan Blascos); 1 Notario (el mentado Rafael Gil); 1 Registrador (Juan Vidal); 1 Catedrático (Gabriel Garcías) y 1 Magistrado (Francisco Noguera). De los cuales continúan vivos y coleando los Sres. Massot, Garcías y Cardona.

Constituida así la Academia, los Académicos constituyentes comenzaron sus tareas y procedieron a elegir paulatinamente a los demás, hasta alcanzar el número de 20, previsto en los Estatutos.

Hasta el citado D. 88/1994, la Academia actuó como Entidad privada y de ahí el interrogante antes expuesto ¿éramos Academia o no? Evidentemente como corporación de derecho público NO ¿y con personalidad jurídica propia? a la vista del art. 35 C.c., me atrevería a decir que tampoco.

Si esto es así: ¿no resulta más que extraño que la Academia (creada por el Colegio de Abogados, constituida en escritura pública, cuyos miembros eran Letrados, Notarios, Registradores, Catedráticos y Magistrados), hubiera nacido sin ser lo que debía ser “corporación de D° Público con personalidad jurídica propia”, y no es justificable el refrán inicial?.

La razón de esta sin razón hay que buscarla y encontrarla en la falta de competencias de esta C.A. en materia de corporaciones de derecho público con sede central en su territorio.

Y el problema se solucionó cuando nuestra C.A. asumió estas competencias por D. 63/1994, de 13 de mayo; hasta el punto de que justamente 2 meses más tarde, por el repetido D. 88/1994, de la Consellería de Cultura, Educación y Deportes, visto que se había promovido, por persona legitimada, el expediente, que se habían aportado los documentos esenciales, y que los Estatutos adjuntados regulaban las determinaciones prescritas en el art. 4 del citado Decreto, el indicado Consejero, habiéndolo considerado previamente el Consell de Govern en la sesión del día 13 de Julio de 1994, decreto en su artículo único reconocer a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, como corporación de derecho público que se registrará por los Estatutos que figuran en el anexo del repetido Decreto. Ya somos, desde esta fecha, una verdadera Academia con todos los honores.

A finales de 1987 fui elegido Académico de Número; el 27 de enero de 1989 presenté mi discurso de ingreso bajo el título “De nuevo sobre la multipropiedad”, y el 13 de mayo siguiente en el salón de actos de la antigua sede de este Colegio procedí a su lectura. Discurso que fue contestado por Andrés Rullán.

Desde su fundación la Academia estuvo presidida por el siempre recordado Excmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras. Sorpresivamente a principios del 2000 decidió presentar su dimisión como tal y abrir el periodo de presentación de candidaturas. Más sorpresivamente aún el propio Sr. Coll encabezó mi candidatura para sucederle. Hubo dos candidatos: el Excmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau y el que les habla. En primera vuelta se produjo un empate y antes de comenzar la segunda votación, el Sr. Clar renunció a seguir adelante

y como único candidato fui elegido como 2º Presidente de esta Academia, donde permanecí ocho años –el máximo que autoriza el art. 26 de los Estatutos– al resultar reelegido a la conclusión del primer periodo el 13 de diciembre de 2004.

Desde un principio dos fueron los fines que me propuse conseguir durante mi presidencia:

1º) Solventar la situación económica en que se encontraba la Academia.

Para ello había que acudir a suplicar ayuda a todos los Organismos Oficiales:

- en reunión celebrada en Junio de 2000, logramos que el Parlamento, presidido por aquellas fechas por el Molt Honorable Sr. Maximilià Morales, nos subvencionará la publicación de los Boletines de la Academia, firmándose Convenio el 11 de diciembre del mismo año,

- en la visita celebrada el mismo mes de Junio, a la Presidenta del Consell Insular, M. Hon. Sra. M^a Antonia Munar, no conseguimos nada,

- el 6 de Junio de 2001, firmamos un Convenio de colaboración con la Consellería de Presidencia del Govern, en el que se nos otorgaba anualmente una subvención de 600.000 pts.,

- el 9 de mayo de 2001 solicitamos la asociación de nuestra Academia al Instituto de España. Asociación que fue aceptada según escrito de fecha 9 de Julio siguiente, lo que nos permitió en años posteriores participar en la ayuda económica que el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes concedía anualmente a las Academias; la primera ayuda de 3.000 euros se recibió en Octubre de 2003,

- y el 16 de mayo de 2001, solicitamos del Excmo. Sr. D. Fernando de Almansa, vizconde del Castillo de Almansa, Jefe de la Casa Real, que S.M. aceptara el Alto Patronazgo de la Academia –de acuerdo con lo prevenido en el art. 62, j) C.E.– confiriéndole, consiguientemente, el título de Real Academia. Se recibió el 30 de Octubre del mismo año escrito del mencionado Vizconde, informándonos que de momento no era posible despachar la solicitud, ya que las normas internas que regulan la concesión del citado título exigen que la entidad peticionaria posea una antigüedad superior a 25 años, circunstancia que todavía no concurría en nuestra Corporación. Y que si se tiene en cuenta, no la fecha de la escritura, sino la del D. 88/1994 no se cumplirá hasta 2019.

Las ayudas del Parlament, del Govern y del Ministerio solucionaron nuestros problemas económicos, lo que nos permitió subsistir y, poco a poco, sustituir la medalla de Académico por otra de más categoría e imprimir los diplomas de acreditación de Académico de Número que en un principio no

puieron ser entregados en el acto solemne de investidura como prescribe el art. 14 de los Estatutos.

2º) Dar a conocer a los medios de comunicación y publico, en general nuestra existencia.

Labor ingrata y muy difícil de llevar a cabo. Como detalles de la labor realizada podemos recordar:

- la reunión celebrada con el nuevo Presidente de la Real Academia de Medicina, el doctor Alfonso Ballesteros y un responsable de la Academia de Bellas Artes de San Sebastián, de Palma, que tuvo un pequeño eco la Última Hora, del sábado 9 de febrero de 2002,

- la creación del Premio “Luis Pascual González”, atendiendo a una sugerencia del que les habla, para prestigiar el Dº Civil de nuestras Islas y que ya va por la XI edición y que se ha mantenido gracias a la colaboración del Parlament y hasta el pasado año de Sa Nostra. Los Artículos premiados se publican en el Boletín de la Academia; y el premio se entrega en Sesión solemne, a la que se invitan a las Autoridades. El II Premio, que fue concedido a Dª Olga Cardona Guasch “La institució pitiusa de l’acolliment en una quinta part del millorament”, se entregó en abril de 2004 en Ibiza, por ser la premiada de dicha Isla, con asistencia de las máximas Autoridades ibicencas,

- la colaboración en la Revista Missèr del Colegio de Abogados, en principio en el llamado “Rincón de la Academia”, siendo el primer artículo publicado el titulado “Recurso gubernativo contra las calificaciones registrales” del que fui su autor, en el nº 50 de la Revista, Julio 2001, en el que terminaba agradeciendo al Excmo. Sr. Decano D. Lorenzo Ros Sánchez, la ventana que nos había abierto para podernos asomar al exterior con mayor frecuencia,

- marzo de 2003, Mesa Redonda celebrada en el Colegio Notarial, sobre el tema “Voluntades Anticipadas”, con la intervención del citado Presidente de la Real Academia de Medicina, Dr. Ballester, nuestro Académico D. Antonio Pérez Ramos, un representante de la Fundación Aequitas creada por el Consejo General del Notariado para la defensa de los intereses de los discapacitados, y el que ya les está cansando, y

- asistencia a múltiples invitaciones y unos cuantos Congresos y tomas de posesión. Ejemplos, asistencia al IV Congreso de la Conferencia Iberoamericana de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales, organizada por la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación (14, 15 y 16 de diciembre de 2000); firma el 23 de Julio de 2002 del Convenio de Creación de la Revista Jurídica de las Illes Balears en el Consulat de la Mar;

Asistencia en Madrid a la entrega del IX Premio Pelayo para Juristas de reconocido prestigio, concedido a Landelino Lavilla (13 de Noviembre de 2004); asistencia al discurso de ingreso en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña del Notario Elías Campo Villegas (3 de Junio de 2004); participación en Zaragoza en el V Congreso de la citada Conferencia Iberoamericana de Academias (23 al 26 de Noviembre de 2004); y termino con la asistencia al acto de descubrir la placa del “Carrer Lluís Pascual González Jurista”, con la intervención de la alcaldesa de esta capital Sra. Cirer (22 de Marzo de 2007), con entrada por la plaza del Llaç Blau y salida a la calle Joan Ripoll i Trobat (zona de Son Dameto).

Estas y otras muchas más cosas sucedieron durante dichos ocho años, lo cual habría sido imposible sin la ayuda de mis compañeros de Junta de Gobierno y la comprensión de los restantes Académicos, a todos los cuales les expreso mi más profundo agradecimiento.

Y finalizo como hiciera el Presidente de la Real Academia de Medicina de Madrid, profesor Manuel Díaz-Rubio, en enero de 2009: Las Academias no son un cementerio de elefantes. Añadiendo palabras de Manuel Jiménez de Purga, de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: todas nuestras Reales Academias necesitan revitalización; hay que abrirlas a la sociedad y a los problemas que diariamente aparecen en nuestra convivencia. Lo que en ellas se expone debe trascender a la opinión pública.

Muchas gracias!

VII.4- ELS MEUS ANYS DE VIDA ACADÈMICA.

Miquel Masot Miquel

La vida, diuen, dona tristeses, però també sorpreses i alegries. I, certament, l'any 1988 me va donar aquestes dues sensacions –sorpresa i alegria– de forma molt intensa quan me varen dir que se m'havia designat membre fundador de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears.

La satisfacció que me va suposar aquesta distinció no era per ambició personal, que crec que és un dels pocs pecats que no tinc, sinó per l'absoluta coincidència entre les meves activitats i les finalitats de l'Acadèmia. A més de l'advocacia jo me dedicava, en aquella ja llunyana època, a l'ensenyament i a la investigació del Dret, havia realitzat la tesi doctoral sobre una institució del nostre Dret civil propi –la donació universal de béns presents i futurs– i havia publicat altres treballs, entre ells els comentaris dels preceptes de la Compilació relatius al règim econòmic matrimonial, principis successoris, donacions universals, quarta falcídia i –l'avui extinta– llei hac edictali, que varen formar part de la importat obra “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales” que va publicar Edersa; en aquestes circumstàncies ser acollit dins una entitat que tenia com a finalitats el foment de la cultura jurídica, l'estudi i la investigació del Dret i la col·laboració en la reforma de la legislació suposava una satisfacció extraordinària.

Jo sempre he cregut en el principi de la reciprocitat de les prestacions, o com deien els romans *ubi emolumentum ibi onus*, aquí on hi ha un benefici hi ha d'haver també una càrrega. I, per això, el que vaig pensar, al conèixer el nomenament, no va ser –seguint la màxima kenedyana– el que l'Acadèmia podia fer per mi, sinó lo que jo podria fer per a l'Acadèmia. I, d'acord amb aquesta idea, me vaig posar immediatament a la disposició del aleshores President de l'Acadèmia, el recordat i insigne jurista senyor Miquel Coll Carreras.

Però la seva decisió no va deixar de causar-me sorpresa, ja que el seu encàrrec va ser incorporar-me a la Junta de Govern amb el càrrec de Censor, decisió que a mi la veritat no me va agradar gens, ja que sempre he tingut una mentalitat molt liberal, i, a més, creia que totes les censures havien estat abolides amb la implantació de la Constitució de 1978. La lectura dels estatuts de la nostra Acadèmia, continguts en l'escriptura fundacional –el 25é aniversari de la qual avui celebrem– encara me va produir més preocupació, ja que l'article 30 deia “corresponderá al censor velar por la observancia de los estatutos y de los acuerdos corporativos, informar los discursos de ingreso de los Académicos de número, las contestaciones de los mismos, así como sobre cualquier otro trabajo que se vaya a publicar; de igual forma recordará a los Académicos el cumplimiento puntual de las comisiones y de las ponencias que tengan encomendadas”. La conclusió era que el càrrec de censor era una espècie de ca de bou, que havia de posar ordre dintre de la entitat a fi que cap membre de la mateixa s'apartés del recte camí.

A Déu gràcies una cosa va ser el que deien els estatuts i una altre la realitat. El President de l'Acadèmia, el senyor Miquel Coll com he dit abans, va estar absolutament d'acord en que la meva feina quedés limitada al informe dels discursos d'ingrés dels nous membres, ja que no tenia sentit censurar els discursos de contestació, sempre a càrrec d'Acadèmics i, per tant, de persones amb formació jurídica més que acreditada; com tampoc tenia sentit censurar les publicacions que pogués fer l'Acadèmia, ja que era obligat el total respecte a les afirmacions que es feien en els discursos i treballs de les persones que ocupaven la tribuna de l'Acadèmia. Per a tranquil·litat de tots he de dir que, si be en els actuals estatuts de l'Acadèmia, aprovats en sessió acadèmica de 8 de març de 2010, es manté la figura del censor dins la Junta de Govern, ja que la tradició acadèmica així ho exigeix i de fet totes les Acadèmies el tenen, ja ens diuen, a l'article 29, que “correspondrà al censor informar els discursos d'ingrés dels nous Acadèmics de Número, així com les atribucions que li siguin especialment conferides per la Junta de Govern”, quedant, per tant, eliminades totes aquelles competències *non sanctas* de les que parlaven els vells estatuts fundacionals.

La meva experiència de censor va ser molt positiva, ja que la censura dels discursos d'ingrés va quedar limitada a unes converses molt agradables amb els nous Acadèmics sobre les obres per ells presentades, en les que no deixava de exposar el meu punt de vista, ja que me les havia llegit amb deteniment; després de la xerrada venia el corresponent lliurament de la obligada carta al President de l'Acadèmia dient que el discurs era perfectament admissible ja que *nihil obstat*.

Quan va venir després la llarga i fructífera etapa en la que Eduardo

Martínez-Piñero va ser President de l'Acadèmia, que va anar de gener de 2000 a desembre de 2008, vaig tenir també la satisfacció de col·laborar amb ell formant part de la Junta de Govern, en aquesta ocasió com a Vicepresident. Particularment vaig tenir cura dels Premis Luis Pascual González, destinats a guardonar les millors aportacions en matèria de Dret civil de les Illes Balears. Aquests premis varen ser una idea personal del propi President, per la qual l'Acadèmia, i en la realitat tots els operadors jurídics, li esteim en deute; ja van per la onzena edició i han fet possible que importants obres d'investigació s'hagin incorporat a la nostra doctrina civilística. Ha estat per a mi una vertadera satisfacció haver format sempre part del Jurat de aquests premis des de la seva creació.

El fet de haver estat Vicepresident no me donava cap especial *vis atractiva* cap a la Presidència, ja que no suposava de cap manera la canònica figura del “coadjutor con derecho de sucesión”, que existia abans a algunes parròquies, i que suposava el nomenament d'un sacerdot que ajudés al rector per a després succeir-lo com a cap de la parròquia. D'altre banda tampoc se m'havia passat pel cap aspirar a la presidència. Però una sèrie de circumstàncies ho varen propiciar. Quan finalitzaven els vuit anys de presidència –el màxim possible segons els estatuts– de Eduardo Martínez-Piñero, alguns amics de l'Acadèmia me demanaren insistentment que me presentés al càrrec a les properes eleccions, que s'havien de celebrar al desembre de 2008. Estava també la meva indubtable estimació a l'Acadèmia, de la qual abans he parlat i considero que he demostrat sempre amb les meves actuacions. I també hi concorrien circumstàncies personals. Jo m'havia ja jubilat de la meva feina de Magistrat del Tribunal Superior de Justícia i podia per tant dedicar a l'Acadèmia el temps que fos necessari, ja que no estava dins els meus plans dedicar-me novament ni a l'Abogacia ni tampoc a l'ensenyament, que són oficis massa durs per a una persona ja major com era jo. A més, no podia oblidar que, quan me vaig jubilar, la meva estimada esposa me va dir que un home jubilat, a partir de les nou del matí, fa molta nosa a casa seva. I, certament, ha estat una bona idea anar cada matí al estudi –ara ja no es despatx, perquè no despatxo amb ningú– des de on puc estudiar amb tranquil·litat els tan interessants temes jurídics que la realitat del nostre dies ens presenta, i, en especial, els que per a mi tenen més motivació, que són els referits a les institucions del nostre Dret civil; a més de tenir cura de l'Acadèmia que, en uns temps una mica complicats com són els d'avui en dia, suposen mes feina i més dedicació de la que es podria suposar.

D'aquesta manera vaig ser elegit President de la Acadèmia i vaig començar la meva actuació al gener de 2008, formant part d'una junta de govern en la que estaven els senyors Bartomeu Sitjar com a Vicepresident,

Tomás Mir de la Fuente com a Secretari, Antoni Monserrat com a Censor, Bernat Cardona com a Tresorer i Pere Antoni Aguiló com a Vicesecretari, a tots els quals agraeixo el seu consell i la seva col·laboració, així com a la Senyora Maria Pilar Ferrer Vanrell i al senyor Jaume Ferrer Pons que s'han incorporat a la Junta de Govern al desembre del passat any.

Una idea que tenia al començar la meva tasca de President era la de “vendre” l'Acadèmia. Comprenc la seva alarma –ja que, si més no, tots estem escarmentats– però m'explicaré: Recordant les coses que any darrera any havíem fet, examinant els nou Bolletins de l'Acadèmia que ja dúiem publicats, s'imposava un més ample coneixement de la entitat i de les seves actuacions, ja que n'era de la major evidència la seva importància. Vaig pensar que podria resultar d'interès aprofitar l'existència de la revista *Missèr del Col·legi d'Advocats* per donar ressò de les activitats acadèmiques. Així, en el número de gener de 2009 vaig publicar un article titulat “L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears”, en el que contava la història i les aportacions de l'Acadèmia durant els 20 anys que havien transcorregut des de la seva creació. Malauradament aquest 20 anys ens havien portat també tristes notícies com varen ser la mort de set companys acadèmics, començant per la del fundador de l'Acadèmia, el senyor Miquel Coll Carreres, i seguint amb les del Magistrat Sr. Francesc Noguera Roig, els Registradors senyors Juan Vidal Perelló y Francisco Téllez Miguélez i els Advocats senyors Andreu Rullàn, Antoni Puerto y Joan Blascos. Tots ells es varen fer sobradament mereixedors de la gratitud de l'Acadèmia i les seves virtuts jurídiques i personals varen ser lloades a les corresponents sessions necrològiques.

I, seguint amb l'idea de fer conèixer les nostres activitats, vaig procurar donar major amplitud a la presència de la nostra Corporació a la revista *Missèr*, continuant amb els articles doctrinals a càrrec del membres de l'Acadèmia, però també amb puntuals cròniques del actes realitzats. La major extensió d'aquestes col·laboracions va determinar el canvi de nom de la secció, que de “El recó de l'Acadèmia” va passar a ser “Les pàgines de l'Acadèmia”. Aquesta idea de proporcionar coneixement de les nostres activitats ha culminat recentment en la creació d'una pàgina web, dedicada a l'Acadèmia, en la qual hem tingut el suport de la Conselleria de Presidència.

Resulta certament impossible fe referència a tot quant al llarg d'aquest quatre anys i mesos en que vinc estant al front de l'Acadèmia s'ha realitzat, però permeteu-me que faci una petita referència a dos actes concrets.

El dia 2 d'octubre de 2009 va tenir lloc a la sala d'actes del Consell Insular de Menorca, plena de públic i amb l'assistència de totes les autoritats de la Illa –i d'altres vingudes des de Mallorca– l'acte solemne d'ingrés a la

Corporació, com Acadèmic de Número –cobrint la vacant del primer President de l'Acadèmia, el menorquí senyor Miquel Coll Carreras– del destacat jurista, també de Menorca, a més de filòleg i novel·lista, senyor Josep Maria Quintana. El seu ingrés a l'Acadèmia el recordaré sempre per dos motius.

El primer motiu fa referència a la qüestió de la contestació al discurs d'ingrés. És sabut que les tradicions, i els estatuts, exigeixen que, després de la lectura del discurs, contesti, en nom de l'Acadèmia, un Acadèmic de número, que designa lliurament el President de la Corporació. En aquest cas el títol del discurs d'ingrés era el següent: “Llengua i dret a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. Una opció per la llengua pròpia”. I podeu pensar, sense ser mal pensats, que donat el fet de estar al davant d'una matèria jurídica nova –el Dret lingüístic–, i donades també les opinions enfrontades que, malauradament, a vegades acompanyen el tema de la llengua, no era fàcil elegir el company que volgués acceptar l'encàrrec de la contestació. Fins que un nom se me va imposar amb força: Fèlix Pons Irazazabal. Vaig visitar Felix en el seu despatx del carrer Joan de Cremona, li vaig exposar el motiu de la meva visita i li vaig entregar el discurs de Josep Maria Quintana. Fèlix va acceptar l'encàrrec amb molt de gust, no just per la seva bona amistat amb el nou Acadèmic, sinó també perquè, per a un esperit jurídicament inquiet com el seu, no deixava de ser una engrescadora experiència entrar dins nous temes jurídics com són, en definitiva, els del Dret lingüístic. Va anar passant el temps i, malauradament, quan ja havíem fixada la data de la cerimònia d'ingrés, vaig rebre la trucada del amic Fèlix, que me dona notícia de la greu malaltia que l'afectava i, conseqüentment, de la seva impossibilitat de participar en l'acte acadèmic. Així va ser com jo vaig rebre la notícia de la greu indisposició d'aquell company d'Acadèmia, gran jurista, gran persona i gran polític, a més de gran amic, que va ser Fèlix Pons Irazazabal.

Però, a la vora d'aquest record inevitablement trist, hi ha el record agradable del que va suposar la cerimònia d'ingrés a l'Acadèmia de Josep Maria Quintana. I és que l'Acadèmia va demostrar que n'és una Corporació de totes les Illes Balears i no va dubtar un moment en celebrar aquest acte a Maó, a on ens varem desplaçar quasi tots els membres de l'Acadèmia, participant en una cerimònia lluidíssima, celebrada a la sala d'actes del Consell Insular de Menorca, plena d'un selecte públic que va recolzar a l'insigne menorquí que passava a formar part de la nostra Corporació. Tanmateix, la referència a aquest acte no seria completa sinó fes constar, a més, l'agraïment al Acadèmic senyor Pere Antoni Aguiló, que va haver de preparar en poquíssim temps el discurs de contestació que el recordat Fèlix no va poder redactar, i l'agraïment també al nou Acadèmic per totes les atencions que va tenir amb els membres de l'Acadèmia durant la nostra

estada a Menorca, atencions que la varen convertir en un cap de setmana inoblidable.

No puc deixar de tractar també, encara que sigui breument, d'una sessió acadèmica de molt grata memòria, com va ser la que varem celebrar el dia 19 d'abril del any 2011, dia en que es varen acomplir 50 anys de la llei de 19 d'abril de 1961, que va aprovar la Compilació del Dret civil especial de Balears. No hem d'oblidar, en aquest punt, que una de las finalitats de la nostra Acadèmia és l'estudi i investigació del Dret, en especial del Dret propi de la nostra Comunitat. Era lògic, per tant, que en el si de l'Acadèmia es pensés en la necessitat de donar al cinquantenari de la Compilació de 1961 la deguda divulgació, ja que, a pesar dels seus defectes –entre ells el raquitisme i les clamoroses mancances– va suposar la seguretat jurídica que dona sempre el Dret compilat. I va ser general la consideració que la millor manera de fer la commemoració seria mitjançant l'edició d'un llibre centrat en la Compilació, en una visió ample comprensiva del seu passat, present i futur. Però com no es podia per menys que reconèixer que a l'Acadèmia no teníem suficients mitjans personals i materials per a portar endavant la tasca, varem acudir a una col·laboració amb la Facultat de Dret, a través de la catedràtica, i avui Acadèmica, senyora Maria Pilar Ferrer, i amb l'Institut d'Estudis Autònoms, dirigit aleshores pel senyor Lluís Segura, i va ser així com va néixer el llibre “El Dret viscut. 50 anys de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears (1961-2011)”, en el que destacats especialistes del nostre Dret estudien els antecedents històrics de la Compilació, el seu caràcter innovador, l'aplicació de la Compilació a Mallorca, a Menorca i a Eivissa i Formentera, la relació de la Compilació amb l'Estatut d'Autonomia i les seves perspectives de futur, les modificacions de la Compilació des de 1961, la seva interpretació i integració per part de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia, que, en aquesta matèria, és el nostre Tribunal de Cassació, una especial referència a les lleis civils sectorials que queden fora de la Compilació, com són les de parelles estables i voluntats anticipades, un estudi sobre el futur del nostre Dret successori a Europa i una relació de materials per el estudi del Dret civil de les Illes Balears.

Aquest llibre va ser presentat en un acte solemne que va tenir lloc el mateix dia en que es va aprovar la Compilació –19 d'abril– 50 anys després, en el que varen pronunciar parlaments el degà del Il·lustre Col·legi d'Advocats senyor Joan Font, el president del Tribunal Superior de Justícia senyor Antoni Terrasa, la consellera d'Innovació, Interior i Justícia senyora Pilar Costa, el President de l'Acadèmia senyor Miquel Masot, la catedràtica de Dret civil de la UIB senyora Maria Pilar Ferrer, el President de la Comissió Assessora de Dret civil senyor Miquel Coca i la Presidenta del Parlament senyora Aina Rado. Tots ells varen posar de relleu la importància

que va tenir en el seu moment l'aprovació de la Compilació, pel fet de ser l'inici d'un camí que ens ha de portar a un ordenament jurídic desenvolupat i adequat a la realitat social dels nostres dies.

En definitiva, el llibre commemoratiu dels 50 anys de la Compilació de 1961 serà un testimoni *ad perpetuam memoriam* acreditatiu que als operadors jurídics de les nostres Illes no les va passar per alt aquest aniversari, sinó que varen valorar degudament el que va suposar la vella Compilació de 1961 com a punt de partida cap a un ordenament jurídic més complet i realista.

És totalment impossible, i seria un abús de confiança per part meva, donar siquiera una relació dels discursos d'inauguració dels cursos acadèmics, discursos d'ingrés de nous Acadèmics i les corresponents contestacions, conferències i taules redones que s'han vingut celebrant durant aquest quatre anys i mesos que he tingut l'honor –i la considerable tasca– de presidir l'Acadèmia. Com tampoc hi ha temps de tractar dels importants informes de les Comissions Acadèmiques de Dret Públic i de Dret Privat sobre temes jurídics de gran importància per a les nostres Illes; ni dels Premis Luis Pascual González que, any darrera any, s'han vingut lliurant a obres destacades del nostre Dret civil, enriquint així la doctrina sorgida entorn de les institucions civils pròpies. La història de totes aquestes realitzacions es troba ben conservada en els Bolletins de l'Acadèmia i en les cròniques de la revista *Missèr*. En aquest sentit, ha resultat gratificant comprovar com, en la mesura de les nostres possibilitats, hem anat donant compliment a les finalitats de la nostra Acadèmia que, com deia al principi i com diuen els estatuts que la regeixen, són l'estudi i la investigació del Dret, en especial del Dret propi, el foment de la cultura jurídica i la col·laboració en la reforma de la legislació.

Però, certament, no es pot dir que a la vida tot son satisfaccions i alegries, sinó que sempre hi ha les crues realitats que ens recorden el pas efímer de les persones per aquest món. Línees abans m'he referit a la mort del company i amic Fèlix Pons Irazazabal. Malauradament ell no va ser l'únic membre de l'Acadèmia que ens va deixar durant aquests quatre anys i mesos que he vingut ocupant la presidència. El 6 de març de 2010 ens va deixar Raimundo Clar, prestigiós Notari, profund coneixedor del nostre Dret, i també, com Fèlix, persona bolcada en els demés, fins al punt que va deixar per uns anys la seva notaria per ajudar a realitzar la transició política i el naixement de la nostra Autonomia. Però és que, a aquesta llista de il·lustres juristes i encara millors persones, si va afegir l'any següent Rafel Gil Mendoza, al qual hem d'aplicar, sense cap dubte, els mateixos qualificatius. Va ser per a nosaltres un immens honor tenir-los a l'Acadèmia i la seva mort ha suposat una pèrdua irreparable.

I tan sols me queda una qüestió a tractar per a tancar la meva intervenció, que té molta importància. És la dels agraïments. Tota aquesta tasca científica i doctrinal que s'ha vingut realitzant al llarg de 25 anys no hagués estat possible de no contar amb la generosa intervenció i col·laboració de moltes persones i entitats. El primer agraïment ha de ser al Il·lustre Col·legi Advocats de les Illes Balears, en el si del qual va néixer l'Acadèmia, i en especial al senyor Bartomeu Sitjar, que n'era el Degà l'any 1988. Ell, juntament amb els senyors Miquel Coll i Gabriel Garcias, varen ser els grans impulsors de l'Acadèmia. Agraïment també als excel·lentíssims senyors Degans que han vingut després –senyors Llorenç Ros, Joan Font i, en la actualitat, Martín Aleñar–, que sempre han recolzat les activitats acadèmiques i en els qui hem trobat en tot moment una entusiasta col·laboració; agraïment molt sincer i molt efusiu al personal que ha fet i fa feina en el Col·legi d'Advocats, dels quals sempre hem rebut i rebem una ajuda que, de no existir, quasi feria impossible la nostra subsistència. Agraïment també als Advocats, i als membres dels altres operadors jurídics (Notaris, Jutges i Magistrats, Registradors, Secretaris judicials, Procuradors, Funcionaris, Professors, entre d'altres), i al públic en general, que han assistit als nostres actes acadèmics i, amb la seva presència, ens han estimulat per a fer-ne més i millors.

El capítol d'agraïments ha de seguir dirigint la nostra mirada cap a les institucions polítiques, que sempre, en totes les alternances que hi ha hagut en el govern de la nostra Comunitat, han estat conscients de la importància de la nostra tasca, donant-nos unes ajudes que, tot i la seva modèstia, per a nosaltres eren i són de gran importància, ja que són les úniques que tenim. Me refereixo al Parlament de les Illes Balears que, en virtut d'un conveni que existeix des de fa molts d'anys, ens ajuda en la dotació dels Premis Luis Pascual González i en la publicació dels Bolletins de l'Acadèmia; i va ser precisament molt reconfortant sentir dir fa uns dies en aquesta tribuna a la Molt Honorable Senyora Margalida Duran, Presidenta del Parlament, que aquestes modestes ajudes tindrien continuïtat. I me refereixo també a la Conselleria de Presidència del Govern Balear, i al seu Conseller Honorable senyor Antonio Gómez, amb la que tenim firmat el corresponent conveni per a coadjuvar a generar coneixements, en matèria jurídica, i transferir-los a la societat. Agraïment en aquest cas extensiu i personalitzat en la Direcció General de Relacions Institucionals i Acció Exterior i, en especial, a la Directora General Ilma Sra. Maria del Carme Lliteras Arañó, al Cap de Departament senyor Bartomeu Mora i als demés eficients funcionaris que allà hi treballen.

Queda la part més important dels agraïments, que va dirigida als membres de l'Acadèmia. Si la nostra Corporació té una presència activa

entre els operadors jurídics de la nostra Comunitat, si s'està treballant en molts de fronts jurídics i s'estan acomplint les finalitats pròpies de l'Acadèmia, és perquè hi ha un conjunt d'homes i dones que ens fan el regal de posar els seus comprovats i extens coneixements jurídics a la nostra disposició, robant hores, en moltes ocasions, al descans i al oci. D'altra banda, sempre he estat absolutament convençut que, per obvies raons d'edat i, en ocasions, d'estat de salut, no es pot demanar el mateix a tots els membres de l'Acadèmia. Per aquesta raó, des del primer moment en que vaig accedir a la Presidència, la meva actuació, quant a possibles col·laboracions del Acadèmics, va ser demanar-les tan sols als que bonament poguessin i volguessin fer-les. I si algú no podia realitzar-les, ja el seu personal prestigi i l'experiència acreditada per haver viscut molts d'anys en el món del Dret, eren motius més que suficient per agrair i estar orgullosos del fet de que formin part de la nostra Corporació. Per tot això, vull que les meves darreres paraules expressin una molt afectuosa abraçada a tots els companys de l'Acadèmia, ja que és cert que entre tots formam una gran família jurídica.

Moltes gràcies.

VIII.- X PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ.

Los Premios Luis Pascual González, dedicados a las obras enriquecedoras del acervo doctrinal de nuestro Derecho privado, tienen ya tras de sí una larga tradición, pues en esta ocasión se ha llegado a su décima edición.

El trabajo premiado de la Doctora y Profesora Titular de Derecho civil de la UIB Beatriz Verdera Izquierdo trata de un tema actualísimo como es la compensación económica del trabajo para la casa. Da idea de ello el hecho de haberse regulado la materia tanto en el Código civil como en la mayoría de Derechos territoriales autonómicos, estando también previsto un acercamiento al tema en el “Avantprojecte de llei de règim patrimonial del matrimoni” elaborado por la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear, el cual ha sido ya finalizado y entregado formalmente al Govern.

En el trabajo galardonado, surgido a consecuencia del estudio realizado en el seno de un proyecto de investigación centrado en el principio de igualdad, se comienza haciendo referencia a las abismales desigualdades que entre los cónyuges se daban en nuestra legislación histórica, para exponer a continuación el concepto de trabajo para la casa, señalando las diversas actividades que pueden integrarse en el mismo, y la necesidad de su compensación económica; indicando sobre la misma que no se trata de igualar los patrimonios de los cónyuges, sino de atenuar las consecuencias de las situaciones discriminatorios que se producen cuando uno de

ellos se ha dedicado en mayor medida a la familia con merma de sus expectativas patrimoniales.

Se analiza esta compensación del trabajo para la casa como institución paralela a la pensión compensatoria y se examina finalmente la normativa aplicable en nuestro Derecho, señalando que la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears se ha visto absolutamente superada por la Ley de Parejas Estables.

**VIII.1- LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA
POR TRABAJO PARA LA CASA EN LA COMPILACIÓN
DE DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES.
CONFIGURACIÓN Y CONSECUENCIAS.¹**

Beatriz Verdera Izquierdo

1.- Este trabajo se realiza en el seno del Proyecto de investigación I+D DER 2010-18053, “El principio de igualdad ante el Derecho Privado”, siendo la investigadora principal la Dra. Beatriz Verdera Izquierdo.

ÍNDICE

1. Planteamiento. La igualdad entre los cónyuges.
2. La Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears y el trabajo para la casa.
 - 2.1. Situación actual.
 - 2.2. Sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico Balear. La analogía.
3. La regulación del trabajo para la casa en el Código Civil. El artículo 1438 del Código Civil.
4. Concepto de trabajo para la casa o para el otro cónyuge.
 - 4.1. El trabajo para la casa.
 - 4.2. El trabajo para el otro cónyuge sin retribución o con una retribución insuficiente.
5. Fundamento de la compensación económica.
 - 5.1. La desigualdad patrimonial.
 - 5.2. El régimen de separación de bienes.
 - 5.3. Enriquecimiento injusto. Desequilibrio patrimonial.
6. Presupuesto y cálculo del importe de la compensación.
 - 6.1. La idea de la sobrecontribución o sobreaportación.
 - 6.2. La existencia de servicio doméstico.
 - 6.3. Duración e intensidad del trabajo para la casa.
 - 6.4. Remuneraciones indirectas o retribución en especie.
7. Relación entre la compensación económica y la pensión compensatoria.
 - 7.1. Distinta naturaleza jurídica de las instituciones.
 - 7.2. Compatibilidad entre la compensación económica y la pensión compensatoria.
8. Regulación de la compensación económica en distintas Comunidades Autónomas.
 - 8.1. Navarra.
 - 8.2. Valencia.
 - 8.3. Catalunya.
 - 8.4. Aragón.
9. Bibliografía.
10. Jurisprudencia citada.

1. Planteamiento. La igualdad entre los cónyuges.

El Capítulo I del Título III del Libro IV del Código Civil recoge las Disposiciones generales del régimen económico matrimonial, que nos conduce ante normas que regulan el régimen económico matrimonial primario, en particular el art. 1318 Cc establece: “Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio”, entendemos por carga del matrimonio los gastos necesarios para el sostenimiento de la familia y si acudimos al artículo 1362.1 Cc dichos gastos se concretan: “Serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1a El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia”.

En el presente estudio, nos vamos a centrar en la contribución de carácter personal a dichas cargas del matrimonio en el seno del régimen económico de separación de bienes que nos puede conducir a una compensación económica, regulada en el art. 1438 Cc. La referida compensación económica por razón del trabajo para la casa se debe tratar desde la vertiente de las cargas del matrimonio que nos sitúa ante la regla de la proporcionalidad, en defecto de pacto (art. 1438 Cc), y a la igualdad entre los cónyuges en el seno de la institución matrimonial (art. 66 Cc), por dicha figura se pretenden corregir las desigualdades que se pueden producir al liquidar el régimen de separación de bienes. Por ello, la trascendencia de la computación surge en el momento de extinción del régimen económico matrimonial, debido a que constante matrimonio los criterios de contribución son flexibles y quedan al arbitrio de los cónyuges.

Esta compensación económica se entiende si partimos de una concepción tradicional del matrimonio donde el marido se ocupaba de traer los ingresos, debido a la situación de desigualdad contemplada en el Código Civil, que nos llevaba a figuras como la licencia marital y la potestad marital, entre otras. Así, tiene su razón de ser en aquellas sociedades patriarcales en las cuales la mujer se dedica al cuidado del hogar y los hijos y, quien trae los ingresos es exclusivamente el varón quien se ve liberado o excusado –por tal motivo– de las obligaciones personales que suponen los hijos y la dirección del hogar. Siendo también aplicable a aquellas parejas en que los dos miembros trabajan fuera del hogar pero uno de ellos se dedica, en mayor medida, al trabajo del hogar.

Antes de promulgarse la Constitución encontramos distintas leyes que

van paliando algunas de las grandes discriminaciones contenidas en el Código Civil. La Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican ciertos artículos del Código Civil y por la que se otorga cierta capacidad de obrar a la mujer; la Ley 56/1961, de 22 de julio referente al reconocimiento de derechos políticos, profesionales y de trabajo; la Ley 31/1972, de 22 de julio por la que también se modifican algunos artículos del Código Civil y, la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Muestra de esta evolución es la incorporación del art. 62 al Código Civil que expresamente concretó: “El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges”.

Se debe tener en cuenta que la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 ya proclamaba formalmente la igualdad en el art. 25: “No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas”, a su vez, el art. 43 concretaba: “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos...”, no teniendo dicho precepto un reflejo en la sociedad debido a que la concienciación social estaba muy lejos de dichos postulados.

De acuerdo con los principios constitucionales de 1978 y teniendo como fundamento el art. 14 CE: “los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... sexo... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, el art. 32 CE el cual establece: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” y, el art. 149.1.1a CE que otorga competencia exclusiva al Estado en materia de igualdad, se han ido dictando toda una serie de leyes para solventar dichas discriminaciones. Tal es el caso de la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, por dicha ley se otorgó nueva redacción al art. 66 Cc: “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”²; la Ley 11/1990, de 15 de octubre sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, por la que se sustituyó en una serie de preceptos el término “mujer” por el de “cónyuge” o “esposa”; la Ley 40/1999, de 5 de noviembre sobre nombre y apellidos y orden de los mismos; Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios. Y, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

2.- La reforma del Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio introdujo la referencia a los “cónyuges”.

Asimismo, cabe puntualizar sobre alguna de las llamativas discriminaciones recogidas en la redacción originaria del Código Civil, por ejemplo, hasta la reforma operada en 1981 la mujer debía obedecer al marido, art. 57 Cc. Ante esta situación se producían una serie de situaciones paradójicas como era el hecho de que la mujer no podía salir del hogar familiar antes de los 25 años y adquiría la nacionalidad³ y la vecindad civil del marido, de acuerdo con el principio de unidad familiar: “la mujer seguirá la condición del marido” (art. 14.3 Cc). En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges determinaba: “La regla de una rigurosa unidad de la familia pudo tener un fundamento social en los momentos históricos en que las comunidades nacionales eran compartimentos muy replegados sobre sí y poco comunicadas. Por ello se consideraba necesario que la familia, como cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado, fuera exponente también de la rígida unidad familiar”, así por la Ley 51/1982, de 12 de julio, se modificaron los artículos 17 a 26 del Cc sobre nacionalidad⁴, aunque, las referencias discriminatorias respecto a la vecindad civil continuaron hasta la reforma de 1990.

Otros conceptos discriminatorios a destacar son la licencia marital o la representación marital. La mujer no podía realizar ningún tipo de acto con trascendencia patrimonial sin contar con el consentimiento del marido hasta 1975, excepto en Cataluña y Baleares; no podía ser albacea o aceptar o repudiar una herencia sin la licencia marital, tal como recoge el Preámbulo de la Ley de 1975: “En orden a la prestación del consentimiento en los contratos, se ha hecho desaparecer el vejatorio apartado tercero del artículo mil doscientos sesenta y tres, que asimilaba a la mujer a quienes física y psíquicamente carecen de los presupuestos normales de la capacidad”.

Debido a la representación marital el marido actuaba por cuenta de la mujer en cualquier acto de importancia y, particularmente, en juicio, así lo determinaba el artículo 60 Cc hasta 1975. Cabe también destacar que la administración de la sociedad de gananciales estaba en manos del marido hasta 1981. Asimismo, determinadas leyes tenían un tono discriminatorio

3.- Al respecto: STC 39/2002, de 14 de febrero, que declara la inconstitucionalidad del art. 9.2 CC que recogía la preferencia de la ley nacional del varón. Interesante es al respecto la obra de LOZANO SERRALTA, Manuel, La nacionalidad de la mujer casada, Información Jurídica Española, T. VI, Madrid, 1953.

4.- Con posterioridad hay que tener en cuenta la Ley 18/1990, de 17 de diciembre sobre la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad.

como la Ley 25/1971, de 19 de junio de protección a las familias numerosas que hacía referencia al “cabeza de familia” para referirse al varón, al igual que el Código Civil, a consecuencia de dicha redacción se dictó la STC 241/1988, 19 de diciembre.

En el ámbito internacional también encontramos una gran profusión de normas en materia de igualdad como la Convención por la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1979 que entró en vigor en 1981 y, se crea el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW), las distintas Conferencias Internacionales sobre la materia como la adoptada en Beijing en 1995 o, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General en la Resolución 217A (II) de 10 de diciembre de 1948, en particular su art. 2.

2. La Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears y el trabajo para la casa

2.1. Situación actual.

La Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears, no recoge la compensación por razón de trabajo para la casa, únicamente al tratar las cargas del matrimonio en el art. 4.1 establece: “Los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia.

Si se incumpliere, total o parcialmente, este deber por parte de uno de los cónyuges, podrá el otro solicitar del Juez que adopte las medidas oportunas a fin de asegurar su cumplimiento”.

De acuerdo con dicha regulación la referida compensación económica debe ser aplicada con suma cautela al tener la redacción de la institución una excesiva generalidad.

El régimen económico del matrimonio regulado en nuestra Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares es completo por lo que no le es aplicable la previsión contenida en el art. 1438 Cc, en relación a la compensación económica por razón de trabajo para la casa, tal como lo ha manifestado la STSJB de 3 de septiembre de 1998 (RJA 8505) y en el mismo sentido lo resalta la SAP de las Islas Baleares de 18 de febrero de

2005 (AC 527), sentencia que específicamente alude a la posible aplicación del art. 1438 Cc en nuestro territorio: “En supuestos de separación matrimonial, además de la pensión compensatoria se podrá plantear en el momento de la liquidación del régimen económico si procede hacer alguna atribución patrimonial de uno a otro cónyuge, pero en el supuesto del régimen de separación de bienes se establece en el artículo 4 de la Compilación balear, contrariamente a lo que sucede en el artículo 1438 del Código Civil no se alude a la existencia de una compensación por el trabajo que se realice para la casa. Siguiendo el espíritu de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia plasmado en la sentencia de 3 de septiembre de 1998, el régimen económico del matrimonio es completo, sin que quepa incorporar algunas previsiones del Código Civil, como pudiera ser el artículo 1320 o el ahora citado 1348”.

Al respecto cabe citar la STSJIB de 24 de marzo de 2010 (JUR 4019), que trae causa de una sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia en la que se adoptaron las correspondientes medidas. A dicha sentencia se interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto por la Sección 3a de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares y se centró en la modificación de la pensión por alimentos y en la compensación por el trabajo realizado para la familia que se fijó en 100.000 €. En particular, el esposo recurrente, interpone dos motivos de casación, uno principal y uno subsidiario: “En el primero denuncia infracción del Ordenamiento Jurídico Balear “concretamente del Derecho Civil Balear Especial (Libro I, de la Isla de Mallorca) artículos 3, 4 y 5 de la Compilació de Dret Civil a les Illes Balears” y sostiene que la sentencia de la Audiencia y la del Juzgado de Familia no 20 de esta Ciudad “aplican indebidamente al supuesto enjuiciado normativa ajena a nuestro Derecho Foral propio, por lo que ambas resoluciones... se oponen a la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y a las normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma” ya que el artículo 1438 del Código Civil no es de aplicación, ni puede ser aplicado, como norma sustantiva a la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes de la Isla de Mallorca, regulado por los artículos 3, 4, 5 y 67 de la Compilació de Dret Civil a les Illes Balears, Libro I, pues ello supone además infracción de los artículos 1.7 y 13.1 del CC español” que ambas sentencias vulneran dichos preceptos al haber omitido la aplicación del Derecho Civil propio, habiendo optado por la aplicación directa del Código Civil estatal que no resulta de aplicación a un matrimonio regulado por el régimen de separación de bienes de la Isla de Mallorca”.

El Fundamento Jurídico Tercero, de la STSJIB de 24 de marzo de 2010 (JUR 4019), se plantea el silencio de la Compilación de las Islas Baleares en

relación a la compensación por razón del trabajo para la familia, a pesar de la reforma del art. 4.1 CDCIB por la Ley 8/1990, de 28 de junio. Al respecto establece: “Esta compensación provoca discrepancias en la doctrina pues si algún autor aplaude “la intervención de una idea comunitaria en el régimen de separación”, otros la critican por introducir “una regla anómala en el régimen de separación, ya que se traduce en una corrección comunitaria impropia de tal régimen”, o porque “representa un jornal, el sueldo de una empleada doméstica, que la mujer –o, en su caso, el marido dedicado a muchacha para todo– puede reclamar aunque su cónyuge no haya obtenido ganancias durante el matrimonio”, o por tratarse de “un salario devengado y no cobrado, lo que contradice los principios de cualquier régimen económico matrimonial”, o de un “salario diferido”, o de una “indemnización por paro”, o por no tenerse en cuenta “el enriquecimiento del otro cónyuge como presupuesto del crédito a la compensación” y varios, en fin, propugnan una interpretación correctora.

2.2. Sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico Balear.

La analogía.

El artículo 1.3 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares establece el sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico Balear: “En defecto de Ley y costumbre del Derecho balear se aplicará supletoriamente el Código Civil y demás leyes estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento Jurídico”.

A falta de regulación expresa en la ley y a falta de costumbre de la referida compensación por el trabajo realizado por uno de los cónyuges a favor de la familia, se deberían aplicar los preceptos del Código Civil y demás leyes estatales en tanto no contradigan los principios del Ordenamiento Jurídico Balear. Ante esta situación el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares aplica analógicamente la Ley 18/2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables de las Islas Baleares debido a su detallada redacción que –en algunos casos– sobrepasa a las parejas unidas por vínculo matrimonial; para, de esta forma paliar dichas desigualdades y no tener que acudir, debido a la existencia de una laguna de ley, al Código Civil al considerarse completo el Ordenamiento Jurídico Balear en este extremo.

Tal como manifiesta la STSJIB de 3 de septiembre de 1998 (RJA 8505): “Una tercera cuestión, en esta última hipótesis, sería la de constatar si existe, o no, costumbre o principio informador del Derecho Balear que regular el caso, ya que éstos –la costumbre y los principios informadores baleares– constituyen el Derecho supletorio aplicable en primer lugar (artículo 1 apartados segundo y tercero de la Compilación) en defecto de la

ley; mientras que el Código Civil –es necesario destacarlos– está relegado al último lugar, como Derecho supletorio (según regula claramente el recién citado artículo 1 de la Compilación.)”

Si acudimos a la Ley Parejas Estables de las Islas Baleares el art. 5 referente al régimen económico del matrimonio tiene en cuenta el trabajo para la familia: “En defecto de pacto, cada uno de los convivientes contribuirá al sustento de las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia”.

A su vez, dicho trabajo para la familia puede dar lugar a una compensación económica sustentada, de acuerdo con la redacción de la actual Ley de Parejas Estables, en la existencia de un enriquecimiento injusto. Dicho enriquecimiento injusto nos lleva a una situación de desigualdad patrimonial, art. 9.2 LPE: “El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos:

a) Que el conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja.

b) Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia”.

Como se ha manifestado, la desigualdad patrimonial a que se refiere dicho precepto: “implica el aumento de un patrimonio en detrimento del patrimonio del otro, producida constante convivencia, que sea consecuencia de la aportación económica o del esfuerzo del miembro de la pareja que no ha visto incrementado el suyo”.⁵ A falta de dicha regulación hay determinados sectores que consideran que dicha compensación puede ser adoptada de acuerdo con la institución del enriquecimiento injusto, si bien, con posterioridad matizaremos tal extremo.

Así, tanto la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares mediante el art. 4, como la Ley de Parejas Estables por el art. 9, abordan dicha institución para supuestos de extinción del matrimonio o pareja estable respectivamente por causa de nulidad, separación o divorcio, en cambio, el Código Civil de Cataluña (Llei 25/2010, de 29 de julio, del Llibre según del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família) también establece la posibilidad de solicitar tal compensación en caso de extinción del régimen

5.- FERRER VANRELL, M^a Pilar, “Comentario al artículo 9 de la Ley de parejas estables de las Islas Baleares” en Comentarios a la Ley de parejas estables de las Illes Balears, Institut d’estudis autonòmics, Palma de Mallorca, 2006, p. 216.

de separación de bienes por causa de muerte, ahora bien, se recoge con cierto límite “siempre y cuando los derechos que el causante le haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o que le correspondan en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería”, art. 232-5.5 CCCat. Dicha regulación conlleva que para calcular la cuantía de la compensación se deberán determinar los derechos sucesorios a los efectos de liquidar el régimen económico, pero, la misma no se podrá calcular si previamente no se ha liquidado el régimen económico⁶.

En relación a la referida aplicación analógica de la Ley de Parejas Estables a uniones matrimoniales para supuestos no contemplados en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, en primer lugar se debe constatar si se dan los presupuestos contemplados en el Código Civil (art. 4.1), para poder proceder a aplicar dicho precepto analógicamente, encontrando entre dichos requisitos: la identidad de razón.

Abundando sobre el particular, la STSJIB de 24 de marzo de 2010 (RJA 4019) establece: “En el aspecto jurídico el matrimonio es el modelo seguido para diseñar la LPE. En su Exposición de Motivos se lee “se ha considerado oportuno hacer una regulación consonante con la Compilación de Derecho civil de les Illes Balears” y su articulado no sólo caracteriza a las parejas estables por una relación de afectividad análoga a la conyugal, como hemos visto, sino que guarda estrecha relación con el esquema y contenido de la Compilación y, además, dedica las dos Disposiciones adicionales y la Disposición final segunda a mantener la equiparación de la pareja estable al matrimonio en el ámbito normativo propio de esta Comunidad...Por todo lo dicho hay que concluir que entre ambos supuestos se da la “identidad de razón” prevista en el artículo 4 del CC para la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante, de modo que ha de integrarse el artículo 4.1 de la CDCB, como posibilita su artículo 1, con el contenido del artículo 9.2 de la LPE”.

Las distintas leyes autonómicas de parejas estables contemplan la compensación económica por trabajo para la familia, tal es el caso de la derogada Ley catalana 10/1998, de 15 de julio y el actual Código Civil de Cataluña (Libro Segundo)⁷; la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio reguladora de parejas estables⁸; la Ley de Extremadura 5/2003, de 20 de

6.- En este sentido SOLÉ RESINA, Judith, “La quarta domèstica o crèdit de participació reduït”, InDret, 2/2010, p. 7.

7.- Dichos preceptos se transcriben a lo largo del presente estudio.

8.- Artículo 5.5: “En defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación e desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.”

marzo de parejas de hecho⁹; la Ley 2/2003, de 7 de mayo reguladora de las parejas de hecho del País Vasco¹⁰ o la Ley 1/2005, de 16 de mayo de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria¹¹.

2.3. Intentos de reforma. Los trabajos de la Comisión Asesora de Derecho Civil de las Islas Baleares.

La controversia doctrinal explicaría que ni en el Proyecto de Ley tramitado con el número RGE 502/1986 por el Parlamento de las Illes Balears sobre Compilación del Derecho Civil de Baleares, BOPIB n° 59 de 27 de marzo, que caducó de conformidad con el artículo 182 del Reglamento de dicha institución, de 4 de junio de 1986; ni en el Proyecto de Ley tramitado con el número RGE 775/1987, remitido nuevamente por tal motivo, y publicado en el BOPIB n° 2 de 18 de septiembre de 1987, mencionara dicha compensación. Tampoco se hacía en la memoria justificativa de la Comisión Compiladora de Juristas de Baleares para la actualización de nuestro Derecho Civil, que el Gobierno Balear asumió en su integridad y que transcribió literalmente en la Exposición de Motivos de los Proyectos de Ley mencionados, ya que, según se ha publicado, dicha Comisión “no estimó oportuno establecerla”.

El texto del párrafo primero del artículo y número indicados era, en ambos Proyectos, idéntico al que figura en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares a diferencia de la redacción del mismo artículo en la Compilación de 1960, en el que solamente se decía: “En régimen de separación de bienes cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan haciendo suyos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio”.

9.- Artículo 7: “En el supuesto de que se produzca la extinción en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.”

10.- Artículo 6.2 b): “Una compensación económica a favor del miembro de la pareja que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el otro miembro, en el caso de que se haya generado por este motivo una desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.”

11.- Artículo 9: “En el caso de que se produzca la disolución en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambas partes integrantes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por la parte conviviente perjudicada que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para la otra parte integrante.”

Al primer Proyecto de Ley se presentaron 13 enmiendas por el Grupo Parlamentario Socialista, 14 por el Grupo Parlamentario Mixto y 63 por el Grupo Parlamentario Ezquerra Nacionalista Partit Socialista de Mallorca (PSM) y, al segundo, 62 por el Grupo Parlamentario PSM-Entesa de l'Esquerra de Menorca, 16 con el Grupo Socialista, 4 por el Grupo Parlamentario Unió Mallorquina (UM) y 26 por el Grupo Parlamentario Centro Democrático y Social (CDS), sin que ninguna de ellas versara sobre la referida “compensación”. Es forzoso concluir que el Parlamento de las Islas Baleares no quiso introducirla en 1990.

Ahora bien, si acudimos a los trabajos realizados por la Comisión Asesora de Derecho Civil¹², en los últimos tiempos, comprobamos que ha habido distintos intentos de reformar el régimen económico matrimonial y con ello la incorporación de dicha compensación económica. En el año 2007 la Comisión Asesora de Derecho civil de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, presidida por la Dra. Da María Pilar Ferrer Vanrell e integrada por nuevos miembros debido al cambio de gobierno, redactó una propuesta que fue aprobada el 23 de marzo de 2007 por el Consell de Govern de la Comunidad Autónoma, atinente a los preceptos referidos al régimen económico del matrimonio aplicables a Mallorca y Menorca, pero, quedaron pendientes de reforma los aplicables a Eivissa y Formentera, dicha propuesta fue aprobada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, si bien, debido a la disolución del Parlamento consecuencia de la convocatoria de nuevas elecciones quedó en “agua de borrajas” dicha propuesta.

Con dicha propuesta se pretendía realizar una reforma completa, global y cerrada del régimen de separación de bienes. A dicha reforma nos referimos debido a que la misma hacía especial hincapié, en el artículo 27, a los “Derechos resarcitorios” y con tal denominación abarcaba la compensación económica a la que hacemos referencia en estas páginas, así el tenor del precepto establecía:

“1. Cuando se disuelva el régimen económico de separación de bienes, por separación, divorcio, nulidad matrimonial, muerte o declaración de fallecimiento, el cónyuge perjudicado podrá reclamar una compensación económica de carácter resarcitorio, siempre que se haya producido a favor del otro un incremento patrimonial injusto, si concurre alguna de las siguientes causas:

1º Que haya trabajado para el otro cónyuge colaborando en su profesión o industria, sin remuneración o con remuneración insuficiente.

12.- Decreto 229/1999, de 22 de octubre de la Consejería de la Presidencia (BOCAIB, nº 136, de 30 de octubre).

2º Que haya contribuido a la adquisición o mejora de los bienes del otro cónyuge, ya sea económicamente, ya sea trabajando de forma exclusiva para la familia.

2. En los supuestos de pactos en previsión de ruptura o de acuerdos tomados en mediación familiar se estará a lo pactado.

3. La reclamación de tales derechos deberá efectuarse en el procedimiento de separación, divorcio o nulidad; y en los supuestos de resoluciones eclesiásticas, que hayan obtenido la eficacia civil, en el procedimiento correspondiente.

En los supuestos de muerte o declaración de fallecimiento, la reclamación deberá efectuarse en el plazo de un año que se contará desde la muerte del cónyuge o declaración de defunción y sólo podrá dirigirse contra sus herederos.

Salvo acuerdo entre las partes o por decisión judicial, el pago deberá hacerse en metálico y en un plazo máximo de tres años, incrementado en el interés legal que corresponda”.

A continuación, el art. 28 de dicha propuesta de modificación, regulaba la pensión compensatoria, si bien, asimilándola en cierto sentido o acercándola con su redacción a la compensación económica por razón del trabajo para la familia cuando, como se comprobará con posterioridad, son instituciones diversas que tratan de compensar supuestos diferentes y, en consecuencia, son compatibles. Así, dicho artículo 28 tenía el siguiente tenor: “1. En los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, el cónyuge que no pueda atender de forma adecuada su mantenimiento, como consecuencia de su dificultad para la incorporación laboral, podrá reclamar una pensión compensatoria, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1º Que el cuidado de la familia constante matrimonio haya disminuido su capacidad para obtener ingresos.

2º Que tenga atribuida la custodia de los hijos y su cuidado le dificulte gravemente la actividad laboral”.

Con posterioridad, se conforma otra Comisión Asesora de Derecho Civil presidida en este caso por el Dr. D. Miguel Coca Payeras, la misma el 29 de abril de 2011 procedió a aprobar un anteproyecto de Ley del régimen patrimonial del matrimonio, que en el momento de redactar estas líneas se encuentra pendiente de tramitación parlamentaria y el mismo tal como establece la Exposición de Motivos se configura como una forma: “D’aixecament directe, que són el treball per a la família i l’aportació de l’ús de l’habitatge. Es regula el crèdit indemnitzatori a favor d’un dels cònjuges pel treball per a la família i se n’estableix la compatibilitat amb la pensió compensatoria”.

Así, con carácter particular el artículo 9 establece la compensación por trabajo para la familia:

“1. El treball per a la fami_lia és una de les formes d'aixecament directe de les càrregues familiars si no és retribuït o compensat, i si ho és de manera insuficient, computarà la diferència.

2. S'entèn per treball per a la família el treball per a la casa, la cura i l'atenció dels membres que convisquin en el domicili familiar i la col.laboració no retribuïda en l'actividad empresarial o professional de l'altre cònjuge.

3. La valoración del treball realitzat per a la família, a falta de pacte, correspon a l'autoritat judicial, que n'ha de ponderar el cost, l'eventual incidència en l'increment patrimonial d'un dels cònjuges i la pèrdua d'oportunitats.

4. Quan el valor del treball fet per un dels cònjuges o el còmput de la diferència sigui superior al que estava obligat a dur a terme, té dret al valor d'aquest excés. Aquest crèdit indemnitzatori és compatible amb la pensió compensatòria que preveu l'ordenament de l'estat però s'hauran de reclamar conjuntament perquè es pugin ponderar”.

Se comprueba que tanto la Exposición de Motivos como el articulado califica dicha cantidad a recibir como “crédito indemnizatorio” no, como compensación económica.

El principio conductor del presente trabajo, como es el principio de igualdad, se refleja en este tipo de compensación económica y, concretamente, se recoge de forma expresa en el Título I, en particular, en las Disposiciones Generales de este anteproyecto de Ley de régimen patrimonial del matrimonio, el cual a día de hoy se encuentra pendiente de su tramitación parlamentaria. El artículo 2 contempla los principios con carácter general, el artículo 2.1. establece: “La regulació de les relacions econòmiques derivades del matrimoni s'inspira en el principi de plena igualtat entre els cònjuges, de protecció de la família i dels seus membres discapacitats o en situació de dependència, de protecció integral dels fills menors i de llibertat de pacte, sense més limitacions que les que estableix aquesta Llei”.

Y, el artículo 3 recoge la igualdad entre los cónyuges de forma expresa: “1. Els cònjuges tenen en el matrimoni els mateixos drets i deures d'ordre domèstic i en relació amb la cura i l'atenció dels restants membres de la família.

2. Els cònjuges s'hauran de facilitar l'un a l'altre informació suficient i periòdica sobre la gestió del seu patrimoni, ingressos i activitats econòmiques, amb vista a la presa de decisions sobre la forma de subvenir a les necessitats familiars”.

Asimismo, la propia Exposición de Motivos de la Ley alude a tal principio en el apartado 4.1. “Es divideix en sis títols, començant pel dedicat a les disposicions generals sobre l’objecte i l’àmbit d’aplicació de la Llei, i els principis en què s’inspira, amb especial desenvolupament de les diferents facetes del principi d’igualtat entre cònjuges quant a drets i deures, direcció familiar i domicili”.

3. La regulación del trabajo para la casa en el Código Civil. El artículo 1438 del Código Civil.

El artículo 1438 Cc regula la compensación económica por razón del trabajo para la casa, el mismo fue introducido en el Código Civil por la reforma que tuvo lugar por la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, siendo reflejo de otros preceptos recogidos en Ordenamientos de nuestro entorno¹³.

13.- Tal es el caso del art. 143.3 del Codice Civile: “Estrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo a contribuire ai bisogni della famiglia.” El art. 1676: (Dever de contribuir para os encargos da vida familiar).

1. O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cònjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.

2 - Se a contribuição de um dos cònjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cònjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação.

3 - O crédito referido no número anterior só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação.

4. Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cònjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.

El art. 1792. Reparação de danos.

1 - O cònjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cònjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns.

2 - O cònjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.o deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cònjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio, ambos del Código Civil portugués; el parágrafo 1360 del BGB y el art. 1515 Code francés, De la mejora. “Podrá pactarse en capitulaciones matrimoniales, que el cónyuge superviviente, estará autorizado a detraer de la comunidad, antes de toda partición, bien una cierta suma de dinero, bien ciertos bienes en especie, o bien una cierta cantidad de una especie determinada de bienes.”

Art. 1438 Cc: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

Se configura desde el punto de vista de la contribución a las cargas familiares por parte del cónyuge que no dispone de un trabajo remunerado y, a su vez, es el detonante para la obtención de una compensación económica a la extinción del régimen de separación de bienes.

Dicho precepto, al recoger la compensación económica por el trabajo para la casa referida al régimen de separación de bienes, es una muestra más de la necesidad de regular toda una serie de instituciones que nos conducen paulatinamente a la consecución de la igualdad formal.

En el régimen de separación de bienes debemos partir del principio de proporcionalidad, contemplado en el art. 1438 Cc, desde el momento en que se produce una ruptura en dicha proporcionalidad la misma debe ser compensada para evitar un desequilibrio entre los patrimonios. A lo largo del articulado del Código Civil en materia de Derecho de Familia se hace continua referencia a dicha contribución equitativa o proporcional, incluso si acudimos al art. 155.2 Cc en relación al deber de los hijos quienes contribuirán: “equitativamente, según sus posibilidades”.

Así, no se trata de conseguir la igualdad entre los cónyuges de forma que los dos contribuyan con los mismos recursos sino, con la misma proporción de acuerdo con sus respectivos ingresos, que nos conducirá a conseguir esa igualdad en relación a sus recursos económicos.

Tal regulación es una previsión normativa aplicable a todos aquellos matrimonios que provienen de una situación de desigualdad plasmada en el Código Civil y que ha perdurado durante largos años y, debido a la ruptura posterior de un matrimonio regulado por el régimen de separación de bienes, se hace preciso una comunicación entre patrimonios.

En los últimos tiempos debido a la cambiante realidad social, donde los dos miembros de la pareja, en la mayoría de casos, son autosuficientes y debido a que la concepción tradicional del matrimonio para toda la vida también está cambiando, puede ocurrir que con el paso del tiempo dicha compensación tenga otra fisonomía, es decir, no la solicitarán las mujeres como mayoritariamente ocurre en la actualidad, sino quizá los hombres ya sea frente a su mujer o frente a otro hombres derivado de la cambiante realidad actual que nos sitúa ante los matrimonios homosexuales. Si bien, nos encontramos ante una situación heredada donde predominaban aquellas

discriminaciones hacia la mujer quién contribuía en especie al sostenimiento de la familia y, consecuentemente, al levantamiento de las cargas familiares. Por ello, en la actualidad se plantean estos problemas heredados del pasado a los que el derecho debe dar solución. Dicha compensación¹⁴ caerá en desuso en tanto los dos miembros de la pareja trabajen fuera del hogar, aunque, cobra pleno sentido en caso de que sólo uno de los cónyuges trabaje, ya sea el hombre o la mujer. En tales casos, también será necesario computar dicho desarreglo y debido a la actual situación económica, derivada de la cual en muchos hogares uno de los miembros se encuentra sin trabajo, cobra plena vigencia tal precepto.

Tal como se expresa alguna Audiencia Provincial, tal es el caso de la SAP de Murcia de 5 de mayo de 2009 (JUR 339456): “se trata de un precepto lacónico en su redacción, pese a la trascendencia de la institución que regula, e incongruente y anómalo con la separación de bienes, pues parece contradictorio que se otorgue una compensación a quien precisamente quiso acogerse a un régimen jurídico en el que cada uno de los partícipes aceptó que todo aquello que adquiriese durante su vigencia fuese exclusivamente suyo”.

Así, todo matrimonio será libre de establecer los pactos que considere oportunos en atención a la contribución de tipo personal de las cargas del matrimonio, tal como determinó la SAP de Valencia de 7 de julio de 2001 (JUR 274492): “no debemos olvidar que la crianza y educación de los hijos así como el cuidado del hogar implica un gran esfuerzo y dedicación, en mayor medida, si cabe, en los primeros años de vida de los niños. Ante esta coyuntura corresponde a ambos progenitores optar por el sistema que consideren más acertado para hacer frente a ello. Pueden decidir que sean ambos, quienes de forma conjunta e igualitaria realicen tales tareas en su totalidad repartiendo entre ambos el tiempo y el esfuerzo que ello exija, limitando o reduciendo los dos su posible dedicación horaria, de formación y de proyección profesional. Pueden igualmente elegir que en algunas o en todas las tareas indicadas les auxilien terceras personas, con lo que los gastos familiares se verán incrementados de forma notable al tener que sufragar sus salarios, o bien pueden optar porque sea uno de ellos el que asuma las obligaciones materiales que el cuidado, educación de los hijos y demás atenciones de la familia exigen, incluso abandonando su actividad laboral y su correlativa formación y proyección profesional, situación en la que no se le atribuye ninguna retribución”.

Y, en cualquier caso, no se trata de conceder poder de disposición sobre

14.- En este sentido SOLÉ RESINA, Judith, “La compensació econòmica per raó de treball en el règim de separació de béns”, Revista Jurídica de Catalunya, n° 3, 2001, p. 59.

determinados bienes propiedad del otro cónyuge sino: “el derecho que al respecto tal norma confiere es simplemente la de posibilitar la obtención de una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación, en cómputo para el caso proporcional a sus respectivos recursos económicos en el supuesto de que hayan contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio, pero no el de atribuir dominio sobre los bienes convirtiendo en comunes los que sean privativos de uno de los cónyuges”. STS de 14 de febrero de 1989 (RJA 836).

4. Concepto de trabajo para la casa o para el otro cónyuge.

4.1. El trabajo para la casa.

A lo largo del Código Civil encontramos dos referencias al trabajo para la casa, una contenida en el art. 103.3 Cc: “Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicara a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad”. Y, en particular el art. 1438 *in fine* Cc: “El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

El “trabajo para la casa” al que alude el precepto se refiere a aquella dedicación de uno de los miembros de la pareja a la familia y, por consiguiente, a las labores domésticas (limpieza del hogar, cuidado de los niños, ropa, aseo, educación, colegio, comida, labores administrativas del hogar...) ¹⁵ lo que le ha conllevado no poder ejercitar su profesión u obtener recursos económicos fuera del matrimonio y, asimismo, ha supuesto un ahorro para la economía familiar.

15.- Como manifiesta GETE-ALONSO, María del Carmen, “La compensación económica derivada de la liquidación del régimen de bienes de separación (art. 23 C.D.C.C)”, La Llei, 1996-2, p. 628, “en el aspecto material y moral (espiritual), y los trabajos de dirección, gestión y administración del hogar familiar”. PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen. El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 1998, p. 254 lo define como: “la actividad y dedicación dentro del hogar atendiendo las necesidades de los miembros de la familia, cuidando de los hijos, llevando la buena marcha o dirección de la casa e incluso las gestiones administrativas y burocráticas realizadas fuera del hogar (contratar suministro de agua, luz, pago del IRPF, etc...)”. DOMENGE AMER, Bartolomé, “El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes”, Revista Jurídica de Navarra, 1993, p. 79, incluye en dicha concepción: “la dedicación de un cónyuge a la satisfacción de las necesidades alimenticias, arreglo del hogar, atención a los componentes del grupo familiar, la labor de dirección de la casa y aún las gestiones administrativas y burocráticas realizadas fuera del hogar conyugal.”

En relación al concepto de trabajo doméstico legislaciones de diversas Comunidades Autónomas, tal es el caso de la Catalana (art. 232.5.3 CCCat) y Valenciana (12.2), incluyen en tal concepto el cuidado de hijos, personas mayores o dependientes a cargo de los cónyuges. En Aragón el art. 310.1.b) del Código de Derecho Foral de Aragón se refiere a la dedicación a los hijos del otro conviviente.

En las Islas Baleares el anteproyecto de Ley de régimen patrimonial del matrimonio al que nos hemos referido con anterioridad de 29 de abril de 2011, a través de una interpretación auténtica determina que: “S’entèn per treball per a la família el treball per a la casa, la cura i l’atenció dels membres que convisquin en el domicili familiar i la col.laboració no retribuïda en l’actividad empresarial o professional de l’altre cònjuge”. Cabe puntualizar que la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares utiliza el término “trabajo para la familia” y, en cambio, el Código Civil el concepto “trabajo para la casa”, al respecto cabe hacer referencia a FERRER VANRELL¹⁶ quien siguiendo al Dr. Badosa manifiesta: “La familia estricta es la que está formada por el matrimonio y los hijos. La Casa es una noción ampliada de familia, en la que el matrimonio no determina la creación de una nueva Casa, sino la incorporación de uno de los cónyuges a la Casa del otro; generalmente era la mujer que se incorporaba a la Casa del marido”. Así, la Compilación de Derecho Civil de las Islas Balears se refiere a “familia”, y exclusivamente en el art. 68 recoge el concepto “casa” al abordar el usufructo universal capitular.

Además, no es preciso que se dedique exclusivamente a dicho trabajo sino que “no exige que aquella actividad en el hogar sea absoluta y exclusiva, bastando que sea predominante frente al otro cónyuge”. (SAP de Asturias de 2 de marzo de 2010, JUR 144763).

Como manifiesta PARA MARTÍN¹⁷, “el trabajo supone una auténtica prestación de servicios en interés de la familia”, es decir, no es suficiente el no tener un trabajo remunerado fuera del hogar sino que el miembro de la pareja que pretende dicha compensación económica debe haber trabajado activamente en el hogar.

Algún autor manifiesta que dicho trabajo doméstico no se circunscribe a

16.- FERRER VANRELL, M^a Pilar, Lecciones de Derecho Civil Balear, Universitat de les Illes Balears, 2001, 1a edición, p. 112 y página 164 2a edición, 2003.

17.- PARA MARTÍN, Antonio, “El derecho de compensación económica por razón de trabajo”, Rev. Jurídica de Catalunya, 1999-2, p. 321.

las labores caseras “sino que el trabajo doméstico, se traduce también, en cierta medida, en la realización de una serie de tareas que forman un escalón intermedio entre la pura afición, a la vez que puedan llenar los ratos de ocio, lo que supone, en ocasiones, una fuente suplementaria de ingresos familiares (actividades como la realización de bordados, pequeñas reparaciones domésticas, diversos trabajos manuales, venta del excedente de la huerta familiar, etc); siempre y cuando pueda desarrollarse tal actividad en el hogar familiar, sea compatible con el mismo y no moleste la normal convivencia de sus miembros”.¹⁸

No se debe tratar de una simple expectativa, por muy brillante que pudiera haber sido el expediente académico, porque si dicha persona se dedica voluntariamente a las labores del hogar ello no supone renuncia a su exitosa carrera, al ser un mero futurible. Es decir, se debe tratar de un hecho, de una realidad, de haber renunciado a una exitosa carrera ya encauzada.

Por ello, jurisprudencialmente se requiere una pérdida del “coste de oportunidades económicas”, en este sentido la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000 (RJA 142570): “La realización del fin que la norma pretende, es la restitución de una situación de desigualdad patrimonial en perjuicio de uno de los cónyuges, cuando haya supeditado parte de sus expectativas personales y profesionales a la familia y al otro cónyuge, y resulte de ello un enriquecimiento injustificado para quien, siquiera sea indirectamente, ha podido prestar mayor dedicación a la profesión o a los negocios que quien ha perdido lo que la doctrina ha denominado “coste de oportunidades económicas”.¹⁹ Al igual que el anteproyecto de ley balear de régimen patrimonial del matrimonio al que hemos hecho referencia que alude a la “pèrdua d’oportunitats” para valorar el trabajo realizado para la familia.

Ahora bien, hay que comprobar si voluntariamente se ha hecho dejación de la incorporación al mundo laboral, porque “ninguna pérdida de coste de oportunidad se ha producido respecto de la persona, que tras una jornada laboral externa, efectúa el trabajo doméstico; ni para la persona cuya misión es la de dirigir un servicio doméstico, sin que ella participe físicamente en tales tareas; ni para la persona que realice el trabajo del hogar, porque tenga asumido que no quiere desempeñar una actividad retribuida para un tercero”²⁰. En este sentido se ha manifestado que “una de las obligaciones que nacen del matrimonio se plasma en el deber de colaborar en los intereses

18.- PASTOR ÁLVAREZ, op. cit., p. 255.

19.- Al igual que la SAP de Barcelona de 27 de marzo de 2000 (RJA 142554).

20.- ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio, “La compensación económica por razón de trabajo, en el régimen matrimonial de separación de bienes en Catalunya”, Boletín Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 40/2002.

de la familia, y si uno de los esposos por causa no justificable no desarrolla su propia capacidad de trabajo, estaría violando una de las obligaciones que le incumben como integrante del núcleo familiar”.²¹

A los efectos de concretar tal concepto se puede acudir al Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, en particular el art. 1.4 respecto a su ámbito de aplicación establece: “El objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos”.²²

Sobre el concepto de trabajo para la familia cabe citar la STSJIB de 24 de marzo de 2010 (JUR 4019) al concretar: “Lo que sea trabajo para la familia se comprende bien por la misma expresión que es similar a la de trabajo en el hogar familiar, que usa la citada Resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, a la de trabajo para la casa, del CC, o la de trabajo para el hogar común, que utilizan varias de las Leyes Autonómicas analizadas y que lo amplían al trabajo realizado para el otro conviviente siempre que lo sea sin retribución o con retribución insuficiente.

La jurisprudencia habla de dedicación al trabajo y atención al hogar (STS de 8 de mayo de 2008) o, de trabajo doméstico y dedicación a la familia o, del trabajo y atención en el hogar (STS de 12 de septiembre de 2005) o, de la atención doméstica del demandado (STS de 11 de diciembre de 1992) o, del supuesto en que un conviviente se dedicó en exclusiva a la atención del otro conviviente y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material (STS de 17 de junio de 1997).

Se ha detallado el ámbito objetivo del “trabajo para la casa” para concluir que también lo será la realización de tareas fuera del hogar que, por guardar directa relación con el buen orden y gobierno de la casa, han de considerarse domésticas, la asunción de funciones de ordenación, dirección y organización

21.- DOMENGE AMER, op. cit., p. 85, así considera que “la falta de una actividad remunerada de un cónyuge con todos los pronunciamientos a su favor para realizarla, cabría entenderla como una falta de contribución con ingresos, por lo que entrarían en juego sus bienes y vendría obligado con los mismos al sostenimiento y atenciones de la familia.”

22.- En un sentido similar lo expresaba el derogado Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regulaba la relación laboral de carácter especial del Servicio del hogar Familiar, en particular el art. 1.4.

de la economía doméstica y de la vida familiar y la realización de tareas diarias de cuidado, crianza y educación de los hijos comunes o de uno solo de los cónyuges o de cuidado de parientes de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar conyugal, sin que excluyan, por sí mismos, el derecho a la compensación ni el trabajo del cónyuge acreedor por cuenta propia o ajena, fuera de la casa, ni el disponer de empleados domésticos en el domicilio conyugal”.

4.2. El trabajo para el otro cónyuge sin retribución o con una retribución insuficiente.

Dicha previsión se contenía en el derogado Codi de Família de Catalunya, art. 41 y en el actual art. 232.5.2 Código Civil de Catalunya: “Tiene derecho a compensación, en los mismos términos establecidos por el apartado 1, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente”. Se recoge en la Ley 10/2007, de 20 de marzo de régimen económico del matrimonio valenciano al establecer en el art. 12.3: “También se considerará trabajo para la casa la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional”. Y, en el anteproyecto de Ley de régimen patrimonial del matrimonio: “S’entén per treball per a la família... la col.laboració no retribuïda en l’actividad empresarial o professional de l’altre cònjuge”.

Dichos preceptos traen causa del artículo 23 de la Compilación Catalana en la redacción otorgada por la Ley 8/1993, de 10 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Se ha definido como “la colaboración que uno de los miembros de la pareja, lleva a cabo, con las notas de permanencia y habitualidad, en el negocio o explotación titularidad del otro, siempre y cuando tal colaboración implique para éste último el ahorro del sueldo o salario, que conllevaría abonar, caso de ser una tercera persona la que realizare tal actividad”.²³

Estas situaciones son muy frecuentes en la práctica, es decir, aquellas mujeres que ayudan a sus parejas en la empresa familiar o en su profesión haciendo diversas labores, como puede ser de dependienta, camarera, recepcionista, administrativa, gerente, secretaria... sin ningún tipo de remuneración o con una remuneración insuficiente. A consecuencia de tal hecho al titular de la empresa, en un régimen de separación de bienes, le reporta unos

23.- ALONSO FERNÁNDEZ, op. cit., p. 10.

beneficios que redundarán exclusivamente en su patrimonio. Se debe entender que quedan al margen de tal supuesto aquellos casos en que el cónyuge ha aportado el capital social a la empresa o, en el caso, que tenga un contrato laboral debidamente retribuido. Ahora bien, se deberían cuestionar aquellos otros en que voluntariamente la mujer ha renunciado a tal salario y, con posterioridad, debido a una nulidad, separación o divorcio pretende solicitar tal compensación.

Por ejemplo la SAP de Barcelona de 19 de junio de 2000 (JUR 293314) establece: “En cualquier caso, el artículo 41 exige que se haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge lo que debe ser entendido en sentido laboral propio de ajeneidad, como colaboración directa en el negocio familiar o en el negocio del otro cónyuge, colaboración que no siendo retribuida comporte un enriquecimiento para el otro cónyuge, de lo que derivaría un enriquecimiento injusto y daría lugar a la indemnización económica a aquél que hubiere trabajado para el otro sin lucrarse de ese trabajo”. O, la SAP de Madrid de 27 de julio de 2011 (AC 2120) que de la prueba practicada cabe colegir: “la regularidad de la colaboración de la demandante en el negocio de restauración que regentaba el demandado, acometiendo tareas de guardarropa o de camarera, así como con relación con las actividades de exposición de acuarelas realizadas por el demandado y todo ello en unión a la dedicación al hogar doméstico, por lo que tampoco se aprecia error alguno en la valoración de la prueba respecto de la pérdida de expectativas y la posibilidad de formarse profesionalmente de la actora al estar dedicada a aquéllas ocupaciones que en cierta medida habrían de cercenar la posibilidad de formarse u optar por otra ocupación remunerada”. Sobre el particular también encontramos la STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2012 (RJA 8782), que aborda unos hechos referentes a una mujer que colaboraba en el negocio de construcción del marido, pero recibiendo una remuneración por dicho trabajo y una acciones de la empresa familiar que vendió y le reportó unos beneficios por lo que el Tribunal considera que no procede dicha compensación económica. En cambio la STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2011 (RJA 2768) sí considera procedente la compensación económica a favor de la esposa que trabajó a tiempo parcial en las consultas odontológicas regentadas por el marido, compatibilizando dicho trabajo con el cuidado de la casa y de las hijas comunes.

Cuando un cónyuge ayuda en la profesión del otro se ha llegado a considerar que se crea una sociedad de hecho, como manifiesta LACRUZ²⁴, “más fácilmente cabrá estimar esto cuando un cónyuge aporte, además de su

24.- LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil. Familia, Dykinson, Madrid, 2008, p. 264.

actividad, bienes al negocio de que es titular el otro, pero aun la sola aportación de actividad no siempre habrá de calificarse de prestación puramente gratuita o expresión de la mutua ayuda debida entre los cónyuges (S.9 febrero 2007)”.

Por tal motivo, al encontrarse los patrimonios separados si uno de los cónyuges trabaja sin ningún tipo de remuneración, por ejemplo, en la empresa propiedad del otro cónyuge se debe otorgar alguna compensación por las ganancias obtenidas por tal sujeto.

Esta compensación que procedería por dicho trabajo no remunerado o, no suficientemente remunerado, se viene considerando jurisprudencialmente que no se subsume en el supuesto de hecho del art. 1438 Código Civil. Así, la SAP de Valladolid de 20 de julio de 2006 (JUR 239825) y SAP de Sevilla de 17 de marzo de 2004 (AC 382) concretan que “Otra cosa sería que hubiera contribuido a la actividad profesional del otro y a su mejora patrimonial desinteresadamente, en cuyo caso podría haber derecho a una compensación por el trabajo realizado en este ámbito, pero no en base al precepto citado que solo contempla el trabajo en la casa”.

5. Fundamento de la compensación económica.

5.1. La desigualdad patrimonial.

El fundamento de la compensación económica se encuentra en la desigualdad. Se trata de mitigar la desigualdad patrimonial debido a la escrupulosa separación de patrimonios que se produce en el régimen de separación de bienes que puede llevar a grandes diferencias a consecuencia de que uno de ellos se ha dedicado exclusivamente, o mayormente, a las tareas del hogar. La introducción de dicha compensación económica en el Código Civil obedeció a una especie de solidaridad postmatrimonial, debido a largos años de convivencia fruto de una unión matrimonial que ocasionaba que la mujer se encontrase en una situación discriminatoria debido a una desigualdad patrimonial²⁵.

Es lo que la jurisprudencia ha denominado “pérdida de oportunidad”, STS de 12 de septiembre de 2005 (RJA 7841), lo que se trata de compensar no es lo que podría haber costado dicho trabajo, sino que la mujer participe en las ganancias que ha obtenido el marido durante todo ese tiempo. De esta manera surge una deuda o un crédito entre los cónyuges, ante la cual el Ordenamiento debe facilitar su reclamación. Por dicha compensación no se

25.- En este sentido FERRER VANRELL, op. cit., p. 207.

trata de igualar los patrimonios, los cuales en muchas ocasiones pueden ser diversos ya desde el origen de la relación, como constante la misma. Lo que se pretende es igualar la situación discriminatoria que se ha producido consecuencia de que uno de los sujetos se ha dedicado en mayor medida a la familia, lo que ha supuesto un estancamiento de su patrimonio, favoreciendo con dicha actitud el incremento del patrimonio del otro miembro de la pareja.

Como establece la SAP de Valencia de 7 de julio de 2001 (JUR 274492): “por la asunción de tales obligaciones familiares por uno de los progenitores, el otro consorte, se ve liberado en gran medida de ellas, lo que le permite dedicar un mayor tiempo y esfuerzo a su formación, proyección y desarrollo profesional, que a su vez va a redundar en una mejor situación profesional y mayores ingresos que, en gran proporción va a hacer suyos de forma exclusiva”.

La SAP de Murcia de 5 de mayo de 2009 (JUR 339456) hace alusión expresa a la igualdad: “para una adecuada hermenéutica de la norma, insoslayable para concretar sus requisitos de viabilidad, su alcance y la forma de determinar y articular la compensación, devenga imprescindible examinar la razón de ser del precepto, que no es más que una nueva plasmación de dos principios esenciales en materia de familia, de una parte, el de corregir siempre los perjuicios que para uno de los convivientes ha supuesto la dedicación a la familia, y otro el de igualdad del artículo 14 CE”.

5.2. El régimen de separación de bienes.

Es sabido que en el régimen de separación de bienes “pertenece a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título”, art. 1437 Cc.

Como hemos reiterado, por la figura de la compensación por el trabajo para la casa, se trata de corregir los desequilibrios que puede provocar el régimen de separación de bienes. Se adoptará un criterio de equidad para salvaguardar el desequilibrio entre patrimonios y comprobar si se ha originado un enriquecimiento de un cónyuge a costa del otro. Así, se califica como un mecanismo reparador o compensatorio del régimen de separación de bienes²⁶. La SAP de Alicante de 10 de junio de 2010 (RJA 396982) establece: “el fundamento de la indemnización prevista en el citado precepto no es otro que el de resarcir al cónyuge que, en el régimen de separación de bienes, se dedica a los trabajos propios de la casa, y no participa de las ganancias que el otro va generando con su actividad profesional, al quedar éste liberado en gran medida de aquellos, permitiéndole de esta forma proyectar su tiempo y esfuerzo en dicha actividad”.

26.- FERRER VANRELL, op. cit., p. 218.

Por todo ello, la referida compensación no es aplicable a los matrimonios en régimen de gananciales, en este sentido, la SAP de Barcelona de 4 de abril de 2000 (RJA 1137) establece: “...no cabe dar lugar a la petición de compensación económica, pues tanto el actual art. 41 del Codi de Família, como el anterior art. 23 de CDCC se hallan comprendidos dentro del Capítulo I, Sección Primera del libro II (es decir del régimen de separación de bienes, propio del Derecho Catalán), con lo que tal compensación no es aplicable a un sistema o régimen de sociedad de gananciales, propio del Derecho Común, pues la *ratio essendi* que ya contemplaba la Exposición de Motivos de la ley 8/1993, estaba en ser correctivo legal al riguroso sistema de separaciones de bienes, que en determinados casos puede originar un enriquecimiento injusto de un cónyuge a costa del otro, que ha trabajado para la casa o colaborado en los negocios del primero, sin retribución alguna o con retribución insuficiente”.

Sobre el fundamento de tal compensación se pronuncia la STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2002 (RJA 698): “La raó d’èsser del correctiu que el legislador català introdueix en el règim matrimonial a partir de 1993 l’hem de trobar en el fet que aquest règim que històricament havia estat respectuós amb els drets de la dona en donar-li llibertat per a gaudir i administrar el seu patrimoni, presentà disfuncions a partir de la progressiva equiparació de la dona amb l’home en el món laboral.

De no haver-se introduït la dita compensació en la legislació catalana, es produirien importants desigualtats entre l’esposa i l’espòs i rellevants greuges per aquesta última en comparació amb d’altres legislacions.

El fet que la dona s’hagi incorporat al treball fora de casa en els últims temps no ha esmenat la avantdita desigualtat ja que els estudis que sovintegen sobre el tema encara ens demostren que les tasques de la casa i cura dels fills, impedeixen la total equiparació de la dona a l’home en el mercat laboral”.

La aplicación del art. 1438 Cc tiene su razón de ser en aquellos territorios donde rige la separación de bienes con carácter prioritario, como es el caso de Cataluña y las Islas Baleares. Ahora bien, dichas Comunidades Autónomas regulan el régimen económico matrimonial de forma completa, de acuerdo con su Derecho Civil propio, por lo que no será aplicable dicho precepto. En este sentido la STSJ de Baleares en la sentencia de 3 de septiembre de 1998 (RJA 8505), al referirse al art. 1320 Cc manifiesta que el Ordenamiento balear es una “regulación completa, armónica y congruente”. En aquellos territorios en los que se aplica con carácter preferente el régimen de sociedad de gananciales y, se pacta dicho régimen de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales, tiene menos sentido que una vez asumida tal situación de separación de patrimonios la misma sea compensada.

La SAP de Córdoba de 11 de noviembre de 2002 (RJA 1767) establece: “... supone una regla anómala en el régimen de separación, pues, como ha dicho la doctrina, representa una corrección comunitaria impropia de este régimen. También se ha dicho que trata de suavizar la desconsideración que el régimen de separación supone para el cónyuge que se dedica a la casa, puesto que no participa en las ganancias que el otro tiene con su actividad fuera de casa”.

Como se ha manifestado “esta actividad habrá impedido al cónyuge perjudicado el dedicar su fuerza de trabajo a obtener ingresos propios por otras fuentes, y por esta razón se entenderá que esta forma de contribución le ha perjudicado...se trata de compensar la pérdida de costes de oportunidad de ejercer la misma actividad en el mercado, donde se habría obtenido una compensación económica adecuada”.²⁷

Aunque, se debe evitar que dicha compensación económica desnaturalice el régimen de separación de bienes debido a que se producirá una relación entre los dos patrimonios que, por naturaleza, deben permanecer separados. Con el agravante de que en un primer momento no se podrá saber, ni computar, en qué proporción deberán participar los patrimonios, debido a que la compensación no surge automáticamente sino que es a partir de la ruptura de la convivencia cuando se podrá plantear y reclamar la referida compensación económica.

5.3. Enriquecimiento injusto. Desequilibrio patrimonial.

Se debe producir una situación de causalidad para que surja la compensación por trabajo para la familia, es decir, que uno de los cónyuges haya aumentado su patrimonio, a consecuencia de que el otro se ha dedicado a lo largo de los años al trabajo para la casa, no por cualquier otra circunstancia que pueda haber llevado a un enriquecimiento y consiguiente empobrecimiento²⁸.

Así, en muchas parejas uno de los miembros renuncia a su actividad profesional en aras al bienestar y cuidado de la familia y merced a ello el otro

27.- PUIG FERRIOL, Lluís i ROCA I TRIAS, Encarna, Instituciones del Dret Civil de Catalunya, Dret de la persona i Dret de familia, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 351.

28.- En este sentido NASARRE AZNAR, Sergio, “La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, en El nuevo Derecho de la Persona y la Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Bosch, Barcelona, 2011, p. 243, “debe existir una doble correlación: por un lado, que el cónyuge fuerte se haya visto beneficiado por la liberalidad del cónyuge débil (tranquilidad de que el otro cónyuge está dedicado a la casa llevando la familia, innecesariedad de contratar a alguien al efecto, innecesariedad de contratar a un trabajador, etc.) y, por otro, que el cónyuge débil se haya visto perjudicado al comprobar que el motivo de su dedicación a la casa o al otro cónyuge, que el es matrimonio en sí, se ha visto frustrado.”

miembro de la pareja ve incrementado su patrimonio ya que puede dedicarse a sus labores profesionales, lo que puede conllevar un enriquecimiento injusto.

Se ha cuestionado si dicha compensación tiene su fundamento y base en la figura del enriquecimiento injusto. Para poder hablar de un enriquecimiento injusto es necesario una serie de requisitos tasados por la doctrina y la jurisprudencia como son: la existencia de un enriquecimiento o aumento del patrimonio de uno de los convivientes, el correlativo empobrecimiento del otro, una relación de causalidad, la falta de causa que justifique tal situación y la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio.

La STS de 17 de junio de 2003 (RJA 4605) explica con suma claridad el enriquecimiento injusto: “Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (“in quantum locupletiores sunt”). El enriquecimiento como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no solo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (“damnum cessans”). El empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos en la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de “razón” o “base” suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa –como sostiene un importante sector doctrinal– que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando a favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable”.

Tras reproducir el mismo tenor la STSJIB de 24 de marzo de 2010 establece: “Las causas típicas de éste son las siguientes: 1º que el conviviente haya contribuido económicamente a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja. 2º que la contribución a lo anterior haya sido “con su trabajo”, que podrá ser de cualquier clase mientras sea distinto al “trabajo para la

familia” al que se refiere la siguiente. 3º que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia, siendo absolutamente esencial que tal dedicación revista estas específicas características ya que no puede computarse a tales efectos el simple “trabajo para la familia” al que se refiere el art. 4.1 de la CDCIB que, en defecto de pacto, es contribución obligatoria al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Tan cualificada dedicación, no el mero hecho de trabajar para la familia, ha de ser la causante de la desigualdad patrimonial, no corregida de alguna otra manera, al cese de la convivencia por haber permitido a uno de los convivientes dedicarse prioritariamente a su trabajo fuera de la familia y, así, aumentar su patrimonio mientras que la dedicación a esta ha hecho que el otro no haya podido incrementar el suyo con el consiguiente, desde este ángulo de visión, empobrecimiento injusto o pérdida de las normales posibilidades de aumento, que ha de apreciarse en cada caso y quedar totalmente acreditado y que generalmente vendrá determinado por el no haber podido ejercitar una capacidad de ganancia en provecho propio”.

La STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2002 (RJA 698) alude a la necesidad de comparar los patrimonios de donde podrá derivarse la existencia de un enriquecimiento injusto debido a la diferencia entre los mismos. Por ello, distintas sentencias insisten en la necesidad de que se produzca un desequilibrio patrimonial consecuencia de un enriquecimiento injusto de uno de los miembros de la pareja. En el mismo sentido se expresa la STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2011 (RJA 6110): “Desarrollaba el Sr. Ángel su actividad empresarial dedicándose su esposa al cuidado de lo hijos, sin retribución alguna, por lo cual, procede confirmar la resolución recurrida que estima el necesario desequilibrio económico patrimonial para aplicar el art. 41 CF; siendo diáfano, como declara la sentencia recurrida, la existencia de dicho desequilibrio en tanto que frente al importante patrimonio del Sr. Ángel la esposa que se ha dedicado al cuidado de la familia y del hogar, carece de participación dominical alguna en el cuantioso patrimonio del Sr. Ángel”.

Ahora bien, otras deslindan el concepto de enriquecimiento injusto al de la compensación por trabajo para la casa, en este sentido el voto particular de los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y Da Encarnación Roca Trías a la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJA 7841), dichos Magistrados diferencian entre lo que es el enriquecimiento injusto y la compensación económica a la que nos estamos refiriendo: “Los requisitos del enriquecimiento, pues, difieren substancialmente de los que el Código Civil exige en los arts. 97 y 1438 para que pueda operar la compensación. Y aunque no negamos que puedan existir casos en los que la convivencia haya producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado,

pensamos que no deben confundirse los dos institutos: a) la compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión, se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura de la misma; no supone aumentos patrimoniales y puede concurrir, por ejemplo, entre otros, en los casos de pérdida de costos de oportunidad... b) En cambio el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia... de manera que sólo si concurren estas exigencias podrá acordarse la indemnización por este título”.

Cabe tener en cuenta que en el Proyecto de Ley de introducción del art. 1438 Cc por la ley de 1981, se hacía referencia al enriquecimiento de uno de los cónyuges, si bien, dicha referencia fue suprimida en la aprobación definitiva del precepto, sin perjuicio de que dicha circunstancia sea tenida en cuenta a los efectos de aplicar dicha norma.

El Código Civil de Cataluña no recoge el enriquecimiento injusto como fundamento de dicha desigualdad sino, exclusivamente, la necesidad de que se produzca una desigualdad patrimonial entre los patrimonios de los cónyuges. Así, la Exposición de Motivos del CCCat establece: “la nueva regulación abandona toda referencia a la compensación como remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto”. El Código Civil Cataluña vuelve a la regulación contemplada en el art. 23 CDCC²⁹ que únicamente exigía dicha desigualdad patrimonial, en cambio el art. 41 del Codi de Família (Ley 9/1998, de 15 de julio)³⁰ requería de forma expresa la existencia de un enriquecimiento injusto.

29.- Dicho precepto se introdujo por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre: “El cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, se haya dedicado al hogar o haya trabajado para el otro cónyuge tendrá derecho a recibir del mismo, cuando se extinga el régimen por separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación económica, si por razón de dicho defecto retributivo se ha generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge.

En defecto de acuerdo, esta compensación se fijará judicialmente atendiendo a la incidencia familiar de la actividad del cónyuge que la reclame, la cuantía de la desigualdad patrimonial producida y las demás circunstancias del caso.

La compensación podrá satisfacerse en dinero o en bienes del patrimonio del cónyuge que deba pagarla, según el mismo desee y en plazos que no excedan los tres años.”

30.- Art. 41. Compensación económica por razón de trabajo. “1. En los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge tiene derecho a recibir de éste una compensación económica, en caso de que se haya generado, por este motivo, una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. .../

Como afirma NASARRE AZNAR³¹, “en el CC se está objetivamente penalizando al cónyuge que ve incrementado su patrimonio porque no puede demostrar en contrario que su enriquecimiento no ha sido debido a que el otro cónyuge se ha dedicado a la casa”.

Como manifiesta de nuevo el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 2011 (RJA 5122): “Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 Cc será necesario: 1º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con su trabajo doméstico. (Fundamento Jurídico Quinto)”.

Así, tal como establece la SAP de Valencia de 14 de julio de 2005 (JUR 202778): “No se trata aquí de indemnizar a uno de los cónyuges por haber desempeñado sin más las tareas del hogar, sino más bien de compensar a quien por razón de tan loables actividades en interés de la familia, compromete sus expectativas de futuro profesional, de tal modo que a la extinción del régimen de separación se encuentra que al no participar de las ganancias obtenidas de su consorte, nada obtiene por este concepto; al no cobrar por sus tareas en el hogar en beneficio de la familia tampoco recibe nada por ese concepto; y al haber dedicado su tiempo precisamente a tan necesaria y digna como injustamente minusvalorada actividad en detrimento de la promoción profesional fuera del hogar, tampoco tiene posibilidad real de acceso al mercado laboral”.

.../

2. La compensación debe satisfacerse en metálico, salvo acuerdo entre las partes o si la autoridad judicial, por causa justificada, autoriza el pago con bienes del cónyuge obligado. El pago debe tener efecto en un plazo máximo de tres años, con devengo de interés legal desde el reconocimiento, caso en el que puede acordarse judicialmente la constitución de garantías a favor del cónyuge acreedor.

3. El derecho a esta compensación es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge beneficiado, y debe ser tenido en cuenta para la fijación de estos otros derechos.”

Art. 42. Ejercicio del derecho a la compensación. “1. El derecho a la compensación económica establecido en el artículo 41 sólo puede ejercerse en el primer procedimiento en el que se solicite la separación, el divorcio o la nulidad, y, por lo tanto, no puede formularse en el eventual procedimiento subsiguiente de nulidad o divorcio, salvo que haya habido reconciliación y nueva convivencia y en razón de la misma.

2. En el caso de resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos en que se declare la nulidad del matrimonio canónico o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, el derecho establecido en el art. 41 sólo puede ejercerse en el trámite de su ejecución, ante la jurisdicción civil.”

31.- NASARRE AZNAR, op. cit., p. 252.

6. Presupuesto y cálculo del importe de la compensación.

En relación a los presupuestos necesarios para la concesión de dicha compensación podemos acudir a la SAP de Madrid de 20 de julio de 2011 (AC 2092): “el especial desempeño en los trabajos domésticos, y una significativa labor asistencial a favor de toda la familia, con exención de funciones en este ámbito para el otro cónyuge que ello supone sacrificio personal y material y quebrantamiento de toda expectativa profesional, laboral y económica durante la vigencia del matrimonio y el régimen de separación”.

Cabe puntualizar que la cuantía de la compensación la determinarán las propias partes, si bien, a falta de acuerdo será el Juez quién establecerá la cantidad correspondiente (art. 1438.2 Cc). Por ejemplo, el anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio de 29 de abril de 2011 de las Islas Baleares establece: “La valoració del treball realitzat per a la família, a falta de pacte, correspon a l'autoritat judicial, que n'ha de ponderar el cost, l'eventual incidència en l'increment patrimonial d'un dels cònjuges i la pèrdua d'oportunitats”.

Y, tal como concreta la SAP de Madrid de 12 de enero de 2001 (JUR 102468): “la compensación se traduce en una cantidad alzada, depende de que exista la desigualdad peyorativa tantas veces referida, pues se exige el desempeño de trabajos domésticos, vigente el régimen de separación; es de carácter asistencial y está condicionada a las posibilidades económicas del deudor, partiendo de la premisa de declarar la procedencia de la compensación”.

El precepto estudiado no contiene una concreta disposición que nos determine la forma de cuantificar la compensación económica en caso de liquidación del régimen económico de separación de bienes. A consecuencia de ello se deberá tener en cuenta la sobrecontribución que ha realizado uno de los miembros de la pareja, la duración e intensidad del trabajo, el hecho de que se haya dispuesto de ayuda externa a modo de servicio doméstico o asistenta, teniendo –en cualquier caso– en cuenta el nivel económico de la particular pareja que liquida el régimen económico. Por ello esta indeterminación ha sido criticada por: “la excesiva indeterminación de la institución, sus incoherencias y contradicciones, el excesivo arbitrio judicial y la falta de bases para su determinación”.³²

32.- LAMARCA MARQUÈS, Albert, “Separación de bienes y desigualdad patrimonial: la compensación económica por razón del trabajo. Comentario a la STSJC de 21 de octubre de 2002”, InDret, 01/2003, p. 8.

También es opinión común en la doctrina y jurisprudencia que no se debe establecer: “En efecto, establecer una cuota o porcentaje a atribuir al cónyuge menos favorecido en el momento de la crisis matrimonial significaría desnaturalizar la esencia de aquel régimen económico conyugal y asemejarlo al régimen de participación” (STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2011, RJA 6684).

De acuerdo con el tenor del precepto (“será computado como contribución”), no sería posible “privar a la esposa de tal compensación, ni sustituir la compensación por una pensión, una renta vitalicia o la constitución de usufructo, salvo que el deudor invoque la posibilidad de pagarla en bienes, por analogía con el art. 1432, y el Juez lo acepte. Tal sustitución sólo podría tener lugar cuando así lo acordasen los cónyuges”.³³

6.1. La idea de la sobrecontribución o sobreaportación.

En la mayoría de supuestos será difícil determinar el grado de dedicación a la familia y por tanto, la cantidad que le debe corresponder al cónyuge acreedor. En este sentido encontramos un sector doctrinal y jurisprudencial que considera que es suficiente una contribución mayor o “sobreaportación” de uno de los miembros de la pareja, en cambio otro sector entiende que se debe producir una atención directa, exclusiva y excluyente³⁴. Las líneas mayoritarias se decantan por entender que en tanto se dedique en mayor medida uno de los miembros a dichos menesteres tendrá derecho a dicha indemnización, a pesar de que pueda tener un trabajo remunerado fuera del hogar. Por el contrario, otros consideran que si realiza un trabajo remunerado fuera del hogar ya no tiene sentido la compensación, en cuyo caso, “la realización del trabajo doméstico podría tenerse en cuenta como elemento a contabilizar en la contribución a las cargas familiares, pero no procedería a efectos de compensación”.³⁵

En este sentido la SAP de Madrid de 3 de junio de 2009 (JUR 22438): “cuando uno de los cónyuges ha contribuido de un modo que se revela desproporcionado en relación a la aportación del otro cónyuge, al momento de la extinción del régimen de separación; en suma, si dicho trabajo doméstico y asistencia no ha constituido una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares, no se justifica, entonces, el derecho de reembolso económico previsto en el precepto antes mencionado”. La SAP

33.- PASTOR ÁLVAREZ, op. cit., p. 268.

34.- En este sentido, SAP de Murcia de 6 de noviembre de 2006 (RJA 284978).

35.- En este sentido PASTOR ÁLVAREZ, op. cit., p. 267 y DÍEZ PICAZO, Luis, Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 2006, p. 233.

de esta misma Audiencia Provincial de 13 de diciembre de 2011 (JUR 22440): “... late una idea única y expresa de retribución del trabajo doméstico, siempre que, conforme a mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, ello haya supuesto una sustancial sobreaportación a tal fin, permitiendo al otro cónyuge una mayor libertad para su promoción profesional y, por ende, económica, al verse liberado de todas, o de la mayor parte, de las labores de atención a la familia y tareas del hogar en general”.

De acuerdo con el derogado Codi de Familia de Catalunya la contribución inicial del cónyuge como carga del matrimonio no debía ser compensada, sino, exclusivamente, lo que excediese de tal aportación. Lo que se debe compensar es la “sobrecontribución”, es decir, la pareja libremente puede acordar que uno de los sujetos se dedique al hogar, ahora bien, con tal labor estará contribuyendo a las cargas familiares, por tanto, dicho trabajo no será compensable. El trabajo que se deberá compensar será el que exceda de dicha contribución, lo que se ha venido a denominar “sobrecontribución”.

En la actualidad, la Exposición de Motivos del Código Civil de Catalunya se aleja de tal idea y manifiesta que: “la nueva regulación ... prescinde de la idea de sobrecontribución a los gastos familiares, implícita en la formulación del artículo 41 del Código de Familia, vigente hasta la entrada en vigor de la presente Ley, y se fundamenta, sencillamente, en el desequilibrio que produce entre las economías de los cónyuges el hecho de que uno realice una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro realice otra que sí que los genere”.

6.2. La existencia de servicio doméstico.

A continuación se debe cuestionar en qué medida debe ser compensada económicamente aquella mujer que ha contado con servicio doméstico o, algún tipo de ayuda para la realización de las tareas domésticas en mayor o menor entidad. Sobre el particular, cabe manifestar que aquellas familias que tengan una ayuda externa a modo de servicio doméstico no cabe excluir dicha indemnización, aunque, habrá que ponderar cada caso particular para comprobar en qué medida contribuye dicho cónyuge que reclama la compensación. En este sentido encontramos la SAP de Córdoba de 6 de febrero de 2004 (RJA 103252) “pues no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido, normalmente, está el día entero, ni todos los días” o, la STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011 (RJA 6406) que establece que contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa la dedicación al cuidado de la casa y de los hijos durante los 17 años de matrimonio, al igual que la STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2011 (RJA 2243) que concede

tal compensación al acreditarse que la actora se dedicó exclusivamente al cuidado de los hijos y de la familia siendo indiferente que para ello contase con servicio doméstico.

En cambio, si el servicio doméstico se ocupa de la totalidad de las tareas y lo único que hace uno de los cónyuges es supervisar y dirigir tal actividad, no será compensable económicamente dicha actuación. Así, la SAP de Alicante de 10 de junio de 2010 (JUR 396982) no concede la compensación económica que se solicitaba, en particular 700.000 euros, por la existencia de servicio doméstico interno: “aunque la madre dedicara parte de su tiempo a ellos, mientras el esposo debía viajar durante la temporada taurina, ambos participaron en la educación y asistencia de todo tipo a sus hijos; sin que la actora se viera privada del tiempo necesario para poder completar sus estudios o desarrollar cualquier actividad laboral fuera del hogar familiar. No parece, por tanto, lógico considerar que el trabajo para la casa se hubiera convertido, como invoca la recurrente, en un serio impedimento en su contra para ascender en su vida profesional, sacrificándose en beneficio del marido y permitiendo a éste lograr unos rendimientos económicos que no habría conseguido de otra forma”.

Al igual que la SAP de Madrid de 3 de junio de 2009 (JUR 22438) al referirse a la compensación económica manifiesta que “ésta exige un especial desempeño en los trabajos domésticos que está ausente en el caso enjuiciado, pues el demandante dispuso de dos empleadas de hogar una de ellas interna, trabajó durante el matrimonio desplegando una actividad como pintora y ni siquiera tuvo el papel más destacado en la educación de los hijos que correspondió al padre”. En el mismo sentido SAP Sevilla de 17 de marzo de 2004 (AC 382) y SAP de Madrid de 20 de julio de 2011 (AC 2092).

En determinadas familias con una capacidad económica elevada se considera que las labores domésticas y demás cuidados familiares son realizadas completamente por el servicio doméstico y, en tal caso, no procede dicha compensación. Es el caso de la SAP de Alicante de 30 de mayo de 2002 (AC 1278): “Hay pruebas en autos que ratifican la presunción usual que la realidad social nos muestra continuamente de que en un matrimonio con la capacidad económica de los litigantes el trabajo para la casa en su sentido más estricto constituye una serie de atenciones que suelen estar suficientemente cubiertas por el servicio doméstico” y, de esta misma Audiencia Provincial la SAP de Alicante de 23 de noviembre de 2001 (AC 2409).

Asimismo, el sueldo medio de las asistentes o servicio doméstico puede servir como baremo para realizar el cómputo de dicha compensación económica, si bien, habrá que completarlo o modificarlo de acuerdo con la equidad lo que supondrá otorgar un razonable arbitrio a los jueces de

Instancia. Por ejemplo por la STS de 14 de julio de 2011 (RJA 5122) se valoró la cuantía en primera instancia “en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar” a lo que el Tribunal Supremo manifiesta: “Esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite en esta sentencia”. A lo que la doctrina ha apuntado que se debe incrementar dicho sueldo de una empleada del hogar porque se debe tener en cuenta la “importancia de la incidencia familiar” ³⁶ o la STSJ de Cataluña de 6 de octubre de 2011 (RJA 669): “el restablecimiento del equilibrio patrimonial debe quedar al arbitrio del juez o Tribunal a tenor de la pruebas practicadas en los autos, huyendo, pues, de fórmulas generalistas...atendiendo a la incidencia familiar de la actividad del cónyuge que la reclama, la cuantía de la desigualdad patrimonial producida y otras circunstancias del caso...”.

La cuantificación es posible determinarla de acuerdo a lo que cobraría una empleada del hogar y no, en función, de las ganancias obtenidas por el marido, en este sentido se expresa la SAP de Valladolid de 20 de julio de 2006 (JUR 239825): “El derecho que confiere el artículo 1438 Cc se justifica por el trabajo desarrollado en el hogar familiar, pero no atribuye participación alguna del cónyuge que aportó su trabajo en los bienes que formen el patrimonio privativo del otro... es una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares. Si bien esta aportación es susceptible de cuantificación económica, esta –a diferencia de la pensión compensatoria, ex artículo 97– habrá de hacerse en función a las características e intensidad de la dedicación de uno de los cónyuges, en este caso la esposa, al cuidado del hogar familiar así como en atención al sueldo que una tercera persona cobraría por realizar tales trabajos, no por lo tanto como interesadamente pretende la recurrente en función de las ganancias o incremento patrimonial que haya tenido el otro cónyuge durante el tiempo que duró la vida en común, pues el mencionado precepto es claro y solo contempla una compensación por el trabajo prestado en la casa”. Al respecto también es interesante la SAP de Sevilla de 17 de marzo de 2004 (AC 382).

En el otro supuesto que nos hemos planteado, es decir, el caso de un cónyuge que ha trabajado para otro sin retribución o con una retribución insuficiente, a los efectos de cuantificar la indemnización se podrá acudir al salario mínimo interprofesional, al respectivo convenio colectivo o al salario de otros sujetos asalariados que realizan dicha actividad.

36.- PARA MARTÍN, op. cit., 326; ALONSO FERNÁNDEZ, op. cit., p. 16.

6.3. Duración e intensidad del trabajo para la casa.

El Preámbulo del Código Civil de Cataluña establece: “Para calcular el importe de la compensación se tienen en cuenta el tipo de trabajo prestado y la duración e intensidad de la dedicación, y se restringe la discrecionalidad judicial a la hora de apreciar la relevancia de estos factores con el establecimiento de un límite de cuantía, que es el de la cuarta parte de la diferencia de incrementos patrimoniales obtenidos por los cónyuges durante la vigencia del régimen. Sin embargo, se permite el otorgamiento de una compensación de cuantía superior si el cónyuge acreedor puede probar que la incidencia de su trabajo en el incremento patrimonial del otro cónyuge ha sido notablemente superior. La regulación de la compensación aclara también el alcance de la autonomía de los cónyuges para adoptar pactos sobre la compensación, incluso en previsión de una ruptura matrimonial. Como novedad, el supuesto de hecho se extiende también a los casos de extinción del régimen por muerte de uno de los cónyuges si es el superviviente quien tiene derecho a la compensación”. De acuerdo con el derogado Codi de Família el quantum compensatorio se debía determinar en cada supuesto particular según las circunstancias concurrentes.

El art. 232-5.3 CCCat concreta: “Para determinar la cuantía de la compensación, se debe tener en cuenta la duración e intensidad de la dedicación teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho de que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges”.

Así, el CCCat en el art. 232-6, establece la fórmula para compensar el “incremento patrimonial” que ha tenido lugar recogiendo, asimismo, un límite como es el 25% de la diferencia entre los incrementos patrimoniales de los cónyuges, art. 232-5.4.

Ahora bien, estas situaciones serán difíciles de tasar en la práctica porque en algunos casos puede suceder que la mujer se dedique a las labores de la casa sólo aparentemente es decir, no colabore o trabaje todo lo que podría. También nos podemos situar ante aquellos casos en que los dos trabajen fuera del hogar pero uno de ellos lleve el peso de la casa. Por ello, el Código Civil de Cataluña establece que se deberá tener en cuenta “la intensidad de la dedicación” (art. 232-5.3). Asimismo, los años de convivencia también será otro factor para determinar la cuantía indemnizatoria.

De acuerdo con la necesidad de que se produzca una desigualdad patrimonial se deberán valorar los dos patrimonios de los cónyuges para poder determinar la cuantía, es decir, no se establece con independencia de la situación patrimonial de los cónyuges. Al respecto la STSJ de Cataluña de

25 de julio de 2011 (RJA 6684) concreta: “El Tribunal tuvo en cuenta para establecer la cuantía de la pensión las circunstancias siguientes: a) los ingresos de ambos cónyuges... b) el patrimonio de cada uno... c) los gastos que una y otro deben afrontar, teniendo en cuenta que el mantenimiento de los hijos mayores de edad no dependientes lo asume íntegramente el esposo y que el uso del domicilio familiar se atribuyó a la Sra. Victoria; y d) la situación de recesión económica que sufre el sector inmobiliario al que se dedica la actividad profesional del marido”.

6.4. Remuneraciones indirectas o retribución en especie.

A la hora de fijar la cuantía se debe comprobar si se ha producido algún tipo de “remuneración indirecta”, como pueden ser regalos de cierta entidad o donaciones que haya realizado el marido a la mujer que, en tal caso, se entienden que entran en dicha retribución, incluso, el nivel de vida que ha disfrutado a lo largo de los años de unión³⁷. Al respecto, LACRUZ³⁸ manifestaba en la edición de 1990 de su manual de Derecho Civil, no contemplándolo en el actual: “Habrá de valorarse entonces el trabajo efectivamente prestado y el contravalor que representa el mantenimiento de la esposa (o el esposo) en el hogar: el nivel de satisfacción de sus necesidades y atenciones personales, espectáculos y esparcimiento, vestidos, viajes, vacaciones, vehículos, etc, todo lo cual en las familias acomodadas puede rebajar del todo o en gran parte, las peticiones de la esposa...”.

En este sentido la STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2011 (RJA 6684) en relación a la donación de bienes inmuebles que se habían otorgado a la esposa manifiesta: “...es claro que no procede en el presente caso atribuir una nueva compensación a la recurrente en la medida en que lo que la Sentencia declara es que con los bienes inmuebles puestos a nombre de la Sra. Victoria ya se han equilibrado de manera voluntaria las diferencias patrimoniales respectivas teniendo en cuenta además que por haber continuado desempeñando la Sra. Victoria su actividad profesional como funcionaria del Estado no ha existido pérdida de oportunidades laborales”.

La STSJ de Cataluña de 6 de octubre de 2011 (RJA 669) también se pronuncia al respecto: “En última instancia, tampoco son dignas de

37.- En este sentido PARA MARTÍN, op. cit., p. 326, “esas atribuciones patrimoniales, sean donaciones remuneratorias o no, suponen una retribución indirecta de trabajo para la familia, y como tales deben computarse par calcular su suficiencia en la forma que trataré más adelante. También creo que cualquier tipo de donaciones de relieve deberían ser tenidas en cuenta por las mismas razones (joyas, valores, depósitos de dinero).”

38.- LACRUZ BERDEJO, José Luis, Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia, vol. 1, Barcelona, 1990, p. 538.

consideración las objeciones relativas a la titularidad social de los inmuebles y vehículos y a la necesidad de computar como “retribución en especie” su disfrute por el actor durante la convivencia conyugal... el actor disponía de los bienes sociales domicilio, mansión y vehículos exclusivamente por su convivencia con la demandada y merced a la privilegiada posición que ésta ostentaba en el entramado social, de forma compartida y en virtud de lo dispuesto en lo dispuesto en los arts. 4 y 5 CF, por lo que, a falta de pacto expreso, su uso por el actor no puede considerarse retribución por su aportación al incremento patrimonial de aquélla”.

7. Relación entre la compensación económica y la pensión compensatoria.

7.1. Distinta naturaleza jurídica de las instituciones.

La compensación por razón del trabajo para la casa es una gran desconocida entre la sociedad, en cambio, se dispone de un mayor conocimiento de la pensión compensatoria. Siendo jurídicamente instituciones con una naturaleza jurídica diversa. En primer lugar, hay que tener presente la distinta naturaleza de la pensión compensatoria y la compensación por razón del trabajo para la casa, esta última mira hacia el pasado, es decir trata de compensar un trabajo ya realizado y, la pensión compensatoria trata de compensar un desequilibrio futuro que se producirá consecuencia de la situación de crisis matrimonial³⁹.

Es decir, la pensión compensatoria regulada en el art. 97 del Código Civil, se refiere a casos de separación o divorcio, en cambio el art. 1438 Código Civil, tiene como supuesto de hecho la extinción del régimen de separación de bienes, no circunscrito exclusivamente a los supuestos de crisis matrimonial.

Asimismo, el fundamento de una y otra institución es diverso, mientras que la pensión compensatoria tiene como finalidad mantener un determinado nivel de vida, la compensación económica pretende “compensar” el trabajo ya realizado por uno de los miembros de la pareja en provecho y beneficio del patrimonio del otro. En este sentido la SAP de Toledo de 9 de noviembre de 1999 (AC 2379) concretaba: “no se establece en consideración a la dedicación futura a la familiar ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial pueda generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada

39.- En este sentido SOLÉ RESINA, op. cit., p. 676; GETE-ALONSO, op. cit., p. 7.

a la familia vigente en régimen económico de separación hasta la extinción del mismo”.

Entre las sentencias que tratan dicha compatibilidad cabe citar la SAP de Asturias de 2 de marzo de 2010 (JUR 144763); SAP de Madrid de 3 de junio de 2009 (JUR 22438): “dicha indemnización...no se establece en consideración de la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede generar para uno de los cónyuges (circunstancias que son de valorar cuando se trata de reconocer la pensión compensatoria en los términos señalados en el anterior fundamento jurídico), sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación, y hasta la extinción del mismo, de lo que se deduce que, en el plano teórico jurídico, es perfectamente compatible este beneficio con aquel otro reconocido en el artículo 97”; SAP de Valencia de 14 de julio de 2005 (JUR 202778), SAP de Valladolid de 20 de julio de 2006 (JUR 239825), SAP de Barcelona de 15 de abril de 1993.

En este sentido la SAP de Castellón de 27 de junio de 2006 (JUR 253170) establece: “La pensión compensatoria ex art. 97 Cc, en contraposición con la compensación prevista en el art. 1438 Cc para el régimen de separación de bienes, se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio y que en definitiva conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo, y es independiente del régimen económico del matrimonio”.

Y, la SAP de Toledo de 9 de noviembre de 1999 (AC 2379): “Así, pese a que ambos preceptos (arts. 1438 y 97 del Código Civil) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión “dedicación a la familia” es equivalente en términos esenciales a la de “trabaja para el hogar”) el fundamento de una y otra es distinto en esencia”.

7.2. Compatibilidad entre la compensación económica y la pensión compensatoria.

Las referidas cantidades a percibir por pensión compensatoria y compensación por trabajo para el hogar son compatibles, así se recoge expresamente en el art. 232-10 CCCat: “El derecho a la compensación económica por razón de trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar estos derechos y, si procede, para modificarlos”.

Aunque, si acudimos a la sentencia de la Audiencia Provincial de

Barcelona, por ejemplo la de 31 de julio de 1996, excluía la compatibilidad entre dicha pensión compensatoria y la compensación económica: “a) La ratio legis del artículo 97 del Cc y del artículo 23 de la CDCC es la misma, puesto que ambos hallan su razón de ser en un desequilibrio económico o patrimonial, en el momento de producirse la separación, divorcio o nulidad matrimonial, no sujeto a condición el primero, y condicionado el segundo a que tal desequilibrio sea consecuencia de que uno de los cónyuges sin retribución o con una retribución insuficiente, se haya dedicado a la casa o haya trabajado para el otro cónyuge; y b) como consecuencia de ello la solicitud de uno excluye la posibilidad de peticionar el otro, por cuanto ello conllevaría a la imposición para el caso del artículo 97 Cc, o de una compensación para el caso del artículo 23 CDCC, en base a la estimación de la misma desigualdad patrimonial o económica, con imposición de una duplicidad contributiva basada en unos mismos supuestos”. A pesar de dicha sentencia, la línea mayoritaria jurisprudencial mantenía la compatibilidad entre las instituciones⁴⁰.

El art. 14.2 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano, también establece expresamente dicha compatibilidad, asimismo se debe poner de relieve que dicho artículo se encuentra situado entre los preceptos atinentes a las Disposiciones generales por lo que es aplicable a cualquier régimen económico. Aunque, se establece una pequeña matización o excepción en el art. 14.1. “en que el cónyuge con derecho a ello haya obtenido ventajas patrimoniales equiparables como consecuencia del régimen económico que ordenó su matrimonio”.

En cualquier caso, como manifiesta la SAP de Asturias de 2 de marzo de 2010 (JUR 144763), “deberá tenerse en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes a la hora de evitar duplicidades que podrían plantearse, pues no en vano existen una serie de aspectos comunes a las dos pensiones de conformidad con la literalidad de los arts. 97 y 1438 Código Civil”.

La STSJ Catalunya de 4 de octubre de 2001 (RJA 6949) determina que la renuncia de la pensión compensatoria en convenio regulador no supone la renuncia de la compensación por razón del trabajo al tratarse de derechos compatibles, si bien, independientes. Asimismo: “Cal afegir encara que si bé la pensió compensatòria i la compensació per raó de treball són dues institucions que es troben interrelacionadse, com resulta de l'article 84.2 d) del Codi de Família, segons el qual per fixar la pensió compensatòria s'ha de

40.- Véase: MUNAR BERNAT, Pedro A., “¿Una nueva pensión compensatoria?. A propósito de una propuesta normativa de la Comisión Asesora de Derecho Civil de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears”, La Ley, no 7198, 2009, p. 1. Al respecto cita las sentencias: SAP de Tarragona de 20 de marzo de 1996 (AC 691); SAP de Lleida de 25 de abril de 1996; SAP de Girona de 3 de marzo de 1997 (AC 596).

tenir en compte, si és el cas, la compensació econòmica regulada per l'article 41, aquesta interrelació és compatible amb la tesi que es tracta de dues institucions diferents; ja que com ha tingut ocasió de precisar aquesta Sala en les seves sentències de 31 d'octubre de 1998 i 27 d'abril de 2000 la compensació econòmica per raó de treball opera com un correctiu per tal debitar la desigualtat patrimonial dels cónjuges després d'una crisi matrimonial, mentre que la pensió compensatòria té com a finalidad evitar la debilitació econòmica d'un dels cónjuges com a conseqüència de la crisi matrimonial respecte a la situació o status que mantenia durant el matrimoni”.

La Ley de Parejas Estables de les Illes Balears, art. 9, possibilita la reclamación de forma cumulativa de ambas pensiones, es decir una pensión periódica y una compensación económica y el art. 10 establece: “son compatibles, pero la reclamación se tendrá que hacer conjuntamente para que se puedan ponderar adecuadamente”. Y, el anteproyecto de Ley del régimen patrimonial del matrimonio de 29 de abril de 2011, en el artículo 9.4, establece expresamente la compatibilidad entre las mismas, si bien, con la peculiaridad de que se deberán reclamar conjuntamente: “Aquest crèdit indemnitzatori és compatible amb la pensió compensatòria que preveu l'ordenament de l'estat però s'hauran de reclamar conjuntamente perquè es pugin ponderar”.

8. Regulación de la compensación económica en distintas Comunidades Autónomas.

Como manifiesta la STS de 24 de julio de 2011 (RJA 5122): “El régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza. Así, en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio (ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra; arts. 187 y 189 del Código del Derecho Foral de Aragón y art. 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares. En cambio, el Código civil catalán, en su art. 232-5.1...Y una regla parecida es la contenida en el art. 13.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 10/2007 de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano...”.

A continuació nos vamos a detener en distintas Comunidades Autónomas que hacen referencia a la compensación por razón del trabajo para la familia para examinar su regulación y hacer hincapié en diversos puntos de dichas regulaciones.

8.1. Navarra.

En Navarra la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, establece en el art. 103.2:

“Respecto al sostenimiento y atenciones de la familia, se estará a lo pactado en las capitulaciones; en su defecto, cada cónyuge puede exigir del otro que contribuya en proporción a sus ingresos y, si no los tuviere o fueran insuficientes, a sus bienes. Este derecho es personalísimo e intransmisible, pero los herederos podrán continuar el ejercicio de la acción si el causante hubiere interpuesto la demanda.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá computarse el trabajo en el hogar familiar de cualquiera de los cónyuges”.

Ahora bien, no existe ninguna norma que contemple expresamente dicha compensación económica sino que se hace referencia a la misma a los efectos del cómputo de las cargas del matrimonio. Con la peculiaridad que si uno de los cónyuges no tiene ingresos propios contribuirá con sus propios bienes. De acuerdo con dicho tenor “el cónyuge sin ingreso alguno pero poseyendo bienes importantes improductivos, puede ser obligado a contribuir aunque su consorte tenga rentas (de trabajo o de capital) suficientes para mantener a la familia”.⁴¹

Al respecto la STSJ de Navarra de 10 de febrero de 2004 (RJA 2476), manifiesta que dicha compensación no es aplicable, “mientras en el Código Civil el “trabajo para la casa”, en el régimen de separación de bienes, tanto se computa para contribuir a las cargas del matrimonio como puede dar derecho a la controvertida compensación, en la dicción literal del Fuero Nuevo el trabajo en el hogar familiar únicamente se computa para el “sostenimiento de las cargas familiares”: así se desprende sin dificultad de una interpretación puramente literal de uno y otro precepto... la Compilación Navarra no establece específicamente esta norma liquidatoria al regular la separación de bienes.

Pues bien, desde este ángulo, pensamos que la propia regulación de la invocada Ley 103 FN ofrece margen suficiente para otorgar, en su caso la compensación económica que estamos estudiando, y sin necesidad, por tanto, de acudir al derecho supletorio. En efecto, aunque del tenor literal de la Ley 103, como hemos indicado, no habla de la compensación que nos ocupa, no es menos cierto que de una interpretación armónica y lógica del precepto se desprende su existencia”.

41.- DOMENGE AMER, op. cit., p. 87.

8.2. Valencia.

Si acudimos a la Comunidad Valenciana encontramos una regulación muy detallada en la Ley 10/2007, de 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano, en particular, el artículo 12 lleva por rúbrica. “El trabajo para la casa y conceptos asimilados:

1. El trabajo para la casa será considerado como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio.

2. La misma consideración tendrá la atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes, que vivan en el hogar familiar o en el suyo propio o en otro establecimiento de acogida, pero en régimen de dependencia económica y asistencial, en su caso, del matrimonio.

3. También se considerará trabajo para la casa la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional”.

Artículo 13. “Criterios de valoración del trabajo para la casa.

1. Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión y oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos.

2. La consideración de los servicios previstos en este artículo como colaboración para el levantamiento de las cargas del matrimonio determina la obligación de compensarlos al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, atendiendo a los criterios de valoración señalados en el apartado anterior”.

Artículo 14. “Excepciones a la compensación del trabajo para la casa.

1. Salvo pacto en contrario, la compensación a que se refiere el artículo anterior no tendrá lugar cuando, de otra forma, el cónyuge con derecho a ella haya obtenido ventajas patrimoniales equiparables a tal compensación, como consecuencia precisamente del régimen económico que ordenó su matrimonio.

2. No obstante, tal compensación será compatible con otros derechos de

carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge que pueda exigir aquella y que tengan causa jurídica diferente de la del derecho a obtener la compensación como la pensión compensatoria”.

8.3. Catalunya.

A partir de la Resolución 37/1978, de 27 de septiembre del Consejo de Europa, a los efectos de impulsar una política de igualdad de los esposos en materia de relaciones patrimoniales, cuando estuvieran sometidos al régimen de separación de bienes. La referida compensación económica por razón del trabajo se introdujo en el Ordenamiento Catalán, particularmente se incorporó a la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, art. 23, por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. Con posterioridad, se regula en el art. 41 del Codi de Família (Ley 9/1998, de 15 de julio).

Al hilo de la cuestión cabe citar la STSJC de 21 de marzo de 2005 que manifiesta que dicho precepto se introdujo debido a: “un intent de mitigar els efectes propis del règim de separació de bens, que es caracteritza per la nulla comunicació patrimonial dels bens d’ambdós cònjuges, sent la plasmació, encara que molt tardana, de la Resolució núm. 37/1978, de 27 de setembre del Consell d’Europa, referida a la igualtat dels consorts en dret civil. L’apartat 14 recollia el compromís per part dels Estats Membres que tinguessin com a règim legal el de separació de bens d’arbitrar les fórmules que fessin possible que, en cas de separació, divorci o nullitat del matrimoni, el cònjuge més perjudicat pogués accedir a una part equitativa dels bens de l’exconjuge o bé a una indemnització que reparés la desigualtat econòmica resultant de la institució matrimonial. Passant a la pràctica tal compromís, França reformà el seu Code creant “le préciput” (art. 1515) i Portugal també esmenà l’art. 1792 del seu Codi Civil mitjançant la “reparaçao de danos não patrimonis”.

El Preámbulo del Libro Segundo sobre Persona y Familia del Código Civil de Catalunya establece: “una regulación más completa y cuidadosa de la compensación económica por razón de trabajo para la casa o para el otro cónyuge, como correctivo de los efectos nada deseables que en ocasiones produce este régimen. Hasta ahora, la aplicación de la compensación económica por razón de trabajo ha generado bastantes problemas a causa, fundamentalmente, de la escasez de la regulación, lo que ha supuesto que a la práctica haya devenido un factor de difícil predicción, dado el elevado margen de discrecionalidad en manos de la autoridad judicial. Se ha estimado necesaria una intervención legislativa que proporcione unas pautas normativas más claras y unas reglas que faciliten la determinación

de la procedencia y el cálculo de la compensación”.

La compensación económica por razón de trabajo se regula en los arts. 232-5 a 232-11 CCCat, en particular el art. 232-5 establece: “1. En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido por la presente sección”.

Dicha compensación económica incluso se produce en los casos en que el cónyuge que se ha dedicado a la casa ha tenido un trabajo remunerado, de menor entidad o dedicación que el otro cónyuge⁴². Así el precepto establece “sustancialmente”, es decir no tiene porqué ser una actividad exclusiva la dedicación para la casa.

Se establecerá una cuota o porcentaje no, propiamente, una igualación entre patrimonios, en este sentido, se expresa la STSJC de 27 de abril de 2000 (RJA 4125): “en efecto, establecer una cuota o porcentaje a atribuir al cónyuge menos favorecido en el momento de la crisis matrimonial significaría desnaturalizar la esencia de aquel régimen económico conyugal y asemejarlo al régimen de participación, régimen expresa y precisamente rechazado por el Parlamento catalán”. LAMARCA⁴³, manifiesta que “la compensación económica no es totalmente compatible con el régimen de separación de bienes. De hecho, la compensación parece ser contradictoria con la naturaleza de la separación y, en términos técnicos, parece especialmente criticable su introducción como elemento componente del régimen de separación de bienes”.

El Código Civil de Cataluña recoge como particularidad no contemplada en otras leyes autonómicas la posibilidad de solicitar dicha compensación económica en caso de extinción del régimen de separación “por muerte”, art. 232.5: “el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón de trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los derechos que el causante le haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que le correspondan en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería”.

Y, como otra peculiaridad recoge expresamente la posibilidad de excluir tal compensación económica en capítulos matrimoniales, art. 232.7 CCCat.:

42.- Véase: STSJC de 10 de febrero de 2003 y 12 de enero de 2004.

43.- LAMARCA MARQUÈS, op. cit., p. 7.

“En previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, puede pactarse el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón de trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 231-20”.

En Cataluña con anterioridad a dicha regulación se defendía la aplicación de las normas del régimen de participación para calcular dicha cuantía⁴⁴. Aunque se debe descartar la aplicación de las normas de dicho régimen porque en ningún momento el legislador tiene en cuenta el patrimonio inicial de los cónyuges⁴⁵.

Ahora bien, se debe distinguir el régimen de participación en el cual se igualarán los patrimonios en su liquidación, del régimen de separación de bienes que lo que se intentará es una proporcionalidad entre patrimonios a los efectos de evitar desigualdades, que en el caso del CCCat se sitúa en una cuarta parte de la diferencia patrimonial (art. 232-5.4 CCCat).

Así, dicho Código centra su atención en el “incremento patrimonial” que le haya reportado a uno de los cónyuges, que se calculará de acuerdo con lo determinado en el art. 232-6, referente a las reglas de cálculo.

8.4. Aragón.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo por el que se aprueba con el título de Código de Derecho Foral de Aragón el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas, el artículo 187.2 en relación a la satisfacción de las necesidades familiares establece: “En defecto de pacto, para determinar la contribución de cada cónyuge se tendrán en cuenta los medios económicos de cada uno, así como sus aptitudes para el trabajo y para la atención al hogar y los hijos”.

Asimismo, el artículo 310 en relación a los efectos patrimoniales de la extinción en vida respecto a las parejas estables establece:

“1. En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado en los siguientes casos:

a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes

44.- En este sentido ROCA TRÍAS, Encarna, Institucions de Dret Civil de Catalunya, vol. III, Barcelona, 1995, p. 653; GETE ALONSO, op. cit., p. 626.

45.- En este sentido SOLÉ RESINA, op. cit., p. 687.

o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada.

b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos del otro conviviente, o ha trabajado para éste”.

9. Bibliografía.

ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio, “La compensación económica por razón de trabajo, en el régimen matrimonial de separación de bienes en Catalunya”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 40/2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 2006.

DOMENGE AMER, Bartolomé, “El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes”, *Revista Jurídica de Navarra*, 1993, enero-junio, p. 79.

FERRER VANRELL, Ma Pilar, “Comentario al artículo 9 de la Ley de parejas estables de las Islas Baleares” en *Comentarios a la Ley de parejas estables de las Illes Balears*, Institut d’estudis autonòmics, Palma de Mallorca, 2006, p. 203.

- *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, 2003, 2a ed.

GETE-ALONSO, María del Carmen, “La compensación económica derivada de la liquidación del régimen de bienes de separación (art. 23 C.D.C.C)”, *La Llei*, 1996-2, p. 628.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Familia IV, Dykinson, Madrid, 2008.

LAMARCA MARQUÈS, Albert, “Separación de bienes y desigualdad patrimonial: la compensación económica por razón del trabajo. Comentario a la STSJC de 21 de octubre de 2002”, *InDret*, 01/2003, p. 7.

LOZANO SERRALTA, Manuel, *La nacionalidad de la mujer casada*, Información Jurídica Española, T. VI, Madrid, 1953.

MORO ALMARAZ, M.J., “Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Código Civil español”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1996, p. 1020.

MUNAR BERNAT, Pedro A., “¿Una nueva pensión compensatoria?. A propósito de una propuesta normativa de la Comisión Asesora de Derecho Civil de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears”, *La Ley*, nº 7198, 17 de junio 2009, 2009, p. 1.

NASARRE AZNAR, Sergio, “La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, en *El nuevo Derecho de la Persona y la Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 243.

PARA MARTÍN, Antonio, “El derecho de compensación económica por razón de trabajo”, *Rev. Jurídica de Catalunya*, 1999-2, p. 321.

PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen, *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 1998, p. 253.

PUIG i FERRIOL, Lluís i ROCA TRÍAS, Encarna, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya, Dret de la persona i Dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

REBOLLEDO VARELA, Ángel L., *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, Montecorvo, Madrid, 1983.

ROCA TRÍAS, Encarna, *Instituciones de Dret Civil de Catalunya*, vol. III, Barcelona, 1995, p. 653.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Ma Paz, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005.

SOLÉ RESINA, Judith, “La quarta domèstica o crèdit de participació reduït”, *InDret*, 2/2010, p. 7.

- “La compensación económica per raó de treball de l'article 41 del nou Codi de Família”, *La Llei de Catalunya i Balears*, nº 231, p. 1.

- “La compensació econòmica per raó del treball en el règimen de separación de bens”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 2001, p. 33.

TUR FAÚNDEZ, María Nélica, “La compensación económica por el trabajo para la familia en el Derecho Civil Balear (A propósito de la sentencia del TSJIB 2/2010, de 24 de marzo)”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, nº 9, p. 117.

10. Jurisprudencia citada.

Tribunal Supremo.

STS de 11 de octubre de 1988 (RJA 7483).

STS de 14 de febrero de 1989 (RJA 836).

STS de 17 de junio de 2003 (RJA 4605).

STS de 12 de septiembre de 2005 (RJA 7841).

STS de 9 de febrero de 2007 (RJA 646).
STS de 14 de julio de 2011 (RJA 5122).

Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales.

SAP Bilbao de 24 de abril de 1985.
SAP Valencia de 20 de marzo de 1990.
SAP de Barcelona de 20 de marzo de 1991.
SAP de Barcelona de 15 de abril de 1993.
STSJ de les Illes Balears de 3 de septiembre de 1998 (RJA 8505).
SAP de Tarragona de 20 de abril de 1999.
SAP de Toledo de 9 de noviembre de 1999 (AC 2379).
SAP de Barcelona de 4 de abril de 2000 (RJA 1137).
SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000 (RJA 142570).
STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2000 (RJA 4125).
SAP de Barcelona de 19 de junio de 2000 (JUR 293314).
SAP de Granada de 5 de diciembre de 2000 (JUR 64637).
SAP de Valencia de 7 de julio de 2001 (JUR 274492).
STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2001 (RJA 6949).
SAP de Alicante de 23 de noviembre de 2001 (AC 2409).
SAP de Alicante de 30 de mayo de 2002 (AC 1278).
STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2002 (RJA 698).
SAP de Córdoba de 11 de noviembre de 2002 (RJA 1767).
SAP de Girona de 10 de enero de 2003 (AC 283).
STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2003 (JUR 4464).
SAP de Alicante de 30 de septiembre de 2003 (JUR 270210).
STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2004.
SAP de Córdoba de 6 de febrero de 2004 (RJA 103252).
SAP de Sevilla de 17 de marzo de 2004 (AC 382).
STSJ de Navarra de 10 de febrero de 2004 (RJA 2476).
SAP de Sevilla de 14 de marzo de 2004 (AC 382).
SAP de las Islas Baleares de 18 de febrero de 2005 (AC 527).
STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2005.
SAP de Valencia de 14 de julio de 2005 (JUR 202778).
SAP de Vizcaya de 16 de septiembre de 2005 (JUR 7314).
SAP de Ciudad Real de 5 de abril de 2006 (JUR 140188).
SAP de Castellón de 27 de junio de 2006 (JUR 253170).
SAP de Valladolid de 20 de julio de 2006 (JUR 239825).
SAP de Barcelona de 31 de marzo de 2009 (JUR 378872).
SAP de Murcia de 5 de mayo de 2009 (JUR 339456).
SAP de Madrid de 3 de junio de 2009 (JUR 22438).
SAP de Asturias de 2 de marzo de 2010 (JUR 144763).

STSJ de las Islas Baleares de 24 de marzo de 2010 (JUR 4019).
SAP de Alicante de 10 de junio de 2010 (JUR 396982).
STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2011 (RJA 6110).
STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011 (RJA 6406).
SAP de Madrid de 20 de julio de 2011 (AC 2092).
STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2011 (RJA 6684).
SAP de Madrid de 27 de julio de 2011 (AC 2120).
STSJ de Cataluña de 6 de octubre de 2011 (RJA 669).
STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2011 (RJA 2243).
SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2011 (JUR 22440).
STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2011 (RJA 2768).
STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2012 (RJA 4203).
STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2012 (RJA 4207).
STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2012 (RJA 8782).
STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2012 (RJA 10025).
SAP de las Islas Baleares de 17 de julio de 2012 (AC 1207).

VIII.2- REFLEXIONES SOBRE EL TRABAJO PARA EL HOGAR Y LA ANALOGÍA LEGIS EN EL DERECHO CIVIL DE MALLORCA.

Miguel Coca Payeras

La debida solemnidad de los actos de entrega del Premio Luis Pascual González ha venido imponiendo la costumbre –que casi se ha transformado ya en ley– de que a la intervención del propio premiado se sume la de un Académico o Jurista de reconocido prestigio sobre algún aspecto de los tratados por el trabajo premiado.

En esta ocasión, tras la exposición de la autora premiada Beatriz Verdera Izquierdo, intervino el que fue su maestro en la vida universitaria, el Catedrático de Derecho civil y Académico Miguel Coca Payeras, quien se centró precisamente en el artículo 9 de la ley de parejas estables y en su posible extensión a los matrimonios, según la interpretación analógica realizada por la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 2/2010 de 24 de Marzo.

A su juicio, dicha interpretación no era necesaria, dado que la propia Compilación exige la contribución de los cónyuges a las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos y señala asimismo que el trabajo para la casa supone una contribución a las cargas familiares; de lo cual se infiere que dicho trabajo debe ser retribuido, particularmente cuando ha disminuido notablemente las expectativas patrimoniales del cónyuge que lo realizó.

No deja de señalar que esta interpretación analógica corre el peligro de extenderse también a las parejas de hecho no inscritas, ya que la situación fáctica es, evidentemente, la misma que en las parejas estables legalmente reconocidas.

Leyendo el trabajo galardonado de la Profesora Verdura Izquierdo y la problemática del tratamiento legal del “trabajo para el hogar” realizado por uno de los cónyuges en el régimen económico matrimonial de Mallorca, y concretamente en los casos de disolución del matrimonio, parece inevitable detenerse en la sentencia del TSJIB 2/2010 de 24 de marzo.

Entre los diferentes aspectos que ofrece dicha resolución, que ya ha sido objeto de algunos interesantes comentarios y análisis, voy a centrarme en uno de ellos, cual es la aplicación analógica al régimen matrimonial de separación de bienes de Mallorca de normas de la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de Parejas Estables, y concretamente de la “compensación” por el trabajo para el hogar o para la “familia”, prevista en el art. 9,2 b) LPE.

Conste que no pretendo entrar en la cuestión de si desde una perspectiva analítica o de *lege ferenda*, la solución que adopta el TSJIB al caso concreto en esta sentencia es materialmente la mas adecuada, o no. Mi atención se mueve en un ámbito mucho mas general: el de las exigencias que recaen sobre la Sala de casación de nuestro maltrecho Derecho Civil, en su función de crear una doctrina jurisprudencial del mas alto rango, en una situación de desidia absoluta por parte del legislador autonómico que, sin duda, dificulta la labor pedagógica.

Expondré brevemente la doctrina jurisprudencial que el órgano de casación de las islas ha establecido en dicha sentencia, para acto seguido explicitar algunas preocupaciones/reflexiones al respecto, y concluir con un apunte de futuro.

1.- La doctrina sentada por la Sala de lo civil del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

Tras exponer en el Fundamento de Derecho Tercero, que el párrafo primero del art. 4.1 de la CDCB califica como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio el trabajo para la familia, pero sin contemplar el derecho a reclamar una “compensación” por ello como hace el art. 1438 CC, en el Cuarto se refiere a que LPE innovó el Ordenamiento Jurídico civil Balear al introducir la “compensación económica” en su artículo 9,2 dedicado a los efectos de la extinción en vida de la pareja estable.

Centrada así la cuestión de la “compensación económica”, la Sala entiende que *“hay que analizar si esta institución está dotada de tal fuerza expansiva que pueda alcanzar al matrimonio, aún en defecto de modificación*

del art. 4 de la CDCB”. A tal fin, sienta, dándole un manifiesto carácter de “*ratio decidendi*”:

1.1.- Que “*La extinción en vida de la pareja estable equivale, en cuanto situación fáctica, al cese de la convivencia matrimonial por separación, divorcio o nulidad y no es necesario hacer esfuerzo argumentativo alguno para concluir que la convivencia, en cualquiera de ambos regímenes, puede, en hipótesis, haber supuesto una idéntica situación de “desigualdad patrimonial” entre los miembros de las parejas o matrimonios que implique para uno un enriquecimiento injusto con el correlativo empobrecimiento injusto del otro*”.

1.2.- Afirma también que “*En el aspecto jurídico el matrimonio es el modelo seguido para diseñar la LPE*”, y tras pasar revista a las similitudes reguladoras entre el régimen de la pareja estable de la LPE y el del matrimonio, concluye: “*Por todo lo dicho hay que concluir que entre ambos supuestos se da la “identidad de razón” prevista en el artículo 4 del CC para la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante, de modo que ha de integrarse el artículo 4.1 de la CDCB, como posibilita su artículo 1, con el contenido del artículo 9.2 de la LPE*”.

1.3.- En el Fundamento de Derecho Quinto, distingue entre el “*simple trabajo para la familia*” que recoge el art. 4,1 CDCIB y el “*trabajo para la familia causante de un enriquecimiento injusto*” que es el contemplado en el art. 9.2, letra b): “*que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia, siendo absolutamente esencial que tal dedicación revista estas específicas características*”.

1.4.- Por último: “*De la interpretación efectuada se deduce que, de concurrir cualquiera de las causas típicas, sólo se otorga compensación en el supuesto de empobrecimiento injusto del cónyuge que la reclama, lo cual evita la introducción, por vía indirecta, en nuestro Ordenamiento del régimen de participación*”.

2.- Algunas reflexiones.

La doctrina que acabamos de dejar transcrita, que puede acabar siendo doctrina jurisprudencial en cuanto sea refrendada por otra de la propia Sala de lo Civil y Penal, pero cuya inmediata influencia sobre las decisiones de los órganos jurisdiccionales inferiores no hace falta destacar, contiene una vasta cita de normas y doctrina, evidencia un notable nivel de reflexión y deliberación, es brillante argumentalmente, pero me crea dos inquietudes o interrogantes sobre la bondad de postular la aplicación analógica de la LPE al matrimonio.

2.1.- La laguna de ley como presupuesto de la analogía.

Es sabido que la interpretación y aplicación analógica de las normas ex art. 4,1 CC, entra en liza cuando las normas no contemplan un supuesto de hecho específico producido en la realidad, pero sí otro semejante, apreciándose por el juzgador “identidad de razón” entre uno y otro. La analogía *legis* es por ello un instrumento tendente a evitar la laguna de ley y la subsiguiente entrada en liza de la costumbre como segunda fuente.

Este ha sido, cuando menos, el planteamiento que ha seguido y sigue de forma constante la Sala Primera del TS español que sólo justifica la aplicación analógica en caso de laguna legal, tal como indica escuetamente la STS 987/2011 de 30 de noviembre, o con mayor profusión la STS 410/2009 de 2 de junio, siguiendo la estela de la STS 463/2006 de 18 de mayo, de la STS 573/2003 de 13 de junio, y de la STS 20 febrero 1998: *“para la aplicación por vía analógica de una norma es necesario que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto sea lo suficiente - mente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad hasta el punto de permitir esa aplicación”*.

Por su parte, la STS 463/2006 de 18 de mayo, explicita cómo *“se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal”*, reiterando lo ya afirmado por la STS 1050/2000 de 21 noviembre.

En la STS 607/2010 de 7 de octubre, se insiste en que *“La jurisprudencia ha interpretado el art. 4.1 del Código Civil exigiendo para la aplicación del método analógico la existencia de una verdadera laguna legal y la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados; para su aplicación es condición necesaria que el supuesto específico carezca de regulación normativa...”*

Y en la STS 227/2012 de 17 de abril, leemos que *“Es la igualdad de razón la que explica el recurso al repetido método de integración de la laguna “ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet” (donde existe la misma razón debe ser igual la disposición de la Ley) o “in cassibus omissis deducenda est norma legis a similibus “ (en supuestos de omisión debe deducirse la norma de la Ley reguladora de casos semejantes)”*.

En nuestro caso, el supuesto específico es el “trabajo para el hogar o familia” realizado por un cónyuge en el seno del matrimonio sujeto al régimen de separación de bienes de Mallorca, y hay que de determinar su tratamiento jurídico en caso de extinción por separación o divorcio.

Y resulta que en nuestro ordenamiento civil, el art. 4,1 CDCIB

contempla ese supuesto específico señalando que ese trabajo será computado como contribución al levantamiento de cargas. Siendo esto así, ¿Porqué acudir a un bloque normativo especial, la LPE y a su art. 9,2,b) para concluir que dicho trabajo para el hogar le permite en ciertos casos a su autor reclamar una compensación económica, una indemnización en suma?.

¿Es esto analogía *legis*? Si la norma directamente aplicable al supuesto, el art. 4,1 CDCIB nos da una solución, un régimen jurídico ¿por qué no conformarse con él y adentrarnos en la analogía?.

No olvidemos que –como hemos visto– la función de la analogía *legis* es evitar la laguna de ley y retrasar la entrada de la costumbre como segunda fuente, pero en ningún caso es un instrumento hábil para suplir la desidia del legislador adaptando a las nuevas realidades las normas antiguas, ya que para ello está la interpretación conforme a la realidad social del momento del art. 3,1 CC, o incluso –si se me apura– la *analogía iuris*, que posibilita la obtención de principios generales del derecho en los casos de laguna de ley y costumbre.

2.2.- El riesgo de establecer que la identidad de razón se da por la coincidente situación fáctica.

La segunda reflexión, tiene que ver con la circunstancia de que el TSJIB, como quedó reseñado, establece que la identidad de razón que ampara la aplicación analógica se funda en que la extinción en vida de la pareja estable equivale, en cuanto situación fáctica, al cese de la convivencia matrimonial por separación, divorcio o nulidad, y en que *no es necesario hacer esfuerzo argumentativo alguno para concluir que la convivencia, en cualquiera de ambos regímenes, puede, en hipótesis, haber supuesto una idéntica situación de “desigualdad patrimonial”*.

Si esto es así, cabe preguntarse si al postular la analogía desde la normativa de parejas estables (art. 9,2 LPE) al matrimonio por razón de identidad fáctica de la situación de convivencia, no estamos propiciando con mayor razón la aplicación analógica de ese mismo precepto de la LPE a las uniones de hecho no reguladas, pues la situación fáctica se nos antoja idéntica a las dos primeras.

Es más, los contornos de la situación fáctica de la parejas de hecho no inscritas o areguladas se asemeja mas a las de las parejas de hecho de la LPE, que la de éstas al matrimonio.

2.3.- La especial problemática de la analogía legis.

A los riesgos apuntados, hay que sumar dos circunstancias que enmarcan la problemática de la aplicación analógica que propugna la sentencia que nos

ocupa, que nos sitúan ante la complejidad del uso del propio instrumento.

En primer lugar, la aplicación analógica de una ley especial como es la LPE es siempre arriesgada por cuanto el propio tenor del art. 4 del CC en su apartado 2, aunque no veda la aplicación por vía de analogía a las leyes especiales, si hace lo propio con las penales, excepcionales y de ámbito temporal.

Y en alguna ocasión, como en la STS 821/1997 de 30 de septiembre, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de señalar que la analogía, que contempla el art. 4.1 del Código Civil, exige una semejanza o identidad de razón, que no se da cuando se trata de aplicar una ley especial referida a un tipo específico de institución (en el caso enjuiciado, una comunidad especial) a otro tipo específico de institución.

Y en segundo lugar, es bueno recordar que el Tribunal Constitucional en la STC 148/1988 de 14 de julio, ya puso en guardia a los tribunales sobre los riesgos de la analogía, al concluir que *“la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es mas que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo”*.

3.- El Anteproyecto de Ley de Regimen Patrimonial del matrimonio.

Concluyo indicando que en el “Anteproyecto de Ley de Regimen Patrimonial del matrimonio” elaborado por la “Comissió Asesora de Dret Civil” del Govern, que al parecer va a ser remitido próximamente al Parlament, se aborda la problemática del trabajo para el hogar, adoptando una solución que no es la de la LPE, y que se resume en, sobre la base de mantener el actualmente vigente régimen de computación en la contribución al levantamiento de cargas, prever que los “excesos” de contribución derivados de dicho trabajo pueden ser reclamados al otro cónyuge, siendo dicha reclamación compatible con la de una pensión compensatoria, aunque en tal caso deberán ser reclamadas conjuntamente.

Febrero 2013.

IX.- JORNADAS ACADÉMICAS SOBRE “LA NOSTRA MAR: ART, SALUT, HISTÒRIA I DRET”.

Fue la última de las cuatro Jornadas que las Academias de nuestra Comunidad Autónoma dedicaron a “La nostra mar: art, salut, història i dret. Una aproximació de les quatre Acadèmies de la Comunitat Autònoma a la mar de les Illes Balears”.

En las jornadas anteriores, las Academias de Bellas Artes, Medicina y Estudios Históricos habían venido desarrollando temas relacionados con el ámbito de saber específico de cada una de ellas; y el día 23 de Abril de 2013 fue el turno de la Academia de Jusiprudencia y Legislación de las Illes Balears, que desarrolló una ponencia que llevaba por título “Del mar territorial al territori marítim de les Illes Balears”, haciéndose referencia con ello, según indicación del Presidente de la Academia en la presentación del acto, a la conceptualización del mar territorial como dominio público estatal, ex artículo 132 CE, contrapuesto a la aspiración de algunas Comunidades Autónomas, concretamente las Islas Canarias, de convertir el mar que separa las islas del Archipiélago canario en territorio de la Comunidad Autónoma.

La Jornada supuso la intervención en la misma como ponentes de los Académicos Tomás Mir de la Fuente y Pedro J. Aguiló Monjo así como del Profesor de Derecho Internacional Público de la UIB Joan David Janer Torrens. El primero trató de “La propiedad de

(y en) las Islas Baleares”, pasando revista a la situación jurídica de las 150 islas o islotes que integran nuestra Comunidad Autónoma. El segundo disertó sobre “El “mar balear” desde la perspectiva competencial”, deteniéndose especialmente en las vicisitudes de la legislación canaria que ha impulsado la idea de convertir en territorio de la Comunidad Autónoma canaria el mar que separa (y une) las islas del Archipiélago. Y finalmente el Profesor Joan David Janer Torrens trató de “La projecció del dret internacional en la delimitació dels espais marítims de les Illes Balears”, ilustrando con proyecciones la delimitación de las diferentes zonas que, desde un punto de vista jurídico, se pueden distinguir en el mar balear.

Las tres interesantes ponencias se insertan a continuación.

IX.1- LA PROPIEDAD DE (Y EN) LAS ISLAS BALEARES.

Tomás Mir de la Fuente

I

El título de mi intervención, posiblemente necesita y, desde luego, merece una explicación, y no sólo por los paréntesis y las letras mayúsculas y minúsculas. Sino porque se produce en una sesión académica, rubricada *Del mar territorial al territorio marítimo de las Illes Balears*, en un ciclo que tiene por tema *la nostra mar* (que es una parte del mare nostrum de los romanos), desde una perspectiva multidisciplinar, en el que han intervenido ya las otras Academias del ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Y porque lo que diré es, realmente, la síntesis de dos estudios míos, publicados ya en los números XI y XIII del Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears (*producidos en el seno de su Comisión de Derecho Público, en el marco del tema general de la isla como objeto del Derecho, en el que estuvo trabajando los últimos años*). El primero, titulado *Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía*, y el segundo, *Islas en venta*.

En el primero, situé las islas Baleares en el llamado bloque de la constitucionalidad, en el que acaban siendo la Comunidad Autónoma misma, (cuando el Estatuto dice, en su artículo 1, rubricado *Illes Balears*, y en su apartado 2, que la denominación de la Comunidad Autónoma es *Illes Balears*), y donde casi no se habla del archipiélago balear. *Lo que, como destacará el Sr. Aguiló, en su intervención en esta sesión, ha tenido su importancia, en el tema competencial sobre el mar que las ciñe.*

En el segundo, en el punto más bajo del ciclo económico, cuando se habló, para evitar el rescate, de vender las islas griegas (de la de Chipre no se ha

hablado, acaso porque la mitad es turca), y por si hubiera que vender las islas españolas, me interesé por la propiedad de las islas e islotes, en el territorio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (*formado, como dice el Estatuto hoy, en su artículo 2, por el de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y por el de las otras islas menores adyacentes*). No fuera que hubiese que venderlas sin saber antes de quién son y si pueden ser vendidas. Pues, la propiedad es el derecho real máximo o pleno, *paradigmático del Derecho civil de cosas (donde los bienes, según la persona a que pertenecen, dice el Código civil, son de dominio público y de propiedad particular)*, y el artículo 33.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a la propiedad privada. Que no es un derecho absoluto e ilimitado, sino, delimitado su contenido, por su función social, de acuerdo con las leyes. Y porque es así, de la misma naturaleza que el dominio público (a pesar de su régimen jurídico bien distinto), que la propia Constitución admite, y proclama, en todo caso, en el artículo 132, para el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Como lo que diré es una síntesis, sujeta a las limitaciones de tiempo propias del acto, remito a los interesados en el tema a los textos publicados en su día.

El título de esta intervención, con los paréntesis y las islas con minúscula, procede de una conclusión, a la que llegó un informe de 1998, sobre la reforma de la Compilación de Derecho civil de las islas Baleares *—elaborado por la Comisión de Expertos (creada por Acuerdo de del Consell de Govern de 6 de octubre de 1998, y presidida por D^a María Pilar Ferrer Vanrell) y redactado por Don Miguel Coca Payeras—* que, sobre materias a regular, legislando ex novo, dijo que *(en la medida de que la Constitución y el Tratado de Roma lo permitan y la legislación estatal vigente no responda a las peculiaridades insulares, anticipándose a ella o rectificándola, pero sin pruritos de originalidad ni experimentación y sin intervencionismos públicos)* cabía hacerlo *sobre la propiedad en las islas y hasta la propiedad de las islas e islotes*.

Explicado el título, justificaré por qué, en un ciclo sobre el mar, y en una sesión de la Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre mar territorial y espacio marítimo de las Illes Balears, se empiece hablando de la propiedad de la tierra.

Es muy sencillo. Porque la isla, que es tierra, se define por el mar, precisamente. Es, según de Diccionario de la Lengua Española, porción de tierra rodeada de agua por todas partes. Agua del mar, o no. *Por algo el Código civil, siguiendo al Digesto, que habló de la insula in mari nata y de la insula in flumine nata, cuando trata de los modos de adquirir la propiedad, se refiere en el artículo 371 a las islas que se forman en los mares adyacentes a la costas, que se adquieren por ocupación, y en los 373*

y 374, sobre la adquisición por accesión, habla de las islas que se van formando en los ríos por acumulación de arrastres superiores, y de la heredad o parte de ella que queda aislada cuando se divide en brazos la corriente del río.

Pero islas, lo que se dice islas, lo son las del mar. En el Diccionario de uso del español, de María Moliner, se dice que isla es porción de isla rodeada de mar. Si, etimológicamente, como reconoce el DREA, isla, proviene de latín de insula, e insula, de in salo, siendo salum la alta mar, el mar es constancial a la isla. Y a las islas Baleares, lo es el mar que las rodea. *Nuestro Mare Nostrum. La nostra mar. La mar nostrada.*

Andrés Sánchez Robayna (poeta y Catedrático de Literatura Española en la Universidad de La Laguna), comienza su libro Cuaderno de las islas diciendo que una meditación sobre las islas, lo es sobre las aguas, que es lo mismo que decir que la identidad de toda isla está vinculada al medio. La isla delimita, cierra, pero permite la visión alrededor: es, o debería ser, puro horizonte. En sentido figurado, y por lo mismo, son islas las células y hasta los astros. La Tierra es el planeta azul, por el color del mar. Realmente es menos tierra que mar. En el mundo no hay más que islas y el mar que las rodea.

Islas son los continentes de Euroasia (Europa y Asia), de África (por el Canal de Suez), de América (del Norte y, por el Canal de Panamá, América del Sur), Australia y demás islas de Oceanía (más de 25.000, de la Polinesia, Micronesia y Melanesia) y la Antártida. El Mar Ártico, es en parte una isla de hielo

Hay islas grandes, como Groenlandia (más de dos millones de Km²), y pequeñas, tanto, que algunas sólo son visibles con la marea baja. *El Convenio de Jamaica sobre Derecho del Mar, a sus efectos, define la isla como extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar, que distingue de las rocas en el mar. Despreciando los bajíos.*

Todas las islas son distintas, por lo menos, en el mapa, por su perímetro o perfil. Cualquiera podría ser la de Utopía. Por esto siempre han fascinado. Hasta el punto de que hay libros sobre ellas, tan antiguos como la Neosotiqué de Diodoro de Sicilia o Sículo del siglo I antes de Cristo, o los tratados De insulis, de Plinio, Estrabón y Pomponio Mela, y tan completos o fantásticos, como los Islarios renacentistas, superadores de la exactitud de los atlas y cartulanos de los cartógrafos mallorquines, cuales son el Isolario general de todas las islas de mundo de Alonso de Santa Cruz, o el Kitab-I (Libro para navegantes) del turco Pri Reis. Donde el parecido de algunas con la realidad, por lo que luego se ha sabido, era pura coincidencia. *Seguramente, el autor, tenía prisa y no las circumnavegó, y quien lo encargó, si lo dio por bueno, sabía poco de ellas. En este sentido destacan los del siglo XVI y XVII de Mallorca de Bordone, Bertelli, Camocio, Porcacchi, Ferretti y Savoranola, que aparecen en Una cartografía*

de les Illes Balears, editada el año 2000 por la Obra social y Cultural de Sa Nostra, y elegidos por Antoni Ginard Bojosa, entre 106.

Puede haber mar sin islas, pero no islas sin mar. La isla es tierra en el mar. El Rei En Jaume conquistó un *regne dins la mar*. *En el sopar de Tarragona al que assistiren la major part dels magnats i rics homes de Catalunya, le dijeron, según relata en el Llibre dels Fets: Senyor, nosaltres hem interrogat a Pere Martell (ciudadà de Tarragona i molt entès en cosas de mar) sobre una cosa que creim que us plaurà: un illa anomenada Mallorca. En aquesta illa hi ha un rei i el seu regne té més illas: Menorca i Eivissa, que están subjectes al rei de Mallorca. Com que allò que Déu vol, ningú no ho pot tòrcer ni impedir; i a vos us ha de plaure, també nosaltres tendriem per bo que conqueriu aquella illa, per dues raons: la primera, perque això augmentaria el prestigi vostre i nostre: la segona, perque la gent que senti parlar d'aquesta conquista restarà admirada que us hàgiu poderad d'un regne i de una terra dins la mar, allí on Déu volguè formar-la.*

Tanto tiene que ver la isla con el mar, que al mar Egeo se le llamaba Archipiélago. El DREA, después de decir que archipiélago es conjunto generalmente numeroso de islas agrupadas en una superficie más o menos extensa de mar, dice, escrito con mayúscula inicial y poco usado, mar Egeo.

En ediciones anteriores, menos técnicas geográficamente hablando, había dicho, después de definirlo como parte del mar poblada de islas, que archipiélago, por antonomasia, es parte del Mar Mediterráneo poblada de islas y comprendida entre Asia y Grecia. Pensando en las más cinco mil islas griegas (Cícladas, Sasánidas, del Dodecaneso, Espórades o Egeas del Norte, además de Creta). Cinco mil islas no son nada, comparadas con las más de quinientas mil que hay en el mundo, según José Cervera Pery (autor de El Derecho del mar. De las bulas papales al Convenio de Jamaica).

María Moliner, en su Diccionario de uso del español, dice que archipiélago, etimológicamente, es mar principal, y, por extensión, se aplica a cualquier porción de mar poblada de islas

II

La materia de que trataré no es sólo de Derecho Civil, sino también de Derecho Público, sobre todo Administrativo, y aún, Constitucional. Por referirlo a la islas Baleares. Se las que hablaré primero.

La Constitución de 1812, sobre el territorio de las Españas, dijo que el **territorio español comprende, en la Península con sus posesiones e islas adyacentes: Aragón, Asturias, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las islas Baleares**

y las Canarias con las demás posesiones de África; en la América Septentrional: Nueva España con la Nueva-Galicia y península del Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar; en la América Meridional: la Nueva-Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico; y en el Asia: las islas Filipinas y las que dependen de su gobierno.

Las Constituciones posteriores –que no delimitaron el territorio español y solamente hablaron (al tratar de las provincias de Ultramar) de las islas de Cuba y Puerto Rico (las de 1869 y 1876), del archipiélago filipino (la de 1869) y de las islas Canarias y las islas Baleares y cada una de sus islas– dan por sentado que el territorio español es el de España o el Estado español. Porque, tal como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1921, las leyes, como manifestación de la soberanía, sólo alcanzan y son eficaces hasta donde la soberanía llega y únicamente obligan en el territorio para el que se dictan, según declara expresamente para los españoles el artículo 1 del Código civil, y, en forma más o menos implícita, se confirma en la doctrina de las sentencias de 15 de noviembre de 1898 y 10 de enero de 1915. El citado artículo 1, hasta el 31 de mayo de 1974, al tratar de la obligatoriedad de las leyes, decía, que las leyes obligan en la península, islas adyacentes, Canarias y territorios de África sujetos a la legislación peninsular, a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiera otra cosa. A pesar de que el artículo 1 del Real Decreto de 3 de noviembre de 1833 había citado las islas Balears y las islas Canarias entre la 49 provincias en que divide el territorio español, en la Península e islas adyacentes.

La Constitución de 1978 vigente se refiere a los territorios insulares, a las provincias insulares, a las islas mayores (de Gran Canaria, Mallorca y Tenerife), a las islas o agrupaciones de islas (Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma), a los archipiélagos y al archipiélago canario.

No habla la Constitución, en ningún caso, de las islas Baleares, ni del archipiélago balear. Ni de islas adyacentes a la Península. Aunque sí nombra la de Mallorca (que califica de mayor como vimos), y la de Menorca (que no califica de menor, que es lo que significa etimológicamente). Y alude a las de Ibiza y Formentera. Creando la agrupación Ibiza-Formentera para la elección de Senadores.

Quien sí habló de las Islas Baleares fue el Estatuto de autonomía para las islas Baleares de 1984, que lo hizo del territorio de la Comunidad

Autónoma de ese nombre, tal como imponía el artículo 147.2 b) de la Constitución, que había dispuesto que los Estatutos de autonomía deben contener la delimitación de su territorio. Haciéndolo en forma bien distinta de los demás, cuando dijo que **el territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares es el formado por el de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y otras islas menores adyacentes**. Pues la mayoría remitieron, en unos casos, al comprendido en las provincias que se citan y, en otros, al de los municipios de las provincias que se citan, o al de las comarcas y, aún, al de los territorios históricos.

Tampoco se produjo como el Estatuto de Canarias de 10 de agosto de 1982, cuyo artículo 2 dispuso que el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias (no de las Islas Canarias) comprende el Archipiélago Canario, integrado por las siete Islas de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife, así como las Islas de Alegranza, La Graciosa, Lobos y Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste, agregadas administrativamente a Lanzarote, salvo la de Lobos que lo está a Fuerteventura.

Hoy, el Estatuto vigente de 28 de febrero de 2007 no habla de las islas Baleares sino, 302 veces, al menos, de las Illes Balears, que es el nombre de la Comunidad Autónoma y de la nacionalidad histórica en que se constituyen, y del territorio de la Comunidad Autónoma, del que dice ahora que es **el formado por el de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y el de las otras islas menores adyacentes**. Con la voluntad acaso de no reducir la referencia a las islas menores adyacentes, a las que lo son a la isla de Cabrera, que forman archipiélago, y comprender todas las que son adyacentes a las cinco que se nombran. Porque Cabrera (y las islas adyacentes a ella) es isla menor que las otras cuatro y adyacente a la de Mallorca, integrada en el término municipal de Palma, que no es el municipio más próximo, y no muy mayor que otras de su subarchipiélago. Las islas menores adyacentes a las de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera son 150 y suman 37.500.000, siendo muchas de ellas islotes, escollos o farallones.

Tanto en la redacción actual como en la anterior resultaba la inclusión de todas las islas del archipiélago balear. Las cinco que siempre se han tenido por Baleares, que son las cinco de más superficie, y las más pequeñas próximas a ellas, habitadas o no. Por más que ambas redacciones adolecen de no expresar el “algo” cuya intermediación o proximidad determina la adyacencia, de que habla el Diccionario. Si la adyacencia a las cinco islas enumeradas, o a la Península, como en el Código Civil.

Puestos a modificar la redacción, debería haberse dicho adyacentes a ellas. Aunque no es peyorativa para nadie la descripción geográfica, bien se pudo dejar la alusión a la adyacencia insular, de todas o algunas de las

islas Baleares, y sustituirla por la referencia a la agregación administrativa. Como el Estatuto de Canarias o, incluso, el Real Decreto 617/1997 de 25 de abril, de Subdelegados del Gobierno y Directores Insulares de la Administración General del Estado, que, para la determinación del ámbito territorial de las Direcciones, se refiere a “las demás islas agregadas administrativamente a cada una de las islas de Menorca, Ibiza-Formentera, Lanzarote y Fuerteventura”.

En cualquier caso, el artículo 61 el Estatuto de Autonomía, hoy, al definir los Consejos Insulares como instituciones de cada una de las islas, dice, que ostentan el gobierno, la administración y la representación de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, así como de las **islas adyacentes a éstas** (antes el artículo 37 dijo que les correspondían los de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera **y sus islas adyacentes**). Y la Ley de Consejos Insulares de 13 de abril de 1989, en su artículo 2, dispuso que les corresponde el gobierno, la administración y la representación de las islas de Mallorca, Menorca, y de Eivissa y Formentera y de las islas adyacentes a éstas (adjacents a aquestas), que es distinto de lo que dice el artículo 2, de la de 27 de octubre de 2000, que es que les corresponden los de las islas de Mallorca, Menorca, Eivissa y Formentera y de las islas adyacentes (que hi són adjacents).

En la historia de las Islas Baleares ha estado presente, desde hace siglos, la idea de la adyacencia para definir las políticamente. Así, en los textos del antiguo Reino de Mallorca, incluso antes de que existiera, y ya en el Convenio de 1228 para su conquista, se vino haciendo. Se habló de lo siguiente: *ad insulas Maioricas, Minoricas, Eviçam et alias insulas que vocantur generaliter Baleares; totum regnum Maioricarum et per insulas que vocantur baleares; totum regnum Maioricarum et insulam eiusdem et per insulas etiam Evicæ et Minoricarum; civitatis et insule Maioricarum et quarumlibet aliarum insularum; in civitati vel in quibuslibet aliis insulis; regne de Mallorcha e les yles de Menorcha, Eivissa y ab las **altres yles ajaens** a aquel regne; regno Maioricarum, cum insulis Minorice et Evicæ et aliis eidem regno **adjacentibus** y regne de Mallorque e de les illes ad aquel **adjacens**.*

El Estatuto, como la Constitución (que sí lo hace de los archipiélagos), no habla del archipiélago balear, a diferencia del Real Decreto-ley de 13 de junio de 1978, por el que se aprobó el régimen preautonómico para el archipiélago balear, cuyo artículo 2 dispuso que el territorio de la Región Balear es el de cada una de las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza-Formentera y demás que forman el archipiélago Balear. Parece como si ya no lo hubiera, a pesar de que las islas Baleares lo son, en cuanto forman un conjunto numeroso de islas agrupadas en una superficie más o menos extensa del mar, que es lo relevante según el Diccionario. Sin perjuicio de otros archipiélagos

(o subarchipiélagos), como el de Cabrera (del que habló la Ley 14/91 de 29 de abril de creación del Parque Nacional Marítimo Terrestre), o acaso el de las islas de Ibiza y Formentera, que la Constitución agrupa, como Ibiza-Formentera, y, en algún momento histórico, fueron las islas Pityusas, distintas de las Gimnesias, que eran las de Mallorca y Menorca.

El Estatuto, para referirse a las islas Baleares, utiliza la denominación oficial de la provincia de Baleares (que es, desde la Ley 13/1997 de 25 de abril, la de Illes Balears, no “las o les” Illes Balears), incluso cuando no se quiere referir a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (cuya denominación es, según el artículo 1.2 , Illes Balears) o a sus poderes e instituciones, sus pueblos o ciudadanos, sino a sus lugares, aguas, litoral, legado histórico, diversidad o cultura (artículos 7, 31.51, 32.16, 34 y 90.4). No usa nunca la geográfica y castellana expresión de islas Baleares, en cuanto legislar (que es lo que hace) es usar oficialmente el topónimo, y solamente cabe designarlo en lengua castellana, en los libros de texto y material didáctico, así como en otros usos no oficiales, según la Disposición Adicional Primera de la dicha Ley.

En el Diccionario Panhispánico de dudas de la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española de 2005 se dice, sobre el topónimo Islas Baleares, que es el nombre tradicional de estas islas del Mediterráneo, así como de la provincia y de la comunidad autónoma que conforman, y que, salvo, en textos oficiales, donde es preceptivo usar el topónimo catalán Illes Balears, como único nombre oficial aprobado por las Cortes españolas para la provincia y la Comunidad autónoma, en los textos escritos en castellano debe emplearse el topónimo castellano.

III

Cuando el Rei En Jaume conquistó Mallorca la repartió entre quienes tuvo a bien, sobre todo con quienes habían contribuido a que se apoderara de un reino y *una tierra dentro del mar, donde Dios quiso formarla*. En el Llibre del Repartiment de 1232 se refleja, como primera medida jurídica dominical, entre lo público y lo privado, la división de la isla en ocho (diez) lotes o quadrelles, cuatro (cinco) para el Rey, y una para cada uno de los jefes de los grupos armados, *Nuño Sans, el Conde de Ampurias, el Vizconde de Bearn y el Obispo de Barcelona*. Luego, para distribuir la carga de defender lo conquistado, se dividió el territorio en 13.445 cavallerías, de las que cada 130 habían de proporcionar un caballo armado. *El conde de Ampurias, por ejemplo, con sus 849 cavallerías, proporcionó 7 caballos, y con ellas pudo recompensar a sus hombres y atraer, cediéndolas en alodio, a repobladores, beneficiarios de las libertades y franquicias concedidas por el rey.*

Hoy el tema de la propiedad de y en las islas Baleares, y en todas las demás de España, sigue siendo jurídico, público y privado. Constitucionalmente, y a diferencia de la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de su zona económica y plataforma continental, que, en todo caso, son de dominio público estatal, las islas no lo son, aunque lo pueden ser, en la medida que lo disponga la ley. Por lo que dispone el artículo 132.2 de la Constitución. No lo han sido, ni lo son aún todas. **El Código Civil y las Leyes de Aguas, de Puertos y de Costas han establecido la historia moderna de la propiedad de las islas e islotes y de la propiedad en ellos.**

¿De quién son las islas? ¿Del Estado? ¿Todas o sólo algunas? La respuesta, hoy, es: no todas, sino solo algunas, y no las *mejores*, aunque sean muchas¹.

Por hablar solamente de las adyacentes a las islas Baleares, de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera², diremos que hay 150 que, en su total conjunto, y con aquéllas, constituyen lo que el Estatuto de Autonomía –que se aprobó por Ley Orgánica del Estado– llama *Illes Balears* (cuando, en su artículo 12, afirma que la denominación de la Comunidad Autónoma es *Illes Balears*, después de haber dicho, en el 2, que el territorio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears es el formado por el de las Islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y el de las otras islas menores adyacentes).

Pues bien, de estas 150 islas o islotes³, 34 son, según parece, de propiedad privada⁴ o de particulares y el resto de propiedad del Estado u otros entes públicos. Una es del Municipio de Maó (*del Rei*). Otra del Consejo Insular de Mallorca (Dragonera). Las demás del Estado, 17 de las cuales están afectadas al Ministerio de Defensa.

1.- En el Atlas Nacional de España SIGNA, se dice que (sin incluir las 5 islas Baleares mayores, ni las 7 Canarias mayores más las de Alegranza y Graciosa, que tienen más de 10 Km²) el número de islas pequeñas, islotes, peñascos y roques (excluyentes de peñones, escollos y farallones) es de 3.000, de las que 750 tienen nombre propio, 12 tienen más de 1 Km² y 79 más de 0,4.

2.- En una Geografía de las Islas Baleares moderna, y en un anexo de elaboración propia del autor (sobre datos facilitados por la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma y la Dirección General de Puertos y Costas de la misma –no del Ministerio de Economía y Hacienda, donde está la Dirección General del Patrimonio del Estado, ni de los Ministerios de Defensa y de Medio Ambiente–), se relacionan 137 islas e islotes (con 55 Km² de superficie, que suponen el 1'1% del total), de los que 37, 34, 48 y 13, son adyacentes, respectivamente, a las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, y 18 constituyen el subarchipiélago de Cabrera.

3.- Entre ellas unas llamadas Ses Illetes, S'illot y S'illó. En castellano las islitas, el islote y el isleo.

4.- La mayoría de las de más de 1 Km² (Conillera, de l'Aire, Formentor, Vedrá, Vedranell, den Colom, des Bosc, Tagomago, Espardell, Espalmador y Redona). Sólo las de Cabrera y Dragonera, no lo son.

a) Historia.

El artículo 132.2 de la Constitución Española dispone que son bienes de dominio público estatal los que declare la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y plataforma continental. De lo que resulta que, constitucionalmente, no son de dominio público las islas. Y no lo han sido, legalmente hasta la Ley de Costas de 28 de julio de 1988.

Antes de la Ley de Aguas de 1866, las islas (islotes incluidos) eran *res nullius*, sin dueño, susceptibles de adquisición por ocupación. La Ley XXIX, *De cuya debe ser la isla que se hace nuevamente en la mar*, del Título XXVIII de la Partida III, era bien expresiva, cuando disponía: Pocas vegadas acaesce que se fagan yslas nuevamente en el mar, pero si acaesce que se ficiesse y alguna nueva ysla de nuevo surja, dezimos que debe de ser de aquel que la poblase primeramente e aquel o aquellos que la poblaran deven obedecer al señor, en cuyo señorío es aquel lugar do apareció la ysla.

Fue la Ley de Aguas de 1866 la que dispuso, en su artículo 3, que las islas marítimas ya formadas, que, por no haber sido ocupadas, eran *res nullius*, y las que se formasen, pasaran a ser de dominio privado del Estado (dejando a salvo, expresamente, los derechos adquiridos, que reafirmaba el artículo 299), con la consecuencia de impedir su adquisición por ocupación, por parte de cualquiera, pero no por usucapión, y permitir su tráfico jurídico privado, como bienes patrimoniales del Estado. Lo mismo que sucedía con la legislación sobre bienes mostrencos.

El artículo 3 de las Leyes de Puertos de 1880 y 1929, por su parte, dijeron que pertenecen al Estado, y el artículo 371 del Código Civil de 1889 que las islas que se formen en los mares adyacentes a las costas de España pertenecen al Estado.

El artículo 2 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 dispuso, al fin, de esta serie histórica, que las islas formadas, o que se formen en el mar territorial..., pertenecerán al Estado en calidad de bienes patrimoniales, salvo las que sean de propiedad privada o procedan de la desmembración de ésta.

b) Situación actual.

La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 rompe la tradición legislativa y proclama la demanialidad de las islas e islotes en los términos de sus artículos 4.6 y 5.

1. Los textos y su alcance.

· Dispone el artículo 5 que son también del dominio público estatal (no dice marítimo-terrestre estatal) las islas que estén formadas o se formen por razones naturales, en el mar territorial o en las aguas interiores o en los ríos hasta donde se hagan sensibles las mareas, salvo que sean de propiedad

privada de particulares o entidades públicas o procedan de la desmembración de ésta. Después de haber dicho, en el artículo 4.6, que pertenecen al dominio público marítimo-terrestre estatal (además de los que lo son, en todo caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución), los islotes en aguas interiores y mar territorial, sin perjuicio de que, de acuerdo con la Disposición Transitoria 2ª. 3, los islotes de propiedad particular con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley conservarán esta condición, si bien sus playas y zonas marítimo-terrestre (pero no los acantilados) seguirán siendo (realmente, pasarán a ser, porque antes no lo eran) de dominio público en todo caso.

El artículo 6.1 del Reglamento de 1 de diciembre de 1989 dice que lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley sobre el dominio público de los islotes, se entiende siempre aplicable a las rías y desembocaduras de los ríos hasta donde sea sensible el efecto de las mareas.

· La Ley no dice lo que entiende por islote. Las leyes anteriores lo trataban como cualquier otra clase de isla. Como es, sin duda, acudiendo la doctrina, a falta de definición legal, a los criterios hermenéuticos del artículo 3 del Código Civil, que conducen al Diccionario de la Lengua española, para el que es una isla pequeña y despoblada, y peñasco muy grande rodeado por el mar. Como isla es, porción de tierra rodeada de agua por todas partes. Y península, tierra cercada por el agua y que sólo por una parte relativamente estrecha está unida y tiene comunicación con otra tierra de extensión mayor.

· Realmente, aunque solamente a sus efectos, hay definiciones legales de isla e islote, en el Convenio de Ginebra sobre el mar territorial y la zona contigua de 29 de abril de 1954, ratificado el 25 de febrero de 1971 BOE de 24 de noviembre de 1971, y en la Convención de la ONU sobre Derecho del mar de 10 de diciembre de 1982, ratificado el 20 de diciembre de 1996 BOE de 14 de febrero de 1997, para los que, isla es una “extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”, lo que supone excluir los bajíos y las islas artificiales, pero plantea dudas sobre las islas de hielo y los mismos mares y océano árticos. No son islas, a efectos del derecho a tener zona económica exclusiva y plataforma continental, sin decir que sean islotes, las “rocas en el mar, no aptas para mantener la habitación humana o vida económica”

2. Las islas Baleares (y Canarias) ¿de dominio público?.

La Ley de Costas de 1988, cuando se refiere a las islas formadas o que se formen en el mar territorial y las aguas interiores, no piensa en las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y demás islas menores adyacentes, sino en las formadas y que se formen en las aguas que bañan las costas de España (Península, Canarias, islas adyacentes y territorios de África sujetos a la legislación peninsular, en expresión del antiguo artículo

1 del Código Civil), sean las interiores (las comprendidas entre la línea interior del mar territorial y las líneas de base recta a que se refiere la Ley 10/1977, de 4 de enero –como las del RD de 5 de agosto de 1977– o la línea de bajamar escorada) sean las marítimas, de su mar territorial.

Las cinco islas Baleares (como las siete islas mayores del archipiélago de las Canarias) no son, por serlo, de propiedad del Estado, como no lo es el resto del territorio nacional, sino parte de su territorio de soberanía. Por más que la isla de Cabrera, que perteneció al Estado, y, como de su propiedad particular, adquirida por ocupación, fue vendida y luego readquirida por expropiación, precisamente, por razones relacionadas con la soberanía. Pasando, con la expropiación y el pago del justiprecio, al dominio público, antes de la demanialización general de la Ley de Costas, por su afectación al Ejército.

3. Régimen jurídico de las islas españolas del Estado.

· Las islas e islotes del Estado son, desde la Ley de Costas de 1988, bienes de dominio público, afectados al uso público o, en su caso, al servicio público, como la defensa, y en tal caso la desafectación a ella no los degrada y convierte en bienes patrimoniales del Estado, sino que las devuelve al uso público, y gestión en materia costera. Afectación que, en cualquier caso,⁵ se realizó, sin acto administrativo, sino por la propia Ley de Costas, apoderada al efecto por la Constitución misma.

· No son bienes de dominio público natural necesario, pero sí de dominio público marítimo-terrestre, porque no es el mero hecho de ser islas, sino, además haber pertenecido al Estado, lo que la Ley de Costas ha considerado decisivo para demanializarlas. Y aunque el artículo 5, en su literalidad, sólo dice de dominio público estatal, hay que entender dice, además, de dominio público marítimo-terrestre, y por lo tanto de utilización libre, pública y gratuita, en tanto no se acuerde la correspondiente reserva, adscripción o concesión, o ya estuvieran las islas afectas a un servicio público, como la defensa nacional (ex. art. 339.2º del Código Civil). Por aplicación de los criterios de interpretación del artículo 3 del Código Civil, que apela al sistemático, que obliga a enfatizar que el artículo 5, que dice también serán..., está a continuación del 4, que, incluyendo a los islotes en su nº 6, se refiere precisamente al dominio público marítimo-terrestre, como el 3, y recordar que la rúbrica del Título I, que contiene los tres artículos citados y otros, es Bienes de dominio público marítimo-terrestre.

· La isla o el islote pueden desaparecer o dejar de serlo, con más facilidad que el continente, por causas naturales, como la inundación o el aterramiento que le convierta en península o integre en la ribera del mar, o por causas

5.- Expresamente, los islotes en el mar territorial y aguas interiores del artículo 4.6, e implícitamente, en el 5, las islas, al decir que también.

artificiales. De la misma manera que pueden surgir del mar o formarse en él naturalmente (las islas artificiales no lo son, ni natural ni legalmente, según vimos), por afloramiento, o por desmenbramiento de la ribera, o incluso aislamiento por la acción del hombre de la zona marítimo-terrestre.

· Los bienes de dominio público están fuera del comercio, por lo que las islas que nos ocupan son inalienables.

El artículo 1271 del Código Civil dispone que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio. Y lo están los bienes de dominio público.

El artículo 132.1 de la Constitución, por su parte, que la Ley reguladora del régimen jurídico de los bienes de dominio público se inspirará en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Y el artículo 6 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 3 de noviembre de 2003 proclama, como principios relativos a la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales –siéndolo, según el n° 1, en cualquier caso, aquéllos a los que la Ley otorgue expresamente el carácter de demaniales– los de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Por fin, el artículo 7 de la Ley de Costas dispone que, conforme a lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución, los bienes de dominio público marítimo-terrestre, definidos en esta Ley (las islas e islotes del Estado), son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

c) Venta de islas del Estado.

Siendo inalienables las islas de propiedad del Estado por disposición legal, solamente podrán venderse en virtud de una ley desdemanializadora o patrimonializadora posterior.

La transmisión de las islas e islotes de dominio público estatal se ha de articular con actos sobre su utilización, regidos por la correspondiente normativa, sin poder ser objeto de una desafectación, que expresamente queda descartada con carácter general, mientras sigan existiendo como tales islas e islotes.

La afectación determinada por la entrada en vigor de la Ley de Costas para las islas, tradicionalmente patrimoniales, sólo podrá hacerse cesar mediante una derogación de dicha Ley de Costas, aunque con carácter singular. Tal posibilidad no la impide la Constitución, que solo demanializa la zona marítimo-terrestre y las playas, pero no las islas, cuya demanialidad queda a disposición del legislador.

F. GARRIDO FALLA recuerda que la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911 exigía una ley para la enajenación de los derechos y propiedades del Estado, con efecto desafectador y autorizatorio de los de dominio público, según M.F. CLAVERO ARÉVALO. Como la ley de 21 de julio de 1960 de cesión al Ayuntamiento de Barcelona

del castillo de Montjuich. Y la ley de 9 de septiembre de 1931 de cesión al Auntamiento de Palma del castillo de Bellver.

La desafectación por ley de las islas del Estado las haría de propiedad privada o particular del Estado, en principio, quedando sujetas, en lo sustantivo al Derecho Privado, y, en lo adjetivo y procedimental, al Derecho Administrativo, que, como regla, contempla, para enajenación de los bienes patrimoniales, el concurso. Sin perjuicio del sometimiento a las limitaciones de la propiedad, unas, objetivas, por causa de la protección de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, con los que siempre lindan, como la ribera del mar, y el mar mismo, y, otras, subjetivas, por interés de la defensa.

d) Venta de islas de particulares.

Para completar el panorama debemos hablar de la venta de las islas de propiedad particular o privada y nos interesa hacerlo, no tanto por los ingresos públicos que genera (siempre relevantes para el Erario y la lucha contra el déficit, que empuja a la venta de islas griegas, y, en su caso, las españolas del Estado, previa desafectación legal), como porque pone de manifiesto las peculiaridades de tal propiedad. Objetiva y subjetivamente.

1. Las limitaciones del contenido del derecho de propiedad.

La propiedad de los particulares sobre las islas e islotes (diga lo que diga el Registro de la Propiedad sobre sus linderos, como, lindante con el mar por los cuatro puntos cardinales, por ejemplo) no llega al mar que los circunda, sino hasta la ribera del mar, que es de dominio público marítimo-terrestre y por ello está sometida a las limitaciones de protección del Título II de la Ley de Costas, rubricado *Limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre*.

· El artículo 5, para las islas, expresamente, dispone que, en las de propiedad privada de particulares o entidades públicas (distintas del Estado, al ser éstas de dominio público, y operar el *nemo res sua serviens*), serán de dominio público su zona marítimo-terrestre, playas y demás bienes que tengan este carácter, conforme a lo establecido en los artículos 3 y 4, que, por lo que importa ahora, incluye, en su n° 4, los acantilados sensiblemente verticales, que estén en contacto con el mar⁶ o con espacios de dominio público marítimo-terrestre, hasta su coronación.

No sucede lo mismo con los islotes, de propiedad particular, a los que se refiere la Disposición Transitoria 2ª.3, disponiendo que sus playas y zona

6.- Según el artículo 6.3 del Reglamento de 1989, se considerará, acantilados sensiblemente verticales aquellos cuyo paramento, como promedio, pueda ser asimilado a un plano que forme un ángulo con el plano horizontal igual o superior a 60 grados sexagesimales, incluyendo en su definición las bermas o escalonamientos existentes antes de su coronación.

marítimo-terrestre serán de dominio público, sin aludir a los acantilados ni otros bienes de dominio público marítimo-terrestre distintos de los artículos 3 y 4. Lo que tiene gran importancia porque los islotes son islas pequeñas y despobladas y, también, peñascos muy grandes rodeados de mar, lo que hace que algunos tengan grandes acantilados.

- Los acantilados de los islotes de propiedad particular, no son bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal. Seguramente en los pequeños, si lo fueran hasta su coronación, sólo sería de propiedad privada la corona, con lo que la conservación de que habla la Disposición Transitoria 2º.3 de la Ley de Costas sería platónica.

- Lindando las islas e islotes de propiedad particular con la ribera de mar (que contiene la zona marítimo-terrestre y las playas), su franja colindante con la línea interior o de tierra de aquélla, por razones de protección del mar territorial y la ribera misma, está sujeta a las limitaciones dominicales que suponen las servidumbres legales, de tránsito, de protección (ambas accesibles desde tierra) y la zona de influencia. Franjas que se cuentan desde la línea interior de la zona marítimo-terrestre, y de anchuras de 20, 100 y 500 metros.

- Las islas e islotes también están sujetos a servidumbre legal de acceso al mar, por más que, pueda faltar el público que, desde tierra, quiera acceder, del que habla la norma, si el dueño es uno solo, como en la mayoría de los islotes.

- Los islotes de propiedad particular, según la Disposición Adicional 3ª. 1, están declarados de utilidad pública a efectos de expropiación forzosa.

2. Los cuestionables compradores extranjeros.

2.1 Las islas se encuentran entre las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, en los términos de la Ley 8/1975 de 12 de marzo de instalaciones y zonas de interés para la defensa nacional y su reglamento de 10 de enero de 1978⁷.

El artículo 4 de la Ley dice que tales zonas de acceso restringido son las en que, por exigencias de la defensa nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado, resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero con arreglo a lo dispuesto en esta Ley. Y el artículo 32 del Reglamento incluye, en dicha zona, la totalidad de las islas e islotes de soberanía nacional, estableciendo el porcentaje máximo de propiedades inmobiliarias de los

7.- En línea con la Ley de 23 de octubre de 1935 sobre adquisición de terrenos en las islas españolas y el RD 2098/1985 de 6 de noviembre sobre transferencias de inmuebles en islas y zonas del litoral.

extranjeros en el 15%, en islas de superficie igual o superior a Formentera (82´8 Km²), y del 1% en las islas e islotes de superficie inferior. Porcentaje que, en las zonas insulares, se computará por islas, y, en cada una de ellas, por términos municipales, según el 33. Y, de acuerdo con el 37, está sujeta al requisito de autorización militar la adquisición, cualquiera que sea el título, por personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con y sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase, y la construcción de las mismas, así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros. Disponiendo el artículo 46 plazos, como el de solicitud de la autorización, de tres meses desde la adquisición por título hereditario universal o singular, o, en su defecto, el de un año para la enajenación.

2.2 La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 1991 excluyó de las restricciones anteriores a los ciudadanos de la CEE, ahora, UE, excepto que las autoridades militares apreciaran indicios racionales de que las fincas u obras se utilicen para fines contrarios a los intereses de la defensa nacional, en cuyo caso podrán someterse a revisión las autorizaciones concedidas, sirviendo las meras propuestas de base para hacer cesar la situación e incluso anularlas y declarar de utilidad pública la expropiación, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas que pudieran corresponder.

Las limitaciones que, para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como para la realización de obras y edificaciones de cualquier clase, son de aplicación a los terrenos declarados o que se declaren zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, en virtud de las disposiciones contenidas en las disposiciones que integran el capítulo III, no regirán respecto de las personas físicas que ostentan nacionalidad de un Estado miembro de la CEE, y, tratándose de personas jurídicas que ostenten dicha nacionalidad, el aludido régimen será de aplicación en los términos que se prevé respecto de las personas jurídicas españolas.

A propósito de ello se ha de recordar que el artículo 54.3 e) del Tratado constitutivo de la CEE de 25 de abril de 1957 dispone que El Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, sobre establecimiento de un programa para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento,... haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro.

4. La inminente nueva Ley de Costas.

La situación de la Ley de Costas de 1988, para la propiedad de las islas e islotes de las islas Baleares, no cambiará mucho, si se aprueba, como está

proyectado, con la **Ley de Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 27/1988, de 28 de julio, de Costas**. Aunque les afecte en dos aspectos.

El primero, el de las **nuevas definiciones de ribera del mar, y de zona marítimo-terrestre y playa**, que integran aquélla. De poca trascendencia para la propiedad del resto de la isla o islote, especialmente si, por pertenecer al Estado, es de dominio público toda ella. Mayor, si es de propiedad particular.

De la zona marítimo-terrestre se dice es el espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada, o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas de los mayores temporales conocidos, *de acuerdo –esto es nuevo– con las referencias probadas de que se disponga*, o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima.

Con esta novedad, dice la Exposición de Motivos, la norma acota el deslinde imponiendo que, para la fijación de las olas en los máximos temporales conocidos, se esté a las referencias temporales de que disponga.

De las playas se dice que son zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas, guijarros, incluyendo escarpes, bermas y –esto es nuevo– *dunas que estén en desarrollo, desplazamiento o evolución, formadas por la acción de la mar o del viento marino, u otras causas naturales, tengan o no vegetación. Las dunas se incluirán hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa. A los efectos de esta ley se entienden por duna, los depósitos sedimentarios, constituidos por montículos de arena, tengan o no vegetación, que se formen en torno de algún obstáculo, y que se alimentan de la arena de la playa por la acción del mar, del viento marino o por otras causas naturales.*

La Exposición de Motivos dice que, en cuanto a las playas, se eliminan del concepto de demanio natural las dunas artificiales y las dunas muertas, entendiéndose por éstas los sistemas arenosos de carácter fijo que no contribuyen a garantizar la estabilidad y defensa de la costa.

El segundo aspecto, es el trato especial del **deslinde de la ribera del mar en la isla de Formentera**. Cuestión a la que se dedica una Disposición Adicional Cuarta, que modifica formalmente la Ley de Costas, *y se puede incluir entre lo que la Exposición de Motivos llama conjunto heterogéneo de disposiciones que complementan la modificación (parcial y profunda) de la ley de Costas.*

Dice el apartado 1 que, con carácter excepcional y debido a la especial configuración geológica de la isla de Formentera (hay enmiendas, de supresión, y ampliación, porque se dice que no es tan especial, ni, en cualquier caso única) y, respecto de ella, se entenderá que queda incluido en el dominio público marítimo-terrestre:

a) El espacio de territorio (que no llama ribera ni zona marítimo-terrestre) que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde sean sensibles las mareas, y

las mayores olas en los temporales ordinarios, en donde no lo sean. A estos efectos, se entiende que son temporales ordinarios los que se han repetido, al menos, en tres ocasiones en los cinco años inmediatamente anteriores al momento en que se inicie el deslinde.

b) Las playas, entendiendo por tales las riberas del mar o de las rías formadas por arenales l pedregales en superficie casi plana, con vegetación nula o escasa y característica.

Lo que se dice, es distinto de lo que dispuso la Ley de 1988, y aún, de las modificaciones que se proyectan para las definiciones de zona marítimo-terrestre y playa vistas, de la propia Ley. Se parece mucho a lo que se disponía en la Ley de Costas de 1969, y más que a lo dispuesto por la de 1988. En concreto, el artículo 1.2 disponía que la zona marítimo-terrestre es el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español, que baña el mar en su flujo, en donde sean sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales ordinarios, en donde no lo sean. Y el 1.1 que por playas se entienden las riberas del mar o de las rías formadas por arenales o pedregales en superficie casi plana, con vegetación nula o escasa y característica.

IV

Alrededor de las islas Baleares están las aguas de mar. Marítimas, jurisdiccionales, interiores o del mar territorial, del mar adyacente, del Mar Balear (que, es, metereológicamente hablando, como nos recuerda cada día tres veces el hombre o la mujer del tiempo de IB3, un cuadrante entre la Península Ibérica y las islas Baleares, que se extiende desde el cabo de San Antonio, en la provincia de Alicante, hasta el cabo de San Sebastián, en la de Girona, y desde la isla de Formentera hasta el extremo nordeste de la isla de Menorca) e, incluso, de las aguas de las Illes Balears.

De esas aguas, y de las de las islas Canarias, hablará el Sr. Aguiló a continuación. Pero no de su propiedad sino de las competencias de la Comunidad Autónoma en ellas.

IX.2- EL “MAR BALEAR” DESDE LA PERSPECTIVA COMPETENCIAL.

Pedro A. Aguiló Monjo

SUMARIO

- 1.- Doble punto de partida.
 - A.- El mar territorial como dominio público estatal.
 - B.-Doctrina tradicional sobre licencias urbanísticas y territorio.
- 2.- Doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la territorialidad de las competencias autonómicas.
- 3.- La posición del Consejo de Estado.
- 4.- Alcance de las aguas interiores y del mar territorial.
- 5.- Ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su comparación con el de las Islas Canarias: La Ley estatal 44/2010, de 30 de diciembre, de Aguas Canarias.
- 6.- La referencia estatutaria a las “aguas de las Illes Balears”, en el artículo 30.50 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero.

1. Doble punto de partida.

A.- El mar territorial como dominio público estatal.

Es bien sabido que el artículo 132. 2º CE establece que **“Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”**.

Pero lo es también que el dominio público no es, en sí mismo, título atributivo de competencias. Así resulta desde la temprana sentencia del Tribunal Constitucional nº 77/1984, de 3 de julio, sobre el Puerto de Bilbao, según la cual *“Es lo cierto que el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción de territorio de su entorno y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostentan”*. En el mismo sentido, cabe citar, entre otras, las STC nº 227/1988, 103/1989, 149 y 198/1991, 102/1995 y 97/2002. En todas ellas se señala que es doctrina reiterada y pacífica que la titularidad estatal del dominio público no predetermina las competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas tienen atribuidas en relación con el mismo y que lo que importa es analizar los preceptos constitucionales y estatutarios que regulan la distribución de competencias.

B.- Doctrina tradicional sobre licencias urbanísticas y territorio.

La clásica y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en materia de licencias urbanísticas excluye del término municipal y, por lo tanto, del sometimiento y exigencia de dichas licencias, el espacio marino situado más allá de la zona marítimo-terrestre (por todas, STS de 26.2.1986, 9.3.1998 y, en materia portuaria, de 24 de enero de 1997). Esta última distingue dos fases:

“... una inicial, para la cual se reconoce competencia exclusiva al Estado y otra posterior, cuando los terrenos ganados al mar por accesión artificial, a consecuencia de las obras, pasan a formar parte de la zona marítimo-terrestre y del término municipal... siendo sólo entonces exigible la licencia municipal correspondiente...”

Dicha doctrina parte de que legalmente todo *“... el territorio nacional se*

divide en términos municipales, de forma que no pueden quedar espacios territoriales excluidos de ellos... Parece claro que la misma doctrina hay que aplicar a la división del territorio nacional en comunidades autónomas (artículo 137 de la Constitución), máxime cuando esa división del territorio nacional es ahora total...". (STC n° 77/1984, f.j. 3 y n° 38/2002, f.j. 6).

2. Doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la territorialidad de las competencias autonómicas.

Las sentencias, entre otras, n° 195/2001, de 4 de octubre (f.j. 3), n° 38/2002, de 14 de febrero, f.j. 6 y n° 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional establecen al respecto que:

“... si bien los puertos y la zona marítimo terrestre forman parte del territorio autonómico, es distinto el caso del mar territorial, en el que sólo excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas, eventualidad ésta que dependerá, bien de un explícito reconocimiento estatutario (vertidos industriales o contaminantes en aguas territoriales, salvamento marítimo, etc..) bien de la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad (acuicultura: STC 103/1989, de 8 de junio; ordenación del sector pesquero: STC 158/1986, de 11 de diciembre; marisqueo: STC 9/ 2001, de 18 de enero)...”

Por ello, la última de las citadas, al examinar la posibilidad autonómica de concesión de obras fijas en el mar, señala que:

“... no es posible descartar la existencia de obras fijas situadas en el mar que se proyecten sobre las aguas de la zona marítimo-terrestres (territorio autonómico) o sobre el mar territorial (que no tiene tal condición) y que tengan como referencia, en ambos casos, competencias de las comunidades Autónomas en los términos estrictos antes señalados ...”

Y en este sentido, el art. 32.17 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, aprobado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, referido a la gestión del dominio público marítimo-terrestre, afirma que “A estos efectos se entiende por dominio público marítimo-terrestre el comprendido tanto por el ámbito terrestre como por las aguas interiores y el mar territorial”.

La conclusión que se obtiene es la de la imposibilidad de extender de modo genérico todas las competencias que a la Administración autonómica corresponden en tierra, al mar, ello sencillamente porque el territorio (ámbito físico receptor de la acción autonómica llevada a cabo en ejercicio de

sus competencias) no se extiende al mar, como ha tenido ocasión de recordar el TC en su St. 31/2010 (Estatuto de Cataluña).

De igual modo, la ya citada sentencia 38/2002 (f.j. 6, antepenúltimo párrafo) enseña que:

“... la competencia autonómica para la protección de los espacios naturales hace problemática su extensión al mar territorial, llegando a la conclusión de que la competencia autonómica para la protección de los espacios naturales sólo se extenderá al mar territorial cuando, excepcionalmente, así lo exijan las características del espacio protegido...”,

Y añade, en el f.j. 7, párrafo 3º, que:

*“... las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de espacios naturales protegidos no alcanzan, por regla general, al mar territorial, si bien las circunstancias y características específicas del espacio a proteger pueden demandar, en ocasiones excepcionales, que el mismo se extienda en alguna medida sobre el mar territorial, singularmente **cuando así venga exigido por la continuidad y la unidad de dicho espacio físico**”.*

El criterio últimamente expuesto ha tenido reflejo en el artículo 36.1º de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y la Biodiversidad, que, al regular la declaración y gestión de los espacios naturales protegidos, afirma que corresponde a las Comunidades Autónomas *“... en las aguas marinas cuando, para estas últimas, en cada caso existe **continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente**”.*

Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado ya dicho criterio en numerosas ocasiones, como es de ver, entre otras, en las sentencias de 2 de julio de 2008, 10 de mayo de 2011 y 7 de octubre de 2011. La primera de ellas relativa al Parque Natural de la Península de Llevant y a las Reservas Naturales de Cap Farrutx y Cap des Freu, de la isla de Mallorca, que, en parte, comprenden aguas exteriores (mar territorial), señal a que:

“Ninguna duda existe acerca de que, si el área marina protegida estuviese exclusivamente en el mar territorial, la Administración autonómica carecería de competencia aunque se trate de la gestión en materia de protección del medio ambiente, luego, en contra de lo declarado por el Tribunal a quo, la naturaleza del territorio es relevante y determinante para el ejercicio de las competencias...”

Más adelante apunta el propio Tribunal Constitucional... que

repetidas veces ha afirmado que las competencias de las Comunidades Autónomas se circunscriben a su ámbito territorial, aunque con la salvedad que ello no impide que el ejercicio de las competencias de una Comunidad pueda tener repercusiones de hecho fuera de la misma...”

Y aún añade que:

“Nuestro ordenamiento constitucional y posiblemente el derecho comparado han llevado al Tribunal Constitucional a declarar en la sentencia 38/2002 que la competencia autonómica para la protección de espacios naturales hace problemática su extensión al mar territorial, llegando a la conclusión de que... sólo se extenderá al mar territorial cuando, excepcionalmente, así lo exijan las características del espacio protegido... singularmente cuando así venga exigido por la continuidad y unidad de dicho espacio físico”.

El repaso a la jurisprudencia Constitucional culmina en la reciente **sentencia TC nº 8/2013, de 17 de enero** que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias frente al artículo único, apartado uno de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, según el cual corresponde a la Administración General del Estado “... Otorgar autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación en las zonas de subsuelo marino a que se refiere el Título II de la presente Ley. Asimismo, otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación cuando su ámbito comprenda a la vez zonas terrestres y del subsuelo marino...”. La demanda autonómica se fundó en que el mar, y también el subsuelo marino, forma parte del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias y, por ello, le corresponde la competencia ejecutiva para otorgar las autorizaciones controvertidas. La sentencia repasa extensamente su reiterada doctrina anterior, ya expuesta, según la cual el mar no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas. Además, analiza los arts. 2 y 40 del Estatuto de Autonomía de Canarias, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, para concluir que el término “archipiélago” introducido en el art. 2, en sustitución de “territorios insulares”, no varía que el territorio se defina en función de las siete islas que lo integran ni incluye referencia explícita alguna al mar que las rodea y que, además, el artículo 40 añadió que “todas las competencias contenidas en el presente Estatuto se entienden referidas al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, definido en el artículo 2, sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado sobre las aguas de jurisdicción española”. Tampoco acepta que la inclusión de las aguas marinas en el término archipiélago derive necesariamente de la definición que del mismo realiza el artículo 46 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de

10 de diciembre de 1982. En primer lugar porque dicha definición lo es sólo a los efectos de la propia Convención referida y, en segundo lugar, porque la misma sólo resulta aplicable a los Estados archipelágicos pero no, como expresamente se rechazó, a los archipiélagos de Estado. Finalmente resalta que, en dos ocasiones, las Cortes Generales rechazaron el texto del Proyecto de Reforma del Estatuto aprobado por el Parlamento de Canarias que pretendía añadir al artículo 2, un apartado 2º del siguiente tenor: “La Comunidad Autónoma de Canarias ejercerá las competencias que le sean propias en las aguas de competencia española que rodean a las islas”.

Por todo ello concluye que “...no es posible interpretar que el Estatuto de Autonomía de Canarias haya configurado el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma integrando las islas y las aguas jurisdiccionales adyacentes...” y que “... En la medida en que el subsuelo marino no forma parte del territorio de la Comunidad Autónoma, la competencia autonómica... no comprende el otorgamiento de autorizaciones de exploración y permisos de investigación en el subsuelo marino...”.

3. La posición del Consejo de Estado.

La Comisión de Estudios del Consejo de Estado, en sesión de 19 de julio de 2006, aprobó un “Informe sobre las competencias de las distintas Administraciones Territoriales y órganos de la Administración General del Estado en materia de protección de hábitats y especies marinas y de declaración y gestión de áreas marinas protegidas”. No es posible un análisis en profundidad de su extenso contenido, basta un breve resumen de algunas de sus conclusiones:

- a) La competencia para la planificación, declaración y gestión de Espacios Naturales Protegidos, de Lugares de Importancia Comunitaria (LICs) o Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPAs)... en aguas exteriores corresponde, en principio, a la Administración General del Estado. No obstante, las Comunidades Autónomas pueden ejercitar su competencia en esta materia alcanzando aguas interiores e, incluso, exteriores “...en la extensión misma en que los ecosistemas constituyan un continuo ecológico respecto del resto de los que están situados en tierra o en la zona marítimo terrestres. La carga de la prueba de la continuidad ecológica corresponde a la Comunidad Autónoma dado que el ejercicio de competencias más allá de su territorio es excepcional...”. Frente a la alegación de que, en algunos casos pudiera llegar a suponer una especie de prueba diabólica, llama a la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas e incluso apunta que criterios como el de la lejanía, la discontinuidad y el valor especial para la

biodiversidad de los recursos situados lejos de la costa deberían ser criterios dominantes cuando el debate científico-administrativo basado en la colaboración no consiga el necesario consenso.

- b) En cuanto a la declaración y gestión de Zonas Marinas Protegidas establecidas en virtud de convenios internacionales relativos a aguas exteriores, tras resaltar que la ejecución en España del derecho internacional no altera, en principio, el orden competencial interno, advierte que resultan aplicables las mismas conclusiones anteriores. Aclara, no obstante, que respecto de las Zonas Especialmente Protegidas de Importancia para el Mediterráneo, establecidas en el Convenio de Barcelona, la designación corresponde a las partes contratantes del Protocolo Mediterráneo y que, si se trata de aguas situadas más allá de la jurisdicción nacional, aunque haya continuidad de origen con espacios autonómicos, la potestad de negociación y propuesta conjunta con otros Estados corresponde al Estado, lo mismo que la gestión, sin perjuicio de la intervención autonómica a través de convenios de colaboración internos.
- c) Idénticas conclusiones a las establecidas en los apartados anteriores se obtienen también para la elaboración, aprobación y ejecución de los Planes de Recuperación, Conservación del Habitat, Conservación y Manejo de Especies Marinas incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas dependiendo de que estén situadas sólo en aguas interiores o exteriores contiguas, concurriendo continuidad ecológica (competencia autonómica, aunque, si se trata de especies presentes en más de una Comunidad Autónoma, deben aprobarse los criterios orientadores del plan por la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza); de que se trate de hábitats o especies parcial, íntegra o exclusivamente en aguas exteriores y desde luego si discurren, al menos en parte, por la zona económica exclusiva o en aguas fuera de la jurisdicción nacional (competencia estatal); o de que afecten a especies altamente migratorias (competencia estatal, con sometimiento previo a la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza).

4. Alcance de las aguas interiores y del mar territorial.

La reglamentación de los espacios marinos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Convención de Montego Bay), de 10 de diciembre de 1982, que entró en vigor en España el 14 de febrero de 1997, distingue: a) **las aguas interiores** situadas entre la costa y las líneas de base recta; b) **el mar territorial**, hasta un máximo de doce millas marinas desde la anterior; c) **la zona contigua** que no podrá extenderse

más allá de veinticuatro millas marinas desde las líneas de base recta; d) **la zona económica exclusiva**, hasta las doscientas millas marinas; e) **la plataforma continental** que ahora ha quedado englobada en la zona económica exclusiva; f) **la alta mar** que comprende la parte de la mar no incluida en las zonas anteriores abierta a la explotación de todos los Estados; y g) **la de nominada “zona”** que comprende el suelo y el subsuelo marino fuera de los límites de jurisdicción de los Estados cuya explotación, a diferencia de la alta mar, se considera patrimonio común de la humanidad. Nosotros sólo nos referiremos a los dos primeros conceptos.

El mar territorial, hasta donde alcanza la soberanía del Estado español fuera de su territorio, se define en los artículos 2 y 3 de la vieja Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial, por referencia a su límite interior y exterior. De modo que *“el límite interior del mar territorial viene determinado por la línea de la bajamar escorada y, en su caso, por las líneas de base recta que sean establecidas por el Gobierno”* (artículo 2). Mientras que el límite exterior está determinado *“por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de doce millas náuticas por los puntos más próximos de las líneas de base a que se refiere el artículo anterior”* (artículo 3).

A su vez, las líneas de base recta se determinan de conformidad con lo establecido en el RD 2510/ 1977, de 5 de agosto, que modificó el anterior 627/1976, y sirven para fijar las aguas interiores. Su Exposición de Motivos alude al artículo 2 de la Ley 20/ 1967, de 8 de abril, que extendió a doce millas, a efectos de pesca, las aguas jurisdiccionales españolas, según el cual si la distancia entre las líneas de bajamar de los puntos naturales de entrada o abra de una bahía no excede de 24 millas, la línea recta que los une será considerada como línea de base, siendo aguas interiores las comprendidas entre dicha línea y la costa. Con dicho criterio se fijan, estableciendo las coordenadas geográficas correspondientes derivadas de la carta náutica n° 119, las líneas de base recta de las islas de Mallorca y Cabrera, Menorca e Ibiza y Formentera.

Desde luego, el mar territorial no es territorio autonómico. Tampoco las aguas interiores, aunque estas últimas se contemplan en el artículo 148.1.11° CE para determinar el alcance de la competencia exclusiva autonómica en materia de *“pesca en aguas interiores”* a la que se refiere el artículo 30.22° del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, aprobado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, bajo la denominación *“pesca y actividades recreativas en aguas interiores...”*, mientras que al Estado, según el artículo 149.1.19°, CE. , le corresponde la competencia exclusiva en materia de *“pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas”*. Más adelante

deberemos volver con mayor detenimiento sobre esta cuestión al abordar que el mismo artículo 30 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, en su apartado 50, otorga, también, competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución, en materia de “pesca marítima **en las aguas de las Illes Balears**”.

5. Ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su comparación con el de las Islas Canarias: La Ley estatal 44/2010, de 30 de diciembre, de Aguas Canarias.

La cuestión aparece directamente resuelta por el artículo 2 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears según el cual “El territorio de la Comunidad Autónoma es el formado por el de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y por el de las otras islas menores adyacentes”. Es claro, por lo tanto, que el territorio viene definido por la suma de los respectivos ámbitos terrestres de las islas que forman las Illes Balears.

Es curioso, sin embargo, que el artículo 1 del propio Estatuto relativo a la constitución en Comunidad Autónoma de las Illes Balears se refiera a “La nacionalidad histórica que forman las islas de Mallorca, de Menorca, de Ibiza y de Formentera...”, omitiendo la isla de Cabrera, sin que sirva de justificación suficiente que esta última, que integra el territorio de las Illes Balears, aparezca administrativamente comprendida en el término municipal de Palma de la isla de Mallorca. En cualquier caso, la definición estatutaria del ámbito territorial se viene arrastrando, sin variación, desde la primera redacción aprobada por la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero.

La cuestión ha tenido distinto recorrido en el otro archipiélago integrante del Estado Español: las Islas Canarias, desde el intento, que no prosperó, de introducir en el Estatuto de Canarias (artículo 2.2º del Proyecto de Estatuto inicial) un precepto según el cual “*El archipiélago canario comprende los territorios insulares, así como el mar territorial, la zona económica exclusiva y su plataforma continental*”. Sin embargo, desde una redacción inicial del artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1982, según el cual, “*Canarias comprende los territorios insulares integrados por las siete islas de..., así como por las islas de...*”, se logró, a partir de la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, que el artículo 2 señalara que “*El ámbito territorial de la Comunidad Autónoma comprende el Archipiélago Canario, integrado por las siete islas de... así como las islas de...*”. Y más recientemente obtuvieron la aprobación de la Ley estatal 44/2010, de 30 de diciembre, de Aguas Canarias, en cuya Exposición de Motivos se alude a que: “*En los últimos treinta años se han*

presentado al menos 40 iniciativas parlamentarias sobre la delimitación de las aguas canarias...”; se cita el artículo 147. 2. b) CE que establece como contenido necesario de los Estatutos de Autonomía la delimitación del territorio; y se añade que “Ese ámbito territorial está incompleto sin la delimitación de las aguas incluidas en el concepto archipiélagico que introduce el referido artículo 2 del Estatuto de Autonomía, que engloba los espacios terrestres y marítimos de Canarias”. Y en su parte normativa comprende un artículo único en el que traza un contorno perimetral siguiendo la configuración general del archipiélagico de modo que las aguas integradas en el mismo reciben “... la denominación de aguas canarias y constituyen el especial ámbito marítimo de la comunidad Autónoma de Canarias” y establece que el ejercicio de las competencias estatales o autonómicas sobre las aguas canarias “... se realizará teniendo en cuenta la distribución material de competencias establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres”. Es decir, crea el concepto de “aguas canarias” pero, a continuación, se cuida de precisar que no comportará alteración alguna para la distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma derivada de la Constitución y del Estatuto de Autonomía. La Ley 44/ 2010 contiene, además, una disposición adicional única de pleno respeto al derecho internacional según la cual el trazado del contorno perimetral no altera la delimitación de los espacios marítimos de las Islas Canarias tal y como están establecidos por el ordenamiento jurídico español en virtud del Derecho Internacional vigente y unas disposiciones finales que habilitan el desarrollo reglamentario, previo informe del Gobierno de Canarias y determinan la entrada en vigor a los tres meses de su publicación.

Con posterioridad, las iniciativas Canarias han ido encaminadas, sin éxito, que nos conste, hasta la fecha, a introducir la delimitación legal de las aguas canarias en la definición estatutaria del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Se lograría con ello, entre otros efectos, el incremento de la superficie de la Comunidad Autónoma como variable a tener en cuenta en materia de financiación autonómica ; la extensión natural del ejercicio de las competencias en los espacios marinos y el consiguiente blindaje normativo consecuente con la singular rigidez exigida para la reforma estatutaria.

Los medios de comunicación canarios celebraron la aprobación de la Ley 44/2010 afirmando que *“El ejecutivo de Rivero ha conseguido por fin, y a la tercera tentativa legal, que se reconozca el mar canario, al incluirlo en el acuerdo suscrito entre Coalición Canaria (CC) y el Partido Socialista (PSOE) para la estabilidad del Gobierno de Rodríguez Zapatero”*. Parece, sin embargo, que, hasta ahora, su efectividad y alcance podría resumirse con el aforismo de *“mucho ruido y pocas nueces”*.

6. La referencia estatutaria a las “aguas de las Illes Balears”, en el artículo 30.50 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero.

Según hemos anticipado, el artículo 30.50 del vigente Estatuto de Autonomía de las Illes Balears establece que:

“La Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en las siguientes materias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución:

(...)

50.- Pesca marítima en las aguas de las Illes Balears”.

Dicha competencia se suma a la atribuida por el apartado 22 del mismo artículo 30 sobre “Pesca y actividades recreativas en aguas interiores, cría y recogida de marisco, acuicultura”, que es reflejo del artículo 148.1.11° de la Constitución y fue, en consecuencia, asumida como competencia exclusiva desde la redacción inicial del Estatuto de Autonomía de 1983.

La comparación entre ambos apartados plantea numerosas cuestiones e incógnitas, entre las que precede resaltar las siguientes:

- a) Al ser dos los apartados comprendidos en el mismo artículo 30, “pesca en aguas interiores” y “pesca marítima en las aguas de las Illes Balears”, la lógica impone que su ámbito material sea distinto y no parece que la diferencia pueda obtenerse de la contraposición entre “pesca” y “pesca marítima”, ya que, aunque la primera comprenda también la pesca fluvial, en ríos, torrentes o pantanos, en cuanto alcanza a las aguas interiores, también comprende pesca marítima. En consecuencia, como se refiere a pesca en el mar en ambos casos, parece que la distinción debe resultar de su diferente ámbito: las aguas interiores, en el caso del apartado 22 (plenamente coherente con el artículo 148.1.11° CE) y las aguas de las Illes Balears, en el supuesto del apartado 50.
- b) Pero este último apartado 50 abre la puerta, como mínimo, a dos importantes reflexiones, a saber: cuáles son las denominadas aguas de las Illes Balears y cuál es su alcance, teniendo en cuenta la cláusula “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución”, contenida en el inciso inicial y general del propio artículo 30, y lo establecido en el artículo 149.1.19a CE que reserva al Estado competencia exclusiva en materia de “Pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas”.

c) Por lo que se refiere a la primera cuestión, resulta indiscutible que en el ordenamiento jurídico español no aparece acuñado el concepto de “aguas de las Illes Balears” y, por ende, no existe delimitación de su ámbito. Dicho de otro modo, no existe para las Illes Balears una Ley de contenido análogo a la Ley 44/2010, de 30 de diciembre, para las aguas canarias. Y es más, el planteamiento encaminado a obtener dicha definición, mediante ley estatal, formulado en sede de las Comisiones Mixtas de Transferencias de competencias entre el Estado y las Illes Balears, ha encontrado respuesta verbal negativa con la argumentación de que el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, al contrario que el de las Islas Canarias, no las define, jurídicamente, como archipiélago, sino que remite expresamente su ámbito, únicamente, al del territorio de cada una de las islas que comprende. No obstante, la STC n° 132/2012, de 19 de junio, relativa a la Ley 8/2000, de 27 de octubre, de Consejos Insulares, en su fundamento de derecho tercero, se refiere conjuntamente a los archipiélagos balear y canario y afirma que “...En su calidad de entidades locales territoriales, las islas del archipiélago balear son titulares de la autonomía local reconocida por los arts. 137 y 140 CE. ...”. En cualquier caso, subsiste la incongruencia derivada de que una Ley orgánica estatal se remita a un concepto, “aguas de las Illes Balears” inexistente, el tiempo que el propio Estado se muestra reticente a completar aquella remisión con la consiguiente definición legal.

Resta añadir que debe descartarse que la referencia a las “aguas de las Illes Balears” pueda entenderse realizada al denominado “mar balear” que, aparece descrito, a efectos marítimos, en la lista de mares y océanos de la Organización Hidrográfica Internacional, como integrante del Mar Mediterráneo, y definido por Wikipedia como el que “se extiende desde el cabo de San Antonio, en la provincia de Alicante, hasta el cabo de San Sebastián, en la provincia de Gerona y desde la isla de Formentera hasta el extremo nordeste de Menorca, en las islas baleares.

d) Por lo que atañe a la segunda cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara y terminante al establecer, por ejemplo en la sentencia TC n° 184/1996, de 14 de noviembre, relativa a las Illes Balears, la necesidad de distinguir en el artículo 149.1.19 CE “... *entre dos títulos competenciales distintos, a saber: «pesca marítima» y «ordenación del sector pesquero».* Señalándose a continuación, que dentro del primero, que **constituye una competencia exclusiva del Estado más allá de las aguas interiores**, ha de incluirse la regulación de las condiciones y características de la actividad

extractiva de este recurso natural, así como los regímenes de explotación, protección, mejora y conservación de los recursos pesqueros... (mientras que) ...la ordenación del sector pesquero tiene un significado más restringido y un contenido diferente que se proyecta sobre la pesca entendida, no como actividad extractiva, sino como sector económico". Por ello, la ordenación del sector pesquero constituye competencia de desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado, conforme resulta, par a las Illes Balears, del artículo 31.8 del Estatuto de Autonomía. Dicha doctrina jurisprudencial ha sido reiteradamente reproducida desde la sentencia TC 56/1989, de 16 de marzo, por las sentencias, además de la 184/1996, nº 147/1998, de 2 de julio y 9/2001, de 18 de enero, hasta llegar a la STC nº 31/2010, de 28 de junio. También el Tribunal Supremo se ha hecho eco de la misma y, por ejemplo, la sentencia de 7 de octubre de 2011, señala a que:

“Ese límite entre aguas interiores y exteriores es el que marca la competencia de la Comunidad Autónoma “ex artículo 148.1.11 de la CE, como señala gráficamente el Tribunal Constitucional en sentencia 31/2010, de 28 de junio, al señalar que las aguas exteriores o mar territorial no es territorio autonómico.

No está de más recordar que la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas ex artículo 148.1.11 de la CE alcanza a la «pesca en aguas interiores», mientras que al Estado le corresponde la «pesca marítima» (artículo 149.1.19 de la CE). Y desde luego la franja del mar territorial constituye aguas exteriores”

En los términos expuestos, parece que la conclusión debe ser la de que el posible contenido material del artículo 30.50 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears queda enervado por la cláusula “sin perjuicio” de su inciso inicial y la competencia exclusiva del Estado en materia de pesca marítima que comprende todas las aguas que rodean a las Illes Balears y exceden del concepto y contenido de las aguas interiores. Tan decepcionante conclusión es la que también alcanza algún comentarista del Estatuto reformado en 2007. Así lo manifiesta Luis Garau Juaneda, en *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears*, págs. 64 y 65, cuando en relación con el artículo 30.50, afirma que:

“Suposant que no es tracti d'un error material (a la vista de que no hi ha cap competència equivalent a cap altre estatut), la primera dificultat... rau en la indefinició de quins serien els espais marins integrants de «les aigües de les Illes Balears...

A la vista del que acaben d'esmentar, no sembla que sigui possible una

altra lectura que la de deixar sense contingut l'establert al número 50 de l'article 30, atenent la reserva (per una altra banda, innecessària) que aquest article fa al primer paràgraf quan assenyala que totes les competències relacionades ho son «sens perjudici» del que disposa l'article 149.1 de la Constitució».

En cualquier caso, procederá efectuar un seguimiento del recorrido y consecuencias prácticas (aunque hoy puedan parecer muy escasas) que se deriven de la vigencia de la Ley 44/2010, de 30 de diciembre, de Aguas Canarias y de la eventual incorporación de su contenido a su Estatuto de Autonomía.

Palma, a 14 de Marzo de 2013

IX.3- LA PROJECCIÓ DEL DRET INTERNACIONAL EN LA DELIMITACIÓ DELS ESPAIS MARÍTIMS DE LES ILLES BALEARS.

Joan David Janer Torrens

Les Illes Balears i les Illes Canàries es configuren com a arxipèlags d'Estat, en contraposició al concepte d'Estat arxipelàgic recollit a l'article 46 del Conveni de Nacions Unides sobre el Dret de la Mar de 10 de desembre de 1982 (Conveni de Montego Bay)¹. Tant les Illes Balears com les Illes Canàries són arxipèlags que formen part d'un Estat i, per això, la seva regulació és diferent respecte de la regulació prevista al Conveni de Montego Bay sobre els Estats arxipelàgics (art. 46 a 54), que són Estats formats per illes (Japó o Filipines en serien un exemple). En aquest sentit, cal recordar que l'article 2 de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears (EAIB) defineix

1.- Aquest conveni va entrar en vigor dia 16 de novembre de 1994 i, per Espanya, dia 15 de febrer de 1997 (Instrument de ratificació del Tractat publicat al BOE n° 39, de 14 de febrer de 1997).

el territori de la Comunitat Autònoma com aquell format per les “(...) illes de Mallorca, Menorca, Eivissa, Formentera i Cabrera i pels de les altres illes menors adjacents”.²

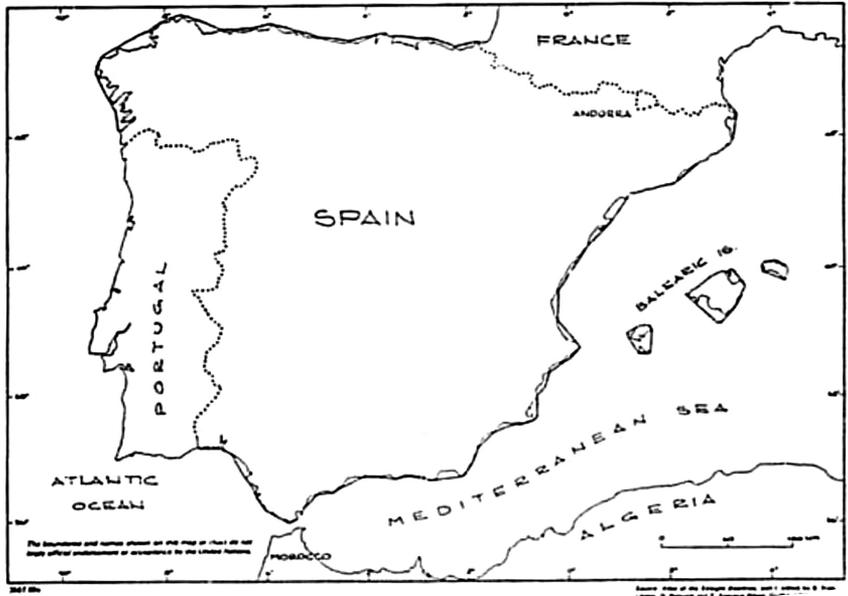
El Conveni de Montego Bay regula una pluralitat d'espais (aigües interiors, mar territorial, zona econòmica exclusiva, plataforma continental o alta mar) que compten cada un d'ells amb un règim propi de reglamentació. En aquest sentit, cal assenyalar que la intensitat de la competència de l'Estat disminueix com més enfora es troba aquest espai del territori nacional. Tant a les aigües interiors, com al mar territorial, la ZEE o la plataforma continental, l'Estat riberenc té competència exclusiva sobre els recursos que hi ha, cosa que no succeeix a l'alta mar en què no hi ha sobirania estatal.

Així mateix, cal tenir present que tota la normativa espanyola i autonòmica que regula l'exercici de les competències en els espais marítims de les Illes Balears tenen com a punt de partida la regulació i les categories jurídiques definides en el Conveni de Montego Bay. Així, l'article 3 del projecte de Llei de protecció i ús sostenible del litoral i modificació de la llei 22/1988, de 28 de juliol, de Costes assenyala que són béns de domini públic marítimo-terrestre estatal “el mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo” i “los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”.

Les aigües interiors, definides a l'article 8 del Conveni, són les aigües situades a l'interior de la línia de base que serveix per delimitar el mar territorial i és un espai sotmès a la sobirania de l'Estat riberenc a tots els efectes. Per tant, aprofitament dels recursos naturals del sòl i del subsòl i limitació de navegació de vaixells. En tot cas, els ports queden inclosos dins les aigües interiors, però tenen un règim especial per facilitar-hi l'accés. L'EAIB deixa ben clar que és sobre les aigües interior on la CAIB exerceix les seves competències exclusives. Així, l'article 33.22 de l'EAIB parla de la competència exclusiva en “pesca i activitats recreatives en aigües interiors, cria i recollida de marisc, aqüicultura”. En aquest mateix sentit, l'article 4 del Projecte de Llei de pesca marítima, marisqueig i aqüicultura de les Illes Balears aprovat pel Consell de Govern de dia 8 de març de 2013 fa esment al concepte “d'aigües de les Illes Balears” referit a les aigües interiors.

2.- Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears (BOIB n° 32 EXT, de 1 de març de 2007). L'Estatut d'Autonomia de Canàries, a diferència del de les Illes Balears sí que parla del concepte d'arxipèlag i, en aquest sentit, el seu article 2 assenyala que “El ámbito territorial de la Comunidad Autónoma comprende el Archipiélago Canario (...)”.

A continuació es reproduïx un mapa amb la delimitació de les aigües interiors de la península ibèrica i les Illes Balears:



Font: J. M. LACLETA MUÑOZ, *Las fronteras de España en el mar*, Real Instituto Elcano, DT n° 34/2004.

La configuració com a arxipèlags d'Estat de les Illes Balears i les Illes Canàries implica precisament que no sigui aplicable la regulació prevista al Conveni de Montego Bay pels Estats arxipelàgics en relació a les aigües arxipelàgiques ni que tampoc sigui aplicable el concepte de “perímetre arxipelàgic” per delimitar aquests tipus d'aigües. Aquestes categories estan regulades als articles 46 i següents del Conveni de Montego Bay.

En aquest sentit, resulta especialment estrany el concepte de “aguas canarias” creat per la Llei 44/2010, de 30 de desembre, de aguas canarias³. Aquesta llei, en la delimitació de les aigües canàries, aplica un perímetre arxipelàgic (línies que uneixen els punts exteriors de cada una de les illes canàries) i defineix com a canàries les aigües que queden dins aquest perímetre. Ara bé, definir les aigües com a “canàries” no suposa la introducció de cap categoria jurídica nova des de la perspectiva de la

3.- BOE n° 318, de 31 de desembre de 2010.

configuració d'aquests espais marítics atès que la pròpia llei, al seu article 1.2, assenyala que tant l'Estat com la Comunitat Autònoma de les Illes Canàries exerciran les seves competències en aquestes aigües depenent de la distribució material de competències previstes a la Constitució i a l'Estatut d'Autonomia. En tot cas, el nou concepte introduït per la llei 44/2010 no es troba recollit al Conveni de 1982 (certament, tampoc ho prohibeix), però el cert és que és una tipologia d'aigües que no introdueix res ni tampoc implica atorgar noves competències a la Comunitat canària en aquest espai.

El mar territorial, regulat a l'article 2 i següents del Conveni de Montego Bay, es defineix com l'espai adjacent a les costes amb una extensió de 12 milles (21 km) comptades a partir del límit exterior de les línies de base (a aquests efectes, la llei 10/1997 sobre mar territorial fixa una línia recta que uneix Mallorca i Cabrera i Eivissa i Formentera, mentre que Menorca queda sola). Sobre el mar territorial adjacent a les costes de les Illes Balears, l'Estat (i no la CAIB) exerceix les seves competències. Tant l'article 132.2 de la Constitució, la llei 22/1988 de Costes i el Projecte de Llei de protecció i ús sostenible del litoral qualifiquen el mar territorial com a "bé de domini públic". L'article 31.16 de l'EAIB assenyala que la CAIB tindrà competències executives en els "abocaments industrials i contaminants a les aigües territorials de l'Estat corresponents al litoral de les Illes Balears" i l'article 31.17 assenyala que la CAIB tindrà competències executives en la "gestió del domini públic marítime-terrestre" i que "s'entén per domini públic marítime-terrestre el comprès tant per l'àmbit terrestre com per les aigües interiors i la mar territorial".

Més enllà del mar territorial, trobam la Zona econòmica exclusiva, regulada als articles 55 i següents del Conveni de Montego Bay, que es defineix com una àrea que s'estén fins a les 200 milles comptades des de les línies que serveixen per delimitar el mar territorial. En aquest espai adjacent al mar territorial, l'Estat riberenc té plena sobirania per a explorar i explotar els recursos naturals vius i no vius que hi hagi. La llei 15/1978, de 20 de febrer⁴, per la qual es regula la Zona Econòmica Exclusiva i les seves platges, va estendre la ZEE espanyola a les costes cantàbriques i atlàntiques i va facultar al Govern a estendre la ZEE al Mediterrani. El fet de que el Mediterrani fos un mar petit i on la delimitació dels espais marítics podia provocar un conflicte amb altres països veïns riberencs va fer que durant molts d'anys, el Govern no optàs per estendre la ZEE al Mediterrani. El que es va fer mitjançant el Reial Decret 1315/1997, d'1 d'agost⁵, fou crear una

4.- BOE de 23 de febrer de 1978.

5.- BOE n° 204, de 26 d'agost de 1997. Aquest Reial Decret fou modificat posteriorment pel Reial Decret 431/2000, de 31 de març (BOE n° 79, d'1 d'abril de 2000).

zona de protecció pesquera a la Mediterrània que s'estenia fins a les 37 milles nàutiques comptades des del límit exterior del mar territorial. En aquesta zona, Espanya “tenia drets sobirans a efectes de la conservació dels recursos marins vius, així com per a la gestió i control de l'activitat pesquera”. A continuació es detalla l'extensió de la zona pesquera:



Font: J. M. LACLETA MUÑOZ, *Las fronteras de España en el mar*, Real Instituto Elcano, DT n° 34/2004.

Del mapa es desprèn clarament que les aigües que envolten les Illes Balears entraven dins l'àmbit de la zona de protecció pesquera decretada pel Govern espanyol. Recentment, el Govern espanyol ha optat per anar més enllà de la zona de protecció pesquera a la Mediterrània i ha aprovat el Reial Decret 236/2013, de 5 d'abril⁶, pel qual estableix la ZEE d'Espanya al Mediterrani nord-occidental i que s'estén fins a les 46 milles nàutiques comptades des del límit exterior del mar territorial. D'aquesta manera, la ZEE substitueix, en part i a determinades zones, la zona de protecció

6.- BOE n° 92, de 17 d'abril de 2013.

pesquera existent. En tot cas, l'extensió i nova delimitació de la ZEE feta al Mediterrani pel Govern espanyol també es projecta sobre les aigües que envolten les Illes Balears i impliquen reforçar clarament les competències de l'Estat en aquesta àrea marítima.

També cal fer referència a la plataforma continental, regulada als articles 76 i següents del Conveni de Montego Bay i que es defineix com aquell espai marítim que va, com a regla general, fins a les 200 milles comptades des de les línies de base que delimiten el mar territorial, en el qual l'Estat riberenc té competència exclusiva a efectes de l'explotació del llit i del subsòl de les àrees submarines que es trobem dins aquestes 200 milles. L'article 132.2 de la Constitució assenyala clarament que els recursos naturals que es trobin a la plataforma continental són béns de domini públic estatal. Al Mediterrani hi ha plataforma continental, si bé aquesta només està delimitada amb Itàlia mitjançant un acord de 1974.

Finalment, cal assenyalar que dins l'alta mar, tal com assenyalen els articles 86 i següents del Conveni de Montego Bay, entren tots els espais marítims no inclosos dins la ZEE, el mar territorial o les aigües interiors i es defineix com un espai que no està sotmès a la sobirania de cap Estat. Així doncs, al Mediterrani, en la mesura que la ZEE decretada no esgota tota la Mar, es pot parlar de l'existència d'alta mar.

X.- MESA REDONDA SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

Pocos temas suscitan mayor interés actualmente entre los círculos jurídicos que el del anteproyecto de reforma del Código Penal.

Consciente de ello, la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears organizó una mesa redonda, que fue tuvo lugar el 13 de Mayo de 2013, moderada por el veterano Académico y Penalista Rafael Perera Mezquita, y que contó con las intervenciones del Académico y Profesor Titular de Derecho Penal de la UIB Gabriel Garcías Planas y del Catedrático de Derecho Penal de Valencia y conocido Abogado Penalista Javier Boix Reig.

El primero expuso la consideración negativa que le merece el anteproyecto, pasando revista a alguna de sus figuras más destacadas, como la prisión permanente revisable y la custodia de seguridad, para criticar a continuación la nueva regulación de algunas figuras delictivas como la administración desleal, la detención ilegal, las amenazas y coacciones y el incremento de penas para el delito continuado.

El Catedrático de Derecho Penal Javier Boix Reig se centró en los delitos fiscales, haciendo referencia a algunas particularidades de los mismos, como las posibilidades de regularización de la situación tributaria del imputado, el reconocimiento de los hechos y el pago de la total deuda tributaria como medida para conseguir

la imposición de pena inferior en uno o dos grados y la intervención como Peritos de los propios Inspectores de Hacienda en los juicios relativos a los delitos fiscales.

Se insertan a continuación las dos interesantes ponencias.

X.1- BREVES NOTAS SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

Gabriel Garcías Planas

Doce años tuvieron que pasar para que desde la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal de 1983, hecha esta con la finalidad de adaptar el Código Penal de 1973 a la Constitución de 1978, apareciese finalmente en 1995 un nuevo Código Penal.

Sin embargo, lo que parecía un Código estable y duradero, dentro de lo posible, ha sufrido en menos de veinte años, alrededor de veinticinco Reformas, más o menos importantes, lo que pone de manifiesto, en buena medida la falta de una política criminal coherente y una manifestación de populismo punitivo con el endurecimiento de las penas.

La última de las Reformas a la que nos referiremos es la que contiene el Anteproyecto de fecha 11 de octubre de 2012. Creo que debe ser valorada negativamente por cuanto supone un endurecimiento de las penas y la creación de nuevas figuras delictivas, lo que a mi juicio obedece, como dije, a una manifestación de populismo punitivo. Máxime cuando en la actualidad la Doctrina de manera unánime considera que el Derecho Penal tiene un carácter fragmentario, es decir, que no lo castiga todo y que todo lo que castiga, no lo hace frente a cualquier ataque. Por eso se dice que en vez de una huida hacia el Derecho Penal para la protección de determinados bienes jurídicos, debe producirse una huida del Derecho Penal, como ultima ratio que desde antiguo se ha venido proclamando.

Como ejemplo de tal endurecimiento trataremos de comentar brevemente tres figuras: el delito continuado, la libertad vigilada, la prisión permanente revisable y la medida denominada custodia de seguridad.

Si analizamos la Exposición de Motivos, esta última la custodia de seguridad sólo se aplicará en supuestos excepcionales, de reiteración de delitos, de especial gravedad; y en casos de especial peligrosidad del sujeto, una vez cumplida la pena de prisión. Es un plus de libertad vigilada, esta basada en un sistema dualista donde la pena tiene su soporte en la culpabilidad y la medida de seguridad en la idea de peligrosidad.

Aun cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya manifestado que no era contraria al artículo 5 del Convenio, porque preparaba para la vida en libertad, sin embargo el hecho de aplicar primero una pena y luego una medida, es un dualismo ya superado, y contrario al sistema vicarial; y lo que también choca es que para su ejecución se diga que deberá cumplirse en un establecimiento especial para la resocialización y si no fuera posible en prisión, eso parece contener la idea de una prolongación de la pena, en consecuencia nos declaramos absolutamente contrarios. Finalmente debemos manifestar con satisfacción que ha sido eliminado del Anteproyecto, por plantear dudas sobre su Constitucionalidad.

Por lo que se refiere a la prisión permanente revisable, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado, que lo considera ajustado a la Convención Europea y va referido a delitos sancionados con penas de treinta o cuarenta años, según el Anteproyecto la revisión debe llevarse a cabo a los treinta y cinco años, cómputo a todas luces excesivo; pues piénsese que en otros países Europeos en que existe esta figura es revisable desde quince, caso de Alemania, hasta veinticinco en otros países.

En cuanto al delito continuado, figura que nació, como es sabido, por razones “*pietatis causa*”, se modifican las reglas de fijación de la pena, “para evitar consecuencias arbitrarias”.

Sabido es que en el artículo 74 del Código Penal actual la construcción del delito continuado se sustenta sobre los siguientes elementos: a- pluralidad de acciones con un mismo sujeto activo, b- un dolo unitario o designio único, derivado de un plan preconcebido o, aprovechamiento de idéntica ocasión, c- homogeneidad en la lesión del bien jurídico protegido, d- semejanza del precepto penal violado y e- conexión espacio-temporal (STS, 13-6-2003, 10-6-2010, entre otras).

Pues bien, si prospera la Reforma, se impondrá la pena superior a la mínima por la infracción mas grave, e inferior a la suma de todas ellas. No teniendo reflejo la reiteración delictiva y se excluye esta figura en los delitos sexuales.

Todo ello supone un aumento de las penas en esta figura.

En cuanto a los tipos delictivos de la parte especial, vamos a comentar

brevemente la administración desleal, la detención ilegal, amenazas y coacciones, los matrimonios forzados y acoso.

Se crea en el Anteproyecto un nuevo delito de administración desleal hasta ahora previsto y penado en el artículo 295, dentro de los delitos societarios y pasa a incardinarse dentro de la apropiación indebida en el artículo 252, que quedaría redactado así “ 1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, la infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar. 3. Se impondrá la pena en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro. 4. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros”.

Hasta ahora en la administración desleal se infringía un deber de lealtad del administrador hacia el titular del patrimonio administrado, y se causaba un perjuicio, como consecuencia de actos de administración fraudulentamente adoptados; siendo pues el resultado típico, la causación de un perjuicio patrimonial a la sociedad, económicamente evaluable para los socios o a los terceros a que se hace referencia en el precepto, en este sentido STS, 19 de mayo de 2009, 13 de julio de 2010 y Sentencia de la Audiencia Provincial de les Illes Balears de 29 de febrero de 2012. Sabido es que el tipo básico de apropiación Indebidamente recogido en el actual artículo 252, fundamenta su conducta en dos verbos “apropiarse o distraer”. Pues bien el término “distracción” aun cuando no se cita expresamente en el anteproyecto pasará a ser la conducta nuclear de este nuevo delito de administración desleal, asentada sobre el perjuicio del patrimonio ajeno y no sobre el enriquecimiento propio, en consecuencia no se exige ánimo de lucro; si éste existiese se impondrá la pena en su mitad superior (art. 252.3). Si tal Anteproyecto ve la luz, en lo que a este delito se refiere, veremos que se crean subtipos cualificados y que remite punitivamente a la estafa, lo que supone un endurecimiento de las penas. El tipo de administración desleal como manifiesta Manzanares Samaniego, Diario La Ley nº 1642/13 de 19 de marzo “sanciona actos de gestión desleal cometidos, mediante abuso o

deslealtad en el ejercicio de las facultades de administración, por quien administra el patrimonio de un tercero y causa con ello un perjuicio patrimonial, piénsese en supuestos como la venta no autorizada de créditos sin garantías, la contratación de servicios que no se prestan a la contratación de los mismos por un precio superior al real del mercado”.

En cuanto a la detención ilegal, con desaparición, se modifica el artículo 166 en el sentido de modificar la pena y se fija entre diez y quince años, como pena única, lo que supone también sin duda un endurecimiento de la pena.

Por otra parte, se introducen dos supuestos agravados para aquellos casos en que la víctima fuese menor de edad, o que el delito se haya cometido con una finalidad sexual, o bien el autor hubiese actuado posteriormente con esta finalidad. Y en tal caso la pena a imponer será de quince a veinte años.

Debemos decir también que se crea un nuevo artículo 168 bis que permite imponer además una medida de libertad vigilada en todos los supuestos del Capítulo I del Título VI.

Amenazas, coacciones, matrimonios forzados y acosos. Al derogar el Anteproyecto del Código Penal, el Libro III, es decir las faltas, sin embargo mantiene ahora como delito de menor entidad, determinadas conductas de coacciones y amenazas que el Legislador sigue creyendo merecedoras de sanción penal, son aquellas que se contemplan en el artículo 620 del actual Código Penal.

Finalmente debemos manifestar que se incorporan dentro del Título de los delitos contra la libertad, dos tipos nuevos: los “matrimonios forzados” y con unos acosos que podrían no constituir amenazas ni daños.

En lo referente al matrimonio forzado –artículo 172 bis– quedaría redactado de la siguiente manera “1. El que con violencia o intimidación grave compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados, 2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”.

Con independencia, de que la ubicación del párrafo primero estaría mas correctamente ubicado en los delitos contra los deberes familiares del Título XII, Libro II del actual Código Penal, ocurre que la relación entre ambos apartados resulta confusa; en primer lugar por cuanto al segundo párrafo añade el término “engaño” que no aparece en el apartado primero y en segundo lugar, que no se entiende de manera clara, cual es la relación

entre “compeler a otra persona a contraer matrimonio” y forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

Para concluir estas breves notas, como dijimos, se crea un nuevo delito de acoso sexual en el artículo 172 ter.

Su redacción quedaría así “ 1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, alterare gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1º La aceche o busque de cercanía física. 2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga de terceras personas se pongan en contacto con ella. 4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. 5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores. 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

La estructura del apartado primero del artículo 172 ter, es un acoso que produce una alteración grave en la vida cotidiana de la víctima. Llama la atención del casuismo que se establece en los cuatro primeros números, para luego finalizar en cualquier otra conducta análoga.

Existe en su apartado segundo un subtipo agravado para aquellos casos en que el sujeto pasivo fuera alguno de las personas del ámbito familiar a que se refiere el artículo 173.2, en tal caso la pena se impondrá en su mitad superior.

El propio precepto en su apartado tercero indica de manera clara la posibilidad de un concurso real de delitos, pues las penas se impondrán “sin perjuicio de las que pudieran corresponder ...”.

Concluye el nuevo precepto en una condición objetiva de perseguibilidad, pues requiere denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para que los hechos puedan ser perseguidos.

Estas breves notas, no pretenden otra cosa que extractar lo comentado por mi en la mesa redonda el pasado día 13 de mayo de este año.

El pasado día 20 de septiembre el Consejo de Ministros aprobó el Nuevo Proyecto de Código Penal y que comenzará ahora su tramitación Parlamentaria. Ello nos da pie a poder hablar con mayor rigor de la Reforma. Así por ejemplo se crea el delito de invitación por internet al desorden público; el artículo 559 sanciona con penas de 3 meses a 1 año a quien inciten a la comisión de algunos de los delitos de alteración de orden público; y como se ha expresado por algún sector, ello puede ser una vía para sancionar algunas conductas de las redes sociales.

Al desaparecer las faltas del Código Penal, la falta de hurto de cuantía menor, por tanto, pasa en el Proyecto a ser delito y cuando se cometa “con profesionalidad” estara castigada en prisión de hasta 3 años; está pensada para carteristas.

No queremos concluir, sin manifestar que la idea del endurecimiento de las penas, también se hace patente en delitos económicos y concursales, facilitando por lo demás la persecución de las quiebras fraudulentas y aumentando la responsabilidad penal en las empresas.

Pensemos y confiemos que durante la tramitación parlamentaria se mejore el Proyecto en muchos de sus aspectos y concretamente en todo lo que suponga endurecimiento de las penas, ya que ello no supone disminución de la criminalidad.

X.2- REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA DEL DELITO FISCAL.

Javier Boix Reig

1.- Por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, ha tenido lugar una reforma de los delitos contra la Hacienda Pública (también los relativos a la Seguridad Social) ciertamente significativa. Se publica en el Boletín Oficial del Estado del siguiente día, que es el de los Santos Inocentes, como se destaca reiteradamente por los hasta ahora comentaristas de la Ley. De otra parte el Anteproyecto de ley de reforma de 2012 del Código Penal prevé la incorporación de un nuevo artículo 308 bis relativo a peculiaridades de la suspensión de ejecución de la pena en condenas por estos delitos.

2.- Desde el inicio de la regulación del delito fiscal (1977) se ha planteado la necesidad de “normalizar” el delito fiscal, es decir que su consideración fuera la propia de cualquier otro delito, sin peculiaridades contrarias a los principios rectores del derecho penal o a las garantías propias del proceso penal.

Se trataba, pues, de que se produjera dicho proceso de “normalización” en el aspecto material y también en el procesal.

Desde la perspectiva material cabe señalar que ya con motivo de la reforma de 1985 se suprimieron las presunciones de concurrencia del dolo que ex-lege se establecían hasta dicha fecha, residenciadas en la estimación de anomalías sustanciales en la contabilidad o en la efectiva labor obstaculizadora a la inspección. Suprimidas tales presunciones, incompatibles con un derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad y con la presunción de inocencia, se abrió seguidamente el camino para que se fuera puliendo la doctrina y jurisprudencia por lo que se refiere al carácter defraudatorio del delito, a su contenido patrimonial en el ámbito de la tutela del Erario público, al posible carácter omisivo de la conducta, al desplazamiento del problema sobre la admisión de conductas omisivas o no al de la prueba del dolo –aun admitiéndose

la modalidad de eventual–, a la discusión sobre la naturaleza de la cuota defraudada como resultado del delito o condición objetiva de punibilidad, y en fin a si lo previsto en el hasta ahora artículo 305.4 del Código penal configuraba una excusa absolutoria o tenía otro alcance técnico-jurídico. Cuestiones varias que nos situaban en un escenario de normalidad en la interpretación y desarrollo jurisprudencial de estos delitos.

No ha sucedido lo mismo en el aspecto procesal. Hay “asignaturas pendientes” al abordar el sistema de pruebas en el proceso penal por este tipo de delitos. Es constante la jurisprudencia en el sentido de requerir que el proceso penal por delito fiscal se guíe por las pruebas que le son propias en orden a acreditar o no los hechos que en el mismo se sustancian. Rige la presunción de inocencia, pudiéndose enervar esta con las pruebas de cargo correspondientes, directas o indiciarias –con todas las cautelas– en su caso. No rigen en el proceso penal –y esto nadie lo cuestiona– presunciones propias del derecho tributario, ni modos de determinación de la cuota cuyo sustrato fáctico se articula en consecuencia con sus propios mecanismos tributarios.

Siendo así que es incuestionable que en el proceso penal por delito fiscal sólo pueden regir las garantías procesales propias de todo proceso penal, quedan algunas “asignaturas pendientes” como ya he señalado.

En primer término, la plena vigencia del derecho a la no autoincriminación y las consecuencias de su lesión en el proceso penal (art. 24 CE). No se trata sólo de acudir a la jurisprudencia del TEDH desde la Sentencia Saunders; se trata simplemente de articular debidamente dicho derecho y comprender que no cabe configurar como prueba de cargo la documental entregada por el obligado tributario en fase inspectora, a lo que está jurídicamente obligado, por lo tanto con coerción jurídica del Estado. Sabido es que cuando la Inspección remite el expediente íntegro a la Fiscalía y luego éste integra el núcleo esencial de las correspondientes diligencias, dicha documental (contabilidad, facturas, etc...) suele ser la base en la que se sustenta la acusación y, en su caso, la sentencia. Obsérvese que ni siquiera un Juez de Instrucción puede obligar al imputado a entregar dicha documentación, por el aludido derecho fundamental. Lo que no puede hacer el Juez de Instrucción se valida por la vía de la integración del expediente tributario en las diligencias previas. Aquello a que se ha obligado al ciudadano en fase administrativa, pues si no entrega la documentación es sancionado, se articula en el proceso penal como prueba, en su caso de cargo. Situación jurídicamente inadmisibles que en algún momento dará lugar a la condena de España por el TEDH, en tanto el día a día de los procesos penales por delito fiscal se siguen produciendo sin atender a esta constante infracción del mencionado derecho fundamental.

Otra “asignatura pendiente”, de gran calado práctico, guarda relación con la prueba pericial, sin duda esencial en estos procedimientos. Lo habitual es que los Inspectores de Hacienda que como actuarios han intervenido en el previo

procedimiento administrativo, en el que han concluido con un informe estableciendo la concurrencia de indicios por delito fiscal, en los aspectos objetivo y subjetivo del mismo, comparezcan en el proceso penal como peritos judiciales. En realidad peritos sobre lo que han hecho ellos, que han prejuzgado las conclusiones. El ciudadano acusado que ve entrar en la sala de juicios como peritos judiciales a quienes siguieron su previa inspección y consideraron en su día que existían indicios de delito, observará la situación con desasosiego y se “agarrará fuertemente al banquillo” por lo que empezará a intuir como necesaria condena. No se trata, como viene confundiendo en una jurisprudencia abundante, ciertamente mayoritaria, de la existencia de causa de recusación por falta de imparcialidad subjetiva, pues de funcionarios independientes y de alta formación hablamos. Se trata de pérdida de imparcialidad objetiva, por cuanto dichos sedicentes peritos están objetivamente contaminados al haber fijado precisamente su posición en fase administrativa. Dicha pérdida de imparcialidad objetiva, predicable de jueces y magistrados cuando así concurre, no es comprensible que no se aplique a los peritos. La confianza del ciudadano en la Administración de Justicia, que no guarda en estos casos la “apariencia de imparcialidad” en relación con los peritos judiciales, quiebra igualmente.

Entiendo que el argumento es sólido, y la quiebra del derecho a un proceso con todas las garantías incontestable. Pero las “inercias procesales” han llevado a este punto, aunque la común opinión no escrita reconozca esta lamentable situación procesal. Como he señalado la confundida jurisprudencia mayoritaria está ahí, lo que no empece para que se dicten sólidas resoluciones judiciales en sentido diferente al mayoritario (Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección Primera, de la Audiencia Nacional, n 28/07, de 19 de abril) o que aun reconociendo dicha posición mayoritaria, de momento, concluyen dando un valor real a los informes de la inspección equivalente al del atestado policial (Sentencia de 3-4-13 de la Sección Tercera de la AP de Valencia) situando el debate en sus justos términos en sentido material. Incluso se reiteran opiniones doctrinales en la línea señalada, no pocas opiniones, por mas que citemos por su significación la dada en su día por el Fiscal Sr. Marchena (hoy Magistrado del Tribunal Supremo) y actualmente la del Magistrado D. Salvador Camarena.

3.- La reforma de 27 de diciembre de 2012, no es una inocentada sino una realidad. El Código Penal no sufre una nueva reforma, sustancialmente de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (hay alguna modificación también en materia de malversación –art. 433 bis– y por lo que se refiere a un incomprensible delito de falsedades –art. 398–).

A ella nos hemos referido los Prof. Martín Queralt y García Moreno por una parte y Grima Lizandra y quien les habla en sendos artículos que bajo la rúbrica “Código Penal y Ley General Tributaria: un enamoramiento que no fue fugaz” se han publicado en el n° 43 de la revista “EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho” que edita Iustel. También se ha referido a la misma, con el acierto que le caracteriza, el Prof. Garcías en el

número 96 de la revista *MISSÈR* de este Ilustre Colegio de Abogados.

Dos síntomas nada esperanzadores aparecen en un primer acercamiento a la Ley. La “vacatio legis” es de 20 días (navidad, fin de año y reyes, por medio) lo que es sumamente criticable en el orden penal, pues parece que poco importa la seguridad jurídica en el ámbito jurídico en el que mas se constriñen los derechos. De otra parte no contribuye a generar mucha confianza en la reforma los fines que persigue el legislador a la vista de manifestaciones contenidas en el Preámbulo de la ley, poco esperanzadoras desde la perspectiva de la técnica jurídica. Así, cuando se afirma que se persigue “incrementar las posibilidades de cobro de la deuda tributaria impagada evitando la paralización del procedimiento administrativo por el proceso penal”.

El articulado de la Ley, y su Preámbulo, transmiten la desconfianza en la jurisdicción penal, lo que es ciertamente grave. Se parte de la idea de que dicha jurisdicción no tutela adecuadamente los intereses protegidos. Solución: infringir principios básicos en el orden penal, hace muchos años aprendidos, tales como el de la primacía de la jurisdicción sobre la administración derivado del principio *non bis in idem*. Por mas que semejante descalabro de principios básicos se intente salvar por una especie de “ingeniería jurídica” a la que últimamente se es tan propenso en instancias gubernamentales.

4.- Entrando en concreto en los aspectos materiales que se reforman, quiero destacar los siguientes:

4.1.- El tipo básico del delito fiscal (artículo 305.1) tiene un añadido al final de su primer párrafo cuyo alcance no se acaba de comprender. Así, se incluye en el tipo legal, al final, el siguiente elemento: “... , salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo”.

El apartado 4 referido es el relativo a lo que buena doctrina consideraba una excusa absolutoria, en términos ahora mas restrictivos.

No se observa la necesidad de incluir este elemento del tipo, al término de su redacción. La exención que derivaba de la excusa absolutoria era suficiente. No viendo sentido a esta inclusión, se abre un haz de interpretaciones, nada deseables. Desde considerar que se trata de un elemento negativo del tipo de injusto, lo que retrasaría indebidamente el dies a quo de la prescripción a la fecha del imposible cumplimiento de la regularización penal de la situación tributaria, hasta seguir entendiendo, lo que parece más sensato, que se trata de un elemento del precepto legal que contiene una referencia a la excusa absolutoria, la que habría que completar para su configuración con lo previsto en el apartado 4 del artículo 305. En todo caso, debo insistir en que no me parece acertada esta inclusión en el apartado 1 de dicho precepto, debiendo su interpretación y aplicación resolver con sentido común cuál es su alcance, que considero habrá de ser en los términos señalados, esto es como excusa absolutoria.

4.2.- Por lo que se refiere a la regularización del apartado 4 del artículo 305, se restringe su ámbito de aplicación. Frente a acertadas interpretaciones doctrinales que entendían –con la anterior regulación– que bastaba el reconocimiento, ahora se exige, sin posible interpretación contraria, que es preciso el “reconocimiento y pago”, debiendo ser el pago total. Además dicho reconocimiento y pago no sólo debe serlo de la cuota tributaria, como antes debía entenderse, sino de la “deuda tributaria”.

Como alguna autora ha destacado no es comprensible el diferente trato dispensado por el legislador a esta suerte de regularización en sede penal de la que se ofrece en el ámbito tributario, en el que la autoliquidación sin ingreso exonera de sanción, ofreciendo con ello un título ejecutivo bastante. Basta la remisión al artículo 61.2 primero y 61.3 de la anterior L.G.T o al artículo 27 de la vigente. Por lo tanto la cuestión central en este ámbito no es el ingreso, sino la declaración (así, Espejo).

4.3.- El nuevo párrafo 2º del apartado 1 del artículo 305 contempla una extravagante referencia en un Código Penal a lo que en definitiva es un criterio sobre la prueba, por demás irrelevante, sobre el elemento típico nuclear. Se establece “La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos”.

En primer término debe decirse que la prueba en el proceso penal se configura a partir de lo establecido en la Lecrim, y que es el órgano jurisdiccional penal el competente para su análisis de acuerdo con las reglas procesales penales. Ningún sentido tiene lo que ahora se establece en el Código penal con pretendido alcance probatorio. No cabe olvidar que la jurisprudencia tiene establecido que la ocultación constituye un dato de elevada intensidad para acreditar la defraudación, lo que evidentemente no se dará si han tenido lugar declaraciones o autoliquidaciones correctas. Si otros elementos de prueba demuestran lo contrario, lo que es ciertamente difícil, a ellos habrá que estar en el marco de la valoración de la prueba según indica el artículo 741. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4.4.- El apartado 6 del artículo 305 contiene un tipo atenuado o un sistema de atenuación específica que igualmente cabe entender en todo caso disfuncional. Se faculta al Juez o Tribunal (“podrá”) para disminuir la pena en uno o dos grados si “antes que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos”. Se extiende a los partícipes, pero sólo si “colaboran activamente” en los términos que indica el precepto.

Empezando por esto último señalar que no tiene especial sentido buscar una “colaboración activa” del partícipe (y no del autor principal) en obtener pruebas para identificar o capturar (sic) otros responsables (?) para esclarecer los hechos (ya esclarecidos por el autor) o para averiguar el patrimonio del

obligado tributario o de otros responsables del delito (si ya se ha pagado).

Debe recordarse que el Código penal contiene entre el catálogo de circunstancias atenuantes la relativa a la reparación del daño hasta el inicio del Juicio Oral (art. 21.5º) y la de análoga significación a las anteriores (art. 21-6º) en la que fácilmente se engloban conductas de reconocimiento de los hechos o de colaboración. La simple concurrencia de una de estas atenuantes comporta la imposición de la pena en su mitad inferior (art. 66. 1º. 1ª), y si hay dos atenuantes o una o varias muy cualificadas se aplicará (no es facultativo) la pena inferior en unos o dos grados (artículo 66.1º.2ª).

Es notorio que la regulación contenida en el nuevo apartado 6 del artículo 305 es perjudicial tanto por el tiempo a que se contrae, como por el carácter facultativo, así como por referirse a deuda tributaria (una vez más) y no a cuota defraudada.

En principio parece que estamos ante un concurso de normas en el que por relación de especialidad habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 305.6 y no a la regulación general de las atenuantes con sus consecuencias penológicas. Lo que indudablemente perjudica al imputado-acusado. Cuestión distinta es determinar la norma aplicable pasados los dos meses desde la citación judicial (notificación) al imputado. En este caso nada dice la norma especial, por lo que parece que habrá que estar a la regulación general. En este caso los efectos penológicos pueden ser más beneficiosos que los previstos en la norma especial en dichos dos primeros meses, lo que no tiene sentido. Por ello hay quien opina que transcurridos los dos meses citados, aunque se repare el daño o se colabore activamente, no habrá efecto atenuatorio alguno. Esta solución, que puede ser sistemáticamente congruente, afecta gravemente al principio de igualdad, en relación con el resto de delitos tipificados en el Código penal, lo que tampoco tiene sentido. Habrá que estar a una solución razonable en la práctica, que debe pasar por atender al catálogo general de atenuantes, y sus efectos penológicos, fuera del marco temporal previsto en la norma especial, por mas que parezca un contrasentido, que lo es de la propia ley, pero que no puede interpretarse nunca en perjuicio del reo, con flagrante desigualdad.

4.5.- No es satisfactoria la constante referencia contenida en la reforma que se comenta a “deuda tributaria” en lugar de “cuota tributaria”. Esta última, en su caso, integra o debe integrar la responsabilidad civil, por mas que siempre se haya discutido que lo sea (dado que es una deuda preexistente del obligado tributario y no consecuencia del delito). Incluir en la regularización penal, en la atenuación de la pena, etc... el concepto de deuda tributaria es del todo un exceso incomprensible. Cabe recordar que los intereses de demora tienen naturaleza punitiva, y que el delito fiscal contempla además de la pena privativa de libertad una pena de multa. Una vez más el principio non bis in idem queda en entredicho.

4.6.- Por último voy a referirme a lo previsto en el nuevo artículo 305.5, que establece:

“Cuando la Administración Tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública.

La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.

La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías, si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación”.

Con independencia de las cuestiones de mala técnica legislativa o las nuevas previsiones normativas disfuncionales en los términos antes indicados, considero que este nuevo apartado del artículo 305 sitúa claramente las pretensiones de la reforma operada, la desconfianza en la jurisdicción penal y la frontal quiebra del principio non bis in idem en su vertiente procesal.

La milagrosa división de la cuota tributaria en dos, que será de fácil comprensión para los tributaristas (no para todos) pero que es inasumible para los penalistas que tienen que dividir el injusto y que deben fraccionar el dolo, etc..., nos sitúa en un escenario en el que, por decir así, la “cuota mala” (la defraudada) podrá liquidarla la Agencia Tributaria sin perjuicio de que se sustancie un procedimiento, penal para ver si hay “cuota mala”. Y además se dice que esa liquidación seguirá la tramitación que “se establezca” (sic). Esto es, se iniciará un procedimiento penal por una supuesta cuota defraudada (p. ej. de un ejercicio de IRPF, IVA, Sociedades), en el ámbito tributario se separará un “trozo” de la cuota, se liquidará y se cobrará. Nada se dice del procedimiento a seguir –el que se establezca– pero parece evidente, por aquello de que estamos en un Estado de Derecho, que alguna resolución habrá recurrible por el ciudadano en vía administrativa. Mientras el procedimiento

penal seguirá su curso, eso sí condicionado, quiérase o no, por la liquidación y cobro de la supuesta cuota defraudada por la Agencia Tributaria. Y ello por si no tuviera bastantes condicionamientos e inercias indeseadas el actual proceso penal por delito fiscal.

Si se cumplen los postulados mínimos de respeto a los derechos del ciudadano, será recurrible como he dicho lo resuelto por la Agencia Tributaria en relación con la “cuota mala”. Aunque hay “voces recaudatorias” que apuestan por impedir todo recurso. En términos de “normalidad jurídica” podemos encontrarnos con resoluciones contrarias en dos jurisdicciones, penal y administrativa. Lo que nos lleva a conceptos tan elementales como el de cosa juzgada, principio non bis in idem, etc...

Realmente todo esto no parece de recibo, en términos jurídicos. Volvemos al principio: late la desconfianza en la jurisdicción penal; en el fondo se da una primacía real a la administración; sucumbe el sentido mismo del principio non bis in idem. El mundo al revés, no dando un buen ejemplo el legislador a la ciudadanía, pues no cabe olvidar, tampoco el legislador, que en materia de derechos la primacía de la jurisdicción es innegable, no siendo procedente transcribir a través de la norma cosa distinta.

Se dirá que el apartado 5 del artículo 305 contiene remedios: la posibilidad de suspender por el juez, pero previa presentación de garantía (una especie de medida cautelar forzada o a la inversa), con la excepción de daños irreparables o de muy difícil reparación. Paños calientes de complicada viabilidad procesal que pretenden encubrir la realidad, antes señalada, y que no consiguen desvirtuarla, que no es otra que la quiebra de los principios antes señalados y de la propia función del proceso penal en un Estado de Derecho.

5.- Quedan mas cuestiones a tratar en relación con la reforma habida por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Entiendo que para el sentido de esta intervención es suficiente lo dicho. La reforma no resiste la crítica tanto desde la perspectiva constitucional, cuanto desde la perspectiva de la técnica legislativa de naturaleza penal. Se enmarca en un proceso de deterioro del sistema de garantías del Derecho Penal, no siendo concebible un Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho sin dicho conjunto de garantías. Lo que no hace falta explicar, salvo que tengamos que volver a estudiar principios y garantías que desde hace tiempo no se cuestionaban, que pensábamos no habría que volver a reivindicar, pero que en los tiempos que corren, y los que se anuncian con la próxima reforma del Código penal, habrá que estudiar, explicar y exigir su aplicación. En suma, no corren buenos tiempos para el Derecho Penal y la reforma comentada es fiel exponente de ello.

XI.- EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO A LOS TREINTA AÑOS DE SU PROMULGACIÓN.

Antonio Pérez Ramos

El día 21 de Mayo se celebró, organizado por el Obispado de Mallorca, una jornadas conmemorativa del XXX aniversario de la promulgación del Código de Derecho Canónico. En ella tuvo una importante participación nuestro compañero Académico Antonio Perez Ramos, quien impartió una conferencia que llevaba por título “Perspectivas a los 30 años del Código de Derecho Canónico”.

El conferenciante, gran conocedor de la materia por haber sido Vicario Judicial y Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la UIB, comenzó con una introducción en la que analizaba la consideración del Código de Derecho Canónico desde la doctrina pontificia, para centrarse después en el campo del Derecho Matrimonial y en especial en las patologías del consentimiento, abordando los amplios campos del error y de la libertad. Su disertación finalizó haciendo referencia a la doctrina pontificia de Benedicto XVI y con unas citas doctrinales del recordado Obispo de Mallorca Teodoro Úbeda.

Se inserta a continuación esta documentada conferencia.

I. INTRODUCCIÓN.

La ponencia que me encargara mi sucesor en la Curia Diocesana Mayoricense, el Muy Ilustre Don Nadal Bernat, y que gustosamente acepté, bien podría subtitularse, en el lenguaje coloquial “ lo que va de ayer a hoy”. Me refiero al ayer, cuyo devenir ya analicé en la revista *Comunicació*, n. 79/1994, con ocasión de cumplirse los diez años de singladura del mentado Código de Derecho Canónico, promulgado en 1983.

E igualmente me ocupé del Código que abarca los veinte años siguientes, esto es, desde 2003 al presente 2013, en que se cumple cabalmente la andadura de los treinta años de entrada en vigor del referido Código.

Lo que no es óbice para evocar, siquiera en prolegómenos, cual valiosos referenciales, a teólogos del siglo XX, cuyas enseñanzas y testimonios operativos han venido girando en torno al Ecumenismo, a la Iglesia “ad intra” o en sí misma contemplada, y puntualmente a la labor del laicado. Sin por eso dejar de lado a destacados canonistas y a teólogos de renombre. Es más, a propósito de los signos de los tiempos, cabe citar aquí, dentro de la teología postmoderna, contextual, interreligiosa y ecuménica, a profesores como Chenu y Meetz.

Asimismo, es justo traer aquí la figura y la obra del ínclito Papa JUAN XXIII, cabalmente cuando se cumplen los cincuenta años del Concilio Vaticano II que dicho Papa convocara, sin duda por inspiración divina. Evidenciándose de ahí una nítida, clara y valiente concepción de la misión de la acción pastoral de la Iglesia. Que no es otra que la proclamación de la Buena Noticia de Jesucristo, a través de su Iglesia, fundada sobre Pedro. Tal, en síntesis, la misión providencial del Papa Juan y su talante de “pastor et nauta”. Quien, en frase feliz del teólogo catalán Rovira Belloso, ejerció su quehacer misionero en clave de “autoridad con encanto”. Ello hasta el punto que “la Iglesia puede concebirse como la fuente pública de agua fresca que mana en la plaza del pueblo” (Sal Terrae, marzo de 2001).

Es más, en esa misma línea tomaron el testigo los sucesores de Juan XXIII: Pablo VI, Juan Pablo II; y el hoy emérito Benedicto XVI. Pontífices a los que ha venido a sumarse, desde hace tan sólo unos meses, en el timonel de la Barca de Pedro, el excepcional Papa Francisco, que tanto parecido, incluso físico, tiene con la figura del mentado Patriarca de Venecia.

Et his dictis, otra advertencia preliminar: Mi disertación de hoy se va a centrar en torno a los últimos veinte años del Código y no en los treinta, cual

reza el título de la Ponencia. Y eso porque de los años 1983 a 1993 ya me ocupé en la lección inaugural del curso académico de 1993 a 1994, bajo el título “Llei i llibertat en l’Església”, publicada en *Comunicació*, Revista del Centre d’ Estudis teològics de Mallorca”. Ponencia a la que, desde luego, hoy me remito.

Si bien, pienso que no será superfluo, en estos prolegómenos, traer aquí y ahora, siquiera en breve apunte, lo que hace 30 años me atreví a diagnosticar bajo el título de “matizaciones en el campo del derecho matrimonial”.

Esto es: En diciembre de 1983 Juan Pablo II dijo del Código de Derecho canónico que era una ley nueva y que se había de evaluar primordialmente con la óptica del Concilio Vaticano II, como último documento conciliar. Asimismo, afirmó el Pontífice que la autoridad en la Iglesia ha de estar siempre al servicio del pueblo, en constante diálogo entre la base y la jerarquía. Tratando así de aunar esfuerzos de cara a la paciente búsqueda de la verdad procesal. Una tarea, por cierto, nada fácil, pero sí, desde luego, engresadora, por no decir apasionante. Con todo, por aquellas calendas, Juan Pablo II, tras maduro examen, dio carpetazo –dicho sea con todo respeto–al proyecto acariciado por la inmensa mayoría de canonistas, partidarios de una *Lex Ecclesiae fundamentalis*. Cumpliéndose así el clásico aforismo: “Roma locuta, causa finita”. Si bien, muchos canonistas –particularmente los que a la sazón estábamos al frente de las Curias o Tribunales de Justicia– nos preguntábamos sobre el parangón o correspondencia fáctica entre el Código de 1983 y las expectativas que había despertado el Concilio Vaticano II. O, dicho de otra manera, los profesionales del foro nos cuestionábamos seriamente sobre cómo encajar “in subiecta materia” el pensamiento aperturista, de Juan XXIII y el de Pablo VI. con el talante, más bien conservador, del Sucesor de ambos pontífices, esto es, de Juan Pablo II.

II. MATIZACIONES PUNTUALES EN EL CAMPO DEL DERECHO MATRIMONIAL.

Según relata Silvano Cola, Juan Pablo II, el 22.11.1978, dirigiéndose al Colegio Cardenalicio y a la Curia Romana, les dijo que la Iglesia presenta dos perfiles, a saber, el petrino (Pedro, la jerarquía) y el mariano (María, la santidad), y que este último es tan fundamental y característico –si no más– como el perfil petrino, a secas. Y recalca dicho autor: “Sospecho que este Papa, que ha hablado del genio femenino, que está enamorado de María Santísima y de la que se profesa “Totus tuus”, está viendo ya sobre la tierra

una Iglesia como nunca antes se había visto: una Iglesia en la que la ley no contradice al Amor y el Amor no contradice a la Ley, porque en ella se vive la Ley del Amor que –según dicen los teólogos– es la vida de la Trinidad” (Ecclesia, 2.352, p. 23).

En otro orden de cosas, tres años más tarde, o sea en diciembre de 1983, Juan Pablo II, refiriéndose expresamente al Código de Derecho Canónico, recién promulgado, afirmaba que era una ley nueva y que se la debía evaluar primordialmente con la óptica del Concilio Vaticano II, cual último documento conciliar. Es más, el 26 de enero de 1984, en su alocución a los miembros del Tribunal de la Rota Romana, afirmaba solemnemente que “el valor de la jurisprudencia rotal en la Iglesia ha sido siempre notable, dada la ciencia y experiencia de los jueces y la autoridad de que gozan por ser jueces papales” (Cf. Alocuciones a la Rota Romana, cit. en AA.VV. Patología del Consentimiento... pp. 103-106).

Con todo, en el ámbito específico del derecho matrimonial canónico, Urbano Navarrete –uno de los grandes maestros de nuestro tiempo– el año 1999 afirmaría que las alocuciones pontificias de Juan Pablo II resultaban ser un medio poco eficaz para evitar la formación de jurisprudencias locales (Estudios eclesiásticos, vol. 74, p. 696).

Es más, al entorno del canon 1095, la autoridad doctrinal del ya mencionado Navarrete, maestro de Canonistas, no pudo dejar de pronunciarse críticamente en su interpretación y sin paliativos, ante su abuso por no pocos letrados, como cajón de sastre, en la recurrente patología del consentimiento matrimonial canónico. Canon, en el decir de tan ilustre canonista, que es innecesario o supérfluo, por cuanto que la mentada causal no hace si no recoger la evolución de las ciencias psicológicas y psiquiátricas y aplicarlas en el caso concreto, como determinante de la nulidad matrimonial en el foro canónico.

III. PATOLOGÍA ESPECÍFICA DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. ROTA ROMANA: AÑOS 1990-2005.

Me ceñiré escuetamente a la doctrina del mencionado Cardenal Navarrete, a quien conocí y traté en la Universidad Gregoriana, en mis años mozos; y que en su larga andadura docente fue tenido como una autoridad in subiecta materia.

En concreto, el preclaro Canonista se pronunció por los tres tipos de patologías en el ámbito de las nulidades de matrimonio: Esto es: 1º. Acerca

de las incapacidades, que el legislador contempla en el can. 1.095, éste resulta innecesario, ya que no pasa de ser el resultado de la jurisprudencia producida en estos últimos años; 2°. Asimismo, en cuanto al “error facti”, regulado en el can. 1097, la doctrina rotal mantiene, comúnmente, su sentido literal; mientras que al “error qualitatis” no se le atribuye, por lo general, relevancia invalidante, salvo dentro de los límites establecidos en dicho canon. Esto es “a no ser que esta cualidad se intentare directa y principalmente”. 3°. Añádese, según explicita el canon 1099, que el error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, no vicia el consentimiento. Textualmente: “con tal de que no determine la voluntad a contraerlo”.

IV. PUNTUALIZACIÓN SOBRE EL BIEN DE LOS CÓNYUGES EN EL CAMPO DEL ERROR Y DE LA LIBERTAD.

También hacemos nuestra la opinión de Navarrete acerca del error y de la libertad, a saber: 1°. En cuanto al tenido por error invalidante, la conocida sentencia coram Canals de 21 de abril de 1970 se ha de rechazar porque es “audaz” y “extraña” a la tradición canónica (Cf. “Error personae (can. 1.097 & 1) en Periodica 1998, 87, pp. 400-401). 2°. En cambio, en el área de la deficiente libertad, el canon 219, por su categoría de constitucional, abre grandes expectativas de cara a acoger, como capítulo de nulidad, cualquier coacción grave sufrida por el contrayente en orden a la elección del estado matrimonial. 3°. Asimismo, en la línea de Navarrete cabe alinear a dos grandes maestros y colegas míos. Estos es, a los catedráticos Díaz Moreno, y Delgado del Río.

Del primero, traigo aquí, en línea de principios: “No hay justicia sin equidad, ya que ésta no es, en sí misma, sino la justicia del caso concreto. Una justicia sin equidad sería un torpe y detestable mecanismo jurídico”. Y del segundo, comparto su interrogante: “¿En qué se basan quienes creen estar más cerca de la verdad que se busca en las causas de nulidad, cuando aplican un cerrado rigorismo y las más estrictas interpretaciones en la aplicación de las leyes?”.

V. APUNTE SOBRE EL CANON 1.095.

O lo que es lo mismo, escueta selección de lo que estos días recensionamos para la Revista de Derecho Canónico sobre el alcance del mentado canon. (Referencia: Universidad Pontificia de Salamanca, vol. 68, P. 1008, nº 171,

julio-diciembre 2011). Esto es, en concreto, nos reafirmamos en lo más genérico y novedoso de la jurisprudencia matrimonial canónica en torno al canon 1095; a la vez que generalizado entre las sentencias dictadas por la Rota Romana, en los años 2001 y 2007, y no publicadas hasta 2009.

Una jurisprudencia de la que se desprende, en lo concerniente al can. 1095, 2, que la falta de discreción de juicio no supone necesariamente la existencia de una enfermedad psíquica o de un trastorno de personalidad.

Mientras que el c. 1095, 3 viene a apoyar la tesis de que la jurisprudencia rotal requiere una incapacidad verdaderamente insuperable.

De ahí que se ha de rechazar, como causa de nulidad matrimonial, tanto la nulidad por incompatibilidad de caracteres, como la incapacidad relativa.

VI. ACERCA DE LAS ENSEÑANZAS DE BENEDICTO XVI.

1. De entrada, me referiré a cuando Mons. Ratzinger, estando al frente del Dicasterio Romano –conocido como el de la doctrina de la fe– si bien se mostraba moderadamente cauto en el tratamiento de las nulidades de matrimonios cuestionados en las Curias de Justicia de primera, segunda o ulteriores instancias; no por ello ocultaba su vertiente pastoralista. Oigámosle: “En el futuro se podría incluso llegar a una constatación extrajudicial acerca de la nulidad del tal matrimonio. Lo que podría tal vez ser constatada por quien tiene la responsabilidad pastoral del lugar” (Il sale della terra. Un nuovo rapporto sulla fede in un colloquio con Peter Seewald, Cinisello Balsano 1997, 237: *Monitor Ecclesiasticus* 126 2001-1, p. 174).

Es más, siendo ya Papa, Ratzinger en su discurso de 3 de diciembre de 2005, exaltó el matrimonio, como patrimonio de la humanidad, sacando a colación la *Gaudium et spes*, 48, cuando enfatizaba: “El amor y la entrega total de los esposos, con sus notas peculiares de exclusividad, fidelidad, permanencia en el tiempo y apertura a la vida, está en la base de esa comunidad de vida y amor, que es el matrimonio”. (Enseñanzas de Benedicto XVI, n. 1. 2005, pág 388).

Y, a mayor abundamiento, en su discurso al Tribunal de la Rota, de 28 enero 2006 –tras precisar la divergencia entre lo pastoral y lo jurídico en los procesos matrimoniales– precisaba el Pontífice que si el proceso responde a la recta razón, no puede sorprender que la Iglesia haya adoptado la institución procesal para resolver cuestiones intraeclesiales de carácter

jurídico. Con lo que ha ido consolidándose una tradición ya plurisecular que se conserva hasta nuestros días en los tribunales eclesiásticos del mundo entero. Es más: el criterio de la búsqueda de la verdad, al igual que nos ayuda a comprender la dialéctica del proceso, puede también servirnos para captar su valor pastoral, imposible de separar del amor a la verdad.

Asimismo, en torno a la generosa temática concerniente al matrimonio y familia, el Papa Benedicto –dirigiéndose a los jueces, oficiales y colaboradores del Tribunal de la Rota, así como a las enseñanzas de su predecesor, Juan Pablo II, y a la inmensa herencia de éste en materia de derecho canónico– enfatizó sobre la instrucción “*Dignitas connubii*”:

“La mayor contribución de esta instrucción, consiste en indicar en qué medida y de qué modo deben aplicarse en las causas de nulidad matrimonial las normas contenidas en los cánones relativos al juicio contencioso ordinario”. (Enseñanzas de Benedicto XVI, 2006, pp. 554-555).

También cito aquí a la carta apostólica del Papa Benedicto, titulada “*Omnium in Mentem*”, de 26 de octubre de 2009, de obligado cumplimiento. Carta de la que se hizo eco la Revista de Derecho Canónico (año 2011, pp. 739-756), reproduciendo puntualmente el mentado documento pontificio dirigido a la Rota de dicho año. Y donde, en lo concerniente a la exclusión del “*bonum coniugum*”, el Pontífice enfatizara: Sólo puede alegarse este capítulo de nulidad, al amparo del canon 1055, 1, si con tal exclusión se menoscabó la ordenación del matrimonio al bien de lo cónyuges.

Añádese que, al año siguiente, 21 de enero de 2012, dicho Pontífice, respecto al uso del canon 17 del CIC, puntualizaba en lo tocante al significado propio del mismo: “Ha de ser considerado tanto en su texto como en su contexto. Tarea que se ha de llevar a cabo a través de un auténtico contacto con la realidad global de la Iglesia, por cuanto permite penetrar en el verdadero sentido de la letra de la ley. Para lo cual se necesita espíritu de docilidad, procurando estudiar con honradez y dedicación la tradición jurídica de la Iglesia. Reflexiones que adquieren una relevancia peculiar en el ámbito de las leyes relativas al acto constitutivo del matrimonio”.

Finalmente, cerrando ya las enseñanzas del hoy Papa Emérito, en lo puntual acerca de la patología del matrimonio cristiano, les remito al libro de Francesco D’Agostino, titulado: “*Un magistero per i giuristi: Reflexioni sugli insegnamenti di Benedicto XVI*”. Y subtítulo: “*Joseph Ratzinger, teologo e giurista*”. Un monográfico del que selecciono: “Su teología, sustrayendo radicalmente la perspectiva católica de toda crítica de oscurantismo, ofrece a los juristas una gran oportunidad. Esto es. la de considerarse a sí mismos y a su trabajo cotidiano como un servicio a la verdad y por la verdad”.

Y, lo que es más, a modo de estrambote, no me resisto a reproducir –en esta mi “PERSPECTIVA de 30 años del CIC”– la contraportada del libro de Benedicto XVI, titulada “Mi legado espiritual: “Amigos míos, no tengáis miedo de apostar por Cristo, como fundamento de la vida!; Encended en vosotros el deseo de construir vuestra vida con Él y por Él”.

Lo que traducido al lenguaje, no precisamente paladino, pero sí propio de nuestras curias de justicia, a cualquiera de sus niveles, podría etiquetarse así: “No se trata de rebajar la exigencia o el umbral de la nulidad de los matrimonios que se ventilan en nuestras Curias, sino de facilitar el desempeño de la función judicial”.

VII. ADDENDA.

Desde la perspectiva del Código vigente:

1º. Opinión en torno a ciertos puntos de la “Dignitas connubii”.

Oigamos, de entrada a Benedicto XVI en su discurso a la Rota Romana, de 28 enero 2006, destacando:

Que la sensibilidad pastoral debe impulsar a prevenir las nulidades matrimoniales en la fase de admisión a la boda y procurar que los cónyuges resuelvan sus eventuales problemas y hallen el camino de la reconciliación.

Que todo sistema procesal ha de tender a asegurar la objetividad, la inmediatez y la eficacia de las decisiones de los jueces;

Que en este tipo de procesos el destinatario de la petición de declaración es la propia Iglesia;

Que el criterio de la búsqueda de la verdad, al igual que nos ayuda a comprender la dialéctica del proceso, puede también servirnos para captar su valor pastoral, imposible de separar del amor a la verdad, ya que puede suceder que la caridad pastoral se contamine de actitudes complacientes hacia las personas (Ecclesia, nº 5297, pp. 26-28).

2º. Matizaciones: Cabe tomar en consideración la opinión de uno de los Canonistas españoles más ilustres al día de hoy: Me refiero al preclaro Mons. Don JUAN JOSÉ GARCÍA FAILDE, Maestro de canonistas, cuando respecto a la “Dignitas connubii”, escribiera en 2006:

1º. “Dejando de lado los innegables logros de la mentada Instrucción, destacaría su excesiva minuciosidad que puede dificultar la agilidad del proceso y la iniciativa del juez dentro de los cauces de la ley; 2º. Son constantes las llamadas a la intervención en el proceso, del defensor del vínculo al que se le concede alguna facultad que parece incluir cierto control

del juez (art. 56, par. 4); al que no se le limita el derecho que se limita a los abogados de las partes (art.159, par. 1, n. 1); 3º. Lo cual pudiera causar la impresión de que se tiene un interés mayor en evitar que los jueces se equivoquen cuando declaran que consta de la nulidad del matrimonio, que en evitar que los jueces se equivoquen cuando declaran que no consta esa nulidad; 4º. Asimismo, el art. 283, par. 4º de la Dignitas connubii al referirse a la Rota Romana puede parecer que consagra un centralismo incompatible con el principio de subsidiaridad (“La instrucción “Dignitas Connubii” a examen, pág. 20).

VIII. EL CRITERIO DE LA PASTORALIDAD.

Traigo aquí, en efecto, lo nuclear del discurso de nuestro Obispo Don Teodoro Úbeda, en septiembre de 1981, con ocasión del VII simposio de los tribunales eclesiásticos de España: “Vosotros, los hombres del Derecho tenéis un papel decisivo que jugar... En los tribunales de la Iglesia sois la parte del rostro de la Iglesia que se muestra a los ojos de unos hombres y unas mujeres especialmente dolidos... Dejad trasparantar en toda vuestra actuación el rostro amable, misericordioso, cercano y bondadoso de Jesucristo”.

(Don Teodoro Úbeda, 25 anys Bisbe, pp. 123-124).

Asimismo, me permito traer también aquí lo que mi profesor de Cánones, el Doctoral, Bruno Morey, en el ya lejano “Baleares”, de fecha 19 de noviembre de 1978, escribiera en honor y memoria del también canónigo y poeta, Don Andreu Caimari, a la sazón recién fallecido. Un libro que tituló “Quant estaven florits els ametlles”.Y matizaba: “Si Dios vela sobre nuestros destinos, nada hay que temer. Se mire, desde el ángulo que se mire la vida es, como es. Saber aceptarla es cosa de sabios”.

Y, ya a modo de estrambote, cierro mi apunte con la consigna que nuestro Papa Francisco dictara, el 21 de abril, en la ordenación de nuevos sacerdotes, cuando abrazándoles, les recordara: “No os canséis de ser misericordiosos. Recordad que la Palabra de Dios no es de vuestra propiedad, sino que es palabra de Dios. Y que es la Iglesia quien la custodia”.

Señoras y Señores, esto es todo.

Muchas gracias por su atención.

XII.- INFORME DE LAS COMISIONES DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO DE LA ACADEMIA SOBRE LA SUCESIÓN INTESTADA EN LAS ILLES BALEARS.

Las Comisiones Académicas de Derecho Público y de Derecho Privado, que vienen funcionando desde hace unos años en el seno de nuestra Corporación, decidieron en esta ocasión hacer un trabajo conjunto, ya que el tema a estudiar –la sucesión intestada en las Illes Balears– se prestaba a consideraciones diversas desde ópticas privatistas y publicistas, centradas estas últimas en la sucesión por parte de la Comunidad Autónoma, en vez del Estado, a falta de parientes con derecho a heredar ab intestato.

En el Informe adjunto se ha seguido la línea doctrinal que presidió el estudio realizado en el curso pasado sobre las reservas hereditarias; y así, se contienen dos trabajos monográficos centrados en la sucesión de la Comunidad Autónoma, como proyecto legal inaplazable, ya que han legislado en este sentido las otras Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, de los que son autores los Académicos Tomás Mir de la Fuente y Pedro A. Aguiló Monjo; para pasar después a la consideración del tema en el ámbito privatista, con sendos trabajos de Miquel Masot Miquel y Carlos Jiménez Gallego, el primero centrado en la regulación de

la materia en la Compilación, mientras que el segundo aborda la institución desde el Derecho comparado, para exponer después un proyecto de posible regulación. Finaliza el informe con las actas de las sesiones académicas celebradas en deliberación sobre estos trabajos monográficos.

XII.1- INTRODUCCIÓN.

En el curso académico 2012-2013 las Comisiones Académicas de Derecho Público y de Derecho privado han trabajado conjuntamente al objeto de elaborar el presente informe sobre la regulación de la sucesión intestada en las Illes Balears. Este trabajo conjunto tiene una explicación simple: la reforma más urgente que la regulación de la sucesión intestada, en nuestro Derecho civil propio, demanda es la introducción de la Comunidad Autónoma, en vez del Estado, en la sucesión *ab intestato* de las personas de vecindad civil balear en la que no existan parientes a heredar según la ley. No es ocioso recordar, en este punto, que todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, a excepción de la nuestra, hace años que han modificado su legislación en este sentido.

De acuerdo con ello, el presente informe contiene, en primer término, los trabajos de los Académicos Tomás Mir de la Fuente y Pedro A. Aguiló Monjo titulados, respectivamente, “Notas para una reforma de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears realizable en el acto. La Comunidad Autónoma de las Illes Balears como heredera abintestato, legítima o legal, en sustitución del Estado” y “Las Comunidades Autónomas como herederos abintestato: primera aproximación”; trabajos de los que se infiere la inexistencia de obstáculo constitucional ni legal alguno para poder acometer –y debería hacerse cuanto antes– dicha reforma.

La contemplación desde una óptica privatista del fenómeno sucesorio intestado se aborda, en primer lugar, mediante el estudio del Presidente de la Academia Miquel Masot Miquel titulado “Notes sobre la regulació de la successió intestada en el Dret civil de les Illes Balears”, en el que se hace amplia referencia al proceso histórico de la misma, al condicionamiento que, para su apertura, supone el principio *nemo pro parte*, a la regulación de la sucesión intestada en el Código civil y su aplicabilidad en el Derecho civil balear –abordando las cuestiones relativas a la necesaria concordancia de las normas del Código civil con los principios generales de nuestro Derecho, al carácter estático de las remisiones y a la necesaria introducción de la pareja estable entre las personas con derecho a heredar–, a las disposiciones específicas de la Compilación sobre sucesión intestada –con especial

referencia a la remisión al artículo 45 CDCIB, a los descendientes definidos y al especial usufructo vidual establecido por el artículo 84 CDCIB–, para terminar con el estudio de la indignidad como causa de exclusión del derecho a participar en la sucesión intestada.

Le sigue el estudio titulado “Sucesión intestada. Examen de Derecho comparado”, del Académico Carlos Jiménez Gallego, en el que, tras partir del examen de la sucesión intestada en el Derecho romano, analiza su regulación en el Derecho de Cataluña, Aragón, Galicia, Navarra y el País Vasco, para dar después unas pinceladas expresivas de las disposiciones del Derecho alemán, francés e italiano sobre la materia. Termina su estudio con una novedosa propuesta de posible modificación de su regulación en nuestro Derecho.

Toda esta documentación se puso a disposición de los Académicos, celebrándose después dos reuniones de ambas Comisiones Académicas para tratar de los cuatro estudios presentados, y, especialmente, de la propuesta de posible regulación. Se celebraron dos sesiones, el 23 de Abril y el 20 de Mayo de 2013, con cuyas actas se cierra el presente informe, el cual será en su día presentado en el Parlament y a la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear.

XII.2- NOTAS PARA UNA REFORMA DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LAS ILLES BALEARS “REALIZABLE EN EL ACTO”.

Tomás Mir de la Fuente

I.- LA COMUNIDAD AUTONÓMA DE LAS ILLES BALEARS COMO HEREDERA ABINTESTATO, LEGÍTIMA O LEGAL EN SUSTITUCIÓN DEL ESTADO.

Desde que la Comisión Compiladora de Juristas elevó al Gobierno de la Comunidad Autónoma el anteproyecto de ley de modificación de la Compilación de Derecho civil especial de Baleares, hasta hoy, han pasado muchos años (27, pues lo entregó el 11 de noviembre de 1985), los suficientes para considerar, y hasta sugerir, la reforma de la actual regulación de la sucesión abintestato (sustancialmente, la de la ley de 19 abril de 1961), en el sentido de sustituir al Estado, como heredero legítimo, en los términos de los artículos 53 y 84 del Texto Refundido de 6 de septiembre de 1990, que remiten al Código civil (como lo hacía el artículo 51, del Libro I de las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca, y, por esto mismo, en la de Menorca, de la Compilación originaria), por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

1. HISTORIA DEL DERECHO CIVIL BALEAR RECIENTE.

La regulación vigente es el resultado de las modificaciones de la ley autonómica 8/1990, de 28 de junio, sobre Compilación del Derecho civil de

Baleares, que afectaron (por lo que se dijo en la Exposición de Motivos, que reproduce la del anteproyecto elevado por la Comisión Compiladora de Juristas de Baleares), entre otros, al artículo 51 de la de 19 de abril de 1961, que, en el Libro I, disponía que **la sucesión abintestato se regirá por el Código civil, salvo las especialidades contenidas en esta Compilación**, sin referirse a dicha sucesión en el Libro III, de las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera (que, por virtud de lo dispuesto en el Código civil y el artículo 2 de la Compilación, se había de regir por el Código civil).

Por lo que ahora importa, la Exposición de Motivos –recordando los términos del encargo recibido por la Comisión de Juristas: de revisar “para atender a la urgente necesidad de adaptación a la Constitución, de ciertas instituciones civiles, sin perjuicio de las modificaciones técnicas que se consideren de interés, a la vista de la experiencia acumulada en los más de veinte años transcurridos desde su entrada en vigor”, y redactar un anteproyecto, para su elevación al Gobierno de la Comunidad Autónoma– dijo:

La tesis de la vigencia en Mallorca del Código civil en materia de sucesión abintestato –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 artículo 53 proyectado hace suyo el orden sucesorio intestado establecido en el Código civil y, dado que –como se determina en la Disposición Final Segunda reformada– las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código, se entienden hechas a su redacción actual, no se ha hecho más que incorporar a nuestro Derecho las normas de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificativa del Código civil, entre otros, en este punto.

Establece finalmente el Capítulo VII del Libro III, la importante novedad de aludir a la sucesión intestada, acabando con las dudas de la práctica actual y remitiendo al Código civil.

No dejó de considerar la Comisión Compiladora de Juristas la eventual sustitución del Estado por la Comunidad Autónoma, pues conocía el dictamen de síntesis de la Comisión, creada en el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, para la modificación de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, que proponía un artículo 248.3º, que decía “las referencias al Estado de los artículos 913, 957 y 958 del Código civil, se entenderán hechas a la Generalidad de Cataluña”, fundado en que “conviene determinar –en cumplimiento del artículo 44.11 del Estatuto de Cataluña de 18 de diciembre de 1979 (que dispone que la Hacienda de la

Generalidad se constituye con: 1. Ingresos de derecho privado, legados y donaciones; subvenciones)– que la referencia al Estado que hacen los artículos 956 a 958 del Código civil es necesario hacerla a la Generalidad”. Y, además, el Vocal Don José Cerdá Gimeno aportó unas inéditas (que había presentado como comunicación a las Segones Jornadas de Dret Català, de Andorra, el mes de septiembre de 1981) *Notas sobre la sucesión intestada en Baleares (Apuntes para un estudio actual del tema)*, en las que decía: “5. El Estado. Aunque el tema parece inocuo, entiendo que hay que plantear aquí el tema de la transferencia o delegación a favor del ente hoy preautonómico Consell General Intersinsular de Baleares (?). La materia es tema para la inclusión en el presente Estatuto de Autonomía, y queda aquí apuntado. Hay el precedente de la Generalitat de Catalunya (artículo 26 de la Ley de la Generalidad de 7 de julio de 1936) que avala este planteamiento mío”.

La Comisión no acogió esa propuesta, por exceder del encargo antes recordado y porque, no siendo inconstitucional que el Estado fuera heredero, le pareció que podía, por el contrario, serlo, por invasión de competencias estatales en materia de bases del régimen jurídico del Patrimonio de las Administraciones Públicas, sustituir al Estado por la Comunidad Autónoma.

Por aquellas fechas, el artículo 24 del Texto Articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, disponía, en su segundo párrafo, que la sucesión legítima del Estado seguirá rigiéndose por el Código Civil y disposiciones complementarias. Lo que podía interpretarse como un mantenimiento del status quo, del carácter privatista de la relación de la materia, y, en consecuencia, de la naturaleza sucesoria del título de adquisición del Estado, pero no otra cosa, como su eliminación o incluso sustitución por otro, sin ley estatal, como la aprobatoria del Estatuto de autonomía o la de Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Sobre este particular, el Vocal Don Tomás Mir de la Fuente, presentó un escrito titulado *El Estado como heredero abintestato en la Compilación de Derecho civil de Baleares y su eventual sustitución por la Comunidad Autónoma*, en el que, desde la perspectiva patrimonial (el que se había esgrimido), concluía que no procedía la sustitución, “por lo menos, hasta tanto no lo permita o disponga la legislación del Patrimonio del Estado o la legislación del Estado sobre Patrimonio de las Comunidades Autónomas, sobre cuyas bases tiene competencia exclusiva. Ello, en el bien entendido de que las bases materiales que se infieren de la legislación preexistente (constituidas por el Código civil y las Compilaciones de Derecho civil foral o especial) no permiten (caso de que pudieran ser tenidas en cuenta inmediatamente y sin necesidad de esperar a la legislación estatal sobre

bases, de acuerdo con las sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 y 2 de febrero de 1982) otra cosa que la distribución (por la Junta distribuidora de herencias del Estado) de la herencia entre el Tesoro y las instituciones de beneficencia, instrucción, acción social y profesionales de la Provincia y el Municipio (únicos Entes públicos territoriales distintos del Estado –como hoy mismo las Comunidades Autónomas– entonces conocidos) del domicilio (y no la vecindad civil) del difunto (en los términos del artículo 956 del Código civil y el Decreto de 13 de agosto de 1971, y, aún, de la ley 304.7º de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, que encomienda a la Diputación Foral de Navarra la aplicación de la herencia a los fines del artículo 956 del Código civil) o simplemente, en el específico caso del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, el respeto de un privilegio (así le llama el artículo 136 de la Compilación) o facultad (así lo llamaba el artículo 42 del Apéndice de 1925) vigente al tiempo de la promulgación del Código, cuyo fundamento además se encuentra en el acogimiento por dicho establecimiento del enfermo o demente fallecido”.

2. HISTORIA DEL DERECHO COMPARADO CIVIL Y DEL PATRIMONIO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

A) CATALUÑA.

Por lo expuesto, no había de extrañar que, derogados los artículos 248 a 251 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña –resultantes de la ley autonómica 13/1984, de 20 de marzo, y de los que el primero decía lo que había recordado el Sr. Cerdá, sustituyendo el Estado por la Generalidad de Cataluña– por la ley 89/1987 de 25 de mayo, de Sucesión intestada, fuera objeto ésta del recurso de inconstitucionalidad nº 1188/87, y, particularmente, entre otros, su artículo 27, que disponía que, en ausencia de las personas señaladas en los artículos anteriores, sucederá la **Generalidad de Cataluña**, que deberá destinar los bienes heredados, o en producto o en valor, a establecimientos de asistencia social o a instituciones de cultura, preferentemente los de la última residencia habitual del causante en territorio catalán.

La doctrina administrativista, a la sazón, en esta materia –de legislación autonómica sin legislación estatal básica formalmente establecida o contradictoria o incompatible con la posterior sobrevenida (distinta o más pormenorizada)– discutía entre los efectos del desplazamiento o inaplicación judicial, la derogación o incluso la invalidez. Tesis ésta última (por todos, recientemente Santiago Muñoz Machado *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Crítica. Barcelona 2012, págs. 138 y ss.), que se justificaba en que, como la ley estatal posterior delimita de nuevo y de forma diferente las competencias de las Comunidades Autónomas, la norma

que se desplaza queda también incurso en incompetencia sobrevenida, por lo tanto es inválida, estando la contradicción al alcance de cualquier juez ordinario, que puede inaplicarla. El Tribunal Constitucional ha entendido que la invalidez solamente la puede declarar él, siendo imprescindible el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Son relevantes las Sentencias de 1/2003, de 16 de enero y sus votos particulares, y 66/2011, de 16 de mayo.

Sí sorprendió, aunque menos, por lo que veremos después, en relación con otras Comunidades Autónomas, y sobre todo la Valenciana, que, litispendiente el recurso de inconstitucionalidad, contra dicho artículo 27 y otros de la Ley sobre Sucesión intestada de Cataluña, no se impugnara por el Estado la ley 40/1991 de 30 de diciembre, que aprobó el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, derogando la Ley impugnada, a pesar de que su artículo 323, y otros, dijeran casi lo mismo que el 27 y demás de aquélla. Falta de impugnación que determinó que, **en virtud de auto de 12 de marzo de 1991 (BOE de 22 de mayo nº 11594), el Tribunal Constitucional tuviera por desistido al Estado en su anterior recurso.**

Contra la ley de Patrimonio de la Generalidad 11/1981, de 7 de diciembre (que tenía como única referencia sucesoria el artículo 12.2, que disponía, sin hacer mención expresa a las sucesiones intestadas, que la aceptación de la herencia se entendería hecha siempre a beneficio de inventario) se había interpuesto por el Estado recurso de inconstitucionalidad en relación con su artículo 11, sobre adquisición por la Generalidad de los inmuebles vacantes, estimado en virtud de sentencia de 27 de julio de 1882, cuyo Fundamento Jurídico 3º dijo tanto como que:

Una cosa es que la Generalidad disponga de la competencia suficiente para legislar dentro de los límites que ya hemos señalado, sobre su propio Patrimonio, y otra bien distinta que, en ejercicio de esta competencia, modifique también la legislación vigente sobre el Patrimonio del Estado, determinando que para el futuro no se incorporen a éste, sino al de la Generalidad, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o particulares.

El derecho sobre los bienes ocupados o sostenidos sin título válido es una derivación de la vieja regalía, como muy claramente se manifiesta en el decreto de Carlos III de 27 de noviembre de 1785 (Novísima Recopilación 10, 22, 6), al referirse a los bienes mostrencos, **abintestatos** y vacantes que pertenecen a mi Corona. Con la objetivación del poder y la fusión de los derechos mayestáticos en la noción única de poder soberano, ese derecho pasa al Estado, traslación que, entre nosotros, se opera de manera positiva

mediante la ley de 9 de mayo de 1835. En cuanto que la titularidad de la soberanía corresponde al Estado en su conjunto y no a ninguna de sus instituciones en concreto, los bienes vacantes podrán, en principio, ser atribuidos a entes distintos de la Administración Central, pero sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado, y no de una de sus partes, puede modificar su actual situación.

B) COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA.

Más extraño es el caso de esa Comunidad Autónoma.

La ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma Valenciana 3/1986, de 24 de octubre, dispuso, en su artículo 22.2, que, en caso de sucesión intestada, y a falta de personas con derecho a suceder según la ley, los bienes se integrarán en el Patrimonio de la Generalidad cuando el causante ostente la condición jurídica de valenciano. El procedimiento aplicable será el previsto en la legislación estatal. El artículo 50. 1 c) del Estatuto de 1 de julio de 1982 solamente había incluido en el Patrimonio de la Generalidad los bienes procedentes de herencias intestadas cuando el causante ostentase la condición jurídica de valenciano, **en los términos que establezca la legislación del Estado.**

El citado artículo 22.2 no fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Estado, “con lo cual su vigencia (salvo el eventual planteamiento y estimación de una cuestión de inconstitucionalidad) es indiscutible, quedando integrada en el ordenamiento jurídico, al cual están sometidos todos los poderes públicos, por imperativo del artículo 9.1 de la Constitución Española”, tal como dijo el **dictamen de 19 de julio de 1990 de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado**, que añadió “además, la presunta contradicción apuntada no resulta clara en absoluto, toda vez que, como se ha indicado, el artículo 50. 1 c) del Estatuto admite una doble interpretación, según la que la remisión a la legislación estatal se considere efectuada en bloque o solo a los aspectos procedimentales, y que la Ley del Patrimonio de la Generalidad se ajusta a la segunda de tales interpretaciones se ve reforzada por el hecho de que el artículo 50.2 del propio Estatuto establece que el Patrimonio de la Comunidad Autónoma, su administración, defensa y conservación serán reguladas por Ley de las Cortes Valencianas, lo que induce una interpretación restrictiva de las competencias estatales establecidas en el apartado 1 c) del propio artículo”. Y concluyó que “Partiendo de la base de que el artículo 22.2 de la Ley de las Cortes Valencianas 3/1986, de 24 de octubre, del Patrimonio de la Generalidad Valenciana, resulta de obligado cumplimiento por imperativo del artículo 9 de la Constitución, y de que es susceptible de una interpretación acorde con lo dispuesto el artículo 50.1.c) del Estatuto de Autonomía citado, debe

entenderse que todos los bienes procedente de las herencias a que se refieren los mencionados preceptos se integran en el Patrimonio de la citada Generalidad **sin que proceda efectuar distribuciones en favor de las Instituciones contempladas por el artículo 956 del Código Civil**".

C) NAVARRA.

El artículo 13.3 de la Ley del Patrimonio de Navarra 17/1985, de 27 de septiembre dispuso que la sucesión abintestato de la Comunidad foral se regiría por las normas del Derecho Civil Foral de Navarra.

La ley foral 5/1987, de 1 de abril modificó la ley 304.7 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por la ley 1/1973 de 1 de marzo (preconstitucional), que disponía que, en defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, corresponderá a la **Diputación Foral de Navarra** aplicar la herencia a los fines establecidos en el artículo 956 del Código Civil. Ahora, dispone que, en defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, sucederá la Comunidad Foral de Navarra, que aplicará la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, por mitad, entre instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra.

El Estado no interpuso recurso alguno contra estas dos normas legales.

D) ARAGÓN.

El artículo 51.2 de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón 5/1987, de 2 de abril, dispuso que la Comunidad será llamada a suceder en la sucesión intestada tras el Estado, si éste repudiara o renunciara expresa o tácitamente la herencia, cuando el causante tenga su residencia en el territorio de la Comunidad Autónoma al tiempo de su fallecimiento.

La ley 4/1995, de 29 de marzo, de modificación de la Compilación de Derecho Civil de Aragón en materia de sucesión intestada y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, dijo:

En la Exposición de Motivos, que, dentro de aquél (el Derecho Civil de Aragón), algunas materias, como la sucesión intestada, gozan de no pocas singularidades en relación a otros ordenamientos civiles territoriales españoles. En el marco de esa singularidad, y tras la nueva estructuración del Estado autonómico de España, resulta hoy una incoherencia el mantenimiento de una norma en virtud de la cual, en la sucesión intestada del aragonés que fallezca sin parientes próximos, es llamado a suceder el Estado, **en su acepción de**

Administración Central. Un criterio legal que, con acierto, ha sido superado en otras Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, sustituyendo al Estado, como elemento de cierre de la sucesión intestada, por la propia Comunidad.

En el artículo 2, dispuso que el artículo 136 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón queda redactado en los siguientes términos: Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma. 1. En defecto de los parientes legalmente llamados a la sucesión de quien fallezca bajo vecindad civil aragonesa, sucederá **la Comunidad Autónoma de Aragón.**

En el artículo 3, introdujo en la Compilación un nuevo artículo 136 bis, con la siguiente redacción: Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza 1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza será llamado, con preferencia, a la sucesión intestada de los enfermos que fallezca en él.

El artículo 4 dispuso que el apartado 2 del artículo 51 de la Ley 5/1987, de 2 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, queda redactado en los siguientes términos: Artículo 51. 2. En defecto de los parientes legalmente llamados a la sucesión de quien fallezca bajo vecindad aragonesa, sucederá la Comunidad Autónoma de Aragón, de conformidad con lo previsto en la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Ninguno de tales preceptos fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Estado.

La ley 1/1999 de 21 de febrero de Sucesiones por causa de muerte, sin impugnación estatal, dijo:

En la Exposición de Motivos IX párrafo cuarto, que se mantiene el llamamiento a favor de la Comunidad Autónoma, en defecto de toda otra persona llamada a la sucesión, tal como declaró la ley 4/1995, de 29 de marzo, así como el llamado Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, en atención a lo razonable de esta tradición secular.

En el artículo 220.1 que, en defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.

En el artículo 221.1 que, en los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza será

llamado, con preferencia, a la sucesión intestada de los enfermos que fallezca en él o en establecimientos dependientes.

E) PAIS VASCO.

El artículo 73 de la ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil del País Vasco, dispuso que, en la sucesión ab intestato, a falta de colaterales, será llamada la **Diputación Foral del Territorio Histórico correspondiente** a la vecindad del causante. Nada había establecido en la materia el Estatuto de Autonomía ni la ley del Patrimonio de Euskadi 14/ 1983 de 27 de julio.

El Estado no interpuso recurso de inconstitucionalidad.

F) GALICIA.

El artículo 153 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia, consentida por el Estado, dispuso:

1. A falta de personas que tengan derecho a heredar, de acuerdo con las Secciones 1ª, 2ª y 3ª del Capítulo III del Título III del Libro III del Código Civil o en este cuerpo legal, en su caso, heredará la **Comunidad Autónoma de Galicia**.

2. Los bienes heredados serán destinados a establecimientos de asistencia social o instituciones de cultura preferentemente ubicados en la última residencia habitual del causante y, en todo caso, en territorio gallego.

La ley gallega 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, tampoco recurrida, dijo:

En la Exposición de Motivos II párrafo cuarto, que la ley 4/1995, de 24 de mayo mostró el camino en el ejercicio en la competencia para la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil gallego. No obstante el tiempo transcurrido, la doctrina científica, la práctica forense y la jurisprudencia pusieron de manifiesto la regulación ambigua de algunas materias que generaron conflictos en su interpretación o aplicación. Por estas razones... una eficiente política legislativa debe intentar mejorar el importante título referido a los derechos sucesorios.

En el artículo 267 (en el Título X De la sucesión por causa de muerte, Capítulo IV, De la sucesión intestada), que si no existieran personas que tengan derecho a heredar de acuerdo con lo establecido en la presente ley y lo dispuesto en las Secciones 1ª, 2ª y 3ª del Capítulo IV del Título III (¿del Libro III?) del Código civil, heredará la Comunidad Autónoma de Galicia.

En el 267, que los bienes heredados por la Comunidad Autónoma de Galicia serán destinados a establecimientos de asistencia social o instituciones culturales que se ubiquen, preferentemente y por este orden, en el lugar de la última residencia del causante, en su término municipal, en su comarca, y, en todo caso, en el territorio de la comunidad autónoma gallega.

3. LA DOCTRINA.

Desde que comenzaron a dictarse leyes autonómicas, de Derecho civil especial o foral y sobre el Patrimonio de las Comunidades Autónomas, sustituyendo al Estado como heredero abintestato, legítimo o legal, hubo quienes se manifestaron por su inconstitucionalidad, por invasión competencial. Por todos, C. Cano Tello *La sucesión de las Comunidades Autónomas. Una nota para su estudio* Homenaje a Roca Juan. Murcia 1989.

La mayoría, de juristas de todas las regiones, fueron, en relación con las Comunidades donde existía Derecho civil foral o especial, favorables a la constitucionalidad, fundados en que la adquisición del Estado era ex iure hereditatis, y por ello de derecho privado, aún siendo innegable que la sucesión legítima se justifica en una especie de onus o función pública, en cuanto legítima representante de la sociedad, aunque no en la soberanía. Lo que no se compadece del fundamento legal estatutario de la sucesión intestada de la ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma Valenciana, que, según J.J. Bayona de Perogordo, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Título V Economía y Hacienda. Artículo 50*. IEAL. Madrid 1985, “es una mera consecuencia del ejercicio de la autonomía”, lo que, aunque no es lo mismo –a pesar de que se haya hablado aquí de la aplicación del derecho como elemento reforzador de la soberanía (M. P. Ferrer Vanrell en su *Estudio histórico del derecho supletorio en Mallorca*)– es de Derecho público”.

La historia, con los silencios y desistimientos del Estado, ha avalado la opinión mayoritaria de la doctrina, sobre todo la que se ha producido después de los pocos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y a medida de que el Estado callaba o desistía. Por todos, Santiago Hidalgo García, en *La sucesión por el Estado. El derecho de las instituciones de interés general y de algunas comunidades autónomas*. J.M. Bosch editor S.A. Barcelona 1995, para quien el título del llamamiento es sucesorio y privado, y, además, dijo, en contemplación del Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, que esta Comunidad **renuncia, por el momento**, a regular esta materia y a atribuirse las herencias en defecto de parientes con derecho a suceder, siendo el Estado quien hereda. No obstante, añadió, creo que, al tener competencia en materia civil, máxime al tratarse de la sucesión

intestada en su Compilación, no existiría inconveniente para que, como ocurre en Cataluña, Navarra y otras con derecho civil foral o especial, esta Comunidad Autónoma establezca su sucesión legítima, como ha ocurrido además en el País Vasco. Recordando, en cualquier caso, que su Estatuto de Autonomía se refiriere con carácter general solamente a los ingresos derivados de las actividades de derecho privado, al igual que su ley de Finanzas. Y, hoy, se puede añadir el artículo 219 de su Estatuto reformado, que alude a los ingresos procedentes del patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (que el artículo 127.3 integra con los bienes y derechos de los que es titular y los que adquiera por cualquier título justo, y, en el artículo 38 de la ley del Patrimonio 6/2001 de 11 de abril, sobre las formas de adquirir bienes y derechos, se contempla la herencia, el legado y la donación) y otros de derecho privado.

4. LA CLAVE PARA LA SOLUCIÓN: LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO SOBRE EL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

A) EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.

El año 2000 se publicaron mis comentarios al artículo 53 del la Compilación, resultante de la reforma de 1990, que había redactado en 1995, a la vista ya de la historia de silencios estatales y desistimientos ante las leyes autonómicas en materia de Derecho civil especial y foral y de los Patrimonios de las Comunidades Autónomas. Están en las páginas 992 y siguientes del Volumen I del Tomo XXXI, sobre *Artículos 1 a 65 de la Complicación del Derecho civil de Baleares*, de la colección de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones formales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Revista de Derecho Privado EDERSA.

Al final de apartado correspondiente, d) El Estado –después de recordar que, a diferencia de las Comunidades Autónomas de Aragón Cataluña, Comunidad Autónoma Valenciana, Galicia, Navarra y País Vasco, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en la modificación de 1990 (estando litispendiente el recurso de inconstitucionalidad del Estado 1188/1987, contra la ley de Cataluña), no había sustituido al Estado, porque ni la Comisión Compiladora de Juristas lo propuso en el anteproyecto ni el Gobierno lo incluyó en su proyecto, ni hubo enmienda en el Parlamento en otro sentido– concluí que **“el Gobierno, hoy, tal vez lo haría, vistas las leyes del País Vasco y de Galicia**, aunque debería pensar en la multin-sularidad balear para el destino de los bienes o el producto de su venta y, en cualquier caso, en los costes de la gestión (que comienzan con los judiciales

de la declaración de heredero). Aunque la **legitimidad y el fundamento de la sucesión estatal**, y el legal destino de su producto en Código Civil al que remite, puede que no le determine a ello”.

Hasta hoy, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears no lo ha hecho aún, incluso después de los textos legales autonómicos, posteriores a 1995, sobre Patrimonio, sucesión intestada, sucesión por causa de muerte, o modificadores de las Compilaciones de Derecho civil o leyes sobre su Derecho civil, a los que nos hemos referido antes, y a pesar de la aquiescencia aparente del Estado y, sobre todo, su **inopia legislativa en orden a modificar su legislación patrimonial y a fijar claramente lo que es “básico” de ella para las Comunidades Autónomas.**

Hasta la ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas no lo había hecho. Con lo que, teniendo a la vista, además, su desarrollo mediante el Reglamento general, **es posible ya, con todas las de la ley, y sin espadas de Damocles, llamar legalmente a la sucesión intestada a la Comunidad Autónoma, modificando la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears.** Por lo que decimos a continuación.

B) LA LEGISLACIÓN DEL PATRIMONIO DEL ESTADO COMO OBSTÁCULO.

La legislación estatal, desde 2003, dictada 25 años después de la Constitución y 40 desde la ley de 1962 de Bases del Patrimonio del Estado, **ya no puede ser obstáculo, para que La Comunidad legisle al respecto**, pues el Estado no puede razonadamente fundar recurso de inconstitucionalidad ni plantear cuestión de tal clase ningún juez si la Comunidad Autónoma legisla en el sentido de sustituir al Estado por ella en la sucesión legítima, legal, intestada o abintestato.

La Comunidad Autónoma puede hacerlo, si le parece bien. Por razones de prestigio, igualación, perfeccionamiento técnico u otras, incluso económicas. Puede ser útil, en este último sentido, saber que en el periodo 1993-1998 el Tesoro ingresó, por su tercio, un promedio anual de 6.800.000 pesetas. Y conviene recordar el principio *nisi liberalis nisi liberatus* y el refrán *neccio es quien no toma si algo le dan que coma*. Como vienen a cuento, tras el **artículo 135 de la Constitución reformada el 27 de septiembre de 2011** (que prohíbe al Estado y a las Comunidades Autónomas incurrir en un déficit estructural que supere los límites establecidos, en su caso, por la Unión Europea, y el máximo permitido en relación con su producto interior bruto, por la ley de 27 de abril de 2012, Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, si no se modifica la Compilación, y sigue siendo heredero el Estado, será aplicable el Reglamento general aprobado por RD. 1373/2009 de 28 de agosto, que derogó el Decreto 2091/1971, de 13 de agosto sobre régimen administrativo de la sucesión abintestato a favor del Estado, y ha hecho desaparecer del horizonte la Junta Provincial distribuidora de herencias del Estado. Todo lo cual no obsta, sino que propicia, la reforma del Derecho civil de las Illes Balears en el sentido contemplado. Veamos por qué.

a) La ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas

En la Exposición de Motivos se dice que, entre otras cuestiones que deben afrontarse de forma perentoria, se encuentra, en primer lugar, la definición del marco estatal que debe servir de referencia a las distintas Administraciones en cuanto a legislación básica en materia de bienes públicos. Y que, en materia de relaciones interadministrativas, resulta inaplazable la identificación precisa de las normas que configuran el régimen patrimonial general de todas las Administraciones Públicas. Este régimen tiene su núcleo fundamental en las normas que se declaran básicas en ejercicio de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149, 1. 18ª de la Constitución para aprobar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, materia de la que el régimen patrimonial no constituye sino una parcela.

El artículo 2, dispone: 1. El régimen jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma se regirá por esta ley. 2. Serán de aplicación a las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas los artículos o parte de los mismos enumerados en la Disposición final 2ª.

La Disposición final 2ª, sobre títulos competenciales, en el punto 2, dice **que las siguientes disposiciones se dictan al amparo del artículo 149.1.8ª, y son de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales allí donde existan: los... artículos 15, 17, 20, 2 y 3. Y, en el punto 5, que tienen carácter de legislación básica, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, las siguientes disposiciones de esta ley: artículo 8, apartado 1; artículo 27.**

El artículo 15, de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, dispone, sobre los modos de adquirir, que las Administraciones Públicas podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento

jurídico, y, en particular, por los siguientes: c) por herencia, legado o donación.

El artículo 17.1, que pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecen de dueño.

El artículo 20, fuera de sus números 2 y 3, y, por tanto, sin que sea de aplicación general, dispone que la sucesión legítima del Estado se regirá por el Código Civil y disposiciones complementarias. Lo que no impide que los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, puedan, en las sucesiones, que, por aplicación de las normas de derecho interregional del Código civil (de competencia exclusiva del Estado), se rijan por ellos, excluir al Estado del elenco de los herederos abintestato. Como sucede con el de Cataluña y demás que, después de la Constitución, lo han hecho. Y el Estado ha aceptado, finalmente, incluso en el caso de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma Valenciana, que no tiene derecho civil foral o especial, fundada en su Estatuto, aprobado por ley del Estado.

El artículo 8.1 se refiere a los principios a que se ajustará la gestión y administración de bienes y derechos patrimoniales.

El artículo 27, por su parte, se refiere a la posibilidad de toma de posesión en vía administrativa, ejercitando, en su caso, la facultad de desahucio administrativo, de los bienes adjudicados a la Administración Pública.

b) El Reglamento general de la ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 137/2009, de 28 de agosto

1) Su interés, por lo que dice y por la derogación del Decreto 2091/1971, de 13 de agosto.

En el Preámbulo dice:

Comienza el Reglamento con unas breves disposiciones generales y posteriormente aborda los modos de adquirir y, concretamente, el procedimiento de sucesión legítima de la Administración General del Estado, denominado de abintestatos, hasta ahora regulado en el Decreto 2091/71971 de 13 de agosto, sobre régimen administrativo de la sucesión abintestato a favor del Estado.

Se ha estimado oportuno incorporar dicha regulación al reglamento de la ley, pues ello evita la actual dispersión normativa y permite un tratamiento más sistemático de los procedimientos.

En este ámbito, sin perjuicio de pequeños cambios impuestos por el transcurso del tiempo o derivados de la experiencia en la gestión, se ha sustituido el actual sistema de distribución de la herencia, a

través de la Junta Provincial Distribuidora de Herencias, por un procedimiento **dirigido** por el Delegado de Economía y Hacienda, en el que la **publicidad** y la **conurrencia** serán los elementos determinantes del modo de distribución, con respeto en todo caso de las reglas del Código Civil, **todo ello en aras de una mayor agilidad y eficiencia en la gestión de estos bienes.**

El artículo único, dispone que se aprueba el Reglamento de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que se incluye a continuación.

a- Disposición derogatoria única, proclama que **quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan o resulten incompatibles con lo establecido en el presente Real Decreto y, en especial: d) el Decreto 2091/1971 de 13 de agosto, de régimen administrativo de la sucesión abintestato a favor del Estado.**

El Decreto derogado, en su artículo 26 d), **atribuía a las Juntas Distribuidoras de Herencias del Estado la designación**, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 956 del Código Civil, **de la institución o instituciones municipales y provinciales beneficiarias de la herencia, con indicación de las cuotas correspondientes a las mismas**, dando cuenta al Delegado de Hacienda, a los efectos del artículo 24 (ingreso en el Tesoro de la parte que corresponda y abono y, en su caso, entrega de los bienes correspondientes a las mismas).

En cada provincia se constituía una Junta, bajo la presidencia del Gobernador Civil (luego el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma uniprovincial y el Subdelegado del Gobierno en las provincias de las demás) y de la que formaban parte, como Vocales, el Presidente de la Audiencia, que podía delegar en un magistrado de la misma (que, después de la Constitución, dejó de ser convocado) y los Delegados de los Ministerios de Hacienda, Educación y Ciencia (al final, aquí, un inspector de la Alta Inspección del Estado) y Trabajo (al final, aquí, el jefe del Área de Trabajo de la Delegación del Gobierno), el Presidente de la Diputación Provincial (al final, aquí el representante del Presidente de la Comunidad Autónoma), el Abogado del Estado-Jefe y el alcalde del Ayuntamiento del último domicilio del causante de la sucesión. Actuaba como Secretario, con voz pero sin voto, el Jefe del Servicio o Sección de Patrimonio del Estado de la Delegación de Hacienda.

Las últimas **Instrucciones de** la Dirección General del Patrimonio del Estado, para la aplicación del Decreto de 1971, fueron las de **14 de abril de 1997** (que sustituyeron anteriores de 16 de enero de 1962), diciendo, en lo que ahora importa:

Sucesión intestada a favor del Estado. *Dado que algunas Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre la regulación de la sucesión intestada a su favor, es preciso que las Delegaciones de Economía y Hacienda atiendan en cada caso si se producen los supuestos a los que está llamada a heredar una Comunidad Autónoma: vecindad civil que ostenta el causante y fecha del fallecimiento. Por ello se incluye un Anexo con las especialidades del Derecho foral o Patrimonial de las Comunidades Autónomas que tienen asumidas competencias en esta materia.*

Detectada una herencia en la que está llamada a heredar una Comunidad Autónoma y aún no se haya realizado ninguna actuación administrativa o judicial, deberán actuar los órganos competentes de la Comunidad Autónoma, debiendo abstenerse la Administración del Estado de toda intervención. Si se han realizado actuaciones sin haber recaído declaración judicial a favor del Estado, deben cesar tales actuaciones, con remisión de los antecedentes a los órganos de la Comunidad Autónoma para que éstos realicen los trámites oportunos para obtener dicha declaración, previo informe del Servicio Jurídico del Estado en la provincia, solicitado al efecto por los servicios patrimoniales de la Delegación.

Si se hubieren iniciado actuaciones judiciales para la declaración del Estado como heredero abintestato, procederá que el Abogado del Estado, previa autorización de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, presente el oportuno escrito de desistimiento, o alternativamente, la sustitución procesal del Estado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma para las actuaciones anteriores, impidiendo así que se declare mediante auto heredero al Estado en los supuestos en que no fuera procedente.

En las herencias en las que haya recaído auto o sentencia firme declarando heredero abintestato al Estado, y debería haber recaído a favor de la Comunidad Autónoma, pero que no hayan sido liquidadas, procede dar a los bienes el fin que señale la norma foral, debiendo efectuarse la entrega de los bienes hereditarios a la Comunidad Autónoma.

Junta Provincial Distribuidora de Herencias del Estado. No se convocará a la Junta al Presidente de la Audiencia o Magistrado de la misma en que delegue, dado que el Acuerdo Estado del Consejo General del Poder Judicial de 3 de octubre de 1995 determina la improcedencia de su intervención en la misma, por no poder ejercer este tipo de funciones.

En las provincias donde no exista la figura del Delegado de los Departamentos correspondientes, por haber asumido sus competencias la Comunidad Autónoma, podrá ser sustituido por el Director Provincial, Jefe de oficina o funcionario, con categoría al menos de Jefe de Servicio, o por la autoridad que proceda, que se adapte a la composición orgánica de la Comunidad Autónoma. *En las Comunidades Autónomas uniprovinciales el Presidente de la Comunidad Autónoma o el que le represente, sustituirá al Presidente de la Diputación.*

En el caso de Baleares el Presidente de la Comunidad Autónoma designaba representante, y, cuando el fallecido tuvo su último domicilio en algún Municipio de las Islas de Menorca, Ibiza y Formentera, a algún miembro del Consejo Insular respectivo. Pues los Consejos Insulares habían manifestado su deseo de ser beneficiarios del tercio para instituciones provinciales, como no pudo ser atendido, al no ser institución de las contempladas en el artículo 956 del Código civil, por más que puedan tener competencias en materia de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, sino, en su caso, los establecimientos sustentados con sus fondos que de ellos dependen, sino entidades locales e instituciones de la Comunidad Autónoma, y, a lo más, instituciones políticas a las que les corresponde el gobierno, administración y representación de la isla.

2) De la Junta distribuidora, presidida por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, al Delegado de Economía y Hacienda, distribuidor.

El Reglamento –que, como reconoce en su Preámbulo, ha sustituido el actual sistema de distribución de la herencia, a través de la Junta, por un procedimiento dirigido por la Delegación de Economía y Hacienda, en aras a una mayor agilidad y eficiencia en “la gestión de estos bienes” (refiriéndose a los de la herencia, que se “liquidan”)– **en su artículo 14**, sobre distribución del caudal hereditario (cuyo nº 1 –que, a efectos del artículo 956 del Código civil reduce, a las asociaciones declaradas de utilidad pública y las fundaciones inscritas en el correspondiente registro, el concepto de institución de beneficencia, instrucción y acción social, o profesional– se dicta, según la Disposición final única, al amparo de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.8º de la Compilación en materia civil y es aplicación general, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan), **para la distribución de los tercios correspondientes entre las instituciones de carácter provincial o municipal** (cuya consideración viene determinada por su ámbito geográfico de actuación, según el mismo número 1), **articula un procedimiento, que** se inicia con un anuncio, publicado en el BOP o BOCA y comunicado al Ayuntamiento, la Diputación Provincial y la Comunidad Autónoma, y **termina, recibidas las solicitudes,**

previo informe de la Abogacía del Estado, con resolución de la Delegación de Economía y Hacienda, sobre distribución del caudal, otorgando preferencia exclusivamente a las instituciones a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, pudiendo, el efecto de garantizar un reparto equitativo, considerar las resoluciones adoptadas en expedientes anteriores.

3) La aplicación práctica del Reglamento: Las Instrucciones de la Dirección General del Patrimonio del Estado de 24 de septiembre de 2009 para unificar criterios de distribución.

El Reglamento, dicen las Instrucciones, no establece la forma o proporción en que se deben distribuir los correspondientes tercios, lo que queda a criterio del Delegado de Economía y Hacienda, con una doble condición: otorgar preferencia exclusivamente a la institución a la que haya pertenecido el causante por su profesión y haya consagrado su máxima actividad y poder considerar, para garantizar un reparto equitativo, las resoluciones adoptadas en expedientes anteriores. Y que, **el órgano competente goza, por tanto, de total discrecionalidad en el reparto, siendo únicamente el objetivo de la equidad el que debe presidir la resolución que se adopte**. En todo caso, se deberá motivar el criterio de reparto elegido e incluir el correspondiente pie de recurso de alzada ante el Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda.

También, y porque no eran asociaciones de utilidad pública ni fundaciones inscritas Cruz Roja, Cáritas u organizaciones de la Iglesia Católica, y otras muchas instituciones que cumplen las funciones previstas en el Código civil, y participan del mismo régimen de la Ley 49/2002 de 23 de diciembre de régimen fiscal de las entidades sin fines de lucro y de los incentivos fiscales al mecenazgo, se dice que: Se considerarán como instituciones con derecho a ser beneficiarias: Asociaciones declaradas de utilidad pública, Fundaciones, Cruz Roja Española, ONCE, Cáritas Española (o sus variantes territoriales, Diocesana y Parroquial) y entidades de otras Iglesias, confesiones o comunidades religiosas con acuerdos de cooperación del Estado español.

Se añade que se considerará que son provinciales, aquéllas cuyo ámbito de actuación estatutario así lo declare o se extienda a dos o más municipios de la provincia correspondiente y las de ámbito autonómico o nacional que hayan desarrollado, en el último ejercicio, su actividad en dos o más municipios de la provincia respectiva.

4) Valoración de las modificaciones.

La mayor agilidad y eficiencia en la gestión de la herencia no justifica, en mi opinión, que en la distribución del líquido (aprobada la cuenta general por la Dirección General del Patrimonio a propuesta del Delegado de

Economía y Hacienda, previo informe del Interventor delegado) no intervenga más que el Abogado del Estado, por vía de informe, para comprobar el derecho de las instituciones presentadas, antes de la resolución de reparto del Delegado de Economía y Hacienda. No oír al Ayuntamiento, la Isla (en su caso), la Provincia o la Comunidad Autónoma, sin duda reduce la duración del trámite, pero les aparta de una decisión, que les afecta, y en la que, a través de la Junta Provincial Distribuidora de Herencias (y su composición, en la que el Municipio del último domicilio tenía presencia, como el Ministerio de Hacienda, presidida por el Subdelegado o, en el caso de las Comunidades uniprovinciales, el Delegado del Gobierno, que representan a la Administración General del Estado, en su personalidad jurídica única y dirigen y coordinan los órganos de la Administración periférica) participaban tanto como los demás miembros, con conocimientos en las materias de beneficencia, instrucción, acción social y profesional del Estado (Delegados de Educación y Ciencia y Trabajo) y con competencias transferidas o propias (Presidentes de la Comunidad o de la Diputación Provincial).

El Decreto 2091/1971 de 13 de agosto, refiriéndose a la Junta Provincial, había dicho que, respondiendo a las exigencias desconcentradoras de una buena organización, se suprime la Junta Central, que es sustituida por otras a nivel provincial, lo que permitirá no solo la mayor celeridad en la tramitación de los expedientes, sino también, por razones geográficas, una más adecuada proyección práctica de los criterios sociales que inspiran la distribución legal de la herencia, haciendo copartícipes de ella al Estado y a las instituciones de beneficencia, instrucción, acción social y profesionales de la provincia y del municipio del domicilio del finado.

Estos criterios sociales, que inspiran la distribución de la herencia en el artículo 956 del Código Civil, no se enfatizan en la nueva legislación del Patrimonio, sobre todo su Reglamento general de 2009, que se preocupa más por el reparto igual que en la justicia del reparto y el acierto en la elección, que abandona, al reducir el elenco de beneficiarios a entidades personas con personalidad jurídica, en detrimento de los establecimientos, más modestos pero más cercanos al difunto, en que pensaba el Código Civil. Así, por ejemplo, en la sesión de la Junta Provincial de Baleares de 12 de diciembre de 2002, en que se distribuyeron 275.970 euros, por los dos tercios de instituciones provinciales y municipales, de un expediente, hubo 64 beneficiarios, por 6.000 o 1.678 euros, tales como La Asociación Es Refugi, Asociación Zaqueo, Fundación Nazaret, Fundación Minyones, Fundación hombre libre (proyecto home), Asociación Pitiusa de familiares de enfermos mentales, Asociación de familiares de enfermos mentales de Menorca, Asociación de enfermos de Crohn y colitis ulcerosa de Ibiza y Formentera, Asociación Pastoral penitenciaria, Escola en pau o Asociación aula cultural.

Falta, más que antes, **el espíritu de la legislación decimonónica**, coetánea de leyes como la General de Beneficencia de 20 de junio de 1894, y sus complementarias sobre beneficencia particular, docente o mixta, reflejada en otros artículos del Código civil, como el 38, referido a los establecimientos de instrucción y beneficencia, o los 746, 748 y 788, que contemplan los establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, o gratuita, a los que se refería el propio artículo 956, antes de su reforma en 1928. Porque, no hay que olvidar que, para atraer liberalidades hacia los establecimientos, ya la Constitución Política de la Monarquía española de 19 de marzo de 1812, en su artículo 366, decía que en todos los pueblos se establecerán escuelas y, en el 367, que se crearán universidades y otros establecimientos de instrucción para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes.

Instituciones de beneficencia eran, en el RD de 14 de marzo de 1894, los establecimientos o asociaciones, destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de natalidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de ahorros y otros análogos, y las fundaciones, sin aquel carácter de permanente aunque con destino semejante, conocidas con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías.

Ni siquiera se recoge el fondo de la reforma del Decreto-ley 117 de 13 de enero de 1928 (declarado subsistente por el Decreto de 31 de mayo de 1931, revalidado por las Cortes Constituyentes de la IIª República), que le dio al artículo 956 su redacción actual (que mantuvo la referencia a la Caja de Amortización de la Deuda Pública, como destino de la tercera parte estatal, pese a que, por su supresión por Real Decreto de 11 de marzo de 1928, la Real Orden de 1 de abril de 1931, dispuso su ingreso en el Tesoro como recursos eventuales), y del Real Decreto de 23 de junio de 1928 (derogado por el Decreto 2091/1971 de 13 de agosto) que había creado la Junta Central Distribuidora (presidida por el Director General de Administración y compuesta por los vocales representantes de cada uno de los Ministerios de Gracia y Justicia, Gobernación, Hacienda, Instrucción Pública y Bellas Artes, Fomento y trabajo, y los dos de la Junta Superior de Beneficencia), superando el Decreto de 5 de noviembre de 1918, que había atribuido el reparto de las dos mitades entregadas a los Ministerios de Gobernación (entre los establecimientos de beneficencia) y de Instrucción (entre los establecimientos de instrucción gratuita), previendo la resolución de conflictos entre ellos por la Presidencia del Consejo de Ministros.

El **repliegue hacendístico de la decisión**, olvida las competencias residuales del Estado en la provincia (docentes y sociales, sobre todo, no transferidas o asumidas por la Comunidad Autónoma), para las que, en la

Delegación del Gobierno y Direcciones Insulares de la Administración General del Estado o la Subdelegación del Gobierno, en otras provincias, existen órganos, en forma de áreas funcionales, de gestión de los servicios integrados y mantenimiento de relaciones con los no integrados, en los términos del artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, pero sobre todo las funciones del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, de representación del Gobierno en el territorio de la Comunidad Autónoma, de dirección y supervisión de todos los servicios y de cooperación y coordinación de la Administración General y la de la Administración Autónoma y las entidades locales, a que se refiere el artículo 22.

Merecía una explicación más convincente, que la de la agilidad y eficacia, la asunción por un órgano unipersonal de la Administración económica de una responsabilidad de reparto equitativo que supone ponderación de circunstancias varias como número y relevancia de aspirantes, grado de vinculación con el causante de la sucesión y capacidad de gestión del beneficiario, especialmente si, hay conciencia, como la hay en las Instrucciones, de la dificultad, cuando proclaman que la resolución es totalmente discrecional, con el único límite de la equidad “en el sentido de justicia e imparcialidad en el trato o reparto y de dar a cada uno lo que se merece por sus méritos y condiciones según la definición de dicho término”. Porque de juzgar méritos multidisciplinares se trata, desde 1928, se creó un órgano colegiado, único y central primero, y después tantos como provincias.

En los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva (a los que el artículo 55 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común excluyó del régimen ordinario de motivación) suelen intervenir decisivamente órganos colegiados, como las mesas, jurados, tribunales y comisiones, para garantizar el acierto de la decisión, que favorece la deliberación.

5. CONCLUSION FINAL.

Procede que la Comunidad Autónoma de las Illes Balears legisle en materia de sucesión intestada y se coloque, en el orden de llamamientos, en el lugar del Estado, modificando en este sentido la Compilación vigente. Lo que, como reza el título de estas Notas, evocando el viejo orden de prelación de los embargos, que alude a los créditos realizables en el acto, **se puede hacer sin dilación**. Como lo hizo, en esta materia, la Comunidad Autónoma de Aragón con su ley de 29 de marzo de 1995, a la que nos referimos. O como, anticipándose a la ley de reforma de 1990 de nuestra

Compilación, se hizo con la modificación de su artículo 63 (en cuanto a las mejoras de la finca alodial, cuya no computación, para la determinación del precio de redención, que consideró imprescindible establecer urgentemente), con la ley de 11 de abril de 1985 de esta Comunidad Autónoma.

II.- DESTINO DE LOS BIENES DE LA HERENCIA.

1. EL ACTUAL, DEL ARTÍCULO 956 DEL CÓDIGO CIVIL.

Alonso Martínez sugirió un “destino a intereses sociales recomendables y laudables”. Lo que dio lugar al artículo 956 del Código civil que, después de la reforma de 1928 (en la que se dejó de asignar un tercio a instituciones de beneficencia e instrucción general), dispone que heredará el Estado, quien **asignará una tercera parte de la herencia a Instituciones municipales del domicilio del difunto, de Beneficencia, Instrucción, Acción social o profesionales, sean de carácter público o privado, y otra tercera parte a Instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado, prefiriendo tanto entre una como entre otras aquellas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general. La otra tercera parte se destinará a la Caja de Amortización de la Deuda pública (luego el Tesoro), salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación.**

El antiguo artículo 956 disponía: A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones (el artículo 955 establecía que el derecho a heredar abintestato no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en línea colateral), heredará el Estado, destinándose los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita, por el orden siguiente: 1º Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto. 2º Los de una y otra clases de la provincia del difunto. 3º Los de beneficencia e instrucción de carácter general.

Antes del Código Civil, se había hablado del **Fisco**, y no del Estado. El proyecto de 1836, por ejemplo, como la, vigente entonces, Instrucción de 26 de agosto de 1786, recogida en la Novísima Recopilación, y, antes de la ley de Mostrencos, otra de 1831 hablaba de la **Real Hacienda**. Y sin predestinar los bienes de la herencia. Como tampoco el proyecto de 1851, que contemplaba la sucesión testamentaria de los establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, siempre con la autorización del Gobierno.

La base 18 de la ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888 habló del Estado, pero también de los *establecimientos, que le sustituirán cuando sea llamado a la sucesión*, frase sibilina, y errónea, según parece, pero que evidencia que no se identificaba el Estado con la Real Hacienda, sino –como dijo Durán y Bas, más tarde (cuando se debatió sobre el 956 del Código Civil el 23 de febrero de 1889 en el Senado), discrepando de la frase del texto resultante, heredará el Estado, destinándose los bienes a los establecimientos– con **la sociedad**. Pero preguntándose y contestando: ¿Y qué sociedad? La desvalida. ¿En qué necesidades? En todas, en las físicas como en las intelectuales. Por esto establecíamos una graduación, por esto queríamos que fuesen propiamente los herederos, después de los colaterales del sexto grado, esos seres desgraciados a quienes no siempre la sociedad puede mejorar la triste suerte en que viven. Alonso Martínez, diría que, a su juicio, era ocioso discutir sobre la verdadera noción del Estado, por ser indiferente o no tener al menos influencia decisiva en el llamamiento de los institutos benéficos.

En la Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña (que pueden importarse al Código civil general o ser introducidas en él como excepción para su territorio), de 1880, como vocal de la Comisión de Codificación, Durán y Bas dijo: También aquí tiene importancia el principio en que se funda el llamamiento del Estado. Si no se le considera adquiridor de bienes vacantes, *es preferible llamar a la sucesión intestada, antes que al Fisco, a cualquier institución moral, para quitar todo aspecto socialista a la ley sucesoria*; y es evidente que *la beneficencia*, extendiéndola a cuantas necesidades del orden, no solamente físico, sino intelectual y moral, siente el hombre privado de medios de atenderla con fuerzas propias, *puede ser considerada entidad digna de ser llamada a esa sucesión*. Las instituciones de beneficencia sustituyen a menudo la familia, por más que siempre sea de muy incompleta manera, ora por lo desinteresado del sentimiento, el amor al prójimo, ora por los deberes de la misma y las condiciones en que se ejerce, como la lactancia del expósito, la educación del huérfano, la manutención del indigente, los cuidados del demente o del idiota, la asistencia del enfermo, el amparo del decrepito, la instrucción del ignorante o la corrección del delincuente o vicioso. En este sentido, pues, la novedad puede justificarse. Pero si al Estado le corresponde esa sucesión, por la parte en que, después de la familia, concurre eficazmente con sus instituciones de desenvolvimiento de nuestras facultades y a la seguridad de las manifestaciones de nuestra actividad dentro del orden legal, más que por la tutela que ejerce sobre nosotros cuando somos desvalidos por la edad, o la miseria, en este caso, su llamamiento en último término, o sea en defecto de parientes, nos parece **legítimo**, y aún preferible a la idea de Trendeleburg, que propone el llamamiento del Municipio con la obligación de invertir los bienes vacantes en obras de beneficencia pública, a nombre del difunto.

Alonso Martínez –que, sobre el orden de sucesión intestada en los Derechos forales dijo, se fundan en el principio familiar o patrimonial, y no en el de los afectos, el sentimiento o la voluntad presunta del difunto– proclamó que, si la intención de la ley es interpretar el sentimiento y deseo del intestado, entendemos que de ninguna manera se interpreta mejor que favoreciendo a los establecimientos del pueblo donde el interesado tenía más habitualmente su domicilio. Que eran en el artículo 956 los primeros establecimientos de beneficencia y escolares destinatarios de la herencia, antes que los provinciales y los generales.

Sobre el tema del destino de los bienes de la herencia por el Estado, como sucesor legítimo, legal, intestado o abintestato, no hay textos en la doctrina mallorquina del periodo de la codificación del Derecho civil español, posiblemente porque en el Derecho romano justiniano –que siempre fue tenido por el Derecho foral de Mallorca mismo– no lo tenía especificado.

El Fiscum (antes, en periodo republicano, el aerarium populi Romani o tesoro público) era, sin personalidad jurídica, como el Estado mismo, el patrimonio destinado a la administración imperial (no a cubrir los gastos del emperador para los que estaba el tesoro privado del príncipe), con privilegios, de derecho material y formal, por encima de terreno privado. Y, entre nosotros, decía, en 1847, Joaquín Escriche, en su *Diccionario razonado*, se adoptó tal nomenclatura, pero, llamándole fisco o cámara del rey al tesoro o patrimonio de la casa real, y erario al tesoro público o del Estado, confundiéndose luego ambos tesoros bajo el nombre de fisco, y, últimamente, no se entiende ya por fisco sino el erario del Estado, o sea la hacienda pública.

En nuestra literatura no se creyó necesario, ni antes ni después del Código Civil, precisar el destino de la herencia intestada del Estado, a pesar del cambio decisivo, en esta materia, del artículo 956, respecto del Derecho Romano justiniano y, aún, de la Novísima Recopilación. Desde Pedro Ripoll y Palou, no se hizo cuestión nunca del destino de los bienes heredados, de los que, hasta 1928, no se benefició el Tesoro. Por algo se dijo (lo hizo la E. de M. del RDL de 13 de enero de 1928) que *el derecho del Estado de heredar abintestato era casi ilusorio*, dadas las cláusulas del artículo 956 del Código, y todavía más por lo dispuesto en el artículo 15 del Real Decreto de 5 de noviembre de 1918, que incluso previó la posibilidad de crear ex novo establecimientos de beneficencia e instrucción con el remanente total de los bienes de cada sucesión, si fueran suficientes. Mucius Scaevola, en cualquier caso, había dicho en 1900: Es merecedor de alabanza el precepto del artículo 956, que ha de atraer hacia el Estado las simpatías de sus enemigos y anatematizadores, *la trinidad heterogénea del conservador contribuyente, el*

apacible individualista y el anarquista furibundo. El Estado llama a sí los bienes, pero, una vez atraídos, no goza de ellos, los destina a los institutos encargados de los fines sociales más hermosos y loables: la beneficencia, o sea, el alivio por la colectividad de los males de los miembros componentes (los individuos), y la instrucción, esto es, el medio más eficaz para el desarrollo de la cultura y del progreso de los pueblos ¿Quién se atrevería después de esto a combatir la sucesión a favor del Estado? Dudamos que haya quien lo intente, si alguien lo pensare, preciso sería confesar que marchaba desviado del campo de la ciencia moderna.

Después de la modificación de 1928, fundada en un criterio político distinto del de desconfianza ante el Estado, expresado por la propia Comisión del Congreso, que decidió el texto originario, tampoco se aludió al tema del destino en los proyectos de Apéndice al Código y de Compilación. Remitieron al Código Civil, como estaba, en este punto, en cada momento. Desde 1990 con remisión estática.

2. LOS OTROS MODELOS AUTONÓMICOS.

A) CATALUÑA.

La Generalidad **deberá** destinar los bienes heredados, o en producto o en venta, a **establecimientos** de asistencia social o a **instituciones** de cultura, preferentemente los de la última residencia habitual del causante en territorio catalán. En defecto de éstos, se deberán aplicar dichos bienes, o el producto de su venta o su valor, a los establecimientos o instituciones de la comarca o en su defecto a los de carácter general a cargo de la Generalidad. Lo dispone el artículo 347 de la Ley 4/1991, de 30 de diciembre del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña. Y lo dispone el artículo 442.13 de la ley 10/2008, de 10 de julio, con otras palabras, como son: La Generalidad de Cataluña (que sucede si faltan las personas indicadas en el presente capítulo, según el 442.12) debe destinar los bienes heredados o su producto o su valor a establecimientos de asistencia social o a instituciones de cultura de la Generalidad preferentemente del municipio de la última residencia habitual del causante en Cataluña. Si no los hay en dicho municipio, deben destinarse a los establecimientos o instituciones de la comarca o, si tampoco los hay en la comarca, a los de carácter general a cargo de la Generalidad. Además, dispone que, si en el caudal relicto existen fincas urbanas, la Generalidad debe destinarlas preferentemente al cumplimiento de políticas de vivienda social, ya sea directamente o revirtiendo el producto obtenido al enajenarlas, según sus características.

El Decreto 244/1995, de 1 de agosto creó la Junta distribuidora de herencias. La preside el Director General del Patrimonio de la Generalidad y son vocales uno en representación de cada uno de los Departamentos de Presidencia, Justicia, Enseñanza, Cultura, Empresa y ocupación, Bienestar social y familia, el Jefe de la Asesoría Jurídica, el Interventor delegado en Economía y Conocimiento, el Presidente de la Diputación, el del Consejo comarcal y el Alcalde del término de última residencia y un representante de la Dirección General de Patrimonio. Será Secretario el responsable de herencias.

B) NAVARRA.

La Diputación General de Navarra **aplicará la herencia a instituciones** de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, por mitad, **entre** instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra. Según la ley 304.7 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra.

El decreto foral 166/1988 de 1 de junio, sobre régimen aplicable a la sucesión legal, en su artículo 24, dispone que la Comunidad Foral de Navarra aplicará la herencia a las instituciones dichas. A tal efecto, el órgano competente para la distribución tendrá en cuenta a cuantas instituciones de las que tenga noticia reúnan las especificaciones de la Ley 304.7, hayan o no comparecido en el procedimiento de información pública. La designación dentro de cada grupo de las instituciones benéficas y la determinación de sus respectivas cuotas se llevarán a efecto, sin preferencia alguna, entre las de beneficencia, instrucción, acción social y profesionales, atendiendo únicamente a las necesidades de cada una, discrecionalmente apreciadas. No obstante, podrán ser considerados especialmente como criterios distributivos, tanto el del domicilio del difunto al tiempo de su fallecimiento, como su profesión habitual y especial relación que pudiera haber tenido con ellas durante su vida.

C) COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA.

El artículo 22 de su Ley del Patrimonio dice que los bienes **se integrarán en el patrimonio** de la Generalidad, el procedimiento aplicable será el previsto en la legislación estatal.

El Decreto 31/2009, de 20 de febrero regula la Junta Distribuidora, sobre el modelo de las antiguas Provinciales del Estado. Con su presidente y los vocales que son: uno en representación de cada uno de los departamentos de bienestar social, cultura y deporte y educación, el Abogado coordinador, el Interventor delegado, el Presidente de la Diputación provincial que corresponda y el Alcalde del Ayuntamiento del último domicilio del causante. Secretario es el Jefe de Patrimonio.

D) ARAGÓN.

El artículo 220.2 de la ley 1/1999, de 24 de febrero dispone que la Diputación General de Aragón **destinará** los bienes heredados o el producto de su enajenación a **establecimientos** de asistencia social de la Comunidad, con preferencia de los radicados en el municipio aragonés donde el causante hubiera tenido su último domicilio. El 221.2, para el caso del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, dice que la Diputación provincial de Zaragoza los destinará a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.

El Decreto 23/2005 de 8 de febrero ha modificado la composición de la Junta Distribuidora, que preside el Consejero de Economía e integran el Director General de Presupuestos, los Secretarios Generales Técnicos competentes en materia de Bienestar Social, Salud, Servicios Sociales y Patrimonio Cultural, el Interventor general, el Director General de los Servicios Jurídicos y el Director General competente en materia de inmigración.

E) GALICIA.

El artículo 26.9 de la Ley de 14 de junio de 2006 dispone que los bienes heredados por la Comunidad Autónoma de Galicia serán **destinados** a **establecimientos** de asistencia social o **instituciones** culturales que se ubiquen preferentemente, y por este orden, en el lugar de la última residencia del causante, en su término municipal, en su comarca y, en todo caso, en el territorio de la Comunidad Autónoma.

El Decreto 94/1999 de 25 de marzo, sobre régimen administrativo de la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma, dispone que, estimada conforme la cuenta general o parcial de la liquidación, el Concelleiro de Economía y Hacienda acordará la adjudicación de caudal remanente, ingresándose en la Cuenta General del Tesoro, para su aplicación a los establecimientos de asistencia social o instituciones culturales, preferentemente radicados en la última residencia

F) PAIS VASCO.

No prevé destino. La Academia Vasca de Jurisprudencia y Legislación y el Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, en su propuesta de 31 de mayo de 20012, dicen, en el artículo 117, que, en defecto de personas llamadas legalmente a la sucesión conforme a los artículos precedentes sucederá en todos los bienes la Administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco, quien asignará una tercera parte a sí misma, otra

tercera parte a la Diputación Foral correspondiente y otra tercera parte al municipio donde éste haya tenido su última residencia.

3. DESTINO DESEABLE.

Congruentemente con lo dicho, a propósito de la distribución de la herencia del Estado, por el Delegado de Economía y Hacienda, después del Reglamento general de la ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, propondría lo siguiente:

A) EXPRESIÓN MINIMA.

No se debe guardar silencio sobre la distribución, como se hace en la ley del País Vasco, por otra parte legalmente. Y como la Comunidad Autónoma Valenciana, aunque no en una ley civil, sino, en una ley, como la de su Patrimonio, amparada por otra estatal, como el Estatuto de Autonomía, a pesar de que diga que el procedimiento aplicable sea el previsto en la legislación estatal, y sin perjuicio de lo que luego la Comunidad, en norma de menor rango, ha establecido.

B) CRITERIOS PARA UNA PROPUESTA.

a) Pautas.

No reproducir la norma del 956 del Código civil, pero tenerla en cuenta, para establecer alguna pauta distributiva, **sin olvidar que, en Illes Balears, no hay Diputación Provincial** (ni existe la Provincia, como entidad local, sino las islas de Mallorca, de Menorca, de Ibiza y de Formentera, cuyo órgano de gobierno –al tiempo que institución autonómica– es el Consejo Insular); **modernizar la identificación de las instituciones** dignas de recibir parte de los bienes o de su valor y **apelar a la equidad** de los criterios de distribución.

b) Sugerencias.

- 1) Sobre la primera pauta. Yo asignaría una tercera parte a la Comunidad Autónoma (para subvenir a sus establecimientos en las materias si los tiene y resarcir la gestión patrimonial y judicial para la adquisición hereditaria) con ingreso directo en la Tesorería General, después otro tercio a las instituciones públicas o privadas “de (con actividad en) la isla” en cuyo municipio estaba domiciliado el causante al fallecer y el resto a las instituciones públicas o privadas “de” ese municipio.
- 2) Sobre la segunda pauta. Mantendría la presencia de las instituciones

profesionales, y, con la flexibilidad que permita beneficiar a los establecimientos, aunque no tengan personalidad, hablaría de las instituciones (compresivas de las personas jurídicas tipo asociación y las tipo fundación) de asistencia o bienestar social, de educación o culturales, incluso de beneficencia.

- 3) Sobre la tercera pauta. Incluiría la idea de la distribución equitativa y en consideración a las necesidades, como límite de la discrecionalidad, pero, sobre todo, como reafirmación del eventual fundamento en la presumible preferencia del causante de la transmisión mortis causa, por un destino distinto de la reducción a dinero y aplicación de éste al levantamiento del gasto público, como los impuestos. Para Alonso Martínez no se trata de una propiedad de libre disposición y aprovechamiento, sino más bien por una *representación de tipo formal del orden social al que corresponde*. Y con destino anticipado o aplicación a intereses sociales recomendables y plausibles.

En Aragón, la ley de 29 de marzo 1995 (que, relacionando la modificación de su Derecho civil en este punto, con la nueva estructuración del Estado autonómico de España, habló del Estado, *en su acepción de Administración central*, como llamado a la sucesión hasta entonces), al llamar a la sucesión a la Comunidad Autónoma de Aragón (como Estado, en su acepción de Administración territorial distinta de la General o la Local), impuso a la Diputación General de Aragón un destino asistencial, en beneficio de los establecimientos de asistencia social de la Comunidad, y a la Diputación Provincial de Zaragoza un destino hospitalario concreto (la mejora de sus instalaciones y las condiciones de de asistencia) a la herencia de los fallecidos en el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, en la que les sucede abintestato. En la idea políticamente repetida y expresada con la frase de que las Comunidad Autónomas también son Estado (y las Provincias, las islas y los municipios), que se corresponde con la más jurídica del artículo 137 de la Constitución, de que el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan.

Al legislador aragonés le pareció que, si la Comunidad Autónoma sustituía al Estado, como elemento de cierre de la sucesión intestada, por lo mismo, lo había de hacer en forma benéfica, como la tradición secular del privilegio del Hospital, que la ley de Sucesiones por causa de muerte califica de *razonable*.

Aquí, en las Illes Balears hay tradición, por aplicación del Código civil, en virtud de la Compilación misma, de un destino mayoritariamente (dos

terceras partes) social, aunque difuso (con pocas preferencias entre las instituciones, de carácter público o privado), imperativamente establecido por la ley misma. Y es razonable.

La apelación, no es a la equidad, como ponderación en la aplicación de la norma –que es como se contempla (y los autores la ven más como criterio de interpretación, pensando en la judicial) en el artículo 3.2 del Código civil, como elemento tendente a lograr una aplicación sensible a la particularidad del caso– ni siquiera como imparcialidad de juicio –que es ecuanimidad– sino a *la equidad de los criterios de reparto*, que tiene que ver con la justicia del reparto y responde a la disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece.

Es el *atendiendo a las necesidades de cada institución*, de que se habla en el decreto foral navarro, que, en una norma con rango de ley, podría expresarse con un *equitativamente* o con criterios de equidad o sin preferencia alguna (o la, poco frecuente, de la dedicación del difunto) dentro de cada grupo (si se distinguen las instituciones o establecimientos de la Comunidad, la isla y el municipio).

III.- OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR.

1. REFERENTES.

A) EL CÓDIGO CIVIL, HOY, APLICABLE.

El artículo 957 dispone que los derechos y obligaciones del Estado, así como los de las instituciones o entidades a quienes se asignen las dos terceras partes de los bienes, en el caso del artículo 956, serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada a **beneficio de inventario**, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1023.

El artículo 958 ordena que para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de proceder a la **declaración judicial** de heredero, adjudicándose los bienes.

B) LOS DEMÁS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES.

a) Cataluña.

En el artículo 348 del Código de Sucesiones por causa de muerte se dijo que, si corresponde heredar a la Generalidad de Cataluña, la herencia se entenderá **aceptada a beneficio de inventario previa declaración**

judicial de heredero. Y lo dice también el apartado 2 del artículo 442.12 de la ley 10/2008, de 10 de julio.

b) Navarra.

Las leyes 41 y 324 se refieren a la imprescriptibilidad de la acción de declaración de la cualidad de heredero, y la prescripción a los 30 años de la de petición de herencia.

c) País Vasco.

El artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi D.leg. 5/2007 de 6 de noviembre, dispone que la aceptación de las herencias se acordará por la persona jurídica a que ha de corresponder la titularidad y que las adquisiciones por usucapión y otras formas no onerosas de adquisición se ajustarán a lo que establezca el Código civil o legislación aplicable en cada caso. El 39.3 la aceptación de herencias se entenderá hecha **a beneficio de inventario.**

d) Aragón.

El artículo 220.2 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte 1/1999, de 24 de febrero dispone que, previa declaración **judicial** de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes.

e) Galicia.

El artículo 268 de la ley 2 /2006 de 14 de junio dispone que, en los casos en que correspondiera heredar a la Comunidad Autónoma de Galicia, la herencia se entenderá aceptada siempre **a beneficio de inventario.**

2. POSIBLE INCORPORACIÓN.

Inspirado en la propuesta de ley civil vasca, conjunta de la Academia de Jurisprudencia y Legislación Vasca y el Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya de 31 de mayo de 2012, añadiéndole la necesidad de la previa declaración judicial, diría que los derechos y obligaciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, **judicialmente declarada** heredera, serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia **a beneficio de inventario**, sin necesidad de declaración alguna al respecto.

Palma a de marzo de 2013

XII.3- LAS COMUNIDADES AUTONOMAS COMO HEREDEROS ABINTESTATO: PRIMERA APROXIMACION.

Pedro Antonio Aguiló Monjo

Las Comunidades Autónomas con instituciones propias de derecho civil han procedido a la sustitución de lo prevenido en el artículo 956 del Código Civil por una norma en la que se dispone que, en las sucesiones abintestato, y a falta de las personas que tengan derecho a heredar de acuerdo con el Código Civil, heredará la respectiva Comunidad Autónoma (en lugar del Estado). En tal sentido se pronuncian, por ejemplo, los artículos 442.12 y 442.13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, por la que se aprueba el Código Civil de Cataluña, Libro Cuarto – Sucesiones; el artículo 73 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco; los arts. 536 y 537 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón; los artículos 267 a 269, que integran el capítulo VI del Título X de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia; y el número 7 de la Ley 304 de la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo y modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

Veamos, en lo esencial, su respectivo contenido:

A.- Cataluña.

Art. 442.12.- Sucesión a falta de parientes dentro del cuarto grado.

“Si faltan personas indicadas por el presente capítulo, sucede la Generalidad de Cataluña.

En el caso a que se refiere el apartado 1, la herencia es aceptada a beneficio de inventario previa declaración judicial del heredero”.

Art. 442.13.- Destino de los bienes.

“La Generalidad de Cataluña debe destinar los bienes heredados o su producto o valor a establecimientos de asistencia social o a instituciones de cultura, preferentemente del municipio de la última residencia habitual del causante en Cataluña. Si no los hay en dicho municipio, deben destinarse a los establecimiento o instituciones de la comarca o, si tampoco los hay en la comarca, a los de carácter general a cargo de la Generalidad.

Si en el caudal relicto existen fincas urbanas, la Generalidad de Cataluña debe destinarlas preferentemente al cumplimiento de políticas de vivienda social, ya sea directamente o reinvertiendo el producto obtenido al enajenarlas, según sus características”.

B.- País Vasco.

Art. 73.

“En la sucesión abintestato, a falta de colaterales, será llamada la Diputación foral del Territorio Histórico correspondiente a la vecindad del causante”.

C.- Aragón.

Art. 535.- Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma.

“En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.

Prevía declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio”.

Art. 536.- Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

“En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.

Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital”.

D.- Galicia.

Art. 267.

“Si no existieran personas que tengan derecho a heredar de acuerdo con lo establecido en la presente Ley y lo dispuesto en las secciones 1ª, 2ª y 3ª del capítulo IV del título III del Código Civil, heredará la Comunidad Autónoma de Galicia”.

Art. 268.

“En los casos en que correspondiera heredar a la Comunidad Autónoma de Galicia la herencia se entenderá aceptada siempre a beneficio de inventario”.

Art. 269.

“Los bienes heredados por la Comunidad Autónoma de Galicia serán destinados a establecimientos de asistencia social o instituciones culturales que se ubiquen, preferentemente y por este orden, en el lugar de la última residencia del causante, en su término municipal, en su comarca y en todo caso en territorio de la Comunidad Autónoma gallega”.

E.- Navarra.

Ley 304, nº 7.

“En defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, sucederá la Comunidad Floral de Navarra, que aplicará la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción acción social o profesionales, por mitad entre instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra”.

Ley 307, último párrafo.

“En defecto de estos parientes la sucesión se deferirá conforme a la Ley 304.

II

En cambio, en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares y el posterior Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, en cuanto se refiere a la sucesión abintestato, ha mantenido la remisión al Código Civil que ya se contenía en la Ley 5/1961, de 19 de abril. En concreto, el artículo 53 de la vigente Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, para las islas de Mallorca y Menorca, establece que:

“La sucesión abintestato se regirá por lo dispuesto en el Código Civil, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que se reconocen al cónyuge viudo en el artículo 45 y de lo previsto en el artículo 51, ambos de esta Compilación”.

La remisión al Código Civil comporta la aplicación del artículo 956 del mismo según el cual “A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado...”. Dicho artículo comprende, a continuación, una distribución de la herencia por terceras partes, conforme es sobradamente sabido, cuyo desarrollo reglamentario aparecía regulado en el Decreto 2091/1971, de 13 de agosto, finalmente derogado por el R.D. 1373/2009, de 28 de agosto, que aprobó el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Dicha norma reglamentaria dedica a la sucesión legítima de la Administración General del Estado el capítulo I, del Título I que, en cinco secciones, comprende los artículos 4 a 15 para desarrollar el artículo 20.6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, estableciendo, en el artículo 14, las normas para la distribución del caudal hereditario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 956 del Código Civil. En concreto sustituye a las Juntas Distribuidoras de Herencias del Estado, atribuyendo sus funciones de distribución de los tercios correspondientes a las Delegaciones de Economía y Hacienda, previo informe de la Abogacía del Estado.

Asimismo, para las islas de Eivissa y Formentera, el artículo 84 incluido en el capítulo VII, del Título II, del Libro III, del referido Decreto-Legislativo 7/1990, de 6 de septiembre, bajo el título “De la sucesión intestada”, señala que:

“La sucesión intestada en Eivissa y Formentera se rige por las normas del Código Civil.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el cónyuge viudo adquirirá libre de fianza, en la sucesión del consorte viudo, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes”.

III

En el momento actual, entendemos necesaria y urgente la modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears en la misma línea que siguieron en su día el resto de las Comunidades Autónomas con legislación civil propia.

Probablemente, la reforma de la Compilación llevada a cabo, tras una larga tramitación, en 1990 atendió fundamentalmente, a la adaptación de la Compilación de 1961 a la Constitución, siendo en aquel momento aún discutible el alcance del título competencial autonómico consistente, en consonancia con el art. 148.1.8º CE, en la “Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil de la Comunidad Autónoma”. También pudieron existir dudas acerca del alcance de la competencia exclusiva del Estado relativa a “Las bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas...”, desde la perspectiva patrimonial.

La primera cuestión, dio lugar, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por ejemplo sentencias 121/1992, 88/1993 y 156/1993, entre otras) a la teoría de las instituciones conexas y ha desembocado en la STC nº 31/2010, de 28 de junio, relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña, de 2006, que sintetiza su doctrina anterior, a mi juicio sin variaciones relevantes, en los siguientes términos:

- a) En cuanto al concepto constitucional de “...desarrollo del propio derecho civil...” permite, desde luego, “...una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación»... “Y aún añade que cabe, pues, que “...regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral...”, pero ello “...no significa, claro está... una competencia legislativa civil ilimitada «ratione materiae» dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8ª CE...”
- b) La “competencia exclusiva en derecho civil” a que se refiere el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, de 2006, “... ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del derecho civil catalán que son la medida y el límite primero de las competencias... atribuibles y ejercitables por las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.1.8ª CE...”
- c) La reserva al Estado por el mismo art. 149.1.8ª CE de determinadas regulaciones “en todo caso” no tiene otro sentido que el de “...delimitar

un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno...”, sin perjuicio de lo que se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho...”

- d) La determinación del propio sistema de fuentes del derecho civil especial o foral forma parte de la competencia exclusiva autonómica “...que el legislador estatal debe respetar al ejercer su competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del Derecho en su integridad y para el conjunto del Estado, esto es, articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil por razón de la especialidad o foralidad, «allí donde existan»...”.

La segunda debe entenderse resuelta, desde la entrada en vigor de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que regula en su artículo 20 las “Normas especiales para las adquisiciones hereditarias”, de cuyo contenido sólo tienen el carácter de legislación básica, según la disposición final segunda, los apartados 2 y 3 que nada tienen que ver con la cuestión que nos ocupa. No son básicos, en cambio, ni el apartado 1 (“La aceptación de las herencias, ya hayan sido deferidas testamentariamente o en virtud de ley, se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario”) ni en el apartado 6 (“La sucesión legítima de la Administración General del Estado se registrará por el Código Civil y disposiciones reglamentarias”).

La conclusión indiscutible que cabe alcanzar es la de que no existe obstáculo alguno, desde la perspectiva competencial, para abordar la modificación del artículo 53 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears en el sentido que ya hemos anticipado.

IV

Resta analizar el contenido concreto de la modificación que se propone. A este respecto hay que distinguir la norma con rango de ley y su desarrollo reglamentario, entendiendo que a este último nivel debe corresponder el régimen jurídico-administrativo aplicable para la sucesión legal abintestato a favor de la Comunidad Autónoma.

Según ello, la modificación del artículo 53 podría consistir en mantener el mismo artículo con la siguiente redacción.

Art. 53.- Redacción propuesta

“1.- A falta de personas que tengan derecho a heredar, de acuerdo con lo dispuesto en las secciones 1, 2 y 3 del capítulo IV, del título III, libro III, del Código Civil y sin perjuicio de los derechos reconocidos en

los artículos 45 y 51 de la presente Ley, heredará la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que deberá destinar los bienes heredados o su producto o valor a instituciones o establecimientos de asistencia social o de cultura ubicados en el territorio de las Illes Balears, con preferencia, en cuanto a un tercio de ellos, para los radicados en el municipio de las Illes Balears de última residencia habitual del causante, a otro tercio para las ubicadas en la isla respectiva, quedando el tercio restante para las de la Comunidad Autónoma.

2.- Si corresponde heredar a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario previa declaración judicial de heredero”.

Si no se considera oportuna una remisión estática al Código Civil habría que añadir un artículo previo que determinara el “Orden de sucesión legal” para el que podría proponerse la siguiente redacción:

“1.- En la sucesión legal la herencia se defiere en primer lugar a los parientes de la línea recta descendente.

2.- En defecto de descendientes, sucederán en la herencia, sucesivamente, los ascendientes, el cónyuge viudo, los hermanos, los hijos de hermanos y los demás parientes en línea colateral hasta el cuarto grado”.

Es obvio que esta última redacción propuesta incorporada al Derecho Civil de las Illes Balears supone una simplificación frente a la riqueza de supuestos contemplados en los arts. 946 a 954 del Código Civil que, hasta donde a mi me consta, se han aplicado siempre en las Illes Balears sin dar lugar a problemas relevantes.

En cuanto se refiere al desarrollo reglamentario, que debe tener en cuenta lo ya establecido en la Ley 6/2001, de 11 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en particular arts. 38.c) y 41) y en el Decreto 127/2005, de 16 de diciembre, que aprobó el Reglamento que la desarrolla (en particular, art. 58), podría abordar, como mínimo, las siguientes cuestiones:

a) Actuaciones administrativas previas a la declaración judicial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears como heredera legal abintestato.

b) Aceptación de la herencia y toma de posesión de los bienes que la integran.

c) Administración y enajenación de los bienes hereditarios.

d) Cuenta de liquidación y distribución del caudal hereditario.

En el último apartado cabría analizar si resulta conveniente la creación de una Junta Distribuidora de Herencias o si, en cambio, es más oportuno otorgar directamente la competencia al órgano administrativo competente en materia de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Asimismo, y como es obvio, la coherencia exige que la modificación propuesta se incorpore también al artículo 84 para surtir efecto en las islas de Eivissa y Formentera. No tendría ningún sentido que la sustitución del Estado por la Comunidad Autónoma no operara en todo el ámbito de las Illes Balears. A este respecto podría añadirse, como propone Tomás Mir de la Fuente, un párrafo tercero al artículo 84 del siguiente tenor:

“Asimismo, a falta de parientes con derecho a heredar, sucederá la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que lo hará en la forma establecida en el artículo 53”.

Palma, 21 de mayo de 2013.

XII.4- NOTES SOBRE LA REGULACIÓ DE LA SUCCESSIÓ INTESTADA EN EL DRET CIVIL DE LES ILLES BALEARS.

Miquel Masot Miquel

SUMARI.

I.- INTRODUCCIÓ.

II.- LA REGULACIÓ DE LA SUCCESSIÓ INTESTADA PEL CODI CIVIL I EL PROCÉS HISTÒRIC QUE LE VA DETERMINAR.

III.- L'APERTURA DE LA SUCCESSIÓ INTESTADA. EL PRINCIPI "NEMO PRO PARTE".

IV.- LA REGULACIÓ DE LA SUCCESSIÓ INTESTADA.

1.- La regulació del Codi civil i la seva aplicació en el Dret civil de les Illes Balears.

A) Concordança de les normes objecte de la remissió amb els principis generals.

B) Caràcter estàtic de les remissions dels articles 53 i 84 de la Compilació.

C) La necessària crida a la successió intestada de la parella estable.

D) La crida del Estat (Remissió).

2.- Les disposicions específiques de la Compilació sobre successió intestada.

A) La llegítima vidual. La referència a l'article 45 de la Compilació.

a) Les condicions per acreditar la llegítima vidual (1r paràgraf de l'article 45).

b) El fet d'estar pendent el litigi de separació i la possible reconciliació (2n paràgraf de l'article 45).

c) La quantia de la llegítima vidual (3r paràgraf de l'article 45).

B) Els descendents definites.

C) L'especial usdefruit a favor del cònjuge viudo dintre de la successió intestada a Eivissa i Formentera.

3.- L'exclusió del indigne.

A) La indignitat i el desheretament.

B) Les causes d'indignitat.

C) La rehabilitació del indigne.

D) Règim de l'acció declarativa de la indignitat.

I.- INTRODUCCIÓ.

La successió intestada és una de les tres vies de transmissió hereditària en el Dret civil de les Illes Balears, juntament amb la successió testada i la contractual, amb l'excepció, quant aquesta darrera, de Menorca. Així ho proclamen els articles 6 i 69 COMP.

Els articles 53 –aplicable a Mallorca i Menorca– i 84 –a Eivissa i Formentera– assenyalen, d'entrada, que la successió intestada es regeix pel Codi civil, amb les particularitats que els dos preceptes estableixen. D'acord amb el que indica la Disposició final 2^a CDCIB, aquesta remissió al Codi civil s'ha d'entendre feta a la redacció que els preceptes dedicats a la successió intestada tenien en el moment en que va entrar en vigor la llei balear 8/1990 de 28 de juny, modificadora de la Compilació, que es va publicar en el BOCAIB de 17 de juliol de 1990; i, com es veurà en el seu moment, això no deixa de plantejar algun problema, concretament pel que fa a la successió del cònjuge viudo. Lo que ens demostra, una vegada més, que no és una bona tècnica legislativa la remissió a altres lleis, sinó que val més incorporar el seu text.

L'exposició del tema es farà analitzant, en primer lloc, el procés històric que ha portat a l'entrada del Codi civil en una matèria que, tradicionalment, es venia regint pel Dret romà; s'examinaran després els supòsits de obertura de la successió intestada, que, com veurem, son distints a les Illes Pitiüses dels de Mallorca i Menorca; a continuació hi haurà una referència a la regulació del Codi civil; es tractarà després dels supòsits que la pròpia Compilació considera com excepcions del règim general del Codi civil; i, per acabar, es farà un breu comentari sobre la indignitat com exclusió de la successió intestada, amb una referència a la llei 3/2009 de 27 d'abril.

II.- LA REGULACIÓ DE LA SUCCESSIO INTESTADA PEL CODI CIVIL I EL PROCÉS HISTÒRIC QUE LE VA DETERMINAR.

És un fet acreditat que a l'illa de Mallorca es venien aplicant tradicionalment, des de molt abans de l'aparició del Codi civil, les regles del *ab intestato* romà, fins al punt d'existir un vertader costum que en determinava la seva vigència. Així resultava de les resolucions dels Jutjats i Tribunals que feien les declaracions d'hereus *ab intestato* i resolien els litigis sobre la base de les regles romanes.

La successió *ab intestato* romana, derivada de les Noveles 118 i 127, estava estructurada sobre el doble fonament del parentesc i de la troncalitat, tractant que el béns no sortissin de la corresponent línia parental (*paterna paternis, materna maternis*), atribuint, per aquest ordre, l'herència als descendents del causant, i després, als ascendents, i, successivament, als germans de doble vincle i fills dels premorts, germans de vincle senzill i fills dels premorts, i resta de col·laterals, eliminant els més pròxims als més remots, essent un punt discutit si Justinià va mantenir el límit del sèptim grau que havia establert el Dret pretori. És molt coneguda, en aquest punt, la regla mnemotècnica mitjançant la qual s'estudiava a les escoles jurídiques de l'Edat Mitja aquest ordre, que era la següent:

Descendes omnis succedit in ordine primo
Ascendes propior, germanus, fillius eius
Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius
Denique proximior reliquorum quiste superstes.

Crida l'atenció la falta de referència al cònjuge, però s'ha de dir que el Dret pretori va establir la *bonorum possessio under vir et uxor* a favor del cònjuge, a falta dels parents abans relacionats, remei que tenia caràcter excepcional, perquè la realitat era que el cònjuge viudo no ocupava cap lloc a la successió intestada; anomalia que s'explicava pel fet que cada un dels esposos seguia formant part de la seva família agnàtica, i dintre d'ella, però no fora d'ella, funcionaven les regles de la successió *ab intestato*. Això no vol dir que la dona casada estès totalment desprotegida, ja que, a més de la possibilitat d'heretar per testament, existien les institucions del dot i de la quarta marital.

S'ha de dir també que el Codi civil, per la seva part, va seguir en aquest punt l'esquema de la successió romana, si bé va donar entrada, encara que en els darrers llocs, al cònjuge viudo dintre de la successió intestada, ja que, segons el primitiu article 952 –avui ja suprimit– el cònjuge sobrevivent entrava en la successió intestada a falta de descendents, ascendents, germans i nebots del causant –incloent els germans per vincle senzill i els fills d'aquests–; situació que es va mantenir fins l'entrada en vigor de la llei 11/1981 de 13 de maig.

Però abans del Codi civil la situació del cònjuge viudo era pitjor, ja que el sistema successori del *ab intestato* romà havia arrelat a la majoria de sistemes jurídics, que fonamentaven la successió intestada exclusivament en la troncalitat i el parentesc, amb la conseqüència que el cònjuge viudo no tenia lloc en ella. Per tractar de posar remei a aquesta situació, i fonamentalment per atribuir els béns vacants al Estat, es va dictar la llei denominada popularment “de bienes mostrencos” de 9 de maig de 1835, que, a més

d'atribuir al Estat “los bienes que estuvieren vacantes y sin dueño conocido”, li atribuïa també els béns dels qui hagin mort sense testar i sense deixar persones cridades per succeir-los segons la llei, afegint a la llista de possibles successors els fills naturals reconeguts, en l'herència del pare, i al cònjuge no separat per demanda de divorci, però entenent que, a la seva mort, “deberán volver los bienes raices de abolengo a los colaterales”.

Per aquesta via –un xic rocambolesca– va entrar el cònjuge viu dintre del ordre de la successió intestada, i, quan va entrar en vigor el Codi civil, es va considerar que les seves disposicions sobre successió intestada havien de ser de general aplicació a tots els territoris, ja que havia substituït una anterior llei general com era la llei “de bienes mostrencos”. Així ho propugnava, l'any 1916, una circular de la Fiscalia de l'Audiència de Palma, dirigida als funcionaris del Ministeri Fiscal, indicant-los que devien demanar l'aplicació, en les declaracions d'hereus *ab intestato*, del Codi civil. Aquesta circular va ser molt contestada, ja que es va dir –amb tota la raó– que el Ministeri Fiscal no tenia la facultat de derogar el Dret foral ni de deixar sense efecte els costums que, des de sempre, s'havien vingut observant, no podent tampoc produir aquest efecte la “ley de bienes mostrencos”, que es centrava en el propòsit de atribuir al Estat els béns vacants. Però els Tribunals varen anar aplicant el Codi civil, que finalment va acabar per imposar-se. I així, el projecte de Apèndix de 1920, si bé mantenia l'aplicació del Dret romà a la successió intestada, no deixava de reconèixer que el sistema del Codi civil s'acostava més al ideal de justícia; i el projecte de Apèndix de 1949 segueix mostrant-se partidari del sistema romà, però donant entrada al fill natural reconegut en la herència del pare –en la de la mare ja hi tenia lloc– i després al cònjuge no separat. Amb aquests precedents no és estrany que a l'exposició de motius de la Compilació de 1961 es digui que es dona definitiu estat de dret a l'aplicació del codi civil en matèria de successió intestada; i la actual Compilació assenyalava que “no s'ha considerat convenient canviar de criteri, tenint en compte l'arrelament de la solució jurisprudencial i els quasi trenta anys d'aplicació de la Compilació”. La doctrina (Mir de la Fuente) ha recordat que la jurisprudència del Tribunal Suprem (sentència del Tribunal Suprem de 13 de desembre de 1919, fonamentada en la “ley de Mostrencos” de 1835, i rectificat el criteri de las de 31 maig 1893, 12 març 1913 i 6 desembre 1918) havia proscrit, particularment quant al ordre de succeir, la regulació romana.

D'aquesta manera s'acabà donant força legal a la vigència del Codi civil en matèria de successió intestada, i, a pesar de reconèixer que el sistema romà no deixava de mostrar un greu menyspreu al cònjuge viu, la doctrina foralista va lamentar el procediment –un xic *manu militari*– mitjançant el que es va deixar sense efecte el tradicional sistema successori *ab intestato*.

La implantació del Codi civil en matèria de successió intestada a Eivissa i Formentera va ser menys traumàtic que a Mallorca, fins al punt que la Compilació de 1961 ni siquiera va regular la matèria, donant per suposada, i totalment acceptada, la seva regulació pel Codi civil. En aquest sentit, ha assenyalat la doctrina (Cerdá Gimeno) la vigència absoluta del Codi civil a les Pitiüses des de les primeres dècades del segle XX, i, com ha dit Cardona Guasch, la condició forana dels jutges, notaris i registradors que varen passar per Eivissa va contribuir a cristal·litzar aquesta pràctica.

III.- L'APERTURA DE LA SUCCESSION INTESADA. EL PRINCIPI "NEMO PRO PARTE".

Novament s'ha de parlar de la diferència entre el Dret successori de Mallorca i Menorca, d'una part, i del de les Illes Pitiüses, d'una altra, per explicar el diferent tractament de la qüestió.

A Mallorca i Menorca la successió s'estructura al voltant de la figura del hereu, o hereus, que es converteix així en el centre de gravetat del fenomen successori. A tota successió hi ha d'haver un hereu perquè el causant difunt ha de tenir un successor, una persona que ocupi jurídicament el seu lloc, que pagui els deutes que pugui haver deixat, que faci seus els béns no especialment assignats o porcions vacants de l'herència, i que, en definitiva, entri en totes les relacions jurídiques en les que era part el causant. Per això, a Mallorca i Menorca, a tot testament hi ha d'haver un hereu, o uns hereus, que han de estar dotats de permanència –per lo que no es pot instituir hereu sota condició resolutòria o per un termini determinat–, i cridats a la universalitat de l'herència, per lo que aniran cap a ells les porcions o quotes de l'herència que, per qualsevol circumstància, podessin quedar vacants. Aleshores, si a tot testament s'ha de nomenar un hereu o hereus, si aquest ha d'estar dotat de permanència, i no es poden donar dintre de l'herència porcions vacants, perquè les fa seves l'hereu instituït, és obvi que, si hi ha testament vàlid, mai podrà entrar en joc la successió intestada, i això explica el principi fonamental del Dret de Mallorca i Menorca "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*", proclamador de la incompatibilitat entre els dos tipus de successió.

El Dret successori de Mallorca i Menorca ha estat sempre inspirat en aquest principi, per lo que ha estat una innovació positiva de la Compilació de 1990 proclamar-lo en l'encapçalament del títol II –dedicat a les successions–, al dir, en el article 7, que "la successió intestada solament podrà tenir lloc en defecte d'hereu instituït i és incompatible amb la testada i la contractual".

Aquesta incompatibilitat –que a Mallorca i Menorca té total lògica per la seva harmonització amb els altres principis que fonamenten la successió *mortis causa*– no la trobem en el Dret de les Illes Pitiüses, ja que el article 69.2 ens diu que “el testament i el pacte successori seran vàlids encara que no continguin institució d’hereu o que aquesta no compregui la totalitat dels béns”, supòsits en que no queda altre camí, a les Pitiüses, que l’obertura de la successió intestada.

En canvi, en el Dret successori de Mallorca i Menorca, l’obertura de la successió intestada ha de passar per la inexistència, invalidesa o ineficàcia del testament o de la donació universal, ja que, si hi ha hereu instituït, encara que no sigui en la totalitat dels béns, i encara que ho sigui tan sols en una sola cosa, a ell acreixeran els altres béns de l’herència, lo que no és una imposició inoficiosa sinó que respon a la lògica que resulta de la preferència del hereu instituït, encara que sigui amb les limitacions que s’han vist, sobre les persones designades per la llei com a hereus, ja que aquell ha estat designat personalment pel testador, mentre que a aquestes ni tan sols les ha anomenades en el testament. Com es sabut, aquestes regles no regeixen en el Dret pitius, ja que, si en el testament no hi ha hereu designat –tan sols s’ordenen llegats– o, per qualsevol raó, apareixen porcions o quotes vacants, s’apliquen les regles del Codi civil i s’obri, en el que sigui necessari, la successió intestada. I el mateix passarà quan aquestes llacunes o porcions vacants apareixen a conseqüència d’un pacte successori, ja que sempre serà la successió intestada el sistema al qual acudir per a resoldre les mancances del negoci jurídic ordenador de la successió.

S’ha dit que tota regla general té la seva excepció, i també la té el principi *nemo pro parte* al que ens venim referint. La tenia ja en el propi Dret romà amb la curiosa figura del testament militar, que tan sols produïa efecte respecte dels béns indicats en el testament, ja que respecte dels altres béns entrava en joc la successió intestada, sense que es produís acreixement a favor de la persona indicada en el testament. A pesar que l’excepció no seria tal si es considera –com ha dit Martí Miralles– que els juriconsults romans varen donar impròpiament el nom de testament a les decisions de darrera voluntat dels militars, encara que no es referissin a la universalitat de l’herència, sinó a béns concrets, i no complissin les formalitats establertes pels testaments pròpiament dits. Apart del fet d’haver tingut sempre els militars un tractament excepcional dintre del Dret romà, ja que, mitjançant la *lex licet*, se’ls va permetre atorgar contractes successoris, en contra de la regla general romana *hereditas viventis non dicitur*.

Avui en dia s’ha considerat que podria ser una excepció al principi *nemo pro parte* la possibilitat d’atorgar codicils. Tant la Compilació de 1961 com la de 1990 han proclamat la possible existència de dos tipus de codicil: el codicil *ab intestato* i el codicil testamentari, essent el primer reconegut tant per la doctrina com per la jurisprudència (sentència de l’Audiència

Provincial de Palma, Secció 3^a de 8 de novembre de 2002). Si bé s'ha de dir tot seguit que la Compilació de 1961 ho expressava amb claredat, cosa que no fa l'actual Compilació, possiblement per l'error material d'haver-se deixat una línia, ja que l'expressió emprada –“mitjançant codicil l'atorgant pot addicionar o reformar la seva institució d'hereu dictant disposicions sobre la seva successió a càrrec dels hereus *ab intestato*...” no té cap sentit.

Quan s'ha atorgat un codicil *ab intestato*, ens trobem al davant d'una successió regida per la llei, però també per la voluntat del causant, expressada mitjançant el codicil. Encara que no es pot dir que hi hagi infracció del principi *nemo pro parte*, perquè el possible contingut del codicil queda molt limitat, ja que en ell no es pot fer lo que és essencial per ordenar la successió, com és el nomenament del hereu o hereus; com tampoc es pot revocar la institució anteriorment atorgada ni excloure cap hereu de la successió ni tampoc desheretar legitimaris ni imposar cap condició a l'hereu. El seu contingut propi és la disposició de llegats, encara que l'article 17 COMP permet també poder ordenar en el codicil les substitucions fideïcomissàries i preventives de residu, possibilitat que és una reminiscència de la norma romana, anterior a Justinià, que considerava únic hereu al fiduciari, i aquest ja havia estat nomenat en el testament del causant. Com sigui que Justinià va canviar aquesta norma, i en la actualitat els fideïcomissaris tenen fonamentalment la condició d'hereus, possiblement seria convenient, en una pròxima reforma de la Compilació, establir que en el codicil no es podran ordenar substitucions de cap classe. També crida l'atenció que, segons l'article 17 COMP en el codicil es pugui expressar el nom del hereus o hereus –el que s'ha d'entendre referit a una institució anteriorment feta, com seria la disposada a favor del fill que ha de néixer d'una determinada persona, i, una vegada nascuda, mitjançant codicil s'indica el seu nom–, així com determinar la porció en què cada un dels hereus s'hagi de considerar instituït, el que ha dut a la doctrina a parlar de codicil particional.

IV.- LA REGULACIÓ DE LA SUCCESSION INTESADA.

Com abans s'ha dit, els articles 53 –quant a Mallorca i Menorca– y 84 –pel que fa a Eivissa i Formentera– remetent al Codi civil, lo que imposa fer, en primer lloc, una referència a la regulació del Codi civil, per després tractar de les especialitats indicades en el dos indicats articles de la Compilació.

1) La regulació del Codi civil i la seva aplicació en el Dret civil de les Illes Balears.

Les regles de la successió intestada del Codi civil són suficientment conegudes. Després de la reforma introduïda per la llei 11/1981 de 13 de

maig, l'ordre de successió és el següent: descendents, ascendents, cònjuge viudo, col·laterals fins el quart grau i el Estat, sempre amb les especificacions indicades pel Codi civil quant el dret de representació i distinció entre els germans de doble vincle i de vincle senzill. Hi ha, però, unes qüestions que s'han d'abordar, i passem a fer-ho

A) Concordança de les normes objecte de la remissió amb els principis generals.

En primer lloc, la remissió al Codi civil s'ha d'entendre sotmesa a la circumstància que les seves normes no s'oposin als principis del Dret civil balear. Per això, no seria aplicable a Mallorca i Menorca –encara que sí ho seria a Eivissa i Formentera– el article 912.2º, segons el que procediria l'obertura de la successió intestada en el supòsit que el testament no contengui institució d'hereu en part dels béns o no disposi de tots els que corresponen al testador, ja que, en el Dret civil de Mallorca i Menorca, no hi ha lloc a obrir la successió intestada en aquests casos perquè aquests béns acreixeran al hereu instituït en altres béns o quotes hereditàries. En canvi s'obriria la successió intestada en el supòsit –absolutament anormal en el Dret de Mallorca i Menorca– que el testament no contingués institució d'hereu. Dificilment es podria donar aquest cas en els testaments autoritzats per Notari, encara que sí seria possible en el testament hològraf. Si efectivament aquest no conté la designació del hereu o hereus, no hi ha altre alternativa que obrir la successió intestada, sempre que no sigui possible salvar el testament amb l'auxili de la norma continguda en el paràgraf segon del article 14, que ens diu que “encara que no s'utilitzi la paraula hereu, qualsevol disposició del testador que atribueixi clarament a l'afavorit aquesta qualitat, valdrà com a feta a títol universal”.

D'acord amb el precepte és clar que expressions com “deixo els meus béns a....”, o “deixo la meitat dels meus béns a” suposen una institució a títol universal, encara que no s'hagi emprat la paraula hereu. El problema es podria presentar en el cas que el testament hològraf, a més de no contenir la paraula hereu, es limita a fer l'assignació d'un bé concret a determinada persona. Si aquest bé té poca importància dintre del caudal relicte està clar que seria una simple atribució de llegat, que podria ser vàlida com a codicil *ab intestato* si es donen tots els requisits necessaris. El problema es dona quan el bé assignat suposa la part de més importància, amb molta diferència, del caudal relicte, de tal manera que la disposició testamentària indica clarament que la voluntat del testador es convertir de qualque manera al designat en afavorit i successor seu. En aquest cas juga, d'una part, el principi *favor testamenti* amb la natural conseqüència que la voluntat del causant ha de regir la seva successió. Però, per una altre part, un successor

en un bé concret no és, evidentment, un successor a títol universal. La respectabilitat de les dues postures fan que no sembli possible donar normes de caràcter general, sinó tractar de derivar la solució de la contemplació del supòsit concret amb totes les circumstàncies concurrents, encara que sense oblidar dues coses: que sempre tindrà més lògica l'entrada a l'herència de la persona designada d'aquesta manera que la dels hereus *ab intestato*, dels quals el testador n'ha prescindit olímpicament, i que la disposició de la part més important del patrimoni en favor d'una persona indica, de qualque manera, la voluntat de designar-lo successor.

B) Caràcter estàtic de les remissions dels articles 53 i 84 COMP.

En segon lloc, hem de recordar que, segons la disposició final segona de la Compilació, les remissions fetes per aquesta a les disposicions del Codi civil s'entenen fetes a la redacció vigent a l'entrada en vigor de la llei reformadora de la Compilació, que és de data 28 de juny de 1990 i es va publicar en el BOCAIB de 17 de juliol de 1990, finalitzant el període de *vacatio legis* el 6 d'agost de 1990.

A pesar del text literal del precepte, no deixa de resultar molt interessant la aportació doctrinal del prestigiós jurista José Cerdá Gimeno, el qual ha escrit: “sin embargo, desde una visión más reflexiva, si se considera que la remisión final lo es a *varios* enunciados (**todas las normas** del C.c. relativas a la SUCESIÓN INTESTADA), parece que la remisión encierra mayor complejidad de la inicialmente prevista. Es el tipo de remisión que R. HERNÁNDEZ MARÍN denomina como “remisión en la suposición y en la consecuencia”, dado que el enunciado final de la remisión (“se rige por las normas del C.c.”) es aquí el equivalente a una conjunción de varios enunciados y para averiguar *cuales sean estos enunciados* hay que consultar todos y cada uno de los *objetos* de la remisión (**esto es** los artículos 912 a 958 C.C.) Como expresa el autor precitado, el sentido y propósito de este tipo de remisiones consiste en ser un instrumento útil de técnica legislativa” I la seva conclusió és que “la remisión aludida debe entenderse lo es en su forma **dinàmica**, esto es, *aquella regulaci3n* de la sucesi3n intestada en el C3digo civil tal como est3 redactada –cualquiera que fuere el enunciado– en el momento en que se produjere un caso comprendido **bajo la suposici3n prevenida** en el art3culo 84 p3rrafo 1º C.D.C.BAL 1990 en su actual redacci3n”.

És obvi que aquestes consideracions es refereixen als supòsits de remissió a tot un ample sector d'una altre legislació, com serien les referències que la Compilació fa a la regulació del Codi civil en els articles 53 (successió intestada a Mallorca i Menorca), 70 (successió testada a les Pitiüses) i 84 (successió intestada a les Pitiüses), però no quan es tracta

de una remissió a uns preceptes concretes i puntuals d'una altre llei. Tanmateix, no es pot deixar de tenir en compte que la disposició final segona parla de remissions al Codi civil sense fer cap distinció entre els dos possibles tipus de remissió. I el què és més greu: admetre el caràcter dinàmic de les remissions suposa donar entrada per a regular les nostres institucions a un òrgan legislatiu distint del Parlament balear. En aquest punt, no és pot oblidar que la nostra Comunitat Autònoma té competència exclusiva per a conservar, modificar i desenvolupar el Dret civil propi de les Illes Balears, segons ens diu l'article 30.27 del Estatut d'Autonomia (Llei orgànica 1/2007 de 28 de febrer).

Pareix, per tant, que serà la postura més fiable considerar el caràcter estàtic de les remissions, com ha fet la sentència 93/2012 de 23 de febrer de l'Audiència Provincial (Secció 3^a), de la que parlarem més endavant, que ens diu literalment, en referència a la remissió al Codi civil del art. 84, que “la remisión al Código civil ha de ser necesariamente entendida como estática”.

I, com s'ha donat el cas que un dels articles del Codi civil sobre successió intestada –l'article 945– ha estat objecte de modificació per la llei general del Estat 15/2005 de 8 de juliol, és evident que la remissió s'ha d'entendre feta al text legal anterior a la modificació. Aquest ens deia que no tindrà lloc la crida al cònjuge viudo a la successió intestada si estès separat per sentència ferma o separat de fet per mutu acord que consti de manera fefaent. Després de la modificació, el precepte del Codi civil exclou al cònjuge viudo si estès separat judicialment o de fet, sense més precisions. No hi ha cap dubte que, dintre del Dret civil balear, no bastarà la simple separació de fet, sinó que serà necessari que aquesta s'hagi produït per mutu acord –excloent, per tant, els casos d'abandó per part d'un dels cònjuges– i que hi hagi del acord una constància fefaent.

És evident que el manteniment del tex antic pot beneficiar al cònjuge separat de fet –però sense els condicionaments que s'han indicat–, i que això serà, a més, just, en els casos en que la separació de fet ha vingut motivada per mals tractaments, abandó, o adulteri per part del cònjuge premort. Però la solució tampoc ens resulta absolutament plausible, si es té en compte que, avui en dia, es considera que la crida al cònjuge a la successió intestada, o a la llegítima, és una conseqüència de la convivència, i, per tant, si no hi ha convivència, no hi ha tampoc cap fonament perquè hereti el cònjuge viudo. Aquesta idea l'ha expressada molt clarament la sentència de la Sala Civil i Penal del TSJ de les Illes Balears 2/2009 de 27 de juliol, al dir que si no existeix convivència, el dret a la llegítima del cònjuge viudo queda sense justificació; i si bé la sentència no es refereix a la successió intestada, la identitat de raó és la mateixa.

Recentment s'ha ocupat d'un cas de accés a la successió intestada del cònjuge viudo separat de fet, en el règim jurídic de les Illes Pitiüses, la sentència de la Sala Civil i Penal del nostre TSJ 4/2012 de 24 d'octubre, i com sigui que s'ha limitat a desestimar el recurs de cassació per raons processals, ens referirem particularment a la sentència recorreguda, que és la 93/2012 de 23 de febrer de l'Audiència Provincial (Secció 3^a). La sentència parteix de la base que “el artículo 945 Cc (en la redacció anterior a l'actual) no otorga eficacia a toda separación de hecho, quedando excluída la unilateral, aún siendo consentida, y debiendo constar fehacientemente dicho acuerdo de separación, ya que lo exigido por el precepto es la exclusión de la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, con la consecuencia de que tal separación de hecho, de mutuo acuerdo, se revele como algo inequívocamente querido y llevado a cabo por los cónyuges”.

Ja examinant el supòsit contemplat, ens diu la mateixa sentència que “en el caso de autos no se ha probado que se diesen las condiciones para poder apreciar que los cónyuges estuviesen separados de hecho de mutuo acuerdo. En efecto, no ha quedado acreditada la voluntad definitiva de los cónyuges de no reanudar la vida en común. Se ha demostrado que ambos eran heroinómanos y que fue ésta la causa del deterioro de la relación hasta el punto de que el Sr. B llegó a maltratar a su mujer, que hubo de pedir auxilio al Institut de la Dona y refugiarse en una casa de acogida, pasando después a vivir con una amiga unos dos años”. Després, i una vegada examinada la prova, la sentència arriba a la conclusió que “la separación no fue en origen consentida, sino provocada por los malos tratos inferidos a la Sra. A. En consecuencia, nos hallaríamos ante una separación de hecho que no reúne las condiciones para que el cónyuge viudo quede exceptuado de la sucesión intestada. Como más arriba se ha dicho, el concepto de “separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”, que utilizaba el art. 945 Cc, excluye la separación unilateral aún siendo consentida. Por otro lado, la fehaciencia exigida en dicho precepto para el mutuo acuerdo, si bien no es equiparable a la constancia documental, sí excluye la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, que es, como mucho, lo que se habría dado en el caso de autos”.

La reforma que, en els articles 834 i 945 Cc, referits respectivament a la llegítima vidual i a la successió intestada, va operar la llei general del Estat 15/2005 de 8 de juliol respon a la nova configuració del matrimoni impulsada per aquesta llei, que passa a estar fonamentat tan sols en la voluntat dels cònjuges de mantenir-lo. No és estrany que a l'exposició de motius d'aquesta llei es digui que “la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”. I com primera manifestació d'aquest principi es va establir el divorci no causal, que pot demanar qualsevol dels cònjuges

sense altre condicionament que el fet d'haver transcorregut tres mesos de matrimoni, i, per tant, sense que els Tribunals puguin fer declaracions sobre la suposada culpabilitat d'un o altre cònjuge com a causant d'aquesta situació.

És natural i lògic que aquesta nova conceptualització del matrimoni havia de produir també els seus efectes dintre del àmbit successori. I així, la mateixa llei modifica els articles 834 i 945 Cc, assenyalant que el cònjuge viudo tindrà dret a la llegítima i a succeir *ab intestato* si no està separat judicialment o de fet, sense cap altre precisió, mentre que, abans de la reforma, es conservava el dret a la llegítima si la separació havia estat per culpa del difunt, i l'exclusió del cònjuge viudo de la successió intestada exigia la separació per sentència ferma o per mutu acord que consti fefaentment.

Evidentment, aquesta reforma legislativa va ser inoperant dintre del nostre Dret, pel caràcter necessàriament estàtic de les remissions –*ex* Disposició final segona CDCIB–, amb la natural conseqüència que el cònjuge viudo separat judicialment o de fet tindrà dret a la llegítima vidual si es troba en aquesta situació per culpa imputable al difunt –ja que així ho diu el primer paràgraf del article 45 CDCIB– i serà cridat a la successió intestada del cònjuge premort si no està separat per sentència ferma o separat de fet per mutu acord que consti fefaentment –ja que així ho disposava el text del article 945 Cc en la redacció que tenia quan va entrar en vigor la llei de 28 de juny de 1990 modificadora de la Compilació.

La realitat és que en el nostre Ordenament jurídic familiar donem uns drets al cònjuge viudo separat que no es corresponen amb la moderna consideració del matrimoni, que no té en la actualitat altre fonament que la voluntat de mantenir-lo; i com sigui que la separació, tant judicial com de fet, n'és una clara manifestació de la inexistència de tal voluntat, sembla així més encertada l'actual conceptualització del Codi civil, sense oblidar que el nostre Tribunal de Cassació ha tingut ocasió de dir a la sentència 2/2009 de 27 de juliol que la llegítima vidual –i el mateix es podria dir de la crida a la successió intestada– no té altre fonament que l'existència d'una convivència. I la mateixa Sala, a la sentència 1/2011 de 3 d'octubre, referida a un cas de parella estable, ens diu que l'article 13 de la llei 18/2001 de 19 de desembre vincula estrictament la successió a la convivència.

És veritat que, en el cas contemplat per la sentència de l'Audiència Provincial abans transcrita, s'han complert les exigències de la justícia material, donada l'existència de mal tractaments per part del cònjuge premort, a més de ser la sentència en qüestió d'una total correcció, donat el fet que no va existir entre els cònjuges un mutu acord fefaent de separació. Però, *de lege ferenda*, ens hem de plantejar si no seria més adequada –i, sobre tot, més adient amb l'actual conceptualització del matrimoni– una reforma com la que va realitzar la llei general del Estat 15/2005 de 8 de juliol. És

oportú recordar que el plet decidit per la sentència de l'Audiència Provincial enfrontava al cònjuge viudo amb els germans, i, en aquest punt, pot sorgir la pregunta de si un matrimoni separat, i per tant inexistent com a tal en el moment de la mort del causant, pot ser causa suficient per a donar preferència al primer.

C) La necessària crida a la successió intestada de la parella estable.

És de la major evidència que s'entendrà cridat a l'herència en la successió intestada, en la mateixa posició que el cònjuge viudo, el membre d'una parella estable degudament inscrita en el Registre específic de les Illes Balears, en el cas de mort de la seva parella. S'ha de tenir en compte, en aquest punt, que l'article 13 de la llei balear 18/2001 de 19 de desembre ens diu que “tant en el supòsit de la successió testada, com en els d'intestada, el convivent que sobrevisqui al membre de la parella premort té els mateixos drets que la Compilació de Dret Civil Balear preveu al cònjuge viudo”. Aquests drets estan reservats exclusivament als membres de les parelles estables degudament inscrites, ja que la inscripció en el registre especial té eficàcia constitutiva, segons ens diu l'article 1 de la llei. Els membres de les parelles que simplement hagin conviscut, sense haver complit el tràmit de la inscripció, no tenen cap dret successor al morir la seva parella. Com s'ha dit, aquestes parelles estan en els llimbs jurídics; encara que en moltes ocasions són els mateixos membres de la parella que ho han volgut així, ja que no han formalitzat el tràmit de la inscripció – o del matrimoni – per a no tenir papers ni complicacions.

S'ha de tenir en compte, però, que certes disposicions de la llei especial de parelles estables poden incidir en el tema i desvirtuar la conclusió abans apuntada per a les separacions matrimonials. D'entrada el tenor literal del article 13 ens diu que “tant en els supòsits de la successió testada, com en els d'intestada, el convivent que sobrevisqui al membre de la parella premort té els mateixos drets que la Compilació de Dret Civil balear preveu al cònjuge viudo”, i és clar que la denominació de convivent suposa una convivència actual i no passada. El requisit de la convivència té, dintre de la parella estable, una significació especial, i així l'abans esmentada sentència 1/2011 de 3 d'octubre ens diu que “si bé l'article 1.2 (de la llei especial) es cuida de dir que la inscripció en el Registre té caràcter constitutiu, és evident que, per a l'aplicació de la llei –i en aquest cas del article 13 de la mateixa, que situaria a la demandant en el lloc de la viuda– no basta una mera inscripció, sinó que és necessari que es doni una convivència amb els requisits que la pròpia llei exigeix”.

A més, el membre de la parella sobrevivent no podrà ser cridat a la successió intestada del premort si s'han donat alguna de les causes que,

segons la llei especial, determinen l'extinció de la parella. I aquestes causes són: el mutu acord (sense necessitat que consti fefaentment), la voluntat d'un dels membres notificada de forma fefaent a l'altre, el cessament efectiu de la convivència durant un període superior a un any, el matrimoni d'un dels membres i la mort o la declaració de mort d'un dels integrants. És evident que aquesta darrera causa no podrà afectar als drets successoris del membre de la parella sobrevivent, però sí les altres, ja que si la parella s'ha de considerar legalment extingida no hi ha dret a heretar.

A la realitat, el problema es pot donar pel que fa a la causa d'extinció de la parella consistent en el cessament efectiu de la convivència durant un període superior a un any, en el cas que, al morir un dels membres de la parella, el cessament de la convivència no hagi arribat a un any, ja que està clar que de ser superior, o en el de concorre alguna altra de les causes indicades, no podrà ser cridat el sobrevivent a la successió intestada del premort. És veritat que l'article 13, al establir les possibilitats successòries, parla del "convivent", lo qual suposa el fet de conviure; però també és cert que al llarg de la llei s'empra sempre aquesta expressió per a fer referència als membres de la parella. Per això és fa difícil donar regles generals pels supòsits que la mort d'un dels membres de la parella té lloc abans de complir-se un any des del cessament de la convivència; si be pot ajudar a solucionar la qüestió la possible concurrència de la causa d'extinció consistent en la voluntat d'un dels membres notificada de forma fefaent a l'altre, particularment si es té en compte que aquesta fefaència no suposa suport documental, sinó que el fet d'haver-se notificat per un dels membres a l'altre la voluntat d'extingir la parella vingui sòlidament acreditat. I és evident que la manera normal de procedir és indicar a la parella la decisió de deixar de conviure, pel que es podria considerar que, en molts de supòsits, concorre aquesta causa d'extinció, ja que el cas del que va a comprar tabac i no torna a la llar sense més explicacions no deixa de ser la excepció anecdòtica.

En tot cas és evident que les causes d'extinció de la parella produeixen el seu efecte, i per tant inhabiliten al sobrevivent per heretar, encara que no hagi tingut lloc la cancel·lació de la inscripció constitutiva de la parella. Precisament en el litigi que va resoldre la indicada sentència 1/2011 de 3 d'octubre, la demandant al·legava que, a pesar dels períodes en que no havia hagut convivència, no se'n havia produït la cancel·lació de la inscripció de la parella, incomplint l'article 8.2, expressiu que "els dos membres de la parella estan obligats, encara que sigui de manera separada, a deixar sense efecte la declaració formal que s'hagin atorgat". Pel Tribunal sentenciador la qüestió és indiferent, assenyalant que "el cese efectivo de la convivencia es un hecho que, por su propia naturaleza, se produce extraregistralmente, y que, aunque pueda tener su reflejo en el Registro y dar

lugar a la cancelación de la inscripción, ésta será simple consecuencia, sin que pueda sostenerse que sea tal cancelación, cuyo caracter se revela no constitutivo, lo que extinga la pareja estable”.

De totes maneres, la conclusió que necessàriament se deriva d'aquestes situacions problemàtiques no és sinó la conveniència per a totes les persones separades de fet –tan sigui en el matrimoni com a la parella estable– d'atorgar testament, en evitació de morir intestat i que els seus béns vagin a parar a una persona de la que ja vivia separat.

D) La crida del Estat. Remissió.

El Codi civil estableix, a l'article 956, que, a falta de les persones en dret a heretar *ab intestato* –que s'estén fins als parents col·laterals compresos dintre del quart grau– heretarà el Estat, que destinarà una tercera part de l'herència a Institucions municipals del domicili del difunt, de beneficència, instrucció, acció social o professionals, siguin de caràcter públic o privat, una altra tercera part a institucions provincials dels mateixos caràcters de la província del finat, preferint aquelles de les que hagi fet part per la seva professió o els hi hagi dedicat la seva màxima activitat, anat la restant tercera part a amortització del deute públic.

Quasi totes les Comunitats Autònomes amb Dret civil propi han legislat a fi de establir, a falta de parents amb dret a heretar, la crida a la successió de la Comunitat Autònoma en lloc del Estat. Així s'ha fet a Galícia, Navarra, Aragó, País Basc i Catalunya, pel que és importat tenir-ho en compte en una pròxima reforma de la Compilació balear, ja que no té sentit haver deixat passar aquesta oportunitat. És veritat que, en el sistema del Codi civil, dues tercers part del caudal relicte van a parar a institucions del domicili i de la província –en el nostre cas seria més adequat parlar de l'illa– del difunt, però vindria molt bé poder destinar la restant tercera part a les atencions de la Comunitat Autònoma, sense passar al Estat.

En el present treball m'he limitat a apuntar aquesta circumstància, sense entrar en el tema, donat que el tractaran els Acadèmics components de la Comissió de Dret Públic, ajuntant-se els treballs d'una i altre Comissió Acadèmica en l'obra final.

2) Les disposicions específiques de la Compilació sobre successió intestada.

Després de la remissió general al Codi civil que fins ara ens ha ocupat, els articles 53 i 84 COMP fan referència a institucions pròpies del Dret civil balear que han de conviure amb la regulació del Codi civil. D'elles en tractaré a continuació.

A) La Llegítima vidual. La referència al article 45 CDCIB.

En el sistema successori *ab intestato* del Codi civil, adoptat per la Compilació balear, el cònjuge viudo es crida a falta de descendents i ascendents; conseqüentment, si hi ha algun dels indicats grups de parents el cònjuge viudo no heretarà *ab intestato* del premort; però l'article 53 cuida de reconèixer-li dret a la llegítima en aquests casos, en virtut de la remissió que fa al article 45 de la Compilació. Donat que els dos preceptes indicats estan ubicats en el llibre I, tot el que es dirà en aquest punt fa referència tan sols a la normativa aplicable a Mallorca i Menorca.

La llegítima vidual, en seu de successió intestada, planteja les tres qüestions que s'exposaran a continuació, en consonància amb els tres paràgrafs del article 45.

a) Les condicions per acreditar llegítima vidual. El paràgraf primer del article 45.

El precepte estableix les condicions que ha de reunir el cònjuge viudo per ser legitimari, que són no trobar-se separat de fet o en virtut de sentència ferma, tret que en ambdós casos s'hi trobés per causa imputable al difunt. Com abans s'ha dit, ha incidit en aquest punt la llei 15/2005 de 8 de juliol, entronitzant el divorci i la separació no causals, configurant-los com unes facultats de qualsevol dels cònjuges sempre que hagin transcorregut tres mesos de matrimoni (el divorci exprés); d'altre banda, no es pot ja determinar en el processos matrimonials si la ruptura ha estat o no culpa d'algun dels esposos, i, naturalment, res podran dir sobre el particular les corresponents sentències de separació i de divorci. La pregunta lògica és la de fins a on arriba aquesta incidència de la llei general del Estat.

D'entrada s'ha de dir que la modificació legislativa indicada en el paràgraf anterior no ha derogat la disposició de la Compilació que es comenta, i, conseqüentment, el cònjuge viudo podria reclamar, a Mallorca i Menorca, la llegítima vidual a pesar d'estar separat judicialment o de fet, sempre que al·legués i provés, en el plet de reclamació de la llegítima, que la culpa de la separació la va tenir el cònjuge premort, per haver causat, per exemple, mals tractaments, violència, adulteri o abandó, o concorregués alguna altra circumstància rellevant. Tal com es diu, la concurrència d'aquestes circumstàncies s'haurà d'al·legar i provar en el procediment en el que es qüestionari si procedeix o no el pagament de la llegítima, ja que no es podrà utilitzar, en aquest punt, la sentència de separació.

I quina ha de ser la situació *de lege ferenda*?. Tal vegada avui en dia, en plena vigència del divorci exprés, sembla absolutament antiquat això d'anar a cercar culpes. Per una altra part, la doctrina considera que els fonaments

dels drets successoris del cònjuge viudo –llegítima y *ab intestato*– no poden ser altres que la convivència familiar. Com diu l'abans esmentada sentència de la Sala Civil i Penal del TSJ de les Illes Balears 2/2009 de 27 de juliol, en referència a la llegítima vidual, aquesta retribueix la mútua prestació entre els cònjuges d'ajudes de tota classe, materials o intangibles, consubstancials a qualsevol vida de parella, per lo que si no hi ha convivència, el dret a la llegítima queda sense justificació. Aquesta sentència no fa cap referència a la possible culpabilitat de cap dels cònjuges, ja que això no es va tractar dintre dels fets del litigi.

Pel que fa a la situació dintre de la parella estable, és evident que, d'acord amb l'article 13 de la llei 18/2001 de 19 de desembre, el membre de la parella sobrevivent que concorre a la successió intestada del membre premort amb descendents o ascendents d'aquest, tindrà dret a la llegítima vidual sempre que no és trobés separat del difunt, a no ser que aquesta separació fos por causa imputable al membre premort. Així es desprèn de la remissió a la Compilació que fa l'article 13 de la llei especial de parelles estables i de la disposició del paràgraf primer del article 45 CDCIB.

Per una altre part, també entraran aquí en joc les causes d'extinció de la parella del article 8 de la llei especial a les que abans hem fet referència, essent de la major evidència que, en el cas de concurrència d'alguna d'elles, la parella ha quedat extingida i, per tant, el sobrevivent no acreditarà llegítima de cap manera.

b) El fet d'estar pendent el litigi de separació i la possible reconciliació. El paràgraf segon del article 45.

El paràgraf segon del precepte ens diu que “si s'havia interposat demanda de separació o havia estat aprovada la reconciliació, hom se subjectarà al que preveu l'article 835 del Codi civil”. I això ens aboca novament al davant del problema de les remissions, ja que el article objecte de la mateixa –article 835 Cc– va ser també modificat per la llei 15/2005 de 8 de juliol; però, com és lògic, i con diu la disposició final segona de la Compilació, la remissió s'ha d'entendre feta al text vigent a la data d'entrada en vigor de la Compilació, que ens deia. “cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

El problema està en que les disposicions d'aquest precepte ja no resulten avui en dia lògiques. Abans ho eren, ja que la sentència seria la que ens diria si la separació va ser o no deguda a culpa del cònjuge premort. Però això avui en dia ja no és possible. Per una altra part, quan mor un dels cònjuges,

el matrimoni queda extingit i, conseqüentment, no es pot dictar sentència decretant la separació dels cònjuges; la realitat és que el Jutjats arxiven el procediment de separació quan se'ls comunica que un dels cònjuges ha mort.

Tot això s'ha de tenir en compte, *de lege ferenda*, a fi d'eliminar aquestes referències a la sentència ferma, quedant el precepte limitat a la possibilitat de reconciliació, foragitant igualment la paraula “perdó” per ser un concepte extrajurídic que pot presentar inconvenients. El que importa, per tornar a tenir dret a llegítima, és que hi hagi hagut una reconciliació que suposi tornar començar una convivència estable. Sense oblidar que el art. 84 Cc imposa la comunicació de la reconciliació al Jutge que coneix o ha conegut de la separació per que tingui efectes jurídics. D'acord amb tot això, a l'obra sobre el sistema legitimari de les Illes Balears publicada per l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, en base a la ponència del Acadèmic senyor Ferrer Pons, es proposa un text legal expressiu que, si entre els cònjuges separats hagués existit reconciliació, degudament comunicada al Jutge davant el que es tramita, o es va tramitar, el procediment de separació, el sobrevivent conservarà els seus drets.

c) La quantia de la llegítima vidual. El paràgraf tercer del article 45.

Assenyala l'indicat precepte la quantia de la llegítima vidual, dient que “en concurrència amb descendents, la llegítima vidual serà l'usdefruit de la meitat de l'haver hereditari; en concurrència amb pares, l'usdefruit de dos terços; i, en els altres supòsits, l'usdefruit universal”.

Com es sabut, la Compilació de 1990 va limitar la llegítima dels ascendents als pares, excloent, per tant, els altres ascendents, però el fet de quedar-se aquests sense llegítima no vol dir que no tinguin dret a heretar *ab intestato* amb preferència al cònjuge viudo, ja que l'article 938 CC, dintre de la línia ascendent, ens diu que “a falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado”. Això determina que, en el cas de morir intestada una persona que no deixa fills ni pares, però sí avis, seran aquests els que tindran dret a heretar-lo. I és un supòsit que es pot donar a la realitat, per exemple per morir els pares del causant en un accident. La qüestió seria la determinació de la llegítima vidual en aquests casos de concurrència d'avi i cònjuge viudo del premort, sense fills ni pares d'aquest.

La interpretació literal del article 45 no ens pot portar a altre conclusió que a la inclusió del cas dintre dels “altres supòsits” de que parla el precepte, ja que una concurrència amb avis no es pot considerar una concurrència amb pares. I a les hores, el cònjuge viudo tindria dret per llegítima al usdefruit universal de l'herència. És cert que, donada la presumible diferència de edats entre l'avi i el cònjuge viudo té molt poc sentit aquest usdefruit, que

convertirà l'avi en un legitimari virtual, encara que sempre podrà fer ús de les facultats de commutació del art. 839 Cc, si bé la valoració del usdefruit vidual –donada la presumible jove edat del cònjuge viudo– serà necessàriament molt alta.

Tal vegada aquest és un punt a considerar *de lege ferenda*, ja que no acaba de tenir sentit la concessió, en aquests casos, al cònjuge viudo del usdefruit universal de l'herència, si bé s'ha d'apuntar que és una corrent doctrinal intensa la supressió dels drets hereditaris forçosos a favor dels ascendents

B) Els descendents definitis.

Una institució clàssica dintre del Dret civil de Mallorca és la definició, mitjançant la quals els descendents, legitimaris i emancipats, poden renunciar a tots els drets successoris, o únicament a la llegítima, que en el moment oportú els puguin correspondre en la successió dels seus ascendents, de veïnatge mallorquí, en contemplació d'alguna donació, atribució o compensació que rebin o hagin rebut anteriorment d'aquests. Lògicament, si el ascendent mor intestat, es planteja la qüestió si ha de ser o no cridat a la seva successió el descendent definit, encara que té raó la doctrina (Ferrer Vanrell) quan assenyala que l'existència de definició pressuposa un futur causant interessat en regular la seva successió, pel que, normalment, existirà testament. Donada la impossible existència de definicions en el sistema del Codi civil, aquest no conté cap disposició sobre el particular, i, per això, l'article 53 CDCIB remet a l'article 51 per donar resposta a la qüestió.

I la resposta es dona tenint en compte els dos tipus de definició que s'acaben d'indicar.

Si la definició s'havia limitat a la llegítima, el descendent definit serà cridat com hereu; solució lògica, ja que el pacte de renúncia es referia tan sols a la llegítima, no a la totalitat de l'herència, pel que no es pot estendre a situacions que en ell no estaven contemplades. El precepte no distingeix el fet de ser l'únic descendent o concorre amb altres descendents, essent obvi que es poden donar les dues possibilitats. De concorre amb altres descendents, l'herència es repartirà per parts iguals, però el descendent definit ja tenia la llegítima cobrada; encara que l'avantatge que això li suposa queda compensada per l'obligació, d'ambdós successors, de portar a col·lació els béns rebuts del causant –i, conseqüentment, els béns que va rebre al atorgar la definició–, a fi de tenir-los en compte al realitzar la partició, segons exigeix l'article 1035CC, aplicable en el Dret de Mallorca, a falta d'especialitat foral; d'aquesta manera, de la part a rebre pel definit es

restarà el que ja va rebre al atorgar la definició; i el mateix correspon en el cas de haver rebut els altres descendents no definits donacions del causant.

En canvi, si la definició no era limitada a la llegítima, sinó que la renúncia era a la totalitat de l'herència del ascendent, és lògica la solució legal segons la qual el renunciant no serà cridat mai, ja que a això obliga la irrevocabilitat del pacte. Tan sols s'entendrien cridats els seus descendents si no hi hagués altres descendents que no han renunciat o estirps d'aquests, ja que lògicament, aquests seran preferits sobre els descendents del definit. Tampoc heretarien mai els descendents del definit si així s'hagués establert al atorgar la definició

Òbviament aquestes modernes solucions –que semblen de total lògica– divergeixen de les tradicions històriques, fundades –com ha recordat la doctrina (Ferrer Vanrell)– en el fet que la definició tenia per objecte afavorir la successió dels fills mascles (agnació), pel que el dret de la filla definida dintre de la successió intestada venia condicionat per l'existència o inexistència d'altres fills mascles del causant.

C) L'especial usdefruit a favor del cònjuge viudo dintre de la successió intestada d'Eivissa i Formentera.

El qualificatiu que s'ha emprat –“especial”– deriva del fet de no ser el cònjuge viudo legitimari dintre de la successió testada, i, a pesar d'això, l'article 84 CDCIB li concedeix, en la successió intestada, el usdefruit de la meitat de l'herència en concurrència amb descendents, i de dues terceres parts de l'herència en concurrència amb ascendents, en els dos casos lliure de fiança.

La doctrina ha assenyalat la falta de precedents d'aquest usdefruit, i així Cerdá Gimeno ens diu que si es parteix de la premissa que el sistema legitimari pitius prové del català, en el que el/la viudo/a no ha tingut mai la consideració de legitimari, l'article 84 no encaixa en absolut dintre del Dret pitius. La no inclusió del cònjuge viudo entre les persones en dret a llegítima ha tingut històricament la fonamentació que donaven les institucions encaminades a enrobustir la seva posició, pactades generalment en els espòlits: usdefruit universal, acolliment en una quarta part dels milloraments, entre d'altres. Però està clar que aquests pactes poden no haver existit, de la mateixa manera que també cap la possibilitat, a la successió testada, que en el testament d'un dels cònjuges no hi hagi cap disposició a favor de l'altre. Per tot lo qual, no deixa de resultar un contrasentit que legalment es configuri una espècie de llegítima a favor del cònjuge viudo a la successió intestada i no hi hagi res d'això a la testada. És simptomàtic que el paràgraf segon del article 84 no figurava en el text del

projecte redactat per la Comissió de Juristes oficialment designada, ja que va ser introduït durant la tramitació parlamentària.

Quant a la naturalesa d'aquest especial usdefruit, ha dit, amb encert, la doctrina (Cerdá Gimeno) que “el usufructo viudal atribuido *ex lege* en la sucesión intestada al viudo/viuda tiene el carácter de un **típico beneficio viudal**, cuya finalidad deriva del principio “*favor viduitatis*”, assenyalant a continuació que “el citado usufructo opera exclusivamente en el ámbito sucesorio *abintestato* como **una especie de viudedad foral**, y con exclusión respecto del **orden** de llamamientos operados en la normativa del C.c., que es la aplicable”. El mateix autor assenjala que s'estaria al davant d'una *atribución sucesoria intestada determinada por la ley*, d'acord amb l'expressió utilitzada per J.B. Vallet de Goytisolo.

Però el precepte està allà, i la realitat és que no deixa de presentar alguns problemes, el primer dels quals és si aquest especial usdefruit a favor del cònjuge viudo es manté en el cas de separació de fet. La doctrina ha parlat de la possible aplicació, per a resoldre el cas, de dos preceptes del Codi civil: el art. 834, que concedeix al cònjuge viudo el usdefruit del terç de l'herència destinat a millora, i els articles 943 a 945, que, dintre de la successió intestada, criden a l'herència al cònjuge viudo a falta de descendents i ascendents, però establint en aquests articles que la crida no tindrà lloc quan el cònjuge viudo estès separat judicialment o de fet.

Encara que s'ha de tenir en compte que la remissió que es fa al Codi civil s'ha d'entendre feta a la redacció que tenien els seus preceptes quan es va dictar la llei reformadora de la Compilació de 28 de juny de 1990, per imposició de la seva disposició final 2^a. És oportú destacar que el jurista José Cerdá Gimeno, que, com s'ha vist abans, assenjala el caràcter dinàmic de la remissió general al Codi civil que, en matèria de successió intestada, fa l'article 84, quan deixa el comentari del paràgraf primer del indicat article, per afrontar el paràgraf segon, ens diu que “*No le son aplicables las notas relacionadas con las normas de remisión*”.

I, com sigui que els articles 834 i 945 Cc varen ser modificats per la llei 15/2005 de 8 de juliol, la redacció anterior a aquesta reforma ens deia, en el cas del article 834, que la concessió al cònjuge viudo del terç destinat a millora venia condicionada al fet que no estès separat o ho estès per culpa del difunt, i, pel que fa al article 945, la crida del cònjuge viudo a la successió intestada no tenia lloc si estava separat per sentència ferma o separat de fet per mutu acord que consti de manera fefaent. De tot el que resulta que, en la aplicació d'aquests articles, no bastaria la simple separació de fet, sinó que ha de constar per mutu acord fefaent. A més de poder introduir-se en el tema la qüestió de si el cònjuge premort va donar o no motiu per a la separació.

Tot això ens porta necessàriament a la conclusió que és necessària una regulació clarificadora de la matèria, i, tal vegada la mateixa passaria pel fet de incloure el cònjuge viudo entre les persones en dret a llegítima dintre del Dret d'Eivissa i Formentera. En el estudi sobre el sistema legitimari de les Illes Balears realitzat per l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears es recull l'opinió dels Acadèmics d'Eivissa i Formentera Senyors Cerdá Gimeno i Cardona Escandell, expressiva que els grans canvis que s'han anat introduint dintre de la realitat sociològica de les famílies, així com el fet de no tenir ara cabuda en els espòlits les figures tradicionals del usdefruit universal, acolliment, entre d'altres, podrien determinar una reconsideració de la qüestió, entrant el cònjuge viudo dintre del grup de persones amb dret a llegítima, juntament amb els descendents i els pares.

Per acabar de complicar el tema del especial usdefruit concedit al cònjuge viudo per l'article 84 CDCIB, la doctrina (Cardona Guasch) ha posat sobre la taula la qüestió de l'extensió d'aquest especial usdefruit, plantejant si ha de recaure sobre la meitat, o les dues terceres parts, del caudal relicte, en tota la seva integritat –el precepte diu “l'usdefruit de la meitat de l'herència”–, o tan sols ha de consistir en l'usdefruit de la meitat –o de les dues terceres parts– de la porció del *ab intestato*, ja que en el Dret pitius pot donar-se el cas de successions intestades d'una part de l'herència, per haver el causant disposat de l'altre part mitjançant testament o contracte successori. Aquí tenim, doncs, un altre motiu per a recomanar una regulació aclaridora de la matèria, encara que el respecte a la voluntat del causant i el fet objectiu que la successió intestada queda circumscrita a una part de l'herència, pareixen exigir la limitació del usdefruit a la porció del *ab intestato*.

3.- La exclusió del indigne.

A) La indignitat i el desheretament.

Ja en el Dret romà es va conèixer la possibilitat que l'hereu, una vegada acceptada l'herència, quedés privat de la mateixa, en càstig pels actes comesos contra el causant difunt, passant, en aquests casos i salvant supòsits excepcionals, els béns de l'herència a l'Hisenda Pública. La figura persisteix en el sistema jurídic basats en el Dret romà, encara que, en ocasions, no deixa de donar-se una confusió entre aquesta institució i el desheretament. A pesar que les diferències entre una i altra estan clares: d'entrada, la indignitat pot recaure sobre qualsevol successor, a títol universal o a títol particular, mentre que el desheretament tan sols pot fer referència als legitimaris. I, d'altra banda, la indignitat per a succeir es pot donar dintre de qualsevol tipus de successió –testada, intestada i contractual– a diferència del desheretament que té el camp propi d'actuació

dintre de la successió testada, ja que el normal es que es faci mitjançant testament; encara que, en el Dret de Mallorca i les Pitiüses –no així a Menorca, on els pactes successoris de moment no estan permesos–, es podria fer el desheretament dintre de la donació universal, en el cas de Mallorca, o de qualsevol dels pactes successoris que es poden atorgar a les Pitiüses, disposant el desheretament d'un legitimari i eximint al hereu contractual de fer-li pagament de la llegítima. Però mai es podrà donar el desheretament en la successió intestada.

A pesar d'aquestes diferències existeixen molts de punts de contacte entre les dues institucions, i, per això, no és estrany que la llei del Parlament balear 3/2009 de 27 d'abril, de modificació de la Compilació de Dret civil de les Illes Balears sobre causes d'indignitat successòria i desheretament, hagi donat un tractament igual a una i altra, establint unes mateixes causes, ja que el punt 3 dels nous articles 7 bis i 69 bis CDCIB, introduïts per la indicada llei, assenyalen que les causes d'indignitat del punt 1 són també causes de desheretament. S'ha de dir, de entrada, que es tracta d'una llei aplicable a totes les Illes, que, en aquesta matèria, tindran així un règim jurídic unificat.

Sobre aquesta llei ha indicat la doctrina (Mir de la Fuente) que “en cualquier caso, fue acertado que el Parlamento aprovechara la ocasión deparada por la proposición de ley de un grupo parlamentario minoritario que, modesta y anticipadamente.....quiso que se aprobara una ley de indignidad sucesoria por violencia machista.... para intentar regular, sino en su totalidad, al menos algo más directamente, la indignidad sucesoria, como propició la enmienda de adición de otro grupo parlamentario en la oposición...y cambiar incluso el nombre de la ley, que dejó de hablar de violencia machista o de género, y aun de violencia doméstica, para acabar siéndolo de “modificación de la Compilación sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento”.

B) Les causes d'indignitat.

Segons el punt 1 dels nous articles 7 bis i 69 bis CDCIB, són indignes per succeir:

- a) els condemnats en judici penal per sentència ferma per haver atemptat contra la vida o per lesions greus contra el causant, el seu cònjuge, la seva parella estable o de fet o algun dels seus descendents o ascendents.
- b) Els condemnats en judici penal per sentència ferma per delictes contra la llibertat, la integritat moral i la llibertat sexual, si l'ofès és el causant, el seu cònjuge, la seva parella estable o de fet o algun dels seus descendents o ascendents.

- c) Els privats per sentència ferma de la pàtria potestat, tutela, guarda o acolliment familiar per causa que els sigui imputable, respecte del menor o incapacitat causant de la successió.
- d) Els condemnats per sentència ferma a pena greu contra els deures familiars en la successió de la persona agreujada.
- e) Els qui hagin acusat al causant de delicte per al qual la llei assenyali pena greu, si és condemnat per denúncia falsa.
- f) Els qui hagin induït o obligat al causant a atorgar, revocar o modificar les disposicions successòries, o li hagin impedit atorgar-les, modificar-les o revocar-les.
- g) Els qui destrueixin, alterin o ocultin qualsevol disposició *mortis causa* atorgada pel causant.

El precepte fa unes remissions a conceptes del Codi penal, pel que serà necessari tractar breument dels mateixos. Així, la causa a) ens parla de lesions greus. Donat que aquesta causa afecta als condemnats en judici penal per sentència ferma, és clar que el concepte de lesió greu serà el específicament previst en el Codi penal i, en concret, en el article 147 que ens diu, en el punt 1, “el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabare su integridad corporal, o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”. I en el punt 2 assenyala que “No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendido el medio empleado o el resultado producido”. Com sigui que la causa d’indignitat va lligada a una sentència ferma penal condemnatòria, l’existència o inexistència de la causa d’indignitat vindrà donada pel fet que la sentència consideri que l’actuació del successor vingui tipificada en el apartat 1 (lesions greus) o en el apartat 2 (lesions menys greus) del precepte.

Pel que fa als delictes indicats a l’apartat b) pareix que la referència seria als delictes de detencions il·legals i segrests, així com amenaces i coaccions (delictes contra la llibertat), tracte degradant i violència física o psíquica contra el cònjuge o parella (delictes contra la integritat moral) i agressions, abusos i arossaments sexuals (delictes contra la llibertat sexual).

La causa d) fa referència als condemnats per sentència ferma a pena greu contra els deures familiars en la successió de la persona agreujada. Novament s’ha de dir que la paraula “greu” no pot tenir el sentit general de cosa de molta entitat o importància, sinó que s’haurà d’acudir al Codi penal

per a veure quines són les penes que tenen la consideració de greus. I ens ho diu el article 33.2, segons el que “son penas graves: la prisión superior a cinco años, la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años, la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a cinco años, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal por tiempo superior a cinco años, la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años, y la privación de la patria potestad”.

Tal vegada el propòsit del legislador, al emprar les paraules “lesions greus” i “penes greus”, era que es tractés de lesions i penes de gran entitat i importància, segons ho entengui qui ha de jutjar el cas, però el fet de relacionar-les amb la sentència ferma condemnatòria dictada en judici penal obliga a acudir als preceptes del Codi penal per a establir quan se donen les penes i lesions greus. Apart d'axó s'ha de dir que, normalment, la declaració de la causa d'indignitat es sol·licitarà en el propi judici penal.

Vistes les causes d'indignitat introduïdes pels nous articles 7 bis i 69 bis CDCIB, s'ha de dir de seguida que el article 765 Cc dona la seva relació de causes d'indignitat, per lo que es planteja la qüestió de si han deixat aquestes de regir dintre del Dret de les nostres Illes. Possiblement serà interessant fer, d'entrada, una comparació d'unes i altres.

Les causes a) i b) abans exposades amplien i desenvolupen la causa 2^a del article 756, que considera causa d'indignitat la condemna en judici per haver atemptat contra la vida del testador, el seu cònjuge, descendents o ascendents. Les causes c) i d) fan el mateix respecte de la causa 1^a del article 756, que fa referència als pares que abandonin, prostitueixen o corrompin el seus fills, encara que aquesta causa no exigeix la concurrència de sentència ferma; la causa e) és similar a la 3^a del article 756; les causes f) i g) desenvolupen i amplien les causes 5^a i 6^a del article 756. Aleshores, les úniques causes d'indignitat del article 756 Cc no recollides a la llei balear serien la 4^a, referida a la hereu que, coneixedor de la mort violenta del testador, no l'hagi denunciada a la justícia dintre del termini d'un mes, quan aquesta no ha procedit ja d'ofici, i la 7^a, introduïda per la llei 41/2003 de 18 de novembre, la qual considera indignes per a succeir a una persona amb discapacitat a les persones en dret a l'herència que no li hagin donat les atencions i serveis deguts, entenent per tals els aliments en el seu sentit més ample, i incloent, per tant, vestit, assistència mèdica, habitatge, educació i instrucció.

D'aquestes dues causes, la segona d'elles és realment justa i important ja que no té sentit que pugui succeir a una persona discapacitada el familiar que l'ha abandonada en la seva desgràcia. Però el cert és que ambdues causes d'indignitat són admissibles dintre del nostre Dret, ja que els nous articles 7 bis i 69 bis CDCIB diuen, en el seu punt 4, "en tota la resta s'aplicarà supletòriament el Codi civil". Això pot fer entendre que les causes d'indignitat del Codi civil no expressament recollides en el nou precepte poden estar en vigor dintre del nostre sistema. Aquest mateix criteri és el aplicable en matèria de desheretament, ja que, de considerar no aplicables les causes de desheretament del Codi civil, es deixaria fora justes causes de desheretament tan importants com són la denegació d'aliments, l'incompliment greu o reiterat dels deures matrimonials o el maltractament d'obra o la injúria greu sense que, en aquests casos, hi hagi condemna en sentència ferma, com expressament exigeix la llei reformadora, que es pot dir ha judicialitzat les causes d'indignitat.

En realitat, els nous articles 7 bis i 69 bis, amb la seva remissió al Codi Civil "en tota la resta", ens demostren que no ha estat el seu propòsit fer una regulació exhaustiva que el deixés sense efecte en aquesta matèria. En aquest sentit, no pareix oportuna una interpretació restrictiva de les causes d'indignitat i de desheretament, ja que és lloable el seu propòsit de evitar pugui prosperar una situació injusta, com seria la de afavorir als qui, amb la seva conducta, han demostrat no ser dignes de participar en l'herència de la persona a qui han menyspreat.

C) La rehabilitació del indigne.

Per la mateixa argumentació s'ha de considerar també aplicable dintre del nostre Dret l'article 757 Cc, que fa referència a allò que la doctrina ha denominat la rehabilitació del indigne. Segons el precepte, les causes d'indignitat deixen de produir efecte si el testador les coneixia al temps de atorgar el testament o si, d'haver succeït després, el testador les perdonés en document públic. Segons ha indicat la doctrina (Lacruz) aquest document públic podria ser un testament –que exigeix la intervenció notarial– però també un testament hològraf, sempre que acomplís tots els requisits legals i fos en el seu moment protocol·litzat en deguda forma. També indica el abans dit autor que el perdó no constitueix una simple manifestació de sentiments, sinó una readmissió a l'herència, el que suposa el coneixement de la conducta del indigne i que la mateixa és causa per impedir-li fer part de la successió.

D) El règim de l'acció declarativa de la indignitat.

En canvi la llei balear 3/2009 de 27 d'abril sí que regula el règim de l'acció declarativa de la indignitat successòria, establint un termini de caducitat de cinc anys comptats des que la persona legitimada per

exercitar-la la conegui o l'hagi pogut conèixer, caducant, en tot cas, un cop transcorreguts cinc anys des que l'indigne per succeir hagi pres possessió dels béns hereditaris.

És un encert que es reguli el tractament jurídic de l'acció per a declarar la indignitat, ja que normalment –i lamentablement– això no es fa quan se regulen les institucions civils, amb el problema conseqüent que després resulten aplicables terminis molt llargs, normalment el de quinze anys, corresponent a les accions personals que no tinguin assenyalat un termini especial (art. 1964 Cc). També es d'aplaudir que el termini sigui de caducitat i no de prescripció, evitant així la possibilitat d'interrupció del mateix i que comenci a comptar novament a partir de la interrupció. En canvi no és tan plausible la duració del termini ja que cinc anys resulta excessiu, al determinar, durant tot aquest temps, una situació d'incertesa en la successió. Hagués estat preferible un termini més breu, possiblement d'un o de dos anys com a màxim.

La persona legitimada pel exercici de l'acció serà qualsevol altre possible hereu a qui benefici la declaració d'indignitat successòria d'un d'ells, ja que, en aquest cas, i una vegada reconeguda la indignitat a la sentència corresponent, es produiria una porció vacant, a la que es tindria dret a conseqüència del acreixement (art. 24 CDCIB). I en el cas d'haver-hi un sol hereu el exercici d'aquesta acció pot interessar a les persones que tindrien dret a heretar *ab intestato*. En canvi no és imaginable que exerciti l'acció el causant, perquè no ho necessita, ja que pot no deixar-li res al indigne en el seu testament a més de desheretar-lo.

D'acord amb la regla general del article 1969 Cc –el temps de la prescripció de qualsevol classe d'accions començarà des que es poden exercitar– el *dies a quo* serà el de coneixement, o possibilitat de coneixement, per part de la persona legitimada de la situació d'indignitat. I en evitació dels supòsits en que aquest coneixement es pogués produir amb molt de retard, estableix el punt 2 dels articles 7 bis i 69 bis CDCIB que la acció s'ha d'entendre caducada un cop transcorreguts cinc anys des de que l'indigne per a succeir hagi pres possessió dels béns hereditaris.

XII.5- SUCESION INTESTADA. EXAMEN DE DERECHO COMPARADO.

Carlos Jiménez Gallego

El presente trabajo comenta la regulación de la sucesión intestada en los distintos Ordenamientos civiles españoles y en algunos países de nuestro entorno, con el fin de realizar, en su caso, alguna propuesta de reforma legislativa en el Derecho de las Islas Baleares. No se trata el Derecho balear así como tampoco la sucesión del Estado (o Comunidad Autónoma correspondiente) por ser objeto estas materias de trabajos separados.

El punto de partida.

El antecedente principal de los actuales Derechos españoles en esta materia, como en tantas otras, es el Derecho romano justiniano. Tras haber realizado la gran compilación del Derecho en el Digesto y el Codex, Justiniano acometió la tarea de reformar algunas materias. La reforma que introdujo en el Derecho de la sucesión abintestato se contiene en la Novella 118, que acabó con el sistema basado en la familia adgnaticia y fundó el orden intestado sobre los vínculos de sangre. El orden de preferencia que fijó fue el siguiente, que pasó al Derecho Intermedio y llegó hasta la codificación e incluso fue asumida en parte por los Códigos:

En primer lugar la línea recta descendente, según la proximidad de grado; a igual grado, por cabezas, pero con derecho de representación a favor de los hijos respectivos (y parece que a favor de los ulteriores

descendientes, por estirpes) en el solo caso de premoriencia; los descendientes heredaban con independencia de cuál fuera su situación respecto del padre, esto es, sin importar si estaban bajo la patria potestad o habían sido emancipados o dados en adopción y sin distinción de sexo. Los hijos naturales tenían derecho a una sexta parte de la herencia si no había hijos legítimos ni viuda; en otro caso, sólo se les reconocía un derecho de alimentos.

A falta de descendientes se aplicaban las siguientes reglas: si sólo había ascendientes, la herencia corresponde a los más próximos en grado, pero si eran de distintas líneas, se divide por mitad entre la línea paterna y materna y en cada línea el grado más próximo excluye al más remoto; dentro del mismo grado y línea, se heredaba por cabezas. Si quedaban ascendientes y hermanos, la herencia se dividía por cabezas, de forma que cada ascendiente y cada hermano tuviera la misma porción (en este caso, parece que no había derecho de representación a favor de los hijos de hermanos). Si sólo quedaban hermanos, la herencia se dividía entre éstos por cabezas, y si había premuertos, heredaban los respectivos hijos (el texto de la Novella sólo cita a los hijos, no ulteriores descendientes) por derecho de representación, siempre que concurrieran con sus tíos. Los hermanos de doble vínculo se anteponian siempre a los medio hermanos.

Si sólo quedaban sobrinos, la herencia se dividía entre ellos por estirpes. En defecto de todos éstos, heredan todos los demás parientes colaterales, sin límite de grado, excluyendo el grado más próximo al más remoto y dentro de cada grado, por cabezas.

En defecto de parientes, se confirió a la viuda una *bonorum possessio*, sin perjuicio de la cuarta uxoria en lo casos en que ésta procediese.

Desde tiempo de los glosadores se fue admitiendo que el número de llamamientos a favor de colaterales no excediera del 10°.

Como se ve, hay preferencia a favor de los hijos matrimoniales (sin distinción de sexo), postergación de hijos naturales y de la viuda (sin perjuicio de la cuarta uxoria), inexistencia de derechos a favor de hijos ilegítimos no naturales, concurrencia de derechos en caso de haber ascendientes y hermanos y/o hijos de hermanos, llamamiento ilimitado a los colaterales, cómputo del parentesco según el sistema de órdenes y grados (no por parentelas), y existencia del derecho de representación pero sólo en la línea descendente y en la colateral a favor de descendientes de hermanos.

Estas reglas regían en defecto de testamento. La regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* se mantuvo igual que en el Derecho anterior, si bien fue perdiendo rigor en el Derecho intermedio.

I.- Breve examen de la regulación del Código Civil.

El Derecho histórico castellano aceptó la limitación al 10º grado (Partidas) y acabó con el llamamiento conjunto a ascendientes y colaterales en las Leyes de Toro (cuyo contenido pasó a la Nueva Recopilación y de ésta a la Novísima), de manera que éstos sólo heredaban en defecto de aquéllos. Desapareció la regla romana “nemo pro parte” aunque hay discusión entre los historiadores acerca del momento.

La Ley de mostrencos de 16 de mayo de 1835, cuya finalidad principal fue atribuir al Estado la propiedad de los bienes inmuebles sin dueño, fijó además (y esto motivó una fuerte oposición en territorios con Derecho civil distinto del de Castilla) normas para la sucesión intestada: tras los colaterales del 4º llamó a los hijos naturales en cuanto al padre, después al cónyuge, pero con reserva de los bienes de abuelo a los colaterales, después a los restantes colaterales hasta el 10º y en último término al Estado. Este fue el sistema hasta que se promulgó el CC.

El CC, en su versión originaria, estableció las siguientes innovaciones: prescindió de los hijos adoptivos, llamó a los medio hermanos junto con los hermanos germanos, pero aquéllos en una cuota equivalente a la mitad de éstos; llamó a los hijos naturales antes que a los colaterales; llamó al cónyuge viudo tras los hermanos e hijos de hermano, y sin obligación de reservar los bienes de abuelo; y limitó al sexto grado el derecho a heredar.

Desde entonces, las principales reformas han sido:

El D-Ley de 13 de enero de 1928, que limitó el llamamiento a los colaterales al cuarto grado y fijó la distribución de bienes para cuando heredara el Estado.

Las Leyes de 24 de abril de 1958 y 4 de julio de 1970 aumentaron los derechos para los hijos adoptivos, pero la igualdad entre todas las filiaciones y en general entre los todos los parientes consanguíneos por razón de filiación se estableció por la Ley de 13 de mayo de 1981, que además antepuso el cónyuge a todos los colaterales.

Casos en que procede.

Se fijan en el art. 912, aunque se ha entendido que la enumeración que realiza no es exhaustiva. No toca ahora estudiar los distintos casos. Baste decir que el caso del testamento nulo requiere que la nulidad sea declarada por sentencia, salvo acuerdo de todos los interesados (pero tiene que ser de todos aquéllos beneficiados por el testamento que se entiende nulo).

Se han señalado como casos no contemplados por el art. 912 el del

testamento que se sabe con certeza que se otorgó (con lo cual, los testamentos anteriores quedan revocados) pero que ha sido destruido y no se puede recuperar —aunque este caso es muy discutible porque no se puede saber si era o no totalmente revocatorio de los anteriores— o el caso de que se haya otorgado un testamento puramente revocatorio. Rivas Martínez propone también el (discutible) caso de que hayan transcurrido más de 30 años desde el fallecimiento del causante sin que haya sido aceptado la herencia, por entender que ha prescrito el derecho de aceptarla, aunque también se podría sostener que el derecho de aceptar sólo prescribe si todos los bienes relictos hayan sido usucapidos por terceros.

No nos parece importante la determinación legal exhaustiva de los supuestos en que procede la sucesión intestada. Sería mejor una fórmula genérica que dijera algo así: la sucesión intestada se abrirá en los casos en que no se haya dispuesto eficazmente en todo o parte de los bienes relictos.

Jerarquía de los órdenes de suceder y su justificación.

Los llamamientos se organizan según la clase (parientes, cónyuge, Estado), orden (descendente, ascendente, colateral, jerarquizados de forma sucesiva e inflexible) y grado.

La sucesión es siempre universal y sin distinción de bienes. Se reconocen, no obstante, determinados casos de reservas y reversión de bienes.

Dentro de cada orden, el grado más próximo excluye en general al más remoto, aunque hay excepciones. El art. 921, que fija la regla, es inexacto porque no tiene en cuenta las numerosas excepciones que el propio CC establece en los artículos siguientes. Hubiera sido mejor añadir “con las salvedades que la Ley establece”.

Dentro de cada grado, si hay pluralidad de sujetos, se hereda por cabezas, salvo en los casos en que opera el derecho de representación, ya que en este caso los “representantes” heredan por estirpes. El derecho de representación rige en los casos de premoriencia. Excepcionalmente puede representarse a una persona viva, pero sólo en los casos de incapacidad y desheredación (art. 929). No se puede dar por tanto en el supuesto de renuncia.

La representación se da, en el sistema del CC, sólo en la línea recta descendente (sin limitación de grado, pero nunca per saltum) y en la línea colateral pero en ésta sólo a favor de los hijos de hermanos cuando concurren con tíos. No se da en ningún otro caso.

En caso de renuncia, el art. 923 plantea un problema. Dispone, para el caso de que repudien la herencia todos los parientes más próximos llamados por la Ley, que “heredarán los del grado siguiente por su propio derecho

y sin que puedan representar al repudiante”. Deja sin resolver si el nuevo llamamiento se refiere sólo a los parientes que existan en el momento de producirse la nueva delación o a los parientes que existían en el momento de la apertura de la sucesión. Rivas Martínez acoge la opinión de Roca Sastre de que hay que remitirse al momento de apertura de la sucesión, especialmente en caso de repudiación (que es retroactiva, ex art. 989 CC). Por otro lado, se ha criticado al 923 que si repudian todos, al heredar los del grado siguiente por derecho propio, seguramente no heredan como heredarían si la repudiación hubiera sido sólo de algunos, ya que heredan por cabezas, no por estirpes; este resultado se da, pero la ley es clara y no puede corregirse por el intérprete (además, es el criterio del art. 927). El Derecho catalán reciente ha “corregido” esto. No estamos seguros de que ésta “corrección” deba proponerse, pues el reparto por cabezas tiene su lógica si se hereda por derecho propio.

Distinta de la sucesión por cabezas y por estirpes es la sucesión por líneas, es decir, la sucesión en que la herencia se divide siempre en dos partes, una para la línea paterna y otra para la materna, a veces con independencia de la proximidad de grado con el causante de los sujetos de una y otra. El CC acoge la división por líneas en la sucesión intestada de ascendientes de segundo o posterior grado (arts. 939 y 940), pero matizadamente: el grado más próximo excluye al más remoto, de forma que si hay abuelos en una línea y bisabuelos en otra, heredan sólo aquéllos, por cabezas. Pero a igualdad de grado, la herencia se divide siempre por mitad entre las dos líneas, aunque en una línea haya más sujetos que en la otra. Es el mismo criterio que rige en materia de legítimas (art. 810).

El orden descendente no merece hoy mayor comentario. Los hijos heredan por cabezas y los ulteriores descendientes, por representación. No hay distinción por razón de sexo, ni por el carácter matrimonial o extramatrimonial de la filiación. Prevalece la interpretación, defendida siempre por el Tribunal europeo de Derechos humanos y por diversas instancias internacionales, de que esto deriva del principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución y en Tratados internacionales. Esa interpretación no es la única posible, porque no da relevancia al hecho de que el patrimonio de un causante se puede deber en mayor o menor medida a la colaboración de su cónyuge y que esa actividad del cónyuge acaba beneficiando a personas que no descienden de él y con las que quizá no ha tenido trato familiar. De todas formas, no propugnamos cambios en esto. Sabemos que la igualdad puede ser modificada por voluntad del causante, aunque con la limitación que imponen las legítimas materiales individuales (cuestión que ahora no podemos tratar) y la práctica nos ha enseñado que los cónyuges de los testadores no se suelen “quejar” de la regla legal igualatoria de los derechos de los hijos. En el abintestato, es cierto, no se puede ya

modificar el derecho de cada heredero, pero hay cosas más importantes que se puede proponer modificar.

Por otro lado, se ha producido una equiparación plena de los hijos adoptados a los biológicos y los adoptados no heredan a sus ascendientes por naturaleza, salvo las excepciones del art. 178 CC. En esta materia subsisten, no obstante, distintas situaciones de derecho transitorio (que ahora no podemos examinar); baste decir que los adoptados en forma plena bajo la legislación de 1970 están equiparados a los hijos por naturaleza en cuanto a derechos sucesorios y los adoptados en forma simple heredan a los adoptantes después del cónyuge viudo y antes que todos los colaterales.

Para el caso de concurrencia con el cónyuge viudo, nos remitimos a lo que ahora diremos sobre éste.

Respecto del orden ascendente, reiteramos lo dicho sobre la sucesión por líneas.

El acrecimiento procede, en la sucesión intestada, por repudiación dice el art. 981. La regulación vigente plantea alguna duda cuando un ascendiente repudia y quedan ascendientes de su misma línea y de la otra línea. No hay respuesta expresa en la Ley para este supuesto, pero creemos que de la regulación de los órdenes y grados en el abintestato se desprende el principio de que el acrecimiento tiene que darse en primer lugar a favor de las personas que heredarían junto con el repudiante por cabezas; sólo en caso de que no existan se producirá el acrecimiento a favor de los ascendientes de la otra línea (art. 982 por analogía).

No obstante la letra del art. 981, hay más casos en que puede darse el acrecimiento en la sucesión intestada, como la premoriencia y la indignidad si en ninguno de ellos opera el derecho de representación. No podemos alargarnos aquí en explicaciones, pero diremos que en caso de premoriencia, el problema creemos que se resuelve aplicando las reglas que el CC fija para cada supuesto y en caso de incapacidad para heredar debe aplicarse el art. 982 por analogía legis (creemos que hay identidad de razón suficiente), de forma que habría acrecimiento a favor de quien hubiera debido heredar con el incapaz per capita, y sólo en defecto de éste/os, acrecería a los parientes de la otra línea.

Los ascendientes no heredan a sus hijos por naturaleza que hayan sido adoptados por otra persona.

Los ascendientes de los padres adoptantes suceden al adoptado igual que si hubiera parentesco por naturaleza (desde la Ley de 1987), sin perjuicio de que pueden darse casos especiales de Derecho transitorio, como hemos dicho antes.

También hay que tener en cuenta la posible aplicación de la reversión establecida por el art. 812.

Los ascendientes por naturaleza también tenían a su favor la reversión de este artículo hasta la entrada en vigor de la Ley de 1987. Ahora no se dice nada, con lo que se plantea un problema que sería mejor aclarar legalmente, pues no está del todo claro que la extinción de vínculos ex art. 178 pueda afectar a la reversión; al menos, no parece justo.

Para el caso de concurrencia con el cónyuge viudo, nos remitimos a lo que ahora diremos.

El cónyuge hereda antes que los colaterales, desde la reforma de 13 de mayo de 1981, sin perjuicio de que tanto si concurre con descendientes como con ascendientes tiene derecho a las detracciones previstas por el art. 1321 CC, con independencia de cuál haya sido el régimen económico matrimonial.

Pueden plantearse situaciones injustas con los bienes de procedencia familiar (Lacruz), ya que si el cónyuge hereda directamente no tiene obligación de reservar y si hubiera adquirido por mediación de un hijo se da el supuesto del 811 y tiene obligación de reservar. Esta situación, de todas formas, no puede remediarse con la interpretación, pues la norma es la que es. Podría proponerse que se ampliara la reserva lineal a este supuesto, aunque esto entra en la materia de las reservas, que no nos ocupa ahora.

En todo caso habrá que tener en cuenta, si hereda el cónyuge y hay colaterales, la reserva del art. 811, si se dan los demás supuestos previstos en este artículo.

Desde la Ley 15/2005 de 8 de julio se ha eliminado el problema que daba la distinta redacción de los arts. 834, en materia de legítima, que privaba al cónyuge viudo de la legítima si estaba separado o lo estuviere por culpa suya, y 945, mejor redactado, que privaba al cónyuge de heredar abintestato si “estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. Ambas redacciones daban problemas y se añadía además el problema de la discordancia. El actual art. 945 priva de derechos al cónyuge si “estuviere separado judicialmente o de hecho”. El art. 834 lo priva igualmente de la legítima en los mismos términos. Se ha aumentado la inseguridad en algunos casos y quizá se permite injusticia en otros, pero al menos se ha eliminado la discordancia. La inseguridad se da, especialmente para la actuación notarial, porque la separación de hecho hay que demostrarla y en la mayoría de casos no va a constar de documentos ni vive ya uno de los cónyuges para asegurarla. Ello va a obligar, cuando la separación no pueda ser demostrada por documentos fehacientes a contar con el cónyuge separado para que reconozca que efectivamente existía la separación o con una sentencia que lo declare, que

quizá no sea fácil de obtener. Por otro lado, es cierto que se gana certeza en los casos en que había separación judicial, ya que las sentencias ya no se referían casi nunca al cónyuge culpable de la separación, y desde la reforma del 2005 la separación ya no necesita alegar causa. Pero una consecuencia de todo esto es que el cónyuge que ha “sufrido” una separación decidida unilateralmente por el otro y basada en causas sólo a éste imputables (por ejemplo, por incumplimiento de deberes conyugales o familiares) pierde todos los derechos a la herencia de éste. Se podía haber privado de derechos sólo al cónyuge incumplidor, pero como esto no se trata en los procesos de separación se ha preferido simplificar y no entrar a examinar la cuestión. De rebote, y esto es bueno, el cónyuge incumplidor que no se separa tampoco resulta favorecido; pensemos en el caso del cónyuge que se separa ante las infidelidades de su cónyuge que no quiere irse del hogar familiar.

En definitiva, el nuevo art. 945 es concorde con la reforma de la separación de 2005, y no creemos que deba tocarse su redacción. Más bien toca examinar la situación del matrimonio en su conjunto (el debilitamiento legal y el debilitamiento “real”) y replantearse los derechos forzosos del cónyuge en caso de sucesión testada (cosa que no podemos hacer ahora) y los derechos respectivos de cónyuge y parientes del causante en caso de concurrencia de ambos en el abintestato para reducir el número de situaciones injustas.

Sobre esto podríamos sugerir lo siguiente: si el cónyuge concurre con descendientes del causante no hay problema en atribuir al primero un derecho de usufructo, como ya lo hay ahora; los bienes no cambian de línea y el usufructuario es el padre o madre de los nudo propietarios, con lo cual las tensiones serán casos poco numerosos. Si hay descendencia de otros matrimonios, o extramatrimonial, la cuota usufructuaria del viudo (un tercio) es lo suficientemente pequeña como para que no recaiga sobre la parte que se adjudique a dichos descendientes. Si sólo hay hijos que no son del cónyuge viudo es cuando se plantea el mayor problema; aquí la solución no tiene por qué ser reducir los derechos de unos y otros, a pesar de que la reforma de 2005 lo hizo, sino dejar claro que cualquiera de las dos partes puede pedir la conmutación del usufructo viudal y dejar en todo caso al cónyuge viudo la decisión de seguir ocupando la vivienda habitual familiar. Esta conmutación también podría ser posible en caso de concurrencia de hijos del cónyuge viudo con hijos que no son de él/ella. En caso de haber sólo hijos del cónyuge viudo, la conmutación por sola decisión de éste parece menos justificable; quizá en este caso fuera mejor que la conmutación exigiera el consentimiento tanto del viudo como de los hijos o, al menos, la mayoría de los hijos. En definitiva, se trata de modificar un poco (una vez más) la redacción de los actuales arts. 839 y 840 CC.

Es posible que los ascendientes concurren a la herencia con el cónyuge viudo, que en este caso tiene el usufructo de la mitad de la herencia (por legítima). La posible conmutación está también admitida y regulada por el art. 839, pues a diferencia del art. 840 no se limita a los descendientes, pero creemos mejor aplicar aquí la misma propuesta de lege ferenda que hemos realizado al examinar el orden descendente; al menos, sería más clara.

En el CC no hay derechos sucesorios a favor de convivientes, incluso inscritos como pareja en los Registros autonómicos. Esto es sorprendente, máxime si se tiene en cuenta los años transcurridos desde el inicio de la “obsesión” por dar derechos a las parejas de hecho y el número de leyes autonómicas promulgadas. Por tanto, un conviviente no tiene, en principio, derechos sucesorios en la herencia de un causante de vecindad civil común. Recordamos que en materia sucesoria la Ley que rige los derechos de los herederos sólo puede ser la ley personal del causante, o sea la correspondiente a su vecindad civil (no encontramos razones suficientes para llegar a otra conclusión), aunque esto puede provocar dificultades por los criterios que cada Ley autonómica ha fijado sobre su propio ámbito de aplicación.

El orden colateral tiene dos grupos claramente diferenciados.

Los hermanos e hijos de hermanos son los privilegiados (art. 946). Los primeros heredan por derecho propio y los segundos por derecho de representación. La representación no se extiende más grados. Los medio hermanos también concurren, pero tomando la mitad de la porción de los hermanos germanos (art. 949).

Surge un problema de cálculo de la doble porción en el art. 949: es conocida la tesis de Manresa de que en tal caso se harían tres partes en la herencia, dos para los hermanos de doble vínculo y una para los de vínculo sencillo; esta tesis no es prácticamente defendida por nadie, pues se entiende que la doble porción se calcula individualmente para cada hijo (resultado al que no lleva esa primera tesis), de forma que el cálculo correcto tiene que ser dividir la herencia por el número total de hermanos, pero contando a cada uno del los hermanos germanos como si fueran dos.

En caso de concurrencia entre hijos de hermanos de doble vínculo e hijos de medio hermanos, debe aplicarse el mismo criterio de la doble porción calculada individualmente. Así se desprende del art. 951, aunque quizá una aclaración de esta materia sería buena para evitar dudas.

Los restantes colaterales heredan sin ninguna distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo (art. 955) que parece que hay que poner en relación con el art. 921 (el pariente más próximo en grado

excluye al más remoto), ya que una excepción a éste, que enuncia una regla general y lógica, debiera ser más expresa; por tanto, heredan por cabezas todos los del mismo grado.

En defecto de estos colaterales hereda el Estado, que necesita previa declaración judicial de herederos. El Estado goza de beneficio legal de inventario y tiene que dar a los bienes la aplicación prevista legalmente, si bien últimamente esto encuentra dificultades prácticas de aplicación que ahora no podemos comentar. Por otro lado, en general se entiende que el Estado no puede repudiar.

Finalmente, hay que tener en cuenta que puede haber reglas especiales en la sucesión intestada de personas con discapacidad, cuando se trate de bienes aportados por cualquier persona a un patrimonio protegido constituido con arreglo a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. El art. 4.3 de ésta dispone que los aportantes podrán establecer el destino que haya de darse a tales bienes o derechos, o en su caso a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio “sin más limitaciones que las establecidas en el CC o en las normas de derecho civil foral o especial que, en su caso, fueren aplicables”. Respecto de los Derechos civiles distintos del CC hay que entender que la aportación se regirá por el Derecho respectivo y por tanto también el ámbito de la voluntad del aportante y el destino.

En definitiva, si volvemos la vista atrás:

Los cambios normativos en el ámbito del CC en materia de sucesión intestada han sido pocos. Han consistido en la equiparación de filiaciones: matrimonial, extramatrimonial y, por la significación que se ha dado modernamente a la adopción, también la adoptiva, que han llevado a la irrelevancia del matrimonio en lo que pueda afectar a los descendientes y a los ascendientes. Y en la mejora de la posición del cónyuge por su anteposición a los colaterales.

Por tanto, pocas novedades, a pesar del transcurso del tiempo:

- * Mantenimiento de la posición de los ascendientes.
- * No se han aumentado los derechos legitimarios del cónyuge. Tampoco se ha hecho depender su subsistencia, así como tampoco el llamamiento a la herencia intestada, de circunstancias personales tales como contraer nuevo matrimonio, llevar vida marital, descuidar a los hijos, etc., a diferencia de lo que sí ocurre en otros Derechos civiles españoles, como el aragonés y el navarro. No obstante, la evolución del Derecho catalán, como luego diremos, ha ido en dirección contraria al aragonés y navarro.

- * Inexistencia de derechos sucesorios a las parejas de hecho de todo tipo.
- * Mantenimiento de las dos clases de colaterales (privilegiados y ordinarios).
- * Mantenimiento de los mecanismos correctores del cambio de línea (reservas y reversión) pero aumento de las posibilidades de cambios (por la anteposición del cónyuge a los colaterales) sin mecanismos correctores.

No se pretende decir que esos aspectos de la regulación deban replantearse, salvo quizá el último. Son las siguientes cuestiones las que, a nuestro juicio, merecerían algún tratamiento legal:

- Algunas imprecisiones técnicas no se han corregido a pesar del paso del tiempo: las hemos relacionado y se refieren al art. 923, al acrecimiento cuando hay grupos distintos de sucesores, y a los artículos 949, 951 y 955.
- La forma de acreditar la separación de hecho a efectos de la declaración de herederos, y por tanto para la adjudicación de la herencia.
- La información y precauciones a tomar, a efectos de la declaración de herederos, y por tanto para la adjudicación de la herencia, para el caso de que se hayan utilizado técnicas de reproducción asistida. Recordamos que cabe la posibilidad de atribuir la paternidad en fecundaciones realizadas con material genético del difunto siempre que así lo hubiere consentido éste en escritura o en testamento y la fecundación se realice en los seis meses siguientes al fallecimiento (art. 9 de la Ley de 22 de noviembre de 1988).
- El facilitamiento de la conmutación de los derechos del viudo cuando concurre con descendientes o con ascendientes.
- La posible extensión de la reserva del art. 811 cuando el cónyuge se antepone a los colaterales.
- Una mayor precisión del régimen de la reversión del art. 812 sería de agradecer.
- La posible aplicación de la Ley de patrimonios de personas con discapacidad (Ley de 18 de noviembre de 2003) a la sucesión intestada.
- Las posibilidades de actuación del causante en relación a su propia sucesión intestada. Esta materia carece de regulación legal y se admite al amparo de la primacía de la voluntad que el art. 675.

Creemos que son posibles los casos de ordenación de legados y nombramiento de albaceas. El problema se plantea en los casos en que se quiere actuar sobre la propia institución de heredero: por ejemplo, imponer condiciones, términos, modos u otras limitaciones a algunos herederos intestados, o excluir a alguno de la sucesión, totalmente o para determinados supuestos. Parece que la regulación del orden intestado, aplicable en defecto de la voluntad del causante, no debe considerarse tan imperativa que impida toda actuación al causante, siempre que no se violen normas imperativas (por ejemplo, las legítimas). Pero convendría dar un poco de seguridad jurídica a todo esto, v.gr: ¿qué efectos tendría una exclusión de sucesor sobre los descendientes de éste si el causante no lo prevé?

- Posible atribución de algún efecto sucesorio a parejas de hecho que cumplan determinados requisitos.

Hemos examinado la regulación del CC por ser Derecho aplicable, en parte, en Baleares, ya que este trabajo se enfoca a una posible propuesta de reforma del Derecho de las Islas. Ahora pasamos a examinar, con menor detalle, el contenido de los otros Derechos civiles españoles, con una referencia a su evolución reciente.

II.- Derecho de Cataluña.

La Compilación de 21 de junio de 1960 dedicó los arts. 248 a 251 a la sucesión intestada. Se regulaba por el Código Civil con tres especialidades, relativas a la posición de los hijos adoptivos (equiparados a los legítimos) y naturales (mejorando su posición respecto de la regulación del CC), los derechos del cónyuge viudo (un derecho de usufructo de mayor extensión que la del CC, siempre que no hubiera recibido nada por capítulos matrimoniales) y la sucesión intestada del causante impúber.

No obstante, hay que tener en cuenta que la esencialidad de la institución de heredero en el testamento y su corolario *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* suponía una importante diferencia con el CC a la hora de determinar cuándo procedía (y procede, porque en esto no ha habido cambios legislativos) la sucesión intestada.

La primera reforma tras la Constitución fue la de 1984 (Ley 13/84 de 20 de marzo y D. legislativo 1/84, de 19 de julio) que adaptó las normas de la Compilación a la Constitución en lo que se refería a la igualdad de filiaciones, estableció igualdad ente los hijos adoptados en forma plena –y sus descendientes– y los hijos y descendientes por naturaleza, efectuó alguna precisión en la regulación de la privación de derechos del viudo,

para adaptarlo a la regulación de la separación judicial, y llamó a la Generalitat en lugar del Estado.

Pero la reforma profunda de esta materia llegó con la Ley 9/1987, de 25 de mayo, de sucesión intestada, que estableció una regulación completa, cuyos cambios más llamativos fueron anteponer el cónyuge a los ascendientes y dar al cónyuge viudo el usufructo universal cuando concurría con descendientes (antes era de la mitad de la herencia). La regulación de 1987 pasó al Código de sucesiones de 1991 (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) con dos leves retoques: el cónyuge viudo tiene su derecho de usufructo universal aunque el consorte difunto le haya otorgado alguna disposición por causa de muerte y se adaptó la normativa sucesoria a la nueva normativa sobre adopción (Ley 37/1991, de 30 de diciembre). Posteriormente, la Ley de parejas estables de 15 de julio de 1998 (derogada por la Ley de 29 de julio de 2010) dio a los convivientes ciertos derechos en la sucesión intestada: al heterosexual, predeteración del ajuar, derecho a vivir un año en la vivienda común y ser alimentado con cargo al caudal relicto (el antiguo “any de plor” de la viuda) y al homosexual: predetración del ajuar, derecho a vivir un año en la vivienda común, e incluso toda la herencia si no había descendientes ni ascendientes. Los llamamientos a la herencia fueron modificados en 2008 para equipararlos, tanto al heterosexual como al homosexual, al cónyuge viudo. La Ley de 29 de julio de 2010 (libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia) contiene hoy la regulación de la convivencia estable en pareja (arts. 234-1 a 14) y remite los efectos sucesorios de la extinción a la normativa sobre derechos viuales del cónyuge.

La normativa vigente se contiene en el libro IV del Código Civil de 2008 (Ley 10/2008, de 10 de julio), que acogió la normativa del Código de 1991 pero introdujo las siguientes modificaciones: equiparó al cónyuge al conviviente en unión estable de pareja, incluso homosexual, lo que se justificó diciendo “lo que es relevante es la existencia de una comunidad de vida estable y los lazos de afecto entre quienes conviven como pareja, y no el carácter institucional del vínculo que los une”, aunque la comunidad de vida tiene que durar en principio más de dos años. Reforzó los derechos del cónyuge o conviviente, ya que le dio la opción de exigir, durante el plazo de un año desde la apertura de la sucesión, la conmutación del usufructo universal por el usufructo de la vivienda familiar si pertenecía al difunto en todo o en parte y además por una cuarta parte alícuota de la herencia (o sea, en propiedad) calculada sobre el neto y descontando sólo los bienes dispuestos en codicilo o pacto sucesorio; y tanto el usufructo universal como el de la vivienda no los pierde por el hecho de contraer nuevo matrimonio o iniciar una nueva convivencia. Respecto de la adopción, se produce una equiparación completa a hijos biológicos respecto de todo tipo de parientes,

si bien se mantienen los vínculos con los parientes por naturaleza en algunos casos, como la adopción por el cónyuge o conviviente y la adopción de huérfanos por parientes dentro del 4º grado, aunque en todos los casos se pierden los derechos si se justifica que no hubo trato familiar.

Recordamos que los requisitos de constitución de las parejas estables se rigen ahora por el art. 234.1 del Código (desde la Ley citada de 29 de julio de 2010) y son comunes a las parejas heterosexuales y homosexuales: constitución en escritura o convivencia de 2 años, o mera convivencia si hay descendencia común; como se ve, se puede producir una gran inseguridad al ejercitar derechos sucesorios.

El esquema de la regulación es el siguiente:

Hay una regulación del cómputo del parentesco, igual a la del CC, si bien con alguna mayor precisión aclaratoria al referirse al acrecimiento y representación.

En relación a al orden descendente, si todos los del mismo grado repudian, se defiere al orden siguiente, pero no heredan por cabezas, sino por estirpes (art. 442.2). Y la norma curiosa del art. 442.2.2 contribuye a reforzar los derechos del cónyuge o conviviente viudo: la herencia no se defiere a nietos si todos los hijos repudian en vida del cónyuge o conviviente y éste es su progenitor común.

El usufructo universal del cónyuge (o del conviviente) no se extiende a legados en codicilo a favor de terceros ni a donaciones mortis causa ni a atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio. No se pierde, como hemos dicho, por nuevo matrimonio o nueva convivencia. La Compilación de 1960 disponía que lo perdía por contraer nuevo matrimonio o por llevar vida manifiestamente licenciosa. La reforma de 1984 cambió la terminología: por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente de hecho con otra persona. Esto se mantuvo en la Ley de 1987 y en el Código de 1991. El cambio llegó en 2008: la exposición de motivos simplemente dice que así se mejora la posición del viudo, sin no obstante justificar esto.

El cónyuge o conviviente tiene la opción de conmutación antes dicha, salvo que el difunto hubiera dispuesto de la vivienda por codicilo o pacto sucesorio.

Hay que tener en cuenta que el cónyuge viudo tendrá además derecho a las predetracciones del ajuar familiar y objetos personales (art. 231-30). El Código también prevé el derecho de usar la vivienda habitual durante un año y ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, pero esto sólo si se aplica si el cónyuge no es usufructuario universal, por lo que no rige en la sucesión intestada. La facultad de predetracción se aplica en iguales términos al conviviente.

El cónyuge o conviviente hereda en defecto de descendientes, si bien los padres conservan su legítima. La legítima de los padres puede ser pagada en dinero aunque no lo haya en la herencia, a voluntad del heredero o del contador partidor (no de los padres).

El cónyuge carece de derechos, tanto del usufructo como de la condición de heredero, en caso de separación judicial o de hecho, o si estaba pendiente demanda de nulidad, separación o divorcio, salvo reconciliación. El conviviente tampoco tiene derechos en caso de separación de hecho. Con anterioridad, la normativa de 1991 en cuanto a la separación de hecho, sólo consideraba relevante la “separación de hecho con ruptura de la unidad familiar, por mutuo consentimiento expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio”.

La sucesión del orden ascendente es como en el CC. El Derecho vigente no recoge la norma, que sí estaba en el Código de sucesiones de 1991, que en la sucesión de hijos no matrimoniales los ascendientes sólo sucedían si habían dado a sus descendientes el trato familiar en forma continuada, norma ésta que podía plantear muchos problemas en la práctica.

La sucesión del orden colateral es como en el CC, con las siguientes salvedades: si concurren hermanos con sobrinos y hay varias estirpes de sobrinos, todos los sobrinos heredan por cabezas, acumulándose las partes que corresponden a las estirpes llamadas. Si se frustra la delación a todos los sobrinos de una estirpe, su parte acrece a los hermanos y a los demás sobrinos, en la proporción que corresponda según la regla anterior. También se dice expresamente que si sólo hay sobrinos, todos heredan por cabezas.

En defecto de hermanos e hijos de hermanos, heredan los demás colaterales hasta el 4º grado, por proximidad de grado, pero a igual grado, por cabezas y sin derecho de representación ni distinción de líneas, como en el CC.

Hay que tener en cuenta la norma que mantiene el llamamiento a favor de los hermanos por naturaleza en caso de adopción (norma que no tiene equivalente en ningún otro Derecho español). Se ha entendido que este llamamiento no puede extenderse a otros parientes, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar, y que estos hermanos por naturaleza concurrirán con los hermanos “adoptivos”, pues ninguna norma excluye a éstos, aplicándose entonces las reglas del vínculo doble y del vínculo sencillo.

La sucesión del causante impúber se regula actualmente de manera parecida a la Compilación de 1960: en bienes muebles o inmuebles procedentes de familiares hasta el 4º grado, heredan los parientes más próximos del impúber dentro del 4º grado en la línea de procedencia de los

bienes. A falta de mayores precisiones legales, se entiende que no hay más que mirar la línea paterna y la materna para determinar los bienes integrantes de esta sucesión. La regulación es actualmente más breve porque se han eliminado las referencias a determinados pactos matrimoniales o sucesorios que antes sí se contemplaban. Y se ha reducido el ámbito de aplicación porque antes afectada a bienes adquiridos por el impúber por cualquier título y desde la Ley de 2008 sólo a bienes adquiridos por título gratuito, si bien antes ya se defendía doctrinalmente la limitación a los bienes por título gratuito. Hay consenso doctrinal en que se trata de una sucesión a título universal.

Y no hay que olvidar los derechos sucesorios regulados por la Ley 22/2000 de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores. El acogimiento es un pacto, que tiene que formalizarse en escritura pública e inscribirse en el registro administrativo “de acogida de personas mayores” por el que se regula la convivencia en una misma vivienda entre una persona “acogedora” (o matrimonio o pareja de hecho estable) y una persona “acogida” (o matrimonio o pareja de hecho estable o varios hermanos) con el fin de que ésta reciba cuidados, alimentos, asistencia, se procure su bienestar y sea atendida en caso de enfermedad. Pues bien, el art. 8 da al acogedor, en caso de sucesión intestada, un derecho de crédito hasta la cuarta parte de la herencia frente a los herederos que sean descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales de 2º, siempre que la convivencia hubiera durado un mínimo de 4 años. Las donaciones recibidas por el acogedor se imputan a esta “cuarta”. Y en defecto de esos herederos del acogido (y de hijos de los colaterales de 2º) hereda el acogedor si la convivencia ha durado un mínimo de 4 años. Por tanto, se antepone a los demás colaterales.

Estas normas dan diversos problemas de interpretación (eficacia de la escritura, cómputo del tiempo de convivencia, etc.) en los que ahora no podemos entrar. No han pasado a formar parte del Código, pero la Ley 22/2000 no ha sido derogada. No hay una Ley como ésta (que conozcamos) en ningún otro Derecho español.

La sucesión de la Generalitat.

En defecto de todos los nombrados, hereda la Generalitat. En este caso, tiene que preceder la declaración de heredero (“judicial” dice la Ley, aunque la normativa procesal no es competencia autonómica) y la herencia se entiende aceptada siempre a beneficio de inventario.

Debe destinar los bienes o su producto o valor a establecimientos de asistencia social o instituciones de cultura preferentemente del municipio de la última residencia en Cataluña; si no los hay, a establecimientos análogos de la comarca y si tampoco los haya a los de carácter general. Si hay fincas urbanas, debe destinarlas preferentemente al cumplimiento de políticas

de vivienda social, ya directamente o reinvertiendo el producto de su enajenación.

En resumen, muchas novedades (no quiere decirse que deban ser imitadas), algunas de las cuales creemos que se han realizado teniendo en cuenta la gran reforma del Derecho francés de 2006, pero de manera más unidireccional a favor de la posición del cónyuge viudo:

- Mantenimiento, salvo un intento en tiempos de la 2ª República –que no prosperó– de la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada.
- Regulación completa de la sucesión intestada.
- Reforzamiento de los derechos del cónyuge con toda una “batería” de medidas: usufructo universal en concurrencia con descendientes, facultad unilateral de conmutar el usufructo, irrelevancia de su situación personal posterior (en contraste con el Derecho histórico), posible llamamiento si renuncian todos los hijos habiendo nietos (422.2.2), anteposición a ascendientes y colaterales, facultad de decidir unilateralmente el pago de la legítima de los padres del causante en dinero aunque no lo haya en la herencia.
- Falta de derechos del cónyuge separado de hecho, al igual que en el CC, pero sin que se haya fijado ningún procedimiento para facilitar la formación del título sucesorio.
- Equiparación completa entre el cónyuge y el conviviente que tenga la condición de pareja estable, incluso homosexual. La constitución de la pareja estable puede ser difícil de demostrar en algunos casos, pues se puede constituir sólo por el uso.
- Dos excepciones, en materia de adopción, a la regla de extinción de vínculos con la familia por naturaleza: la falta de trato como causa de privación de derechos en caso de adopción de huérfanos por parientes y sucesión entre hermanos por naturaleza a pesar de la adopción.
- Regulación del acrecimiento y de la representación en algunos casos distinta del CC.
- Aunque no sea objeto de estas notas, debemos citar la desaparición de las reservas binupcial (desde 2008) y lineal (desde la Ley de 1987) y de la reversión del art. 812 CC, lo que está en consonancia con el reforzamiento de la posición del cónyuge y de la equiparación a éste del conviviente.
- Mantenimiento de la sucesión del causante impúber, que es el

único mecanismo subsistente de corrección de los cambios de línea de los bienes, si bien su aplicación práctica es casi inexistente.

- Y derechos sucesorios en caso de “pacto de acogida”.

III.- Derecho de Aragón.

La Compilación de 8 de abril de 1967 recogió importantes especialidades del Derecho aragonés respecto del CC en materia de sucesión intestada, aunque referidas todas a los casos de inexistencia de descendientes: el recobro de dote y firma de dote por quien asignó éstas si el dotado no hubiera dispuesto expresamente de las mismas; el recobro de liberalidades por el donante (hermano o ascendiente del fallecido que sobrevive a éste) si las mismas cosas donadas existieran en el caudal; el recobro “de segundo grado” por el hermano o ascendiente –de esas cosas donadas– de los descendientes del donatario; la sucesión troncal; y el privilegio del hospital “Nuestra Señora de Gracia” de Zaragoza. La sucesión no troncal se defería conforme al CC, salvo este último privilegio.

El siguiente paso, en materia ya de legislación autonómica, vino con la Ley de 21 de mayo de 1985, que adaptó la Compilación a la Constitución en materia de igualdad de filiaciones, y con la Ley de 25 de abril de 1988, que se limitó a igualar los hijos adoptivos a los biológicos, aunque sin contener una legislación propia sobre adopción. La siguiente reforma legislativa tuvo también un alcance puntual: se trata de la Ley 4/1995, de 29 de marzo, que llamó a la Comunidad Autónoma en lugar del Estado.

Las sucesiones por causa de muerte fueron objeto de nueva y amplia regulación por la Ley 1/1999 de 24 de febrero, que derogó todas las normas sucesorias de la Compilación. La sucesión intestada, que se prefirió llamar “sucesión legal”, teniendo en cuenta la posibilidad de pactos sucesorios, se reguló de manera completa, sin remisiones al Código Civil, con pocas variaciones respecto de la Compilación –la novedad fue la eliminación del recobro de dote y firma de dote por su desuso– pero con un desarrollo más detallado. La regulación de la sucesión intestada en bienes no troncales ni recobrables es básicamente la del CC; se aceptó incluso la anteposición del cónyuge a todos los colaterales, que rigió en Aragón desde la Ley estatal de 13 de mayo de 1981, si bien la exposición de motivos de la Ley 1/1999 se cuidó de decir “Aunque la valoración de este criterio, perfectamente asumido en ambientes ciudadanos, quizá difiera en las distintas comarcas de Aragón, la existencia de normas propias para los bienes troncales lo hace adecuado para todos”.

El contenido de la Ley 1/1999, con algún leve retoque “técnico” efectuado por las leyes de 12 de febrero de 2003 (de régimen económico matrimonial),

de 27 de diciembre de 2006 (de Derecho de la persona) y de 26 de mayo de 2010 (de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres) pasó sin variaciones al Código del Derecho Foral de 2011 (D. Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que entró en vigor el 23 de abril de 2011) que es la Ley hoy vigente. La sucesión intestada se regula en los arts. 516 a 536.

Importa reseñar lo siguiente:

La sucesión legal es compatible con la testada, al igual que en el CC.

No hay regulación legal del cómputo de llamamientos, por lo que habrá que acudir al CC.

Lo que en el CC se llama “derecho de representación” en Aragón es “sustitución legal” y aparece regulada fuera del título de la sucesión legal. Es básicamente lo mismo que en el CC, pues tiene lugar en la línea descendente sin limitación de grado, no tiene lugar nunca en la línea ascendente y en la línea colateral sólo es a favor de descendientes de hermanos, si bien, y aquí está la diferencia con el CC, no es sólo a favor de los hijos de hermano, sino a favor de los descendientes del hermano hasta el 4º grado a contar del propio causante “y siempre que no concurren solamente hijos o solamente nietos del hermano sustituido”. También reseñamos que se señalan con más precisión los casos en que puede darse la sustitución legal: premoriencia, ausencia (sí: no declaración de fallecimiento sino declaración de ausencia), indignidad de suceder, desheredación con causa legal o exclusión absoluta de la herencia.

En el orden descendente, no hay peculiaridades respecto del CC, a salvo lo dicho sobre el derecho de representación.

En defecto de descendientes, rige el recobro de liberalidades y la sucesión troncal. La normativa actual es básicamente la de la Compilación, con algunos cambios “técnicos”; el principal es que el recobro de los hermanos, cuando proceda la sustitución legal, pasará a sus hijos o nietos.

El recobro de liberalidades es una sucesión a título particular, y es preferente a la troncalidad. Corresponde al donante (hermano o ascendiente del fallecido que sobreviven a éste) si las mismas cosas donadas existieran en el caudal (sin subrogación real, a diferencia del art. 812 CC) y el donatario hubiese fallecido sin descendientes y sin pacto o testamento (de forma que a diferencia del art. 812 CC el recobro sólo puede darse en la sucesión intestada). Existe un recobro “de segundo grado” por el hermano o ascendiente de esas cosas donadas si, habiendo sido adquiridas por los descendientes del donatario, dichos donatarios fallecen sin descendencia y sin haber dispuesto de dichos bienes antes que la persona con derecho a recobro.

La sucesión en bienes troncales es una sucesión a título universal, si bien hay que recordar que en el Derecho aragonés todo heredero, sea o no troncal, responde de las deudas hereditarias sólo con los bienes adquiridos, aunque no se haga inventario.

Son bienes troncales los adquiridos por el causante a título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el 6º grado. A falta de precisión legal, lo serán tanto los muebles como los inmuebles.

Se defieren en primer lugar a los hermanos, por la línea de procedencia de los bienes, con sustitución legal, aunque no está del todo claro qué ocurre en caso de repudiación de todos los del mismo grado (si hay o no *successio graduum*). En defecto de hermanos y descendientes de hermanos, al padre o madre (no ulteriores ascendientes), según la línea de procedencia de los bienes; y en último término a los colaterales más próximos del causante hasta el 4º grado (o, si se trata de bienes de abolorio, hasta el 6º grado) entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes y, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito. Si concurren tíos con sobrinos, éstos excluyen a aquéllos.

Dentro de los troncales constituyen una categoría específica los bienes de abolorio, que son los que han permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya, sin que se exija para ello un título gratuito de adquisición “cualesquiera que sean su procedencia y el modo de adquisición inmediatos”. Respecto de los bienes de abolorio, además del llamamiento hasta el 6º grado, se da un derecho de adquisición preferente en las ventas o daciones en pago, aunque no podemos tratar ahora esta cuestión.

De todo esto también se deduce que los bienes recobrables no recobrados son bienes troncales.

La Ley de 1999 introdujo una brecha en la troncalidad (importante por el gran número de casos en que se puede producir, especialmente en inmuebles urbanos) al negar el carácter de troncales a los bienes adquiridos por el causante de uno de sus padres procedentes de la comunidad conyugal (de éstos) cuando según las reglas de la sucesión no troncal le correspondiera heredar al otro progenitor (hoy, está recogida en el art. 528.2). Así, estos bienes, que serán no troncales, serán heredados por el progenitor (del causante) sobreviviente en lugar de por los hermanos del progenitor (del causante) premuerto.

No corresponde aquí estudiar especialmente recobros ni troncalidad, inexistentes en los Derechos de las Islas Baleares, sino más bien fijarnos en la sucesión en bienes no troncales ni recobrables.

Pues bien, en este caso, en defecto de descendientes heredan los ascendientes, y se aplican iguales reglas que las del CC. La Ley aragonesa contiene alguna previsión expresa para el caso de repudiación, pero llevan a la misma solución que se entiende aplicable en el CC.

En caso de que hereden descendientes o ascendientes, hay que tener en cuenta el usufructo de viudedad que corresponde al cónyuge, que se regula en título distinto del Código del Derecho Foral, ya que es una institución más “matrimonial” que sucesoria (no se olvide el derecho expectante). Es un usufructo universal, que se tiene tanto en caso de sucesión testamentaria como legal, y que se pierde entre otros casos, en caso de nuevo matrimonio o vida marital estable (salvo pacto o disposición en contrario del premuerto), por corromper o abandonar a los hijos, por incumplir con negligencia grave o malicia las obligaciones inherentes a la viudedad. No se tiene en caso de nulidad o divorcio, ni en caso de admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio. No se prevé por la Ley la privación en caso de separación de hecho.

También hay que tener en cuenta la predetracción del ajuar que el art. 266 del Código otorga al cónyuge sobreviviente.

En defecto de ascendientes, hereda el cónyuge viudo, salvo en caso de separación judicial, o pendiente procedimiento de nulidad, separación o divorcio, “o si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. Es decir, no sirve la simple separación de hecho si no ha sido documentada de forma fehaciente.

La otra especialidad, introducida en la Ley de 1999 (hoy art. 531.2 del Código) es que hay una sustitución legal al cónyuge viudo que sea “heredero legal” (o sea, que sólo se aplica en la sucesión intestada): si muere sin haber dispuesto de “todos” los bienes “por cualquier título” (por tanto, ni intervivos ni mortis causa) adquiridos de su cónyuge, se deferirán los que queden a los parientes del cónyuge premuerto llamados en tal momento (no al abrirse la sucesión del primero de los cónyuges fallecidos) a su sucesión legal. Esto pretende ser una regla basada en la presuposición de la voluntad del causante. Se trata del único caso en los Derechos españoles en que se contiene una tal previsión, que parece razonable (piénsese en cónyuges que fallecen con escaso tiempo de diferencia tras un accidente) y recuerda la norma inglesa que exige (creemos que sigue vigente) al viudo/a una sobrevivencia de 28 días para poder suceder a su cónyuge premuerto. Plantea, de todas formas, la cuestión de si el llamamiento a los parientes del primer fallecido tiene que realizarse previa declaración judicial de herederos.

En Aragón hay regulación de parejas estables no casadas desde la Ley 6/1999 de 26 de marzo, que ha sido integrada en el Código del Derecho

Foral (arts. 303 a 315). Se entiende por tal la situación de convivencia ininterrumpida durante al menos dos años, o la formalización del compromiso en escritura pública. La inscripción en el Registro administrativo correspondiente es obligatoria, pero no constitutiva a efectos civiles (sí administrativos). Los efectos sucesorios son muy limitados y se regulan en el art. 311: derecho a determinadas detracciones (mobiliario, útiles e “instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual” con exclusión de joyas, objetos artísticos de valor extraordinario y bienes de procedencia familiar) y derecho a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante un año. No se da a su favor, por tanto, ningún llamamiento a la sucesión intestada, ni siquiera en usufructo.

En defecto de cónyuge, heredan los hermanos, hijos y nietos de hermanos. O sea, los sobrinos son preferidos a los tíos, igual que en el CC. La diferencia con el CC está en que los sobrinos nietos (4º colateral) se anteponen también a los tíos y asimismo a los primos carnales del causante.

En defecto de todos estos parientes, heredan los demás colaterales hasta el 4º grado, en la misma forma que en el CC, o sea, por proximidad de grado y dentro del mismo grado, sin distinción de líneas ni preferencia por razón de doble vínculo.

En último término hereda la Comunidad Autónoma (en su caso, el Hospital Nª Sra. de Gracia, respecto de los fallecidos intestados en él), previa declaración judicial de herederos, que destinará los bienes o el producto de su enajenación, a establecimientos de asistencia social de la C.A., con preferencia a los del municipio aragonés donde el causante hubiera tenido su último domicilio. Esta redacción viene de la Ley de 29 de marzo de 1995.

La voluntad del causante puede influir en la sucesión testada. Desde la Ley de 1999 se regula la exclusión de descendientes, que hoy se encuentra en los arts. 512 a 514 del Código. Parece que se refiere sólo a descendientes. Si se utiliza, opera la sustitución legal a favor de lo descendientes; pero si fuera el único legitimario, conserva el derecho de suceder intestado.

En resumen:

- * Hay regulación prácticamente completa de la sucesión intestada desde 1999. No se ha regulado, de todas formas, el cómputo del parentesco.
- * La sustitución legal (derecho de representación, en terminología del CC) se amplía (desde 1999) hasta el 4º grado en los casos de descendientes de hermanos.

- * Hay sucesiones a título particular por razón de ciertos bienes cuya regulación se mantiene prácticamente igual desde 1967, a salvo la equiparación de filiaciones: el recobro de liberalidades (ligeramente ampliado en 1999 por aplicación de la sustitución legal a los titulares del recobro) y el recobro de segundo grado. No implican ninguna limitación dispositiva inter vivos ni mortis causa para el causante.
- * Hay sucesiones a título universal por razón de los bienes troncales, referidas tanto a muebles como inmuebles, cuya regulación se mantiene prácticamente igual desde 1967, a salvo la equiparación de filiaciones. En la sucesión de colaterales se aplica en último término un criterio de troncalidad pura. No implican limitaciones ninguna limitación dispositiva para el causante. Se ha eliminado la sucesión troncal en los casos del art. 528.2.
- * No rige en el derecho aragonés la reserva viudal ni la del art. 811 CC. Las reservas sólo tienen lugar, ya desde la Compilación de 1967, si se ordenan en testamento u otra escritura pública. Tampoco rige, dados los recobros, la reversión del art. 812 CC.
- * En los bienes no troncales ni recobrables rigen parecidas reglas a las del CC.
- * El cónyuge tiene un derecho de viudedad universal (derecho familiar, no sucesorio) si concurre con descendientes o con ascendientes, que no se pierde en caso de separación de hecho, pero sí se pierde en determinados casos de “mala conducta”.
- * El cónyuge se antepone a todos los colaterales. En caso de separación de hecho queda privado del llamamiento pero sólo si se encuentra en trámite un procedimiento de separación, nulidad o divorcio o “si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. Como se ve, el Derecho aragonés es el que, hoy por hoy, menos efectos da a la separación de hecho.
- * Hay una interesante sustitución al viudo que muere sin haber dispuesto de “todos” los bienes adquiridos de su cónyuge. Es el único caso de este tipo en Derecho español, aunque podía haberse extendido a más herederos. A esta solución sólo se puede llegar en los demás Derechos por una sustitución vulgar ordenada en testamento o pacto sucesorio.
- * Los convivientes tienen escasos derechos sucesorios. Es el único caso en todos los Derechos civiles españoles en que no se produce equiparación a efectos sucesorios.

* El causante puede excluir de la sucesión a descendientes, a su libre voluntad.

IV.- Derecho de Galicia.

La Compilación de 1963 (Ley 147/1963, de 2 de diciembre) no contenía ninguna regulación sucesoria, salvo la mejora de labrar y poseer (arts. 84 a 87), para facilitar la transmisión indivisa de una explotación agrícola.

Una Ley autonómica de 1987 (Ley 7/1987, de 10 de noviembre) realizó una primera modificación del Derecho civil gallego en algunos aspectos muy puntuales (ninguno de Derecho sucesorio). La primera actuación legislativa en materia de sucesión intestada fue la Ley 4/1995, de 24 de mayo, que remitió al Código Civil, sin aclarar si la remisión era estática o dinámica, si bien se entendió por muchos tratadistas que era dinámica. La remisión al CC era completa salvo en dos especialidades: el cónyuge viudo podía hacer efectivo su usufructo sobre bienes gananciales si concurría con descendientes o ascendientes del difunto y en caso, de no ser suficientes, sobre bienes privativos (norma que como se ve da muchos problemas de interpretación y no fue recogida en el Derecho posterior) y la Comunidad Autónoma heredaría en lugar del Estado, siempre a beneficio de inventario y previa declaración de herederos, con obligación de destinar lo heredado a establecimientos de asistencia social o instituciones de cultura preferentemente ubicados en la última residencia habitual del causante y en todo caso en territorio gallego.

La Ley de 1995 fue derogada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. En materia de sucesión intestada sólo contiene una remisión “a lo establecido en la presente ley” y lo dispuesto en el CC, y el llamamiento a la Comunidad Autónoma. Lo establecido en la Ley es la regulación de la legítima del cónyuge viudo (usufructo de una cuarta parte si concurre con descendientes o de la mitad en otro caso) y la posibilidad de pactar en escritura por ambos cónyuges la atribución unilateral o recíproca del usufructo de todo o parte de la herencia. Estas son materias que exceden del objeto de estas notas y no vamos a entrar en ellas.

La disposición adicional 3ª de la Ley 2/2006 contiene una regulación de las parejas de hecho, cuyo texto fue objeto de nueva redacción por la Ley 10/2007 de 28 de junio, que es el actualmente vigente. Su definición permite incluir las heterosexuales y las homosexuales. Exige, con carácter constitutivo, la inscripción en el Registro administrativo correspondiente. Están equiparadas al matrimonio si se inscriben en el Registro “expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio”. No se establece ninguna regulación de los efectos, sino que se deja a lo que los convivientes quieran

pactar en escritura pública. De todas formas, la equiparación al matrimonio implicará (creemos) la aplicación ope legis de las normas que, en Derecho sucesorio, se aplicarían al cónyuge viudo. Por tanto, ocupará la posición de éste en la sucesión intestada.

Respecto de la sucesión por la Comunidad Autónoma, se ha mantenido el beneficio legal de inventario pero ha desaparecido toda mención a la declaración legal de herederos, aunque entendemos que esto es intrascendente, pues tal declaración constituye el título sucesorio y no puede faltar. Por Ley podría obviarse (aunque no parece conveniente) pero para eso haría falta una norma expresa, no un silencio.

V.- Derecho de Navarra.

La Compilación navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) dedicó sus leyes 300 a 307 a la “sucesión legal”, que siguen siendo Derecho vigente con las modificaciones que introdujeron la Ley 5/1987 de 1 de abril (que equiparó las filiaciones e introdujo diversos cambios técnicos) y la Ley 6/2000 de 3 de julio, de parejas de hecho.

De ella reseñamos lo siguiente:

La sucesión legal se abre cuando no se ha dispuesto de todos o parte de los bienes relictos por testamento por pacto sucesorio. Por tanto, hay compatibilidad entre sucesión testada e intestada. No obstante, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la ley 216: si el instituido en cosa cierta –o sólo en usufructo– no concurre con otro/s instituido/s a título universal se entenderá llamado a toda la herencia (en otro caso, se considera legatario) y si todos los herederos han sido instituidos en cosa cierta heredarán por partes iguales y se considerarán prelegatarios de esas cosas determinadas. Esta norma es contraria a la del CC, que sin excepciones dice “el heredero en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario” (art. 768). Parece más coherente ésta última con un sistema de compatibilidad entre sucesión testada e intestada y parece que la norma de la Compilación navarra es un residuo del Derecho histórico que establecía la esencialidad de la institución de heredero, pero es verdad que la norma navarra es práctica (quizá más práctica que justa). Quedaría por decidir cuál de las dos normas refleja mejor la presunta voluntad del causante.

No hay reglas sobre el cómputo del parentesco, por lo que se aplican los criterios del CC.

Hay que tener en cuenta, en primer lugar, los diversos casos de reversión: donación propter nuptias (ley 116): los bienes donados vuelven al donante si el donatario (o los descendientes de éste) falleció sin descendencia y sin

haber dispuesto de los mismos; dote (ley 123, que remite a la ley 116); dotaciones hechas por razón de matrimonio (ley 135, que remite a la ley 116); y donaciones hechas por ascendientes a descendientes fallecidos sin descendencia (ley 279, similar al art. 812 CC, pues se aplica tanto a la sucesión testada como a la intestada, a diferencia de lo que ocurre en los recobros aragoneses). Todas estas figuras son de aplicación preferente a la sucesión troncal y son sucesiones a título particular.

También hay que tener en cuenta la reserva del bínubo regulada en las leyes 274 a 278.

Y finalmente hay que tener en cuenta la sucesión en bienes troncales (leyes 305 a 307), que rige cuando el causante muere sin descendientes y sin haber dispuesto de dichos bienes. Se ha entendido que es una auténtica sucesión universal, aunque no se dice expresamente esto en la Ley, si bien, al igual que en Aragón, el heredero (todo heredero) responde de las deudas hereditarias sólo con el valor de los bienes adjudicados. La troncalidad navarra no limita, al igual que la aragonesa, las facultades dispositivas del causante, si bien existe un derecho de adquisición preferente (retracto gentilicio) en caso de enajenaciones onerosas entre vivos. Son bienes troncales los inmuebles (a diferencia del Derecho aragonés, sólo los inmuebles, cuya definición legal se encuentra en la ley 347) adquiridos a título lucrativo de parientes hasta el 4º grado, o por permuta de bienes troncales o retracto gentilicio.

Son tronqueros, por este orden y siempre de la línea de procedencia de los bienes: los hermanos, sin preferencia de doble vínculo y con derecho de representación; en su defecto, el ascendiente de grado más próximo; en su defecto, los colaterales hasta el 4º, excluyendo los de grado más próximo a los de más remoto, sin representación y siempre por partes iguales.

Si no hay parientes tronqueros, la sucesión se rige por las reglas de la sucesión no troncal.

Como decíamos al tratar el Derecho aragonés, no corresponde aquí estudiar este tipo de sucesión, inexistente en los Derechos de las Islas Baleares, sino más bien fijarnos en la sucesión en bienes no troncales ni reservables. En el caso del Derecho navarro sí que hay una especialidad importante respecto del CC (único caso en los Derechos civiles españoles). Se da en el orden de suceder, que es el siguiente:

En primer lugar los hijos, sin distinción de filiaciones, incluido hijos adoptados en adopción plena, con derecho de representación a favor de sus respectivos descendientes; en segundo lugar, no los ascendientes sino los hermanos (aunque sean bienes no troncales, a diferencia del Derecho aragonés) de doble vínculo (y sus descendientes, por representación); en

tercer lugar, los medio hermanos (y sus descendientes, por representación); en cuarto lugar, los ascendientes de grado más próximo (como en el CC: si fuesen de distintas líneas, por mitad entre ambas y dentro de cada línea por cabezas); en quinto lugar, el cónyuge o pareja estable, siempre que no esté excluido del usufructo de fidelidad; en su defecto, los demás colaterales hasta el 6º grado, excluyendo los de grado más próximo a los de más remoto, pero sin distinción de vínculo doble o sencillo ni de líneas, “sin representación” (palabras éstas introducidas por la Ley 5/1987) y siempre por partes iguales; finalmente, la Comunidad Autónoma “que aplicará la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, por mitad entre instituciones de la Comunidad y municipales del Navarra” (esta redacción entrecomillada se introdujo por la Ley 5/1987; la redacción anterior remitía al art. 958 CC). Respecto de ésta última, a falta de mayores precisiones, hay que entender que es necesaria la previa declaración de herederos (ya que esto es la regla general y para evitarla haría falta una disposición expresa); también creemos que la aceptación es siempre a beneficio de inventario, ya sea por aplicación del CC como Derecho supletorio (a falta de norma propia de cualquier tipo y por no ser contrario a la tradición jurídica) o por analogía juris, aunque sería mejor que se hubiera dicho expresamente.

Hay que tener en cuenta, además:

Que en el Derecho navarro no hay norma como la del art. 923 CC, por lo que se ha sostenido por ilustres autores que en caso de repudiación de todos los llamados en primer lugar no heredan los del grado siguiente, sino que hay que pasar al siguiente orden. Esto es muy llamativo y mercería un estudio más detenido que ahora no podemos hacer.

Que el derecho de representación se da en la línea descendente sin limitación y nunca en la línea ascendente (hasta aquí, como en el CC) pero en la línea colateral se da a favor de descendientes de hermanos hasta el 4º grado a contar del propio causante. Y que en todo caso el derecho de representación se rige en primer lugar por lo que haya dispuesto el causante, que podrá excluirlo en cualquier caso; de forma que la representación “legal” sólo rige en defecto de voluntad del causante.

Que el derecho de representación se da siempre por estirpes, como en el CC, pero también en caso de todos los que concurran sean del mismo grado.

Que expresamente dice la Compilación (ley 314) que en la sucesión a favor de ascendientes se dará el derecho de acrecer entre los de la misma línea y sólo en defecto de éstos a favor de los de la otra línea. A esta solución, creemos, se llega también en el CC, pero no se dice de manera expresa sino deduciéndola de los arts. 940 y 941.

Que el cónyuge viudo tiene el usufructo universal (de fidelidad), así como también lo tiene el sobreviviente de pareja estable reconocida por la Ley. El usufructo se extiende a los bienes sujetos a llamamiento, reversión o sustitución (ley 255). No se tiene en los casos de la ley 254; entre ellos, en caso de separación de hecho convenida o consentida, o si el cónyuge la motivó por infidelidad, incumplimiento grave de los deberes familiares o atentado contra la vida del otro; en caso de separación judicial, si se ha convenido o consentido, o el cónyuge que incurrió en causa de separación por los motivos anteriores o abandono del hogar, o en los demás casos de separación. Se pierde en determinados casos: nuevo matrimonio (salvo disposición del causante), vida marital, vida notoriamente licenciosa o por corromper a los hijos, por incumplimiento de sus obligaciones con dolo o negligencia grave.

En el Derecho navarro, como hemos dicho, hay normativa sobre parejas de hecho. Se trata de la Ley 6/2000, de 3 de julio. Se entiende formada por la convivencia marital durante un año, o por la mera convivencia si hay descendencia común, o por la formalización del pacto en documento público. Pueden ser homosexuales. La Ley previó la constitución de registros municipales o del Gobierno navarro “para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución”. Los efectos sucesorios pasaron a integrarse en leyes de la Compilación (ya reseñadas).

Por todo lo dicho, salvo la equiparación de filiaciones y la asimilación de las parejas de hecho que cumplan los requisitos legales, no ha habido cambios desde 1973.

En resumen:

- * Hay regulación prácticamente completa de la sucesión intestada. No hay reglas sobre el cómputo del parentesco.
- * Hay múltiples supuestos de reversión. También rige la reserva viudal. No implican limitaciones dispositivas para el causante.
- * El derecho de representación es de libre configuración por el causante. Si no ha dispuesto nada, se extiende, igual que en Aragón, hasta el 4º grado en los casos de descendientes de hermanos.
- * Hay sucesiones a título universal por razón de los bienes troncales, referidas sólo a inmuebles, cuya regulación se mantiene desde 1973, a salvo la equiparación de filiaciones. No implican limitaciones ninguna limitación dispositiva para el causante.
- * Los hermanos e hijos de hermanos son siempre preferentes a los ascendientes y al cónyuge en los llamamientos intestados.
- * El cónyuge está equiparado al conviviente de una pareja de hecho.

Cuando tiene el usufructo de fidelidad puede perder éste por determinadas conductas personales.

La separación de hecho sólo adquiere relevancia cuando es convenida o consentida o cuando se dan determinados incumplimientos. El Derecho navarro tiene en cuenta los motivos de la separación, tanto si es de hecho como judicial.

VI.- Derecho del País Vasco.

Al referirnos al Derecho propio del País Vasco vamos a referirnos sólo al de la Tierra Llana vizcaína, ya que en Alava rige íntegramente el CC, salvo en Llodio y Aramaio, donde rigen las normas de la Tierra Llana vizcaína, y salvo en la comarca de Ayala, si bien a salvo sus normas sobre la libertad de testar y el usufructo poderoso rige también el CC, y en Guipúzcoa rige el CC, pues su Derecho propio se refiere sólo a la ordenación sucesoria del caserío por testamento o pacto.

La Compilación vizcaína (Ley de 30 de julio de 1959) reguló la sucesión intestada en sus arts. 31 a 34. Lo principal fue la distinción, en defecto de descendientes, entre bienes troncales y no troncales, que se mantiene hoy día. La primera reforma vino con la Ley de 18 de marzo de 1988, que estableció, en una norma general, el principio de igualdad entre los hijos a efectos sucesorios, salvo en materia de reservas hereditarias.

La siguiente actuación legislativa fue la Ley 3/1992, de 1 de julio, que constituye el Derecho hoy vigente, y que mantuvo la troncalidad en términos muy parecidos. Lo más destacable es que llamó en último lugar a la Diputación foral del territorio histórico correspondiente, en lugar de al Estado y el aumento de los derechos del cónyuge viudo.

Resumimos así el Derecho vigente:

La sucesión intestada es compatible con la testada, al igual que en el CC. Procede cuando por testamento o por pacto no se haya dispuesto de todo o parte de los bienes.

La troncalidad se refiere a los bienes raíces sitos en la Tierra Llana (arts. 19 y 22). Es irrelevante el título de adquisición (da igual incluso que se hayan adquirido de extraños y por título oneroso) y rige el principio de subrogación por otros bienes raíces situados en la Tierra Llana. Afecta a todos los sujetos que tengan vecindad civil en Vizcaya, aforados o no; según el art. 23, incluso en el caso de pérdida de la vecindad civil vizcaína (norma ésta de validez cuestionable). Tiene una fuerza desconocida en todos los demás Derechos civiles españoles, ya que limita las facultades de

disposición al propietario inter vivos y mortis causa: en actos a título oneroso, porque los tronqueros tienen siempre un derecho de adquisición preferente (la “saca foral” regulada en los arts. 112 y ss) y en actos a título gratuito, tanto inter vivos como mortis causa, porque el art. 24 declara nulo de pleno derecho cualquier acto de disposición a favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente de quien transmite. La única matización de esta regla la da el art. 25 para el caso de actos de disposición a título gratuito por vizcaínos no aforados: los beneficiarios, que sólo pueden ser tronqueros de línea preferente, no pueden tener participación en los bienes no troncales mientras no esté cubierta la legítima de los demás legitimarios.

Se ha entendido que la sucesión troncal no es a título universal porque el art. 63 establece que las deudas se pagan con los bienes no troncales y sólo en defecto de éstos, con los troncales (no podemos entrara ahora en esta cuestión).

La herencia intestada se defiende en primer lugar a los descendientes, sin distinción de filiaciones y sin distinción de bienes. En principio, como en el CC, pero hay que tener en cuenta el amplio juego de las reservas reguladas en los arts. 84 y ss, que se ampliaron en la reforma de 1992, y que muchas veces obligarán a distinguir entre hijos de primer y ulteriores matrimonios.

En defecto de descendientes, hay que distinguir los bienes troncales de los no troncales.

Respecto de los troncales, corresponden en primer lugar a los ascendientes de la línea de procedencia, pero sin exceder del ascendiente que primer poseyó la raíz; en su defecto, a los colaterales de la línea de procedencia, hasta el 4º grado. Hay que tener en cuenta, respecto de los bienes comprados o ganados constante matrimonio, que van al padre o madre sobreviviente si éste los ha adquirido del cónyuge premuerto por medio de hijos comunes (sin perjuicio de la reserva del art. 85). También hay que tener en cuenta que la troncalidad se entiende, desde la Ley de 1992, sin perjuicio de los derechos legitimarios del cónyuge viudo: usufructo de la mitad de la herencia si concurre con ascendientes (o descendientes) y usufructo de dos tercios en los demás casos, aunque tiene que recaer en último término sobre bienes troncales y los parientes tronqueros pueden conmutarlo (art. 58).

Respecto de los bienes no troncales: suceden en primer lugar los padres o el que de ellos sobreviva; en su defecto, se reparten por mitad entre las dos líneas de ascendientes “sea cual fuere la proximidad de los ascendientes en una u otra línea” (a diferencia de lo que ocurre en el CC). Si en una línea no hay ascendientes, corresponde todo a los de la otra línea. En cada línea, el grado más próximo excluye al más remoto (art. 71, que parece aplicable

tanto a colaterales como a ascendientes). En defecto de ascendientes, hereda el cónyuge viudo. En su defecto, los bienes no troncales se repartirán por partes iguales entre las dos líneas colaterales, hasta el 4º grado “sea cual fuere la proximidad de grado en una u otra”. Por tanto, los hermanos e hijos de hermano que existan en una línea no son preferentes a los parientes de ulterior grado que existan en la otra: la división se hará igualmente por mitad entre ambas líneas. Sólo si en una línea no hay colaterales, pasará todo a los colaterales de la otra. Es decir, mismo criterio que para los ascendientes.

Como se ve, no rige el criterio legal de Aragón y Navarra, que llama a los hermanos e hijos de hermanos antes que a los colaterales. De todas formas, sí que se establece una distinción entre hermanos e hijos de hermanos, por un lado, y los demás colaterales, por otro, ya que sólo cuando concurren hermanos con hijos de hermanos se aplica la representación. La representación, a falta de normas propias, es la del CC. Como éste es el único privilegio a los hermanos e hijos de hermanos, resulta que, a diferencia del CC y de los demás Derechos españoles, los sobrinos pueden concurrir con los demás parientes de tercer grado. También rige la norma de que en caso de concurrencia de hermanos de doble vínculo con medio hermanos, los primeros toman doble porción que los segundos (norma ésta que no debe entenderse aplicable a la sucesión troncal). La sucesión de los colaterales que no sean hermanos ni hijos de hermanos se defiende sin ninguna distinción, según se deduce del art. 72; o sea, como en el CC, sin distinción de líneas ni preferencia por razón del doble vínculo, pero el grado más próximo excluye al más remoto.

En último término hereda la Diputación Foral correspondiente. Respecto de ésta, reiteramos lo dicho al referirnos al Derecho de Navarra.

No hay norma, en materia de sucesión intestada, sobre los casos en que el cónyuge viudo carece de derechos. Esta regulación la encontramos sólo en materia de legítima (arts. 58 y 59): carece de derechos el divorciado o el cónyuge separado “por causa a él imputable” y pierde su legítima en caso de ulteriores nupcias o de unión marital de hecho o si tiene durante el matrimonio o con posterioridad al mismo un hijo no matrimonial (salvo que en este último caso el testador haya dispuesto otra cosa). Se plantea el problema de si esto es aplicable a la sucesión intestada, a lo que habrá que responder que sí para mantener la coherencia del sistema (la legítima del viudo también se da en la sucesión intestada).

En el País Vasco hay regulación de parejas de hecho. Se trata de la Ley 2/2003 de 7 de mayo. La pareja se constituye con la inscripción en el Registro administrativo correspondiente, y puede ser heterosexual o bien homosexual. En materia sucesoria, el art. 9 de la Ley da a las parejas de hecho los

mismos efectos que a las casadas. En la sucesión intestada hay que tener en cuenta, además, el posible pacto, en el documento público o privado que la regule, que atribuya al sobreviviente el ajuar doméstico y el uso de la vivienda común durante un año, siempre –en este último caso– que hubiera habido convivencia, y salvo nueva pareja de hecho o matrimonio.

En resumen:

- * Hay una regulación muy amplia de la sucesión intestada.
- * La troncalidad limita las facultades dispositivas del causante (único caso en todos los Derechos civiles españoles)
- * Hay diversos casos de reserva, que incluso se aumentaron en la reforma de 1992.
- * En la sucesión no troncal, el llamamiento a ascendientes siempre es por mitad entre ambas líneas, aunque los sujetos sean de distinto grado. Lo mismo se aplica a los colaterales. En la línea colateral, no hay privilegio a favor de los hijos de hermanos.
- * El cónyuge viudo se antepone a los colaterales, pero su usufructo se amplió a la mitad y puede afectar a los bienes troncales. Falta una regulación clara de los casos en que no se produce el llamamiento.
- * El conviviente de una pareja de hecho está equiparado al cónyuge.

Una ojeada al Derecho extranjero.

1. Derecho alemán.

La sucesión hereditaria se regula por el Libro V (que es el último) del BGB (parágrafos 1922 a 2385). La ordenación formal de la materia se realiza de forma muy distinta al CC español. Por antecedentes históricos germánicos, aunque sean remotos, se regula en primer lugar la sucesión en la que no hay testamento ni pacto, que es lo que en España llamaríamos sucesión intestada, que el BGB encabeza con las palabras “sucesión hereditaria”. Se parte de que la actuación de la voluntad del causante, por testamento o por pacto, no constituye “la regla”. De hecho, otorgar testamento es mucho menos frecuente en Alemania que en España. Tan sólo en los últimos artículos de la sección 1ª del libro V se dice que “el causante puede determinar el heredero por disposición unilateral por causa de muerte”, que “puede excluir de la sucesión legal a una pariente o al cónyuge sin instituir un heredero” y “puede instituir un heredero por contrato, así como ordenar legados y modos”. No hay un elenco legal de casos en que procede la sucesión intestada ya que es como si se ésta rigiera siempre, salvo que haya un testamento o pacto sucesorio válido.

De todas formas, esta presentación es más bien una cuestión formal, pues cuando hay testamento o pacto, éstos son lo que rige la sucesión, a salvo algunas normas imperativas, especialmente por razón de las legítimas.

Por lo dicho, en el Derecho alemán no rige la regla *nemo pro parte*; la sucesión intestada es compatible con la testada. Expresamente lo dice el párrafo 2088.

Hay reglas interpretativas de una voluntad del testador no claramente expresada en los párrafos 2068 y ss que tienden a asegurar la eficacia del testamento. Incluso hay una regla como la del art. 768 CC español en el párrafo 2087.2: “si sólo están atribuidos al designado objetos determinados, en la duda no ha de entenderse que deba ser heredero, aunque esté calificado así”.

El orden sucesorio se estructura por el sistema de parentelas. Cada parentela se forma por una clase de sujetos y los que descienden de él. Así, corresponde heredar:

En primer lugar, a los descendientes del causante, por partes iguales si hay varios. Cada descendiente excluye a los emparentados con el causante a través de él (por tanto, a los descendientes ulteriores), pero si ha premuerto, dichos descendientes ocupan su lugar, con lo que se produce una sucesión por estirpes. Esta clase de personas forma el primer orden (o primera parentela).

El segundo orden son los padres del causante y los descendientes de éstos. Si viven padre y madre, heredan por partes iguales. Si uno ha premuerto, sus descendientes ocupan su lugar, según iguales reglas que para el primer orden. O sea, a diferencia del CC español, hay derecho de representación en la línea ascendente (un atisbo de esto lo hay en el Derecho foral vizcaíno). Sólo si no hay descendientes, hereda el ascendiente que sobrevivió.

El tercer orden son los abuelos del causante y sus respectivos descendientes. Si viven los abuelos, heredan solos y por partes iguales. Si han premuerto, el lugar de cada abuelo lo ocupan sus respectivos descendientes. Si no hay descendientes, corresponde la cuota de esos abuelos a la otra pareja de abuelos (o a los descendientes de éstos).

Como es posible que algún sujeto pueda heredar por pertenecer a diversas estirpes, recibe la cuota que le corresponde en cada estirpe.

El cuarto orden son los bisabuelos y sus respectivos descendientes. Se aplican las mismas reglas. El BGB contempla, pero regulándolo ya conjuntamente, hasta el quinto orden y órdenes más remotos (no fija límite) y les aplica *mutatis mutandis* las mismas disposiciones.

Para que no haya dudas, expresamente dispone que un pariente nunca se entiende llamado si hay otro de orden precedente.

El cónyuge viudo tiene derecho a una cuota variable, pero en propiedad no en usufructo: una cuarta parte de la herencia si concurre con parientes del primer orden; la mitad si concurre con parientes del 2º, pero si concurren en este caso los abuelos con descendientes de abuelos, recibe además, de la otra mitad, la cuota que correspondería a descendientes. Si no hay parientes del primero ni del 2º orden, el cónyuge viudo recibe toda la herencia.

Hay que tener en cuenta que si el régimen económico del matrimonio fue el legal (participación en las ganancias) el parágrafo 1371 da al cónyuge sobreviviente, además de lo que le corresponda por herencia, una cuarta parte de la herencia por liquidación del régimen matrimonial. Es la manera (sensata, en nuestra opinión) de pagar el crédito a la participación. Si el régimen ha sido el de separación de bienes y el cónyuge concurre con uno o más hijos, heredan por partes iguales.

Además de todo esto, si el cónyuge concurre con parientes del 2º orden le corresponde también el ajuar doméstico, siempre que no se trate de pertenencias de una finca, y los regalos de boda.

Si el cónyuge pertenece a un grupo de parientes con derecho a la herencia, hereda también lo que le corresponda como tal pariente.

El cónyuge está privado de derechos si al tiempo de la muerte del causante éste hubiera interpuesto una acción de divorcio (u obtenido el consentimiento para interponerla) o de anulación del matrimonio. Pero en ambos casos el cónyuge conserva un derecho a alimentos.

Sólo si no existen parientes ni cónyuges hereda el Estado federado en que el causante tenía su último domicilio al tiempo del fallecimiento y si esto no se puede averiguar, en el Estado en que tenía su última residencia habitual. En último caso hereda la Federación. Antes del 1 de enero de 2010, si el domicilio se tenía en más de un Estado Federado heredaban los Estados correspondientes, por partes iguales. La herencia se adquiere por el Estado respectivo a título de sucesor, no por derecho de soberanía.

Dada la posible dificultad para encontrar parientes de órdenes distantes, el parágrafo 1964 dispone que si no se ha hallado al heredero en un período de tiempo razonable atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal de herencias tiene que declarar que no hay otro heredero que el Estado. Esta decisión tiene que ir precedida de un anuncio público solicitando alegación de derechos sobre la herencia. Mientras no ha recaído decisión del Tribunal de herencias no puede el Estado ejercitar ningún derecho sucesorio ni

tampoco puede ejercitarse ningún derecho contra el Estado por su condición de sucesor.

En definitiva, un sistema bastante diferente a los Derechos españoles, aunque hay compatibilidad entre sucesión testada e intestada, como en la mayoría de Derechos españoles:

- Ordenación de la sucesión por parentelas, sin límite. El límite se puede producir de hecho, por la dificultad de probar el parentesco o por desconocimiento. Sólo en tal caso hereda el Estado.

- Derechos del cónyuge viudo en propiedad, no en usufructo. En el orden de llamamientos va colocado tras la 2ª parentela, pero tiene derecho a cuotas en propiedad, de distinta extensión, en todos los casos, aunque concorra con hijos; y además el crédito a la participación (en el régimen matrimonial legal) lo recibe en bienes hereditarios. La separación de hecho no tiene efectos en tanto no se haya, como mínimo, interpuesto demanda.

- Hasta donde llega nuestro conocimiento del Derecho alemán, no hay sucesiones especiales por razones de troncalidad o similares.

Existe una regulación de parejas de hecho. También existe en los dos países a que ahora nos vamos a referir (Francia e Italia) pero no se reseña para no alargar excesivamente este trabajo.

2. Derecho francés.

La sucesión hereditaria se regula en Derecho francés en los títulos I y II del libro III del Código Civil (arts. 720 a 1100).

Las formas son también muy “germánicas” (si se permite la expresión), más que en el BGB. El título I es el que lleva por título “De las sucesiones” y comienza regulando como tal lo que en España llamaríamos la “sucesión intestada”. Todo lo relativo a testamentos, donaciones-partición y en general cuanto se refiere a la actuación de la voluntad en el título sucesorio, así como sus límites (las legítimas) se regula junto con las donaciones entre vivos en el título II que se encabeza con las palabras “De las liberalidades”. En el CC francés la palabra “heredero” se utiliza para la sucesión intestada, de forma que en materia testamentaria se utilizan los términos “legs universel” y “legs à titre universel” para referirse a lo que en Derecho español diríamos “heredero” y “legatario de parte alicuota”.

De todas formas, esto es más bien una cuestión formal, pues cuando hay testamento, éste rige la sucesión, a salvo algunas normas imperativas.

Toda la materia sucesoria contenida en el título I fue objeto de nueva redacción por la Ley de 23 de junio de 2006, que también afectó a partes

importantes del título II. La otra reforma importante de los últimos años fue la introducida pro Ley 3 de diciembre de 2001, de reforma de derechos del cónyuge viudo (que aumentó) y de los hijos adulterinos (que igualó a los matrimoniales).

En Derecho francés rige el principio de compatibilidad entre sucesión testamentaria y sucesión legal.

El orden sucesorio exige partir de la existencia o no de cónyuge sobreviviente. Se estructura por órdenes y grados. El heredero más próximo en grado excluye al más remoto y, a igualdad de grado, se hereda por cabezas.

En defecto de cónyuge:

Heredan en primer lugar los hijos y sus descendientes (éstos, por representación); no hay distinción por razón de filiación.

En segundo lugar, el padre y madre así como los hermanos y los descendientes de éstos; si sólo hay padre y madre, heredan ambos por mitad; si no hay padre ni madre, heredan los hermanos (o sus descendientes, por representación); si concurren padre y madre con hermanos o hijos de hermanos, el padre y madre heredan una cuarta parte cada uno y la mitad restante la heredan los hermanos (o sus descendientes), si sólo el padre o sólo la madre concurren con hermanos e hijos de hermanos, el padre o madre hereda una cuarta parte y los hermanos (o sus descendientes) las tres cuartas partes restantes; si el padre o madre no concurre con hermanos ni hijos de hermanos pero sí con ascendientes ulteriores de la otra línea, la herencia se divide por mitad entre ambas líneas. En todos los casos en que el padre o madre sobrevive al causante y no hay descendencia de éste tienen un derecho de recobro sobre los bienes donados a su hijo difunto (o el valor de dichos bienes) pero este recobro se imputa a su cuota hereditaria.

En tercer lugar, heredan los ascendientes ulteriores. La herencia se divide por mitad entre los ascendientes paternos y maternos. Dentro de cada línea heredan los más próximos en grado y si hay más de uno, por partes iguales. Si en una línea no hay ascendientes, la herencia corresponde íntegramente a la otra línea.

En cuarto lugar, los restantes colaterales, hasta el 6º grado. La herencia se divide siempre por mitad entre las líneas paterna y materna. En cada línea heredan los colaterales de grado más próximo; todos los colaterales del mismo grado heredan por cabezas. Si en una línea no hay colaterales, heredan todo los colaterales de la otra línea

Se admite el juego de la representación. En la línea descendente, sin límite. En la ascendente, en ningún caso. En la colateral, a favor de los hijos y descendientes de hermanos; es decir, sólo de hermanos, pero sin

límite de grados. Los representantes heredan siempre por estirpes, tanto si concurren con otros parientes como si concurren solos.

La representación se da en caso de premoriencia y también en favor de los descendientes del indigno de suceder, pero la reforma de 2006 ha aportado la novedad (creemos que discutible) de que también se da en caso de renuncia, con la finalidad de favorecer que los bienes pasen a las generaciones jóvenes.

Si hay cónyuge sobreviviente:

Si concurre con hijos o descendientes del difunto, tiene derecho a optar entre el usufructo universal o la propiedad de una cuarta parte si todos los hijos son comunes; si muere sin haber optado, se entiende que eligió el usufructo. Para el cálculo de la cuarta se suman al relictum los bienes transmitidos por acto entre vivos o por testamento por el causante a los sucesores. Todo lo recibido por el cónyuge a título gratuito de su difunto consorte se imputa a esta cuarta. El usufructo puede convertirse en una renta vitalicia a petición de uno cualquiera de los nudo-propietarios o del propio usufructuario. Por acuerdo de ambas partes puede conmutarse por un capital.

Si hay uno o más hijos no comunes, hereda una cuarta parte (sin opción de usufructo).

Si no hay hijos ni descendientes y concurre con el padre o madre del causante, el cónyuge hereda la mitad de la herencia y la otra mitad corresponde al padre y madre por partes iguales. Si el padre o madre premurieron al causante, su parte acrece al cónyuge viudo.

Si no hay hijos ni descendientes ni padre ni madre, el cónyuge viudo hereda la totalidad de la herencia. Pero si el difunto hubiera recibido bienes de sus ascendientes por herencia o donación y esos bienes forman parte in natura del caudal relicto, hay una sucesión especial a favor de los hermanos, que ahora reseñaremos.

Si el cónyuge hereda tres cuartas partes de la herencia o toda la herencia, los ascendientes del difunto que no sean el padre o la madre tienen un derecho de alimentos contra la herencia.

El cónyuge tiene el derecho de seguir ocupando gratuitamente durante un año la vivienda que ocupaba como residencia principal. Este derecho se califica por la Ley (art. 763) de matrimonial y no sucesorio. También tiene, si el difunto no lo prohibió, un derecho de habitación vitalicio sobre esa vivienda, imputable a sus derechos hereditarios, si bien por mutuo acuerdo con los herederos puede convertirse en una renta vitalicia o en un capital.

Finalmente, el cónyuge, si lo necesita, tiene derecho a exigir a la herencia una pensión alimenticia.

Hay sucesiones especiales:

- Derecho de recobro en caso de adopción simple: si el adoptado muere sin descendencia, los bienes donados por el adoptante vuelven al adoptante o a los descendientes de éste si existen “in natura”. Lo mismo ocurre con los bienes recibidos a título gratuito del padre o madre por naturaleza.

- Sucesión de hermanos en bienes de familia: la mitad de los bienes que el difunto recibió por donación o herencia de sus padres y que existen “in natura”, se adquieren, en defecto de descendientes, por los hermanos (o descendientes de éstos y del padre o madre premuerto). Se creó en 2001 para compensar la anteposición del cónyuge a los hermanos. Se aumentó en la reforma de 2006, pues se amplió a los bienes recibidos por el difunto de de cualesquiera ascendientes.

- La reforma de 2006 también dio derecho a los padres a recuperar los bienes donados por ellos al hijo fallecido sin descendientes, aunque esto se imputa a los derechos sucesorios de dichos padres (no lo reciben “además de”).

- También hay reglas especiales en materia de propiedad intelectual, alquileres y recuerdos de familia.

La posición del Estado.

Cuando una persona muere sin herederos, o la herencia se abandona, el Estado puede solicitar al Juez la aprehensión de los bienes (“envoi en possession”) y se le concede previo un procedimiento sencillo en el que se realizan llamamientos a eventuales herederos en periódicos oficiales y transcurre un plazo de cuatro meses. El Estado puede entonces disponer de los bienes, pero sin perjuicio de tercero, de forma que si aparece después un heredero que justifica su condición puede reclamar los bienes o su precio si ya se enajenaron. El Estado sólo responde de las deudas hereditarias con los bienes del causal. En general se tiende a considerar que el Estado no pasa a tener la condición de sucesor del difunto, sino que ejerce un derecho soberano.

El Derecho francés ha diseñado un sistema equilibrado:

- Compatibilidad entre sucesión testada e intestada.

- Cómputo por órdenes y grados, no por parentelas. El derecho a heredar llega hasta el 6º grado.

- Si no hay cónyuge, y en defecto de descendientes, hay concurrencia de los padres con los hermanos e hijos de hermanos.

- El cónyuge que concurre con descendientes tiene opción a usufructo o cuota en propiedad. Y en el primer caso hay muchas facilidades de conmutación. En defecto de descendientes, hay concurrencia de derechos con el padre o madre, pero hay diversos casos de reversión.

3. Derecho italiano.

El Código Civil italiano regula la sucesión hereditaria en el Libro segundo. Tras un título I relativo a disposiciones generales, el título II regula las “sucesiones legítimas” y el título III las “sucesiones testamentarias”.

El Derecho italiano admite la compatibilidad entre la sucesión intestada y la testamentaria.

El orden sucesorio se regula en los artículos 565 a 586. Los artículos contienen referencias a distintas clases de hijos. En general, la igualdad entre filiaciones se estableció por una Ley de 19 de mayo de 1975 (de reforma del Derecho de familia), que también modificó las reglas sobre derechos del cónyuge viudo; no obstante, algunas desigualdades que subsistieron fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, pero los artículos correspondientes no han sido sustituidos por otros.

En primer lugar, heredan los hijos legítimos y naturales, por partes iguales. Se les equiparan los hijos legitimados y los adoptivos. Los hijos adoptivos no tienen derechos en la herencia de los padres de los adoptantes.

En defecto de descendencia y de hermanos e hijos de hermanos, suceden el padre y madre por partes iguales o el que de éstos sobrevive. En su defecto, la herencia se divide por mitad entre las líneas paterna y materna, pero si los ascendientes no son de igual grado, corresponde toda la herencia al de grado más próximo.

En defecto de ascendientes, heredan los hermanos por partes iguales. Si concurren hermanos de doble vínculo con medio hermanos, los primeros toman doble porción.

Si concurren padre o madre con hermanos, todos heredan por cabezas, pero la parte de los padres (o en su caso, de uno) no puede ser inferior a la mitad de la herencia. Si los padres no quieren o no pueden heredar, su parte se defiende a los ulteriores ascendientes, según la regla de sucesión de los ascendientes antes dicha.

Hay derecho de representación en la línea recta descendente, sin limitación de grados, y en la colateral, a favor de los descendientes de hermanos, también sin límite de grado. La representación opera en todos los casos en que no se puede o no se quiere heredar.

En defecto de todos los nombrados, y de descendientes de éstos a quienes correspondiera heredar por representación, heredan los demás parientes colaterales más próximos en grado, sin distinción de líneas, con el límite del 6º grado.

Si hay cónyuge viudo y descendientes legítimos o naturales, la mitad de la herencia es para el viudo si hay un solo descendiente; si hay más de uno, un tercio de la herencia es para el viudo y dos tercios para los descendientes. Si concurre con los padres, dos tercios corresponden al cónyuge y un tercio a los padres, por partes iguales o al que sobreviva. Si el causante muere sin descendientes y sin padre ni madre, sucede el viudo en toda la herencia.

En caso de separación judicial, el cónyuge tiene derecho (sólo) a una renta vitalicia si al abrirse la sucesión tenía derecho a una pensión alimenticia a cargo del premuerto. En caso de separación de hecho tiene los mismos derechos que el cónyuge no separado.

En defecto de todas las personas citadas, hereda el Estado, que adquiere la herencia sin necesidad de aceptación, pero no puede renunciarla. El Estado no responde de las deudas hereditarias y de los legados más que con el valor de los bienes adquiridos.

Lo más llamativo sería:

- Hay concurrencia de derechos de ascendientes y hermanos.
- El amplio juego de la representación.

- Hay concurrencia de derechos del viudo y de descendientes y en su caso, padre o madre. Las cuotas del viudo son en propiedad, no en usufructo. No hay en principio relevancia de la separación de hecho. Los derechos del viudo, al ser en propiedad, no quedan dependientes de su conducta personal.

Propuesta de regulación.

El estudio de la materia que se ha realizado sugiere múltiples propuestas de regulación. Sin embargo, no creemos que convenga ahora para proponer una regulación completa de la sucesión intestada en los Derechos de las Islas Baleares, porque no sería muy diferente, en sus líneas básicas, del sistema del CC. Nos limitamos a proponer unas normas sobre la posición jurídica del cónyuge viudo (o conviviente, en su caso) y alguna posible actuación de la voluntad del causante en la sucesión intestada; seguramente en estas materias sí habría que compensar la inactividad del legislador estatal. La sucesión en último término de la Comunidad Autónoma también podría introducirse.

Las reglas existentes en algunos Derechos, especialmente extranjeros, sobre concurrencia de derechos de ascendientes y determinados colaterales, o sobre el derecho de representación, nos parecen muy interesantes, pero no son una exigencia social en Baleares y no creemos que deba crearse esta diferencia legal con el sistema del CC.

Por otro lado, la vigencia del CC en Ibiza-Formentera tampoco parece aconsejar introducir reglas nuevas que creen más diferencias entre las Islas.

La propuesta se ofrece, con modestia, para ser estudiada por los juristas de las diferentes Islas con el fin de decidir lo que pueda ser asumible en cada ámbito. La presentación de un texto único no prejuzga su ulterior división.

Proponemos el siguiente texto articulado:

a) Posición jurídica del cónyuge viudo en la sucesión intestada.

a.1- El cónyuge viudo es llamado a la sucesión intestada del causante en los casos y en la forma que se determina en los artículos siguientes.

a.2- En concurrencia con descendientes del difunto:

Si sólo concurre con descendientes comunes, tiene derecho al usufructo vitalicio de la mitad de la herencia. Este usufructo puede ser conmutado por una cuota en propiedad de los bienes hereditarios o por un capital cuyo valor –en ambos casos– sea equivalente al del usufructo, calculado éste según las reglas del impuesto de sucesiones. La decisión de conmutar y la elección de la cuota en propiedad o del capital procederán a petición del cónyuge o de la mayoría de los herederos.

Si concurre con descendientes comunes y de sólo su cónyuge, tiene el mismo derecho de usufructo, pero la conmutación podrá ser pedida por el cónyuge, o por la mayoría de los descendientes comunes, o por cualquiera de los descendientes no comunes.

A consecuencia de la conmutación prevista en los dos párrafos anteriores, el cónyuge viudo no podrá resultar obligado a abandonar la vivienda habitual que efectivamente ocupaba con el difunto. Por acuerdo entre el cónyuge viudo y los herederos, la cuota de bienes hereditarios o el capital podrán a su vez conmutarse por una renta temporal o vitalicia.

Si sólo concurre con descendientes no comunes, tiene derecho a una cuota en propiedad cuyo valor sea equivalente al del usufructo universal de la herencia, calculado éste según las reglas del impuesto de sucesiones.

a.3- En concurrencia con ascendientes del difunto, tiene derecho al usufructo vitalicio de dos tercios de la herencia. Este usufructo puede ser

conmutado por una cuota en propiedad de los bienes hereditarios o por un capital cuyo valor –en ambos casos– sea equivalente el del usufructo, calculado éste según las reglas del impuesto de sucesiones, a petición del cónyuge o de cualquiera de los herederos. Los bienes que los ascendientes eventualmente adquieran por derecho de reversión no pueden quedar gravados por el usufructo ni, en su caso, se integran en la base de cálculo para la conmutación.

El cónyuge viudo no podrá resultar obligado en ningún caso a abandonar la vivienda habitual que efectivamente ocupaba con el difunto. Por acuerdo entre el cónyuge viudo y los herederos, la cuota de bienes hereditarios o el capital podrán a su vez conmutarse por una renta temporal o vitalicia.

a.4- En defecto de descendientes y ascendientes del difunto, sucede el cónyuge viudo en toda la herencia. No obstante, en los bienes que el difunto había adquirido por título gratuito de sus ascendientes o de colaterales hasta el 4º grado suceden, a título universal, y siempre que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes, los hermanos, por partes iguales, representando a los premuertos sus respectivos hijos.

Si el cónyuge viudo fallece intestado o sin haber dispuesto entre vivos de todos o algunos de los bienes heredados de su cónyuge premuerto, sucederán en ellos, a título universal, los parientes de éste llamados a sucederle abintestato si hubiera fallecido en el momento de fallecer el cónyuge sobreviviente.

a.5- El cónyuge viudo queda privado de derechos si ha interpuesto demanda de nulidad, separación o divorcio, o si la demanda se ha interpuesto con su consentimiento, o si ha recaído sentencia, en cualquier instancia, de nulidad, separación o divorcio o si se ha declarado la separación de hecho ante Notario de mutuo acuerdo o por el cónyuge que después sobrevivió.

En los demás casos de separación de hecho, el cónyuge sobreviviente también quedará privado de derechos si ha transcurrido más de un año desde el cese de la convivencia. Se entenderán demostrados estos hechos, sin perjuicio de admitirse cualquier otra prueba, si requerido notarialmente el cónyuge viudo por cualquiera de los herederos, transcurriese un plazo de un mes sin haberla negado ante el mismo Notario requirente.

b) Derechos del conviviente registrado como pareja de hecho.

b.1- El conviviente registrado como pareja de hecho tendrá, si concurre con descendientes, los mismos derechos que hubieran correspondido al cónyuge viudo, con la salvedad de que cualquiera de los herederos puede pedir, antes de los seis meses desde la apertura de la sucesión, que su

derecho de usufructo no sea vitalicio, sino temporal en proporción al tiempo transcurrido desde la inscripción en el Registro de parejas estables.

b.2- Si concurre con ascendientes o con colaterales tendrá derecho a seguir residiendo en la vivienda habitual que efectivamente ocupaba con el difunto durante un plazo equivalente al tiempo transcurrido desde la inscripción en el Registro de parejas estables.

b.3- En caso de cese de la convivencia por cualquier causa, aunque no se haya instado la cancelación de los asientos registrales correspondientes, el conviviente quedará privado de derechos. Se entenderá demostrado el cese, sin perjuicio de admitirse cualquier otra prueba, si requerido notarialmente el sobreviviente por cualquiera de los herederos, transcurriese un plazo de un mes sin haberla negado ante el mismo Notario requirente.

c) La sucesión de la Comunidad Autónoma.

c.1- En defecto de las personas llamadas a la sucesión intestada, heredará la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

c.2- La Comunidad Autónoma deberá obtener la previa declaración de herederos. Una vez obtenida, podrá tomar posesión por sí misma de los bienes relictos.

c.3- La Comunidad Autónoma no podrá repudiar la herencia y responderá de las deudas hereditarias sólo con los bienes relictos, sin necesidad de realizar inventario.

c.4- Los bienes relictos o el producto de su enajenación deberán destinarse sin dilación a establecimientos de asistencia social del municipio balear en que el difunto tuvo su última residencia habitual; si no los hay en dicho municipio, a establecimientos del mismo tipo en la Isla a que dicho municipio pertenezca.

d) Actuación del causante en la propia sucesión intestada.

d.1- Mediante codicilo (en las Pitiusas, mediante testamento) el otorgante puede, respecto de su propia sucesión intestada, ordenar legados y modos no resolutorios, sustituciones a los legados, y nombrar albaceas y contadores-partidores. También puede excluir de tal sucesión a determinadas personas, ya designándolas individualmente ya por referencia a determinada categoría de parientes. Los excluidos quedan privados de todo derecho a suceder, incluso en caso de *successio in gradum*, así como también, salvo voluntad contraria del disponente, sus respectivas estirpes de descendientes. Esto se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en materia de legítimas. Si el

excluido de la sucesión fuese legitimario, la exclusión deberá realizarse cumpliendo los requisitos de la desheredación y habrá lugar al derecho de representación, en su caso.

d.2- Se da nueva redacción al primer párrafo del art. 17 de la Compilación, para referirlo sólo a la sucesión testamentaria: “Mediante codicilo, el otorgante puede adicionar o reformar su testamento, pero, en ningún caso, puede instituir heredero...” (etc).

Palma, 10 marzo 2013

XII.6- ACTAS DE LAS REUNIONES CONJUNTAS DE LAS COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO.

ACTA DE LA CELEBRADA EL 23 DE ABRIL DE 2013..

En la ciudad de Palma de Mallorca, a 23 de Abril de 2013, siendo las 17 horas, se reúnen, en la sede de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, las Comisiones académicas de Derecho Público y de Derecho privado, asistiendo a la reunión don Miquel Masot Miquel, Presidente de la Academia, así como los Académicos don Eduardo Martínez-Piñero Caramés, don Jaume Ferrer Pons, don Bernardo Cardona Escandell, don Tomás Mir de la Fuente, don Pedro A. Aguiló Monjo y don Josep Maria Quintana Petrus. Justifican su inasistencia por compromisos ineludibles D. José Cerdá Gimeno y D^a María Pilar Ferrer Vanrell.

Abierto el acto por el Presidente, comienza el mismo por agradecer a los Sres. Aguiló Monjo, Jiménez Gallego y Mir de la Fuente los trabajos realizados, los cuales constituirán el informe de las Comisiones Académicas, junto con el trabajo efectuado por el propio Presidente y las actas de las sesiones, en las que las mencionadas aportaciones de los Académicos habrán sido objeto de deliberación.

De acuerdo con lo establecido en la convocatoria, se comienza por el examen de los trabajos de los Sres. Mir de la Fuente y Aguiló Monjo, poniendo de relieve todos los reunidos la coincidencia de los dos indicados trabajos en cuanto a las conclusiones a que llegan, de las que puede deducirse que ambos se muestran partidarios de una reforma legislativa que establezca la sustitución del Estado por la Comunidad Autónoma en la sucesión intestada, a falta de parientes con derecho a suceder, habiendo expuesto ambos en su trabajo la posibilidad constitucional de acometer la mencionada reforma, cual han hecho, por cierto, las otras Comunidades Autónomas con Derecho civil propio y alguna de ellas que no lo tenían, cual es el caso de Valencia. Asimismo coinciden ambos expertos en la distribución

de la herencia en el caso de que la percibiera la Comunidad Autónoma, ya que parece plausible que un tercio de la misma vaya al municipio en el que tenía el finado su domicilio, otro tercio a la Isla correspondiente, quedando el tercio restante para la propia Comunidad Autónoma. Se señala asimismo que las instituciones y organizaciones municipales e insulares entre las que se distribuiría el tercio correspondiente podrían ser, indistintamente, de asistencia, bienestar social y beneficencia y también culturales y de educación.

Suscitó algunas consideraciones la cuestión apuntada en el trabajo del Sr. Aguiló Monjo sobre el órgano administrativo que debería realizar la distribución, ya que en el mismo se ofrece la disyuntiva entre crear una Junta Distribuidora de Herencias o otorgar directamente la competencia al órgano administrativo competente en materia de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. De entrada, y por evidentes razones de ahorro de gasto público, parecía preferible la segunda opción, que evita la creación de un nuevo órgano administrativo. Pero la misma presenta el inconveniente de concentrar la capacidad decisoria sobre la realización de la distribución en una sola persona, lo que, desde luego, tampoco es encomiable. En todo caso, se llegó a la conclusión de que se está ante un tema que entra dentro de la capacidad organizativa de la propia Administración Pública, por lo que parece oportuno dejarlo al criterio de la misma, en el bien entendido que las normas hoy imperantes en materia de gasto público impedirían que resultara excesivo el ocasionado por la creación y mantenimiento de una Junta Distribuidora de Herencias.

Se finaliza el examen de los trabajos de los Sres. Mir de la Fuente y Aguiló Monjo señalando que la reforma a realizar, para hacer efectiva la sustitución del Estado por la Comunidad Autónoma como heredera *ab intestato*, no solamente afectaría al artículo 53 de la Compilación –referido a la sucesión intestada en Mallorca y Menorca– sino también al artículo 84 –relativo a la sucesión intestada en Eivissa y Formentera–, preconizando para ambos preceptos una disposición similar, en la que la distribución de las herencias que pueda percibir nuestra Comunidad Autónoma tenga lugar de acuerdo con los parámetros que han quedado indicados.

Se entra a continuación en el estudio del trabajo realizado por el Sr. Masot Miquel titulado “Notes sobre la regulació de la successió intestada en el Dret civil de les Illes Balears”, exponiendo aquel las líneas generales del mismo, en las que están de acuerdo los reunidos. Particularmente hay coincidencia de opiniones sobre la conveniencia de evitar *de lege ferenda* las remisiones, dado que se producen situaciones conflictivas cuando hay modificaciones legislativas en las normas a las que se efectúa la remisión. En este sentido se considera que, si bien no deja de ser aguda la consideración

expuesta en su obra por el Académico Sr. Cerdá Gimeno, quien distingue entre las remisiones a todo un amplio sector del Ordenamiento jurídico –como las que realizan los arts. 53 y 84 de la Compilación a la sucesión intestada y el art. 70 a la testada– y las que se refieren a un o unos preceptos concretos y determinados, pudiendo la remisión tener carácter dinámico en el primer caso, tal consideración tropieza con la expresión terminante de la Disposición Final segunda de la Compilación y con la evidencia de que el carácter dinámico de las remisiones supondría dar entrada a un órgano legislativo distinto del Parlament balear para regular nuestras propias instituciones.

En definitiva, se considera que los preceptos de la Compilación relativos a la participación del cónyuge viudo en la sucesión intestada y a la legítima viudal no se corresponden con la conceptualización actual del matrimonio, tras la sustancial reforma operada por la ley general del Estado 15/2005 de 8 de Julio, que lo fundamenta en la sola voluntad de los cónyuges de mantenerlo, pudiéndolo disolver cualquiera de ellos tras el transcurso de tres meses, y sin que se pueda declarar culpabilidad de ninguno de los esposos. En estas circunstancias es lógico que la misma ley estatal modificara los artículos 834 y 945 Cc, referidos respectivamente a la legítima viudal y a la sucesión intestada, señalando simplemente que estos derechos sucesorios corresponden al cónyuge viudo que no esté separado judicialmente o de hecho, sin ninguna otra precisión. Situación distinta a las existente en nuestro Derecho, en que tiene derecho a la legítima viudal el cónyuge viudo que estuviera separado por culpa del difunto y concurre a la sucesión intestada el cónyuge separado de hecho si la separación no ha sido por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

Siendo aconsejable la reforma de nuestra legislación en este punto, se considera que en la propia disposición legal en la que se regulara la sustitución del Estado por la Comunidad Autónoma en la sucesión intestada, se debería también regular todos estos aspectos relativos a la legítima y al derecho a suceder *ab intestato* del cónyuge viudo, disponiendo que estos derechos dejaran de existir en caso de separación judicial o de hecho, sin más precisiones; y haciendo referencia a la posibilidad de reconciliación en el sentido preconizado en el informe sobre legítimas, elaborado sobre una ponencia del Académico Sr. Ferrer Pons, en el que se decía que, si se hubiere dado la reconciliación de los cónyuges separados judicialmente o de hecho, y se hubiere comunicado la misma, en el primer caso, al Juez ante el que se tramita o se tramitó la separación, el sobreviviente conservará sus derechos.

El Académico Sr. Cardona presenta un texto, referido al Derecho de Eivissa y Formentera, en el que propone la consideración del cónyuge viudo

como legitimario, tanto en la sucesión testada como en la intestada, siendo la cuantía de la misma el usufructo de la mitad del valor de la herencia, en caso de concurrir con descendientes, y dos terceras partes en caso de hacerlo con ascendientes. Pone especial énfasis en la referencia al valor de la herencia, de acuerdo con la conceptualización tradicional de la legítima pitiusa como *pars valoris bonorum*. Este derecho permanecería invariable en ambos tipos de sucesiones, aun en el caso de que la sucesión intestada no se hubiera abierto por la totalidad de la herencia, sino sobre parte de la misma, por coexistir con disposiciones del causante relativas a otros bienes de ella. Tan solo dejaría de ostentar el cónyuge viudo estos derechos sucesorios en caso de estar separado de hecho o en virtud de sentencia firme.

Tales consideraciones fueron plenamente aceptadas por los reunidos, dada su coincidencia con lo manifestado hasta el momento sobre todos estos temas.

Se deja para la próxima sesión académica –que tendrá lugar el día 20 de Mayo a las 18 horas– el análisis del trabajo presentado por el Académico Sr. Jiménez Gallego y, en especial, su propuesta de novedosas reformas legislativas. Sobre las mismas el Sr. Masot Miquel entrega a los reunidos unos folios expresivos de una serie de ideas que la importancia y novedad de las mismas le ha suscitado.

Tras lo cual se levanta la sesión, no sin antes agradecer el Presidente Sr. Masot su dedicación e interés a los autores de los trabajos y a los asistentes a la reunión.

ACTA DE LA CELEBRADA EL 20 DE MAYO DE 2013.

En la ciudad de Palma de Mallorca, a 20 de Mayo de 2013, siendo las 18 horas, se reúnen, en la sede de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, las Comisiones académicas de Derecho Público y de Derecho privado, asistiendo a la reunión don Miquel Masot Miquel, Presidente de la Academia, así como los Académicos don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, don Jaume Ferrer Pons, don Bernardo Cardona Escandell, don Tomás Mir de la Fuente, don Pedro A. Aguiló Monjo, D^a María Pilar Ferrer Vanrell y don Carlos Jiménez Gallego. Justifican su inasistencia por compromisos ineludibles don José Cerdá Gimeno y don Josep Maria Quintana Petrus.

Abierto el acto por el Presidente, se aprueba por unanimidad el acta de la reunión anterior, que había sido previamente remitida a todos los asistentes. Indica a continuación el Presidente que, habiéndose ya examinado y debatido en la sesión anterior los estudios presentados por los Académicos Señores Aguiló Monjo, Mir de la Fuente y Masot Miquel, la presente sesión se centraría en el estudio del Académico Sr. Jiménez Gallego y, en particular, en sus novedosas propuestas *de lege frenda*. Así se aprueba, no sin antes hacer constar el Sr. Mir de la Fuente que si se propone una nueva redacción del artículo 53, como la que sugiere el Sr. Aguiló, u otra, sobre la sucesión de la Comunidad Autónoma en lugar del Estado, no se puede olvidar el artículo 84, que habrá de serlo expresamente y en consonancia. Podría añadirse al párrafo segundo, una proposición que diga: asimismo, a falta de parientes con derecho a heredar, sucederá la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que lo hará en la forma establecida en el artículo 53. Propuesta que merece la conformidad de los asistentes.

Indica el Presidente Sr. Masot que, con carácter previo a este acto, se han remitido a todos los miembros de las Comisiones dos escritos relativos a las propuestas del Académico Sr. Jiménez Gallego. Uno de ellos del Académico Sr. Ferrer Pons, que se une a la presente acta como documento número 1, y otro del propio Presidente, que asimismo quedará unido como documento número 2.

Antes de iniciar el debate, el Presidente felicita al Sr. Jiménez Gallego por el gran trabajo realizado y por la novedad de las propuestas que sin duda merecerán, como así va a ser, un amplio debate. Es sentir general de los reunidos que nada hay que corregir ni enmendar por lo que respecta al

examen del Derecho comparado, en el que el Sr. Jiménez Gallego ha demostrado, una vez más, sus amplísimos conocimientos en la materia. Uno de los Académicos quiere comentar, empero, una referencia que se contiene en el estudio al Derecho de Navarra, que, en la ley 300 de la Compilación admite la concurrencia de la sucesión testada con la intestada, para señalar, en la ley 216, que, en caso de institución de un heredero en cosa cierta sin concurrir con herederos universales, no se abre la sucesión intestada por el resto de la herencia, sino que la misma acrece al instituido *ex re certa*. En el estudio se dice que la norma navarra es práctica (quizás más práctica que justa) y quedaría por decidir como se reflejaría de mejor manera la voluntad del causante, si con el juego del mencionado derecho de acrecer o con la apertura de la sucesión intestada para la porción vacante. El comentario que se quiere hacer sobre el particular parte de la base de que el heredero instituido en cosa cierta ha sido designado expresamente por el testador, quien, por el contrario, ni siquiera ha mencionado, en su disposición de última voluntad, a las personas que sucederían *ab intestato*. Por lo que no puede haber dudas sobre cual sería la voluntad del testador sobre dicho particular, y consiguientemente, sobre la justicia de la solución propugnada por el artículo 216 de la ley navarra.

Ya centrado el debate en las propuestas de regulación, considera el Presidente que, por una cuestión de orden, resulta procedente comenzar examinando el escrito presentado por el Académico Sr. Ferrer Pons, quien con abundante argumentación, señala que, al reflejar las propuestas de regulación los derechos legitimarios del cónyuge viudo, se está ante una materia que no debería ser tratada dentro de la sucesión intestada, sino que el examen de la misma debería situarse en el marco de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, como se hace en otras legislaciones. A los reunidos les parece plausible tal conclusión, aunque se señala, por algunos Académicos, que no se está haciendo un proyecto de ley, sino expresando doctas opiniones sobre un tema concreto y determinado –la sucesión intestada–, siendo evidente que, dentro de la misma, juegan unos derechos legitimarios del cónyuge viudo, al igual que ocurre con la sucesión testada. Ello permite apuntar opiniones doctrinales sobre éstos derechos, independientemente de que el tratamiento de los mismos, *de lege ferenda*, debería realizarse en un capítulo dedicado a las legítimas. Aparte de ello, se indica, hay algunos aspectos de la propuesta totalmente desvinculados del tema legitimario, como son la sucesión intestada del cónyuge viudo, al no existir descendientes ni ascendientes del causante, y la actuación jurídica del causante en la propia sucesión intestada.

Pasando ya al examen de las propuestas concretas, son de apreciar las siguientes consideraciones:

1) Sobre la posición jurídica del cónyuge viudo en caso de concurrencia con descendientes del difunto.

A pesar de reconocer que la propuesta de regulación –que hace depender la cuantía del usufructo vidual del hecho de que los descendientes con los que se concurre sean comunes, solo lo sean del cónyuge premuerto o se combinen los de los dos tipos– puede tener algún precedente en el Derecho comparado, casi la totalidad de los Académicos se inclinan por la eliminación de estas distinciones, considerando que debe prevalecer la regla general de limitar la legítima vidual al usufructo de la mitad de la herencia en caso de concurrencia con descendientes del cónyuge premuerto, sean éstos comunes o no comunes, sin hacer depender la cuantía del usufructo de esta circunstancia. Incluso por algún Académico se señala que este divergente tratamiento podría tener reproche constitucional.

Por el contrario, se consideran muy atinadas las amplias posibilidades de conmutación reseñadas en la propuesta. En sede de conmutación, se dice, hay que distinguir la decisión de conmutar y la forma de realizarla. Actualmente la primera es una facultad de los herederos, según establece, por cierto, la reciente sentencia de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ 2/2013 de 6 de Mayo. Mas se considera plausible, por la mayoría, que la exigencia de la conmutación proceda tanto del cónyuge viudo como de los herederos, siendo objeto de discrepancia la cuestión de si la exigencia de la conmutación ha de proceder de todos los herederos, unánimemente, o bastaría que la mayoría de los mismos la solicitaren; con la particularidad de que, en este segundo caso, habría que decirse como se forma esta mayoría, señalando que la decisión de conmutar debería venir respaldada por la mitad más uno de los herederos *ab intestato*, cuyas cuotas representen más de la mitad de la herencia, dado que puede haber herederos *ab intestato* con cuotas diversas, como serían los hermanos de doble vinculo y de vínculo sencillo y los supuestos de concurrencia de hermanos con sobrinos hijos de hermanos. La mayoría de los Académicos se manifiestan por la exigencia de que la decisión de conmutar provenga de todos los herederos, aun sin dejar de reconocer que, con ello, uno de los herederos *ab intestato* puede evitar que prospere la voluntad mayoritaria de los demás.

Parece acertado, se indica unánimemente por los reunidos, lo que se dice en la propuesta en cuanto a la manera de realizar la conmutación, al señalar que el usufructo vidual puede ser conmutado por una cuota en propiedad de los bienes hereditarios o por un capital cuyo valor sea

equivalente al del usufructo, calculado según las reglas del impuesto sobre sucesiones. En el escrito presentado por el Presidente de la Academia se plantea la cuestión de si esta conmutación mediante la entrega de un capital podría tener lugar en el caso de que este capital no exista en la herencia. Se indica que actualmente ello no sería posible, dado la conceptualización de la legítima –en Mallorca y Menorca– como *pars bonorum hereditati*. Sin embargo, *de lege ferenda*, debería admitirse tal posibilidad, ya que todo lo que suponga flexibilizar el pago de la legítima debe ser considerado plausible.

En cuanto a la forma de realizar la conmutación, la mayoría de los Académicos consideran acertada la remisión a la normativa de mediación, en el bien entendido que no sería aplicable la ley autonómica 2/2010 de 9 de Diciembre de mediación familiar, por limitarse al Derecho de familia, con exclusión de las otras ramas del Derecho, por lo que sería preciso acudir a la normativa estatal. Con esta remisión sería suficiente –se dice–, pudiéndose prescindir de las cuestiones procedimentales sobre la manera de realizar la conmutación. Sin embargo se señala por uno de los Académicos que venía siendo un defecto de las leyes civiles el desprecio olímpico de las cuestiones procesales, con lo que se daba la circunstancia de que las acciones tenían unos amplísimos plazos de prescripción (15 años, que es el general a las acciones que no tienen plazo establecido), por lo que la moderna legislación –puede ser un ejemplo” l’avantprojecte de llei de règim patrimonial del matrimoni”– al abordar cada materia establece el tratamiento procesal de la misma, con la indicación de los plazos de caducidad de las acciones que derivan de aquélla. En definitiva, se trata de que no penda *in eternum* la inseguridad jurídica sobre las cuestiones sucesorias.

Se finaliza este apartado con el examen de la cuestión, auspiciada en la propuesta, de que en ningún caso la conmutación puede determinar la obligación de abandonar la vivienda que habitualmente ocupaba el cónyuge viudo con el difunto. La mayoría considera que ello supondría el reconocimiento de un derecho a ocupar la vivienda conyugal que se añadiría al derecho al usufructo a la mitad de la herencia, lo cual de momento no viene reconocido en la Compilación, en la que solo es el ajuar doméstico el que no computa en el haber hereditario. A lo máximo a que en este punto se podría llegar, *de lege ferenda*, es a un precepto similar al del art. 18 del Avantprojecte antes indicado, que resucita la institución del “any de plor”, concediendo al cónyuge viudo que, de por sí, no tenga derecho al uso de la vivienda familiar, la facultad de mantener la posesión de la misma durante el año siguiente a la muerte del cónyuge propietario de la vivienda, aunque limitando fuertemente este derecho, al exigir la no incursión del cónyuge viudo en causa de indignidad, que el derecho a poseer la vivienda forme

parte de la herencia, y quedando extinguido el derecho al disfrute anual de la vivienda en caso de contraer el cónyuge viudo nuevas nupcias, constituir pareja estable o de hecho o incumplir los deberes inherentes a la patria potestad respecto de los hijos habidos con el cónyuge premuerto.

2) Concurrencia con ascendientes.

De entrada, solicita el Presidente la atención de los reunidos sobre un tema planteado en su estudio y en el escrito de comentario a las propuestas, que es el que hace referencia a la posible concurrencia del cónyuge viudo con un ascendiente que no sea padre del causante, en cuyo caso, por aplicación del art. 45 COMP ascendería la legítima viudal al usufructo de la totalidad de la herencia, ; con lo que, y dada la presumible diferencia de edad entre el ascendiente heredero *ab intestato* y el cónyuge viudo, es muy posible que el heredero no llegue a heredar. Y si bien podría siempre recurrir a la conmutación, su participación será de una entidad muy escasa, dado el considerable valor de un usufructo universal a favor de una persona joven. En este sentido considera que siempre el heredero –sea cual sea su condición: testamentario, contractual o intestado– debe tener a su disposición una cuarta parte del activo hereditario líquido, en consonancia con el principio de la esencialidad del heredero en Mallorca y Menorca, lo que implica que esta condición de heredero tenga un mínimo sustrato patrimonial, cual exige la *lex falcidia*. De acuerdo con ello, sería congruente que, en caso de concurrencia en la sucesión intestada del cónyuge viudo con padres u otros ascendientes del causante, su cuota legitimaria en usufructo alcanzara los 2/3 –en caso de concurrir con padres– y los 3/4 –en caso de hacerlo con ascendientes que no sean padres–, a fin de que quede siempre al heredero una cuarta parte del activo hereditario líquido. La mayoría de los Académicos reunidos consideran atinada esta consideración.

Igualmente la mayoría de los asistentes considera obvia la indicación que se hace en la propuesta de regulación, según la cual los bienes que los ascendientes eventualmente adquiriera por derecho de reversión no pueden quedar gravados con el usufructo ni, en su caso, se integran en la base del cálculo para la conmutación.

En cuanto a las posibilidades de conmutación consideran la mayoría de Académicos asistentes que tanto el cónyuge viudo como el ascendiente heredero o herederos *ab intestato* debería poder exigir la conmutación, planteándose de nuevo la cuestión –que ya se ha visto en el caso de concurrencia con descendientes– de si han de ser necesariamente todos los herederos los que han de optar por la misma o bastaría la mayoría de ellos, aunque en ocasiones sería difícil la obtención de estas mayorías, al tener cada uno de los ascendientes herederos *ab intestato* un cincuenta por ciento

de participación en la herencia, cual sucedería en caso de concurrir el cónyuge viudo con padre y madre del causante. De todos modos, si bastase la mayoría de herederos para la exigencia de la conmutación, ésta debería venir respaldada por más de la mitad de los herederos cuyas cuotas representen más de la mitad de la herencia.

3) Sucesión del cónyuge viudo en defecto de descendientes y ascendientes del causante.

Son objeto de detenido estudio las reservas que en la propuesta se establecen respecto de los bienes que el cónyuge difunto hubiese adquirido por título gratuito de sus ascendientes o colaterales hasta el cuarto grado, en los que sucederían los hermanos, y en su defecto sus hijos, que estén dentro de la línea de procedencia de los bienes.

El Académico Señor Ferrer Pons hace referencia a las diferencias entre esta reserva y la reserva lineal del artículo 811 Cc, ya puestas de relieve en el escrito presentado y que forma parte de la presente acta, exposición en la que están de acuerdo los reunidos.

De todas maneras, se considera que el hecho de no tener tradición jurídica en nuestras Islas el principio de troncalidad, así como la circunstancia de que hoy las reservas son objeto de un tratamiento restrictivo –habiendo incluso desaparecido las mismas en algunas legislaciones, cual la gallega y la catalana– aconsejarían prescindir de la imposición de nuevas reservas, recordándose que, en el estudio realizada por la propia Academia durante el curso pasado, se optó por el mantenimiento de las reservas tradicionales, aunque con un tratamiento jurídico más adaptado a la actual realidad, y, desde luego, sin el establecimiento de nuevas reservas.

Por lo que respecta a la exclusión del cónyuge viudo de la sucesión intestada, se considera mayoritariamente que la mejor manera de enfocarlo es como lo hace el artículo 945 Cc, que se limita a proclamar dicha exclusión si el cónyuge viudo está separado judicialmente o de hecho, sin más precisiones. En lo que respecta a la prueba de la separación de hecho –la judicial, obviamente, queda probada en virtud de la sentencia– se considera que la misma puede acreditarse mediante los medios de prueba procedentes en Derecho, sin que ninguno de ellos pueda tener un carácter prevalente respecto de los demás. Se plantea la cuestión de si el Notario que ha de autorizar la escritura de manifestación y aceptación de herencia de un causante que estaba separado de hecho de su cónyuge puede acudir al acta de notoriedad para la acreditación de dicha separación de hecho, pareciendo ello a la mayoría un medio idóneo.

4) Derechos del conviviente registrado como pareja de hecho.

Se considera mayoritariamente que, en esta materia, debe prevalecer la equiparación al matrimonio, dado lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Parejas Estables, así como atendida la dificultad para fijar la temporalidad del usufructo vidual al que se alude en la propuesta.

Por otra parte, parece acertada la consideración de la misma de que el cese de la convivencia por cualquier causa determina la privación de los derechos sucesorios, aunque no se haya instado la cancelación de los asientos registrales correspondientes; en consonancia, en este caso, con lo dispuesto en la sentencia 1/2011 de 3 de Octubre de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ.

5) Actuación del causante en la propia sucesión intestada.

Se está totalmente de acuerdo con la propuesta en el sentido de la necesaria corrección del primer párrafo del artículo 17 COMP, para que, superando errores materiales, exprese claramente lo que decía el precepto homónimo de la Compilación de 1961: “Mediante codicilo el otorgante puede adicionar o reformar su testamento o, a falta de éste, dictar disposiciones sobre su sucesión a cargo de sus herederos *ab intestato*...”. De esta manera quedaría perfectamente recogida la figura del codicilo *ab intestato*, cuya viabilidad está fuera de toda duda, tanto por tradición jurídica, como por su proclamación por la Compilación de 1961 y por las sentencias de los tribunales, pudiéndose citar, entre las últimas, la de la Audiencia Provincial, Sección 3ª, de 8 de Noviembre de 2002.

Se manifiesta por los reunidos la coincidencia con las afirmaciones de la propuesta según las cuales, *de lege facta*, es imposible en el codicilo *ab intestato*, la exclusión de herederos de la sucesión o la desheredación de legitimarios, por prohibirlo expresamente el art. 17 COMP; aunque *de lege ferenda* la mayoría consideraría plausible establecer esta posibilidad, ya que el codicilo es el único instrumento con que cuenta la persona que no ha hecho testamento para poder dictar disposiciones en cuanto a su sucesión intestada, pues tiene vedado el testamento al tener que contener éste necesariamente institución de heredero. Por algunos Académicos se afirma que, con esta ampliación del ámbito del codicilo, se crean interferencias entre los dos tipos de sucesiones; aunque no falta quien diga que, histórica y legalmente, el codicilo no se ha limitado a ser un instrumento para la sola disposición de legados, ya que el artículo 17 nos recuerda que en el codicilo se puede expresar el nombre del heredero o herederos –lógicamente instituidos previamente en testamento–, determinar la porción en la que cada uno de ellos debe entenderse instituido y establecer sustituciones

fideicomisarias y preventivas de residuo.

Se acuerda finalmente que la estructura del trabajo comprenderá los artículos de los Académicos Señores Aguiló, Mir, Masot y Jiménez, seguido de las actas de las dos reuniones celebradas, y una pequeña introducción en la que se pondrá de relieve el tratamiento sistemático de la materia.

El Presidente de la Academia agradece a todos los reunidos su valiosísima cooperación y celebra poder presentar próximamente a los Académicos y a las instituciones de nuestra Comunidad Autónoma –Parlament y Comissió Assessora de Dret Civil– el trabajo realizado.

DOCUMENTO 1

Abintestato y la Compilación.- Notas de urgencia.

Estas notas se limitan a la propuesta de regulación presentada por Carlos Jiménez, ya que las de Pedro Aguiló, Tomás Mir y Miguel Masot fueron estudiadas en la anterior reunión.

En materia de propuestas concretas de regulación, creo que la idea original era plantear, casi por la vía de urgencia, una modificación única: el llamamiento de la Comunidad autónoma de las Illes Balears, eliminando la sucesión a favor del Estado de los artículos 956/958, recogida en la Compilación, de conformidad a sus artículos 53 y 84.

Estas son las soluciones que proponen Pedro Aguiló y Tomás Mir.

La propuesta de Carlos Jiménez es de contenido bastante más amplio.

Llama la atención su afirmación de “limitarse a proponer unas normas sobre la posición jurídica del cónyuge viudo (o conviviente, en su caso)” y “que la sucesión en último término, de la Comunidad también podría introducirse”, ya que ésta parece era la propuesta inicial, de inevitable y urgente regulación.

Posición jurídica del cónyuge viudo en la sucesión intestada.

a-2 - a-3.- La regulación que se propone parece reflejar los derechos legitimarios del viudo y, por ello, creo por lo menos dudoso que sea materia a incluir en la sucesión intestada. En mi opinión, la propuesta debería incluirse en una modificación del sistema legitimario.

Sé que la solución ha sido aceptada en otra legislación, pero, con todos los respetos, en nuestra Compilación creo que no es una solución adecuada y me parece que el enfoque clásico de incluir esta materia en la regulación de las legítimas es el que, a mi juicio, debe plantearse.

Ello, y con un estudio en profundidad de las soluciones indicadas en la propuesta, algunas de las cuales me parecen discutibles.

a-4.- Su primer párrafo recoge el llamamiento del cónyuge viudo, en defecto de descendientes y ascendientes y entiendo que refleja y da solución al problema que, en la aplicación de la reserva lineal, originó la reforma de 1981 del orden abintestato, al anteponer el cónyuge a los colaterales y de heredar directamente el sobreviviente al cónyuge premuerto, al no haber descendientes ni ascendientes, en cuyo caso no opera el artículo 811.

El presupuesto de esta reserva es suficientemente conocido: Los bienes a que se refiere el artículo 811, son “los adquiridos por ministerio de la ley por un ascendiente de su descendiente, el cual los había recibido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano”.

La propuesta de reforma se refiere a “los bienes que el difunto había adquirido por título gratuito de sus ascendientes o de colaterales hasta el 4º grado”.

La diferencia es que en el artículo 811 “los bienes se adquieren directamente del descendiente, y en la propuesta se adquieren de ascendientes o colaterales hasta el 4º grado”.

Y las consecuencias, en la actual regulación y como es sabido, son diferentes:

En el primer supuesto los bienes son adquiridos por el ascendiente como reservables, con todas las limitaciones que ello comporta y en el otro, la adquisición por el cónyuge lo fue en plena propiedad y sin limitación de ninguna clase.

En ambos casos parece que la línea de procedencia de los bienes es la misma.

Pero, aparte la diferencia entre los transmitentes directos de los bienes existe otra muy importante y es la del título de adquisición por el ascendiente (reservista), que tiene que ser “ministerio legis”, o sea sin o contra la voluntad del transmitente, ya que el cambio de línea de los bienes tuvo su causa determinante en una imposición legal, lo cual no sucede en el caso del cónyuge premuerto, que los adquirió por título lucrativo de sus ascendientes o de colaterales hasta el cuarto grado, sin más precisiones.

Hay que tener muy en cuenta que en el artículo 811 no son reservables todos los bienes que el ascendiente hereda de su descendiente y que éste los hubiere adquirido de otro ascendiente o de un hermano, sino de éstos, sólo los que hubiere recibido el ascendiente por ministerio de la ley.

Es evidente que si los bienes adquiridos por el cónyuge premuerto reunían todos los requisitos del artículo 811, los adquirió como reservables.

Respecto a los bienes que señala la propuesta parecen pertinentes unas precisiones:

1. Si damos relevancia, o en otras palabras si se considera determinante el dato de que el carácter de reservables de los bienes es que fueron adquiridos por el reservista por ministerio de la ley, lo que visto el tenor literal del artículo 811 parece es así, quizás la propuesta no tendría fundamento, ni base legal y por tanto no sería pertinente.

Al menos con la redacción propuesta.

2. Pero si se entiende que es justo que estos bienes no salgan de la línea de su procedencia familiar, prescindiendo de la exigencia de no ser una adquisición “ministerio legis”, parece que lo mejor sería establecerlo claramente en una modificación de la reserva lineal del 811, estudiada ya por la Comisión.

Lo que no parece pertinente es que las consecuencias propias del carácter reservable de los bienes puedan evitarse por su adquirente, simplemente disponiendo de los mismos, por cualquier título, “inter vivos” o “mortis causa”.

3. De todas formas la solución parece que aconseja un estudio en profundidad de los aspectos apuntados, ya que la complejidad de la reserva lineal y las contrapuestas interpretaciones que se han realizado de su regulación parecen exigirlo.

Quizás sería pertinente un examen de la doctrina sobre esta cuestión y, especialmente, si hay alguna regulación legal sobre la misma, lo que evidentemente desborda el contenido de estas notas de urgencia.

Tampoco acierto a ver la justificación de la solución del párrafo segundo de este apartado a.4, referido al supuesto de fallecer intestado el cónyuge viudo o sin haber dispuesto entre vivos de los bienes heredados del cónyuge premuerto.- Parece una limitación del derecho de propiedad del cónyuge viudo respecto a los bienes adquiridos abintestato de su esposo y, de otra parte creo es muy dudoso que llegue a producirse la situación fáctica determinante de sus efectos: mantenimiento de los bienes en el patrimonio del cónyuge viudo y su fallecimiento abintestato.

Respecto a los “derechos del conviviente registrado como pareja de hecho” quizás sería oportuno recogerlos en la ley de parejas estables, que parece va a ser objeto de modificación.

Finalmente me parece acertada la propuesta de regulación de la sucesión intestada a favor de la Comunidad de las Islas Baleares, en línea de las propuestas de Pedro Aguiló y Tomás Mir, que creo es la modificación inaplazable.

Jaime Ferrer.

Mayo de 2013.

DOCUMENTO NÚMERO 2

PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN SUGERIDAS POR EL ACADÉMICO SR. JIMÉNEZ GALLEGO.

De entrada me parece bien ceñirnos a supuestos concretos, descartando una regulación completa de la sucesión intestada, que no haría sino repetir fundamentalmente los preceptos del Código civil. Por otra parte, expresar mi agradecimiento al Académico Sr. Jiménez Gallego por su magnífico informe, siendo completísima su referencia al Derecho Comparado y muy interesantes las propuestas realizadas. Siguen una serie de consideraciones sobre las mismas.

Posición jurídica del cónyuge viudo en la sucesión intestada.

1) Concurrencia con descendientes del difunto.

De entrada se enfocan 3 situaciones según concurra el cónyuge viudo con descendientes comunes, con descendientes del premuerto y con descendientes de los dos tipos. Posiblemente el distinto tratamiento jurídico se ha buscado en la particularidad de que los descendientes comunes “sufrirán” mejor que los que lo sean en exclusividad del premuerto el usufructo viudal. Mas, ¿tiene ello entidad suficiente para crear un punto de discriminación entre los hijos del causante? No se olvide que estamos en la sucesión intestada del premuerto y parece lógico que todos sus descendientes tengan los mismos derechos. Si el causante hubiera querido favorecer a alguno de sus descendientes podría haberlo hecho mediante testamento o contrato sucesorio, y el hecho de que éstos no existan es indicativo de que el causante o bien pasaba del tema o quería un tratamiento igualitario de todos sus descendientes.

Y, particularmente, me parece una discriminación injustificada pasar de una cuota legitimaria, para el cónyuge viudo, consistente en el usufructo vitalicio de la mitad de la herencia –si concurre con descendientes comunes o con éstos y los propios del premuerto– a una cuota en propiedad equivalente al usufructo universal de la herencia –si concurre con descendientes sólo del premuerto–.

Mi opinión, por tanto, es que no hay que dar *ex lege* un tratamiento más favorable a unos u otros descendientes, ya que todos ellos son descendientes

del cónyuge causante de la sucesión. Por lo que considero que se debe mantener la cuota legitimaria vidual actualmente existente, sin las distinciones preconizadas.

En cambio me parecen muy bien las amplias posibilidades de conmutación apuntadas en la propuesta. Si bien retocando, según mi modesto parecer, algunos extremos de la misma.

De entrada hay que distinguir la decisión de conmutar y la forma de realizarla. La propuesta –de manera congruente con la distinción entre supuestos con descendientes comunes o no comunes– confiere la posibilidad de decidirla a cualquiera de los descendientes no comunes, lo cual, a mi juicio, no deja de ser también una discriminación. Por ello lo procedente podría ser que la decisión de conmutar corresponda, de una parte, al cónyuge viudo y, de otra parte, al heredero *ab intestato*, y, de existir varios, a la mayoría de herederos, entendiéndose la existencia de mayoría cuando la decisión de conmutar viene respaldada por la mitad más uno de los herederos *ab intestato*, cuyas cuotas representen más de la mitad de la herencia (Puede haber sucesores *ab intestato* con cuotas diversas: hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo, hermanos y sobrinos hijos de hermano, etc...). En este sentido, parece que no es suficiente hablar de la mayoría de los herederos, pues siempre subsistirá la cuestión de si es simple mayoría numérica o también de cuotas de participación hereditaria.

Por lo que respecta a la forma de realizar la conmutación, parece plausible lo que se indica en la propuesta: “este usufructo podrá ser conmutado por una cuota en propiedad de los bienes hereditarios o por un capital cuyo valor, en ambos casos, sea equivalente al del usufructo, calculado éste según las reglas del impuesto sobre sucesiones”. ¿Podría realizarse la conmutación mediante un capital que no exista en la herencia? La respuesta afirmativa nos aparta de la conceptualización de la legítima –en Mallorca y Menorca– como *pars bonorum hereditatis*, mientras que, por el contrario sería perfectamente posible en Eivissa y Formentera; como también lo sería en Mallorca y Menorca si el causante hubiera dispuesto, mediante codicilo, el pago de legítimas en metálico, supuesto absolutamente excepcional, pues no es creíble que se acuda al codicilo para este fin, no habiendo hecho testamento.

Como me parece una idea de política legislativa acertada la flexibilización del pago de la legítima, sería partidario de reconocer esta posibilidad conmutatoria en Mallorca y Menorca, aunque como excepción a la regla general de pago de la legítima en bienes de la herencia.

Posiblemente habría que establecer un procedimiento a través del cual se canalizaran las decisiones relativas a la conmutación. En este sentido

podría indicarse, tras establecer quienes pueden ejercitar la decisión de conmutar, que esta decisión deberá ser comunicada fehacientemente a quienes tengan un interés legítimo en la sucesión, disponiendo todos ellos de un plazo de tres meses (por ejemplo) para entablar las negociaciones o acudir a los procesos de mediación conducentes a la efectividad de la conmutación. El transcurso de este plazo sin que se haya llegado a un acuerdo sobre la forma de realizar la conmutación, dejará expedita la vía judicial para quienes tengan derecho a reclamarla, produciéndose la caducidad de la acción al haber transcurrido un año desde la finalización del indicado plazo de tres meses. (Parece conveniente establecer unos plazos de caducidad breves a fin de evitar que estas situaciones de incertidumbre jurídica se perpetúen; así como acudir al mecanismo de la caducidad en vez de a la prescripción).

(A título informativo hay que decir que no parece aplicable a estos supuestos la ley autonómica 2/2010 de 9 de Diciembre de mediación familiar, ya que se está más bien ante una cuestión sucesoria y, particularmente, el art. 4.3 de dicha ley, al señalar las múltiples materias de Derecho de familia que pueden ser objeto de mediación, no se refiere en absoluto a ninguna relacionada con las legítimas ni a cuestiones sucesorias. Por ello sería aplicable la ley general del Estado 5/2012 de 6 de Julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo artículo 2 señala como ámbito de aplicación los asuntos civiles y mercantiles en general. Dicha ley no señala un plazo máximo de duración del procedimiento de mediación, sino que se limita a decir, en su artículo 20, que “la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones”. Por ello he puesto un plazo de tres meses).

Totalmente de acuerdo con lo que se dice en la propuesta de que “Por acuerdo entre el cónyuge viudo y los herederos la cuota de bienes hereditarios o el capital podrán a su vez conmutarse por una renta temporal o vitalicia”. Yo añadiría “todos” los herederos, o mejor “quienes tenga un interés legítimo en la sucesión”, pues puede darse el caso de que en el caudal relicto existan bienes sujetos reserva, por lo que la adopción de acuerdos relativos a los mismo exigirían la conformidad de los reservatarios.

Un último comentario sobre la afirmación de la propuesta según la que “a consecuencia de la conmutación prevista en los dos párrafos anteriores, el cónyuge viudo no podrá resultar obligado a abandonar la vivienda habitual que efectivamente ocupaba con el difunto”.

De entrada, y según nuestra Compilación, parece que el derecho de propiedad –o en su caso la cuota indivisa de condominio– que el cónyuge premuerto ostentaba sobre la vivienda que ocupaban los cónyuges forma

parte de la herencia, y, por tanto, cuando se concede al cónyuge viudo unos derechos legitimarios en usufructo sobre el haber hereditario, es claro que, dentro del haber hereditario, está el derecho –o la cuota– de propiedad antes indicada. Creo que no tiene fundamento legal la consideración de que corresponden al cónyuge viudo los indicados derechos en usufructo *además del uso* de la vivienda conyugal. Precisamente, en el art. 3 COMP se habla tan solo de no computar en el haber hereditario del cónyuge viudo los bienes del ajuar doméstico, lo cual *a sensu contrario*, supone que los otros bienes del cónyuge premuerto quedan incluidos en el haber hereditario y, en base a los mismos, tienen que calcularse las legítimas.

Por ello creo que debería funcionar el derecho o cuota de propiedad del cónyuge premuerto sobre la vivienda habitual como uno más de los elementos integrantes del caudal relicto, integrándose, en su caso, en el usufructo vidual según lo que acuerden los interesados en la sucesión y, a falta de acuerdo, el Juez, quien tendrá en cuenta el interés más digno de protección.

Por este camino, y *de lege ferenda*, tan solo veo viable un derecho –que supone, por cierto, una resurrección del “any de plor”– cual el que se establece en el artículo 18 del Avantprojecte de llei de règim patrimonial del Matrimoni, elaborado por la Comissió Assessora de Dret Civil, que concede al cónyuge viudo, que no tenga derecho al uso de la vivienda familiar, la facultad de mantener su posesión durante el año siguiente a la muerte del cónyuge propietario de la misma, siempre que no incurra en causa de indignidad sucesoria y que el derecho a poseer dicha vivienda forme parte de la herencia, quedando extinguido además dicho derecho en caso de contraer nuevas nupcias, constituir pareja estable o de hecho o incumplir los deberes inherentes a la patria potestad respecto de los hijos habidos con el cónyuge premuerto.

De lo expuesto se deriva que, en mi humilde opinión, esta cuestión no la abordaría dentro del esquema de la conmutación.

2.- Concurrencia con ascendientes.

Debe tenerse en cuenta lo que se dice en el estudio que he presentado, en cuanto a que la remisión del art. 53 al art. 45 COMP supone que, en caso de concurrir el cónyuge viudo con ascendientes que no sean los padres, el usufructo que al mismo correspondería no es de 2/3, sino de la universalidad de la herencia, ya que según el segundo de los indicados preceptos, el usufructo de 2/3 de la herencia está previsto para el caso de concurrencia con los padres, por lo que en caso de darse con ascendientes que no sean los padres estaríamos ante un usufructo universal.

En el estudio que he realizado trato sobre el tema exponiendo, en resumen, que en estos supuestos, dada la presumible diferencia de edad entre ascendiente y cónyuge viudo el ascendiente en cuestión no llegará a heredar, y si bien es cierto que siempre podrá acudir a la conmutación, su participación será de una entidad muy escasa, dado el considerable valor de un usufructo universal a favor de una persona joven. Pero, por otra parte, hay que reconocer que es una tendencia legislativa disminuir la participación en la sucesión de los ascendientes, y, en prueba de ello, como es sabido, la Compilación de 1990 suprimió la legítima de los ascendientes que no sean padres del causante y limitó la cuantía de la legítima de éstos. Hay, pues, razones en pro y en contra de una y otra consideración.

Meditando sobre el particular, yo siempre he considerado que lo lógico es que al heredero o herederos, sean testamentarios, contractuales o intestados, les quede una cuarta parte del activo hereditario líquido, por lo que, salvo disposición expresa del testador, estas legítimas que, aunque sea por la vía del usufructo, invaden la totalidad de la herencia, no me acaban de parecer congruentes con los principios del Derecho sucesorio en Mallorca y Menorca, pues, si se proclama la esencialidad del heredero, es evidente que, bajo esta capa, tiene que haber un sustrato patrimonial. Por lo tanto, mi propuesta sería que, en caso de concurrencia –dentro de la sucesión intestada– del cónyuge viudo con padres u otros ascendientes del causante, su cuota legitimaria en usufructo alcanzara los $2/3$ –en el caso de concurrir con padres– y los $3/4$ –en caso de hacerlo con ascendientes que no sean padres– a fin de que quede siempre al heredero una cuarta parte del activo hereditario líquido, en consonancia con la *lex falcidia*.

Entiendo que tanto los herederos como el cónyuge viudo pueden acogerse a las posibilidades de conmutación. Sería aplicable aquí lo que antes se ha dicho sobre la posible sustitución de los derechos legitimarios por una cuota de propiedad de los bienes hereditarios o por un capital – *de lege ferenda*, aunque no lo exista en la herencia–, lo cuales a su vez –y en este caso de común acuerdo– podrán conmutarse por una renta temporal o vitalicia. Pero en este caso de concurrencia con ascendientes, no se presenta tan clara la cuestión de quienes pueden solicitar la conmutación. Es claro que debería poder hacerlo el cónyuge viudo, y, por otra parte, hoy también pueden hacerlo *todos* los herederos *ab intestato*. El criterio de la mayoría ya no es aplicable a los padres, los cuales heredan por partes iguales (art. 936 Cc). Si faltan los padres y los ascendientes de grado más próximo son de la misma línea, heredan por cabezas, por lo que nuevamente no existirá mayoría, al heredar por partes iguales. Y si fueran de distinta línea, se atribuye la mitad de la herencia a cada línea, dentro de la cual se hereda por cabezas (arts. 940 y 941 Cc). Aquí si podría existir mayoría si uno de los ascendientes

de una línea discrepa del parecer del otro ascendiente de la misma línea y coincide con los de la otra línea en cuanto a su decisión respecto de la conmutación.

Meditando sobre todo ello creo que se puede llegar a las siguientes conclusiones: en primer lugar, es claro que la facultad de exigir la conmutación debería reconocerse siempre al cónyuge viudo. Reconocerla a cualquier heredero *ab intestato* encierra el riesgo de que la pida uno de los dos padres, o ascendientes, no estando de acuerdo el otro; y en caso de distribución entre las dos líneas, y por cabezas dentro de cada línea –o sea, que vivan los cuatro ascendientes–, uno de ellos pueda pedirlo no estando de acuerdo los demás. Por ello creo que lo más lógico sería que se aplicara la regla general que se ha visto para el caso de concurrencia con descendientes; y, consiguientemente, en el caso de concurrencia con los dos padres del causante, o, en defecto de ellos, con los dos ascendientes de una determinada línea, ambos deben ponerse de acuerdo previamente para decidir si ejercitan o no las facultades de conmutación, pues la regla general –cual antes se ha expuesto– debería ser que la decisión de conmutar correspondería, al cónyuge viudo, al único heredero *ab intestato* o, de ser varios, a la mayoría de éstos, entendiéndose la existencia de mayoría cuando la decisión de conmutar viene respaldada por más de la mitad de los herederos cuyas cuotas representen más de la mitad de la herencia.

En cuanto al procedimiento para llevar a efecto la conmutación, y una vez delimitado el tema de quien o quienes tienen derecho a solicitarla, sería el mismo indicado para el caso de concurrencia con descendientes.

Totalmente de acuerdo con la exclusión de la posible conmutación –y de la base del cálculo del usufructo viudal– de los bienes que el ascendiente pueda adquirir eventualmente a consecuencia del derecho de reversión.

Sobre la concesión al cónyuge viudo del derecho a retener la posesión de la vivienda familiar repito la que se ha expresado en el apartado anterior.

3.- Sucesión del cónyuge viudo a falta de descendientes y ascendientes.

La sucesión a favor de los hermanos indicada en el apartado a.4) es novedosa, y, como tal, tiene pros y contras. Entre los primeros está la consideración de que se adscribe dentro del principio *paterna paternis materna maternis*, favoreciendo que los bienes permanezcan dentro de la línea de procedencia. En contra tiene el hecho de ir en perjuicio del cónyuge viudo, cuando en la mayoría de legislaciones –entre ellas la nuestra– se ha venido reforzando su posición. Además son muchas las familias en las que los hermanos están enemistados entre sí. Por todo ello tengo serias dudas

sobre el particular. En caso de optarse por el texto propuesto, tengo también la duda de si puede ser sucesor universal el que sucede en unos bienes concretos y determinados. Aunque sería justo que fuera considerado sucesor –y no mero legatario– pues es pausable que contribuya al pago de deudas de la herencia. Igualmente, de optarse por el texto propuesto, hay que prever la posibilidad de que existan hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo, estableciendo que los primeros tomarán doble porción de estos bienes que los segundos.

La propuesta del párrafo 2º del a.4) la veo aun menos razonable, ya que no se refiere a los bienes adquiridos por el cónyuge premuerto de sus ascendientes o colaterales, sino a todos los bienes heredados, entre los que puede haber bienes comprados por el cónyuge premuerto. En este caso ya no se justifica la presencia en la sucesión intestada de los parientes del premuerto y es más lógico que pasen a los parientes del cónyuge viudo.

La exclusión del cónyuge viudo de la sucesión intestada creo que debe fundamentarse en el hecho de la separación judicial o de hecho, sin más. Así lo expone el art. 945 Cc. Si hay separación, aunque sea de hecho, y sea cual sea el tiempo transcurrido, quiebra el fundamento del llamamiento al cónyuge viudo.

El art. 442-6 de la ley catalana 10/2008 de 10 de Julio expresa que “el cónyuge viudo no tiene derecho a suceder *ab intestato* al causante si, en el momento de la apertura de la sucesión, estaba separado del mismo judicialmente o de hecho, o si estaba pendiente una demanda de nulidad de matrimonio, de divorcio o de separación, salvo que los cónyuges se hubiesen reconciliado”. No puedo por menos de mostrar prevención ante las referencias a la reconciliación, porque es introducir un elemento de carácter extrajurídico y, como tal, de problemática prueba. (Testigos que les han visto tomando café y riendo testifican a favor de la reconciliación, etc...). Por otra parte, no me convencen las referencias a la intervención notarial, pues parece apuntarse hacia la exclusividad de prueba. Tampoco las relativas al cese de la convivencia por un año. Lo esencial es si en el momento de la apertura de la sucesión había o no convivencia, como ha tenido ocasión de apuntar nuestro TSJ.

4.- Derechos del conviviente registrado como pareja estable.

Dado el sistema de parejas estables que tenemos en nuestro Derecho, en el que es precisa la inscripción constitutiva, creo que lo precedente es la equiparación al matrimonio. En este sentido, no veo justificación a la temporalidad del derecho de usufructo, aparte de que no es fácil –yo diría que es imposible– el cálculo, al faltar el parámetro de comparación. Sabemos los años que han vivido juntos, pero nada más. ¿Con qué lo comparamos?

Sobre el derecho a seguir poseyendo la vivienda conyugal valen las consideraciones hechas con relación al cónyuge viudo.

Sobre el b-3, estoy de acuerdo en que el cese de la convivencia por cualquier causa determina la privación de los derechos sucesorios, aunque no se haya instado la cancelación de los asientos registrales correspondientes. El cese de la convivencia es un hecho, y, como tal, su prueba ha de acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, por lo que no es necesario hacer una referencia expresa a ninguno de los posibles.

5.- Actuación del causante en la propia sucesión intestada.

Es esencial la reforma del inicio del art. 17 para que, superando errores materiales, diga claramente lo que proclamaba su homónimo de la Compilación de 1961: “Mediante codicilo el otorgante puede adicionar o reformar su testamento, o, a falta de éste, dictar disposiciones sobre su sucesión a cargo de sus herederos ab intestato...”

De lege facta, no parece posible la exclusión de herederos de la sucesión intestada ni tampoco la desheredación al legitimario. Pero la realidad es que me parece un acierto establecer tal posibilidad, ya que, en la sucesión intestada, tales actos solo pueden efectuarse mediante el codicilo, dado que el testamento debe llevar necesariamente institución de heredero (en Mallorca y Menorca), por lo que no cabe acudir al mismo. Y, en este sentido, es posible que una persona no quiera hacer testamento, pero sí evitar que un pariente suyo le herede *ab intestato* o privar de la legítima a una persona que dentro de la sucesión intestada la tendría (cónyuge viudo). Y lo lógico es que en Mallorca y Menorca ello se hiciera –repito *de lege ferenda*– por la vía del codicilo, única vía a través de la cual el causante puede dictar disposiciones en la sucesión intestada.

Miquel Masot Miquel

XIII.- COMENTARIOS DE SENTENCIAS SOBRE DERECHO CIVIL BALEAR.

Miquel Masot Miquel

En la Revista Jurídica de las Illes Balears (RJIB) se han venido publicando, desde los números 1 al 10, comentarios de las sentencias dictadas por nuestros Tribunales –en especial la Sala Civil y Penal del TSJ, verdadero Tribunal de Casación en materia civil autonómica– sobre Derecho civil balear, habiendo cuidado de su realización el Presidente de nuestra Academia Miquel Masot.

El hecho de que el número 10 de dicha revista no haya podido ser objeto de la correspondiente publicación –por obvias razones de índole económica– y tenga tan solo soporte virtual ha hecho que en el Boletín nos hayamos interesado por la publicación en el mismo de estos comentarios, a fin de que los mismos puedan quedar incorporados al soporte papel; y en base, particularmente, al hecho de ser el estudio e investigación del Derecho propio una de las primeras finalidades estatutarias de nuestra Academia. Creemos que los comentarios de sentencias de la RJIB, estructurados en los tres apartados esenciales de “resum dels fets”, “fonamentació jurídica” y “comentari”, dan una visión resumida, y a la vez certera, de las más importantes sentencias de nuestros Tribunales, que los hacen merecedores de su máxima divulgación.

Agradecemos a los responsables de la RJIB el beneplácito que han dado a la publicación de estos comentarios en nuestro Boletín, a la par que hacemos votos para que pronto la delicada

situación económica cambie y la prestigiosa RJIB vuelva a tener, como ha venido teniendo desde su inicio hasta el número 9, el correspondiente soporte documental. Puede consultarse dicha revista por vía electrónica en <http://revistajuridicaicaib.icaib.org>

**XIII.1- SENTÈNCIA DE LA SALA CIVIL I PENAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE LES
ILLES BALEARS NÚM. 4/2012 DE 24 D'OCTUBRE.**

Ponent Sr. Capó Delgado

**POSSIBILITAT QUE EN ELS
RECURSOS DE CASSACIÓ PER INFRACCIÓ DE NORMA
FORAL ES PUGUIN CONÈIXER ELS MOTIUS D'INFRACCIÓ
PROCESSAL. INTANGIBILITAT EN LA CASSACIÓ DELS
FETS PROVATS. QÜESTIÓ NOVA. DRET A LA SUCCESSIÓ
INTESTADA DEL CÒNJUGE VIUDO SEPARAT DE FET
SI LA SEPARACIÓ NO S'HA PRODUIÏT PER MUTU ACORD
QUE CONSTI FEAEMENT. REMISSIONS DE LA
COMPILACIÓ AL CODI CIVIL: S'HAN D'ENTENDRE FETES
ALS PRECEPTES QUE ESTAVEN EN VIGOR EN EL
MOMENT DE PROMULGAR-SE AQUELLA, SENSE QUE
TINGUIN RELEVÀNCIA LES MODIFICACIONS
POSTERIORS DEL CODI CIVIL.**

Resum dels fets: La Senyora A, viuda del Senyor B, del que estava separa de fet, interposa demanda contra els germans i nebots del difunt Senyor B –el qual era de veïnatge civil pitiús– sol·licitant: 1er) la nul·litat de la interlocutòria de 31 de juliol de 2007 per la que es declaren hereus del Sr. B els seus germans i nebots; 2n) la declaració del seu dret a la herència del Senyor B donat el fet de haver mort intestat; i 3r) de manera subsidiària, pel cas de no estimar-se l'anterior petició, el dret al usdefruit dels dos terços de la indicada herència, en virtut de la remissió que el art. 84 COMP fa al Codi civil.

El Jutjat de Primera Instància 2 d'Eivissa va dictar sentència estimant

parcialment la demanda i va donar lloc a la tercera de les peticions efectuades, declarant el dret de la Senyora A a la llegítima vidual, consistent en l'úsdefruit de les dues terceres parts de l'herència en base al art. 838 Cc. Apel·lada la sentència per les dues parts del litigi, l'Audiència Provincial (Secció 3^a) va dictar la sentència 93/2012 de 23 de febrer, en la que estimava el recurs de la Senyora A i desestimava el dels parents col·laterals del difunt Senyor B, declarant el dret d'aquella de succeir en l'herència del causant amb preferència als col·laterals.

La part demandada va interposar contra aquesta sentència els següents recursos: el que denomina extraordinari per infracció processal, en base al art. 469.1.4^a LEC, per vulneració del dret fonamental a la tutela judicial efectiva, donada la valoració –al seu dir– irracional, arbitrària i il·lògica de la prova testifical i documental; y recurs de cassació fonamentat en els següents motius: 1er) per la concurrència d'interès cassacional –per no existir doctrina del TSJ de les Illes Balears sobre la successió intestada a l'illa d'Eivissa–, atacant la sentència recorreguda en consideració a que les proves del litigi havien acreditat que els cònjuges estaven separats de fet per mutu acord fefaent, cas en el que el cònjuge viudo no succeïa intestat, per aplicació del art. 945 Cc, en la redacció anterior a la llei 15/2005 de 8 de juliol, precepte aplicable al cas donada la remissió al Codi civil del art. 84 COMP i la disposició final 2^a de la mateixa, segons la que las remissions al Codi civil s'han d'entendre fetes a la redacció vigent a l'entrada en vigor de la Compilació; i 2n) també per la via del interès cassacional –per la mateixa circumstància indicada–, demanant la integració del art. 84 COMP amb la disposició del art. 45 de la mateixa, omplint d'aquesta manera la llacuna que presenta el primer dels indicats preceptes, ja que, en el marc de la successió intestada, concedeix una quota usufructuària al cònjuge viudo que concorre a l'herència amb descendents o ascendents del mateix, però no conté cap disposició pel cas de concurrència amb col·laterals.

Per interlocutòria de 4 de juliol de 2012, la Sala Civil i Penal del TSJ va resoldre admetre els dos motius de cassació formulats per la via del interès cassacional i no admetre el denominat per la part recurs extraordinari d'infracció processal, tot recordant la doctrina consolidada de la Sala segons la que la seva competència no s'estén al indicat recurs, sinó tan sols a la possibilitat que, en el recursos de cassació per infracció de norma foral, es puguin conèixer els motius d'infracció processals continguts en l'art. 469 LEC, i essent *ratio decidendi* per a la inadmissió del recurs el fet de proposar una nova valoració de la prova testifical i documental, en contra de la doctrina tantes vegades expressada pels Tribunals de intangibilitat en la cassació dels fets provats.

Per la seva part, el recurs de cassació va ser desestimat en els seus dos motius.

Fonamentació jurídica: El causant Senyor B –de veïnatge civil pitiús, com s’ha dit– va morir el 15 de març de 2012 sense haver atorgat testament, raó per la qual era aplicable l’art. 84 COMP, segons el que la successió intestada a Eivissa i Formentera es regeix per les normes del Codi civil, que disposava –en el seu art. 945, abans de la modificació del precepte per la llei 15/2005 de 8 de juliol– que no tindrà lloc la crida a la successió intestada al cònyuge “si estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”.

La sentència de l’Audiència Provincial va considerar que no existia una separació de fet amb aquestes característiques, ja que “el artículo 945 Cc no otorga eficacia a toda separación de hecho, quedando excluída la unilateral, aún siendo consentida, y debiendo constar fehacientemente dicho acuerdo de separación, ya que lo exigido por el precepto es la exclusión de la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, con la consecuencia de que tal separación de hecho, de mutuo acuerdo, se revele como algo inequívocamente querido y llevado a cabo por los cónyuges”. Ja examinant el supòsit contemplat, ens diu la mateixa sentència que “en el caso de autos no se ha probado que se diesen las condiciones para poder apreciar que los cónyuges estuviesen separados de hecho de mutuo acuerdo. En efecto, no ha quedado acreditada la voluntad definitiva de los cónyuges de no reanudar la vida en común. Se ha demostrado que ambos eran heroinómanos y que fue ésta la causa del deterioro de la relación hasta el punto de que el Sr. B llegó a maltratar a su mujer, que hubo de pedir auxilio al Institut de la Dona y refugiarse en una casa de acogida, pasando después a vivir con una amiga unos dos años”. Després, i una vegada examinada la prova, la sentència arriba a la conclusió que “la separación no fue en origen consentida, sino provocada por los malos tratos inferidos a la Sra. A. En consecuencia, nos hallaríamos ante una separación de hecho que no reúne las condiciones para que el cónyuge viudo quede exceptuado de la sucesión intestada. Como más arriba se ha dicho, el concepto de “separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente” que utiliza el art. 945 Cc excluye la separación unilateral aún siendo consentida. Por otro lado, la fehaciencia exigida en dicho precepto para el mutuo acuerdo, si bien no es equiparable a la constancia documental, sí excluye la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, que es, como mucho, lo que se habría dado en el caso de autos”.

El motiu primer del recurs de cassació s’estavella contra aquestes conclusions probatòries de la sentència recorreguda per ignorar –com diu la sentència del Tribunal de Cassació– “el principio de la intangibilidad en casación de los hechos probados proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que enseña que la casación no es una tercera instancia que permita revisar la cuestión fáctica, sino que se concreta al control de la

correcta aplicació del ordenamiento jurídico (STS de 27 de febrero de 2012 y las múltiples en ella citadas) y que reitera que es función de este recurso contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la que interesadamente pueda querer presentar la parte recurrente, sino a la que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados en el proceso (STS de 14 de febrero de 2012 y las que cita)”.

El segon motiu del recurs de cassació propugna integrar l'article 84 COMP mitjançant l'aplicació analògica del article 45, atorgant així a la viuda l'usdefruit de la totalitat de l'herència –com diu el segon dels indicats preceptes–, per la seva concurrència amb col·laterals, que serien nuus propietaris de la mateixa. La sentència de cassació desestima aquesta pretensió, certament curiosa, per ser una qüestió nova i resultar contrària a la postura processal adoptada pels recurrents.

En efecte: a la demanda la Senyora A sol·licita primerament el dret a succeir *ab intestato* al que va ser el seu marit Senyor B, i, subsidiàriament, el dret a percebre la llegítima contemplada pel Codi civil; i, per la seva part, els col·laterals demandats tan sols varen sol·licitar la desestimació de la demanda sense formular reconvenió ni aduir pretensió de cap mena. En aquestes circumstàncies, el Tribunal de Cassació considera que el que pretenen els recurrents “es antitético con las afirmaciones fácticas de dicha parte en ambas instancias. Y, por otro lado, jamás se planteó la posibilidad de llenar la laguna que, ahora, sostiene que existe en el art. 84. II de la Compilación, aplicable a Eivissa y Formentera, que en la sucesión abintestato del cónyuge difunto no otorga derecho alguno a los colaterales que concurren con el cónyuge viudo, mediante la auto integración del Derecho civil de Baleares por la vía del artículo 1. II de la Compilación y la aplicación analógica de su artículo 45.III que... solo rige en la isla de Mallorca, por estar situado en el libro Primero, y en la de Menorca, en virtud del artículo 65”.

La sentència comentada fa després una anàlisi sobre les diverses categories de qüestions noves, i així, hi hauria un primer grup format per les que “no fueron suscitadas por la parte recurrente en primera instancia (STS de 30 de abril de 2012)” i un segon grup constituït per “las cuestiones que sí fueron suscitadas por la recurrente en primera instancia pero no integraron el objeto del debate en apelación, y, por tanto, quedaron fuera de la razón decisoria mencionada en la sentencia de la Audiencia Provincial, pues el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada al tratar sobre las cuestiones que se haya pronunciado (STS de 13 de junio de 2012)”.

En definitiva, considera el Tribunal que aquesta qüestió introduïda per la part recurrent en el recurs de cassació de cap manera pot ser apreciada, ja que “su examen ex novo (por vez primera) produciría indefensión a la parte contraria, que no ha dispuesto en la instancia de los argumentos y medios de prueba adecuados para combatir la cuestión que se plantea por primera vez en casación, y se vería afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia”.

Comentari: Com sigui que els motius de caràcter processal que provoquen la desestimació del recurs de cassació són totalment clars i suficientment coneguts, el comentari es centrarà en la qüestió de fons del litigi.

La llei general del Estat 15/2005 de 8 de juliol va donar una nova configuració a la institució del matrimoni, que passa a estar fonamentat exclusivament en la voluntat dels cònjuges de mantenir-lo. A la exposició de motius d'aquesta llei es diu que “la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”. Com primera manifestació d'aquest principi es va introduir el divorci no causal, ja que el pot demanar qualsevol dels cònjuges sense altre condicionament que el fet d'haver transcorregut tres mesos de matrimoni, i, per tant, sense que els tribunals puguin fer declaracions sobre la suposada culpabilitat d'un o altre cònjuge com a causant d'aquesta situació.

Lògicament, aquesta nova conceptualització del matrimoni havia de produir també els seus efectes dintre del àmbit successori. I així, la mateixa llei modifica els articles 834 i 945 Cc, assenyalant que el cònjuge viudo tindrà dret a la llegítima i a succeir ab intestato si no està separat judicialment o de fet, sense cap altre precisió, mentre que, abans de la reforma, es conservava el dret a la llegítima si la separació havia estat per culpa del difunt, i l'exclusió del cònjuge viudo de la successió intestada exigia la separació per sentència ferma o per mutu acord que consti fefaentment.

Com es sabut, aquestes modificacions legislatives de caràcter successori varen ser inoperants dintre del nostre Dret, perquè tant l'article 51 –aplicable a Mallorca i Menorca– com l'article 84 –per a Eivissa i Formentera– assenyalen que la successió intestada es regirà pel Codi civil –sense perjudici de les particularitats que un i altre precepte contemple–, i aquesta remissió té caràcter estàtic, com diu la Disposició final 2^a COMP, i, per tant, se considera feta al text del Codi civil que estava en vigor quan es va aprovar la Compilació de 1990.

La conseqüència és que, dintre del nostre Dret, el cònjuge viudo separat de fet segueix tenint dret a succeir ab intestato, a no ser que la separació

s'hagi produït per mutu acord que consti fefaentment. Sense que aquesta darrera expressió suposi l'exigència d'una constància documental determinada, però –segons la sentència de l'Audiència Provincial recorreguda en el present cas– quedant exclosa la separació unilateral encara que sigui consentida.

És obvi que l'actual regulació del Codi civil és més congruent amb la consideració actual del matrimoni, com també ho és amb la doctrina del nostre Tribunal de Cassació, segons la que les atribucions successòries legals al cònjuge viudo no tenen altre fonament que la convivència, i així, la sentència de la Sala Civil i Penal 2/2009 de 27 de juliol ens diu que “la legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja. Si, pues, no existe convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación”. I si bé la sentència es refereix a la llegítima, el mateix es podria dir, i possiblement amb moltes més raons, pel que fa a la successió intestada.

Però, com ens diu el refrany castellà, “Dios escribe a veces con renglones torcidos”, i, en el present cas, l'aplicació del text del article 945 Cc anterior a la reforma de 8 de juliol de 2005, permet adjudicar l'herència intestada al cònjuge separat de fet, que havia inclús sofert violència de gènere per part del causant. És veritat que anant a determinar culpabilitats es complirien –en casos extrems com el que aquí es contempla– les exigències de la justícia material, però també pareix que no són aquestes, avui en dia, les funcions del Tribunals en el supòsits de crisi matrimonial. De totes maneres no es pot oblidar que l'article 45 COMP –aplicable a Mallorca i Menorca– concedeix llegítima al cònjuge separat de fet que es trobi en aquesta situació per causa imputable al difunt.

I per acabar, tres breus consideracions:

1) La tècnica de les remissions és absolutament desencertada i encara ho resulta més una remissió en bloc al Codi civil. S'ha de dir que no trobem ja remissions d'aquest tipus dintre de les lleis autonòmiques més recents.

2) El cas contemplat és una mostra més de la necessitat de donar quan antes un desenvolupament lògic a la Compilació mitjançant lleis sectorials que regulin amb profunditat les nostres institucions. La regulació de la successió intestada a les nostres Illes demanda una especial regulació a fi de tenir en compte, entre altres extrems, el condicionament que suposa, a Mallorca i Menorca, el principi *nemo pro parte* pel que fa a la procedència de la successió intestada, la torturant qüestió de si l'exclusió del cònjuge viudo de la successió tan sols l'ha de determinar la separació judicial o de fet, sense necessitat de ponderar si una o altra son degudes a culpa del difunt,

així com la problemàtica presentada pel paràgraf segon del article 84 COMP, que concedeix al cònjuge viudo, dintre de la successió intestada pitiusa, una llegítima que no té dintre de la testada. A més seria molt oportú, en aquest temps de crisi econòmica, establir la crida a l'herència de la Comunitat Autònoma, en lloc del Estat, a falta de parents en dret a heretar *ab intestato*, com s'ha disposat a Galícia, Navarra, País Basc, Aragó i Catalunya.

3) I per finalitzar una especial recomanació a les persones separades de fet que no hagin atorgat testament: que el facin quan antes.

XIII.2- INTERLOCUTÒRIA NÚM. 3/2012
D'11 DE JULIOL DE LA SALA CIVIL I PENAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
DE LES ILLES BALEARS.
Ponent Sr. Capó Delgado

INTERÈS CASSACIONAL.
INEXISTÈNCIA DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:
NO ES PRODUEIX QUAN HI HA UNA ANTERIOR
SENTÈNCIA DICTADA PER TOTS ELS MAGISTRATS
QUE ALESHORES FORMAVEN LA SALA.
PENSIÓ COMPENSATÒRIA I INDEMNITZACIÓ
PEL TREBALL PER A LA FAMÍLIA:
DELIMITACIÓ I PONDERACIÓ D'UNA I ALTRE FIGURA.

Resum dels fets. La Senyora A va interposar demanda de divorci contra el seu marit, sol·licitant, entre altres mesures, una pensió compensatòria temporal durant cinc anys i una compensació pel treball realitzat per a la família per un import de 150.000 euros. El Jutjat de Primera Instància 20 de Palma va dictar sentència desestimant aquestes pretensions. Interposat recurs d'apel·lació, la secció quarta de l'Audiència Provincial va dictar la sentència 66/2012 de 14 de febrer, la qual, fent una nova valoració de les proves, concedeix a la recurrent la pensió compensatòria per cinc anys de 350 euros mensuals, així com una compensació pel treball realitzat per a la família, la qual redueix a la quantitat de 30.000 euros, en virtut de la ponderació a la que es refereix l'article 10.5 de la llei de parelles estables (LPE), fent expressa referència a la sentència de la Sala Civil i Penal del TSJ de 24 de març de 2010.

Contra aquesta sentència el marit va interposar recurs de cassació per la via del interès cassacional del art. 477.3 LEC, en base als dos següents

motius: ler) per infracció dels articles 1 i 4 de la Compilació, al no establir el segon d'ells una especial compensació del treball realitzat per a la família –a diferència del art. 1438 Cc– i no resultar correcte introduir, per la via analògica, l'article 9 LPE, donat el fet de constituir els arts 3, 4 i 5 de la Compilació un ordenament jurídic complet per a regular el règim econòmic matrimonial, com va establir la sentència de la Sala Civil i Penal del TSJ 1/1998 de 3 de setembre; i 2n) infracció del art. 9 LPE, en relació al art. 4.1 Comp, per no concorre els requisits legals per a la aplicació del primer dels indicats preceptes, al no donar-se una situació de desigualtat patrimonial entre els cònjuges.

La Sala Civil i Penal va dictar providència el 14 de juny de 2012 donant a les parts deu dies per a formular al·legacions donat el fet de poder no existir interès cassacional, ja que, quant el primer motiu, la Sala –integrada per tots els seus membres– ja va establir doctrina mitjançant la sentència 2/2010 de 24 de març en resolució d'un recurs d'interès cassacional; i per que fa al segon motiu, en el que es denuncia infracció del art. 9 LPE en relació amb el art. 4.1 Comp, per les mateixes raons, a més del fet de portar els indicats preceptes més de cinc anys en vigor. Posteriorment, el 11 de juliol de 2012 es va dictar la interlocutòria 3/2012 decretant la inadmissió del recurs.

Fonamentació jurídica. A la indicada interlocutòria la Sala Civil i Penal reitera que la sentència 2/2010 de 24 de març ja va establir l'oportuna doctrina sobre la qüestió debatuda, pel que resulta innecessària una nova sentència que no seria sinó una repetició de l'anterior doctrina. Com sigui que la part recurrent havia formulat l'al·legació que una sola sentència no forma jurisprudència, al faltar la reiteració establida per l'article 1.6 Cc, contesta la Sala de la següent manera: “Como quiera que la parte recurrente intenta ampararse en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 –con independencia de que esta Sala, en Sentencia de 20 de diciembre de 2001, en relación a un anterior Acuerdo de aquella, dijera que vincula, en su caso, unicamente a la Sala que lo dictó– conviene reproducir un extremo del mismo trascendental, que aquella silencia y que le quitaría la razón, pues luego de afirmar que “El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del TS”, formula una primera excepción que, mutatis mutandi, se acomodaría totalmente a nuestro caso del siguiente tenor literal: “Cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del TS o de sentencias fijando doctrina por razón de interés casacional. En estos casos basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido”.

Pel que fa a la suposada discrepància entre les sentències de 24 de març de 2010 i 3 de setembre de 1998 –denunciada en el motiu primer del recurs–

diu la Sala que, entre una i altre havia canviat la realitat del nostre Ordenament jurídic, a conseqüència de la llei autonòmica 18/2001 de 19 de desembre de parelles estables i que “aun en el caso de que hipoteticamente existiera tal cambio de criterio se impondria el de la sentencia de 24 de marzo al ser posterior, como se reconoce en el referido Acuerdo del Tribunal Supremo en el que se lee ... que “la doctrina mantenida en las sentencias de la Sala Primera del TS invocadas en el escrito de interposición del recurso de casación no tiene carácter jurisprudencial cuando exista otra formulada en sentencias más recientes que se alejen de ella”.

Quant el motiu segon, es reiteren les causes de inadmissió indicades a l'anterior providència, i es posa de relleu que l'article 9 LPE porta més de cinc anys en vigor, pel que exclou la concurrència d'interès cassacional.

Comentari: Pareix deduir-se d'aquesta interlocutòria –i també de la 4/2012 de 16 de novembre, de contingut similar– que el nostre Tribunal de cassació ha canviat el criteri d'admissió dels recursos. Així com a resolucions anteriors es posava de manifest una major amplitud, amb congruència amb l'idea que, en definitiva, són els recursos de cassació els que fan possible que els Tribunals puguin establir la doctrina legal, de la que tan necessitat està el nostre Ordenament jurídic privat, a la interlocutòria que es comenta la Sala Civil i Penal oposa al raonament del recurrent –que deriva la inexistència de doctrina legal que demostra l'interès cassacional del fet d'existir una sola sentència (la 2/2010 de 24 de març), faltant per tant la reiteració que exigeix l'article 1.6 Cc– el contingut dels acords de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 30 de desembre de 2011, tot i reconèixer paladinament la interlocutòria que es comenta l'existència de doctrina del nostre Tribunal de Cassació segons la que aquests acords vinculen tan sols al propi Tribunal que els ha adoptat i no als altres. Per això, tal vegada hagués estat més oportú admetre el recurs i dictar la corresponent sentència reiterant la doctrina de la indicada sentència 2/2010 de 24 de març, ja que aleshores ja es podria dir, sense cap tipus de dubte, que s'està al davant d'una doctrina jurisprudencial reiterada.

Segons els indicats acords de la Sala Primera del Tribunal Suprem, no és necessària la reiteració quan es tracta d'una sentència del Ple de la Sala Primera, situació que, per una altre part, no pareix assimilable al fet d'haver dictat la sentència 2/2010 de 24 de març els quatre Magistrats que aleshores formaven la Sala, donat el considerablement major nombre de Magistrat de la Sala Primera, que actua normalment en seccions separades, a diferència de la Sala Civil i Penal del nostre Tribunal Superior de Justícia.

En un dels motius de cassació es posava de manifest la contradicció entre la doctrina de la sentència 2/2010 de 24 de Marc, que establia

l'aplicació analògica al règim econòmic matrimonial del article 9 LPE sobre compensació econòmica del treball realitzat per a la família, amb l'anterior sentència 1/1998 de 3 de setembre, segons la que el títol I del llibre I de la Compilació estableix una regulació completa dels efectes del matrimoni, que impedeix l'entrada d'altres preceptes, com va ser el cas del article 1320 Cc; per la mateixa raó considera el recurrent que no hauria de ser possible l'entrada, per via d'analogia *legis*, del article 9LPE. Creiem realment que els dos preceptes no són assimilables, ja que és diversa la seva procedència normativa i, en aquest sentit, és evident que l'article 9 LPE, a diferència del article 1320 Cc, forma part integrant del Ordenament jurídic civil balear.

I també s'ha d'assenyalar –com ja deia en el comentari de la sentència 2/2010 de 24 de març que va sortir en el número 9 d'aquesta Revista– que la disposició del art. 9 LPE establint la compensació per el treball realitzat per a la família no és més que una conseqüència que, dintre del règim econòmic del matrimoni, es podria deduir del propi article 4.1 de la Compilació, en quan estableix la obligació dels cònjuges de contribuir en proporció als seus recursos i la consideració com a contribució del treball per a la família. En realitat, d'aquest precepte ja es pot derivar la conclusió que quan hi ha hagut una contribució molt generosa en treball per a la família per part d'un dels cònjuges –permetent a l'altre dedicar-se més lliurement als seus treballs i negocis–, combinat amb el fet objectiu d'un flagrant desequilibri patrimonial entre l'un i l'altre, pot el cònjuge perjudicat demanar la indemnització compensatòria quan té lloc la liquidació del règim econòmic matrimonial. És per això que, en el cas contemplat per la sentència 2/2010 de 24 de març, la indemnització es podia donar sense necessitat d'acudir a la per una altre part intel·ligent idea de l'aplicació analògica del article 9 LPE, ja que la contribució dels dos cònjuges al aixecament de les càrregues no s'hauria realitzat en la forma indicada per l'article 4.1 Comp.

Quant a la qüestió de fons, crida l'atenció la diferent valoració que els dos òrgans judicials d'instància han fet del material provatori, ja que la Secció quarta de l'Audiència Provincial concedeix a la demandant la pensió compensatòria de 350 euros mensuals i la indemnització pel treball realitzat per a la família, si bé reduint a 30.000 euros la quantitat sol·licitada de 150.000 euros, revocant la decisió del Jutjat de Primera Instància que havia desestimat ambdues peticions.

Com sigui que el article 97 apartats 4 i 5 Cc estableix que per a determinar la pensió compensatòria s'ha de tenir en compte “la dedicación pasada y futura a la familia” i “la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge”, és necessari delimitar nítidament els dos conceptes –pensió compensatòria i indemnització per treball realitzat per a la família–, a fi d'evitar que unes

mateixes circumstàncies puguin donar lloc a dos pagaments distints, i això explica la necessitat de reclamar-les conjuntament perquè es pugui fer la adequada ponderació de les mateixes, segons estableix l'article 10.5 LPE.

I la realitat es que conceptualment es poden separar les dues figures, ja que la indemnització pel treball realitzar per a la família es centraria en la dedicació a aquesta i la col·laboració en les activitats professionals del altre cònjuge, mentre que la pensió compensatòria tindria en compte l'edat i estat de salut, la qualificació professional i la probabilitat de trobar feina del cònjuge que la reclama. És a dir: la pensió compensatòria miraria cap el futur, mentre que la indemnització es basaria en fets passats. Això explicaria també el divers tractament d'una i altre a la llei de parelles estables, ja que a la indemnització per treball realitzat per a la família no l'afecten les causes d'extinció previstes pel article 10.2 LPE per a la pensió periòdica (causes generals d'extinció del dret d'aliments i el fet que el receptor de la pensió contregui matrimoni, constitueixi una parella estable o convisqui amb una altre persona en una relació afectiva anàloga a la conjugal).

El que és clar es la necessitat de no donar lloc a duplicitat de pagaments per unes mateixes causes, i per això les legislacions que estableixen les dues figures imposen la necessitat de la seva reclamació conjunta i adequada ponderació, com fa el article 10.5 LPE. Però com sigui que no es dona cap regla sobre la manera de realitzar aquesta ponderació, la qüestió desemboca en l'aplicació del arbitri judicial. La doctrina ha considerat que, en cas de concurrència de pensió i compensació pel treball, pareix que resultaria més lògic calcular en primer terme la compensació, i, segons la seva entitat, fer variar el muntant de la pensió, ja que aquesta contempla les expectatives econòmiques futures del que la rep, i aquestes varien pel fet de haver rebut la indemnització compensatòria del treball per a la família. Però pareix que no ha estat aquest el raciocini que ha emprat la sentència de l'Audiència Provincial, donat que en ella llegim "...en el supuesto de autos, teniendo en cuentas que ya se ha concedido a la hoy apelante el derecho a percibir una pensión compensatoria en cuantía de 350 euros mensuales durante el plazo de cinco años y que ya se ha valorado para ello la dedicación pasada de dicha apelante a la familia, esta Sala considera proporcionado y adecuado fijar en 30.000 euros la cantidad que debe percibir la misma en concepto de compensación por su "sobre aportación" a los trabajos para la familia".

XIV.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN.

AGUILÓ MONJO, PEDRO ANTONIO. Académico de Número y Vicepresidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Abogado del Estado en excedencia por servicio en Comunidades Autónomas. Director del Área de lo contencioso y constitucional de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Vocal del Consell Consultiu de las Illes Balears. Entre sus publicaciones más recientes cabe citar: “Especialidades de la revisión de oficio a instancia de parte” (Revista Española de la Función Consultiva n° 1/2004), “La Justicia y el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears” (Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras, 2006) y “El control jurisdiccional de los reglamentos y la cuestión de ilegalidad” (Boletín n° IX de la Academia, 2007).

BOIX REIG, JAVIER. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia. Académico de Número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Conocido Abogado que ha intervenido en famosas causas penales ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

COCA PAYERAS, MIGUEL Licenciado en Derecho con premio extraordinario de licenciatura y Doctor por la Facultad de Derecho de Bolonia. Profesor de Derecho civil en las Universidades de Barcelona y en la de las Illes Balears, en la que es, desde 1986, Catedrático de Derecho civil. Autor de libros y de numerosos artículos sobre temas de su especialidad, ha dado múltiples conferencias y ha participado en congresos y mesas redondas. Ha sido Vocal y en la actualidad es el Presidente de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear, así como autor de la ponencia sobre “avantprojecte de llei de règim patrimonial del matrimoni”. Desde el año

1993 ejerce la abogacía. El 17 de Diciembre de 2012 leyó su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Baleares titulado “Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de instituciones civiles fundamentales”.

FERRER VANRELL, MARIA PILAR. Doctora en Derecho; Profesora de Derecho civil en la Universidad de Barcelona; Catedrático de Derecho civil de la UIB. Ha sido directora de tesis, de cursos de postgrado y de congresos nacionales e internacionales. Ha sido investigadora principal de proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología, Presidenta y vocal de la Comissió Assessora de Derecho civil y vocal de la Comissió Assessora para la reforma del Estatuto de Autonomía, así como Secretaria General de la UIB y Consellera de la Funció Pública i Interior del Govern Balear. Autora de más de 70 publicaciones, entre libros, capítulos de libro y artículos en revistas jurídicas, particularmente sobre temas de Derecho civil balear. Medalla de Oro de la Comunidad Autónoma y Académica de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, de la que actualmente es Secretaria General.

GARCIAS PLANAS, GABRIEL. Doctor en Derecho por la Universidad Central de Barcelona. Sobresaliente “CUM LAUDE”. Profesor Titular de Derecho penal en la UIB. Abogado. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Entre otros trabajos ha publicado: “Notas sobre la riña tumultuaria en el Código Penal” en Revista Jurídica de Cataluña 1979, “Consideraciones en torno al agente provocador” en Cuadernos de Política Criminal, Madrid 1982, “Consecuencias del principio non bis in idem en Derecho penal” en Anuario de Derecho penal, Madrid 1989, “El nuevo delito de tráfico de influencias” en Revista del Poder Judicial, Madrid 1993, “El delito urbanístico”, Valencia 1977 y “Relaciones concursales entre los delitos de estafa y falsedad”, obra conjunta, Madrid 2005 y 2008.

JANER TORRENS, JOAN DAVID. Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universitat de les Illes Balears y titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la Unión Europea. Premio extraordinario de licenciatura de la UIB y doctor por dicha Universidad. Ha realizado estancias de investigación en diversas universidades extranjeras y ha impartido docencia en distintos másters oficiales en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid i en la Universidad de Leon (Nicaragua). En 1999 fue premiado por el Gobierno japonés para realizar una visita de estudios en Japón. Es autor de libros y estudios doctrinales sobre Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea. Desde el año 2000 es coordinador del Programa Erasmus de la Facultad de Derecho de la UIB.

JIMÉNEZ GALLEGO, CARLOS. Licenciado en Derecho. Abogado (hasta 1991). Notario (promoción de 1991). Notario de Palma desde Junio de 1996, tras aprobar las oposiciones entre Notarios de 1994 - 1995. Preparador de opositores desde 1995 hasta 2006. Miembro de la comisión de cultura del Colegio Notarial desde 1997, coordinador y autor de numerosos artículos en los libros de los seminarios del Colegio Notarial (desde 2004) y en otras revistas jurídicas y libros colectivos. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Jurídica de las Illes Balears, en la que ha publicado varios artículos. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, EDUARDO. Natural de La Coruña. Licenciado en Derecho por la Complutense (1951). Notario (1956). Notarías servidas: Puentes de García Rodríguez, LLucmajor, Muro y Palma de Mallorca. Ha sido Censor 1º y Decano del Ilte Colegio Notarial de las Illes Balears y ha sido y es Presidente de la Comisión de Cultura de dicho Colegio, del que ostenta la Medalla de Honor, así como la Cruz Distinguida de 1ª Clase y de Honor de la Orden de San Raimundo de Penyafort. Notario Honorario. Fue miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de la actual Compilación del Derecho civil de las Illes Balears. Miembro de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, de la que ha sido Presidente durante ocho años

MASOT MIQUEL, MIQUEL. Licenciado y Doctor en Derecho. Ha sido Profesor Titular de Derecho civil y Catedrático de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la UIB. Abogado en ejercicio de 1965 a Noviembre de 2000 y Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de Noviembre de 2000 a Diciembre de 2007. Ha sido Presidente de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear y del Consell Acadèmic del Institut d'Estudis Baleàrics, así como miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de la actual Compilación del Derecho civil balear. En la actualidad es miembro de la Comissió Asesora de Dret Civil del Govern Balear. Es Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde su fundación y, en la actualidad, Presidente de misma. Autor de libros y numerosos artículos sobre temas diversos, en especial de Derecho civil balear.

MIR DE LA FUENTE, TOMÁS. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Doctor en Derecho y Abogado del Estado. Es miembro de la Comisión Asesora de Derecho Civil del Govern Balear. Ha sido Abogado del Estado-Jefe en la Comunidad Autónoma de Baleares y miembro de la Comisión de Juristas que redactó

el anteproyecto de Ley que en 1990 modificó la Compilación. Es autor del libro “Las retenciones tributarias” y, entre otras, de las siguientes colaboraciones publicadas en este Boletín: “La complicada historia de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compilación del Derecho civil de Baleares”, “Consideraciones sobre algunos de los derechos del ciudadano, del administrado y del contribuyente”, “Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución y el Estatuto de Autonomía” y “La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears”, “Islas en venta”, “Las islas Baleares en la historia del constitucionalismo” y “Refranes jurídicos castellanos y mallorquines”.

MONSERRAT QUINTANA, ANTONI. Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de las Illes Balears. Doctor en Derecho. Abogado no ejerciente. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, de la que es Censor en su Junta de Gobierno. Ha sido Vocal del Consejo General del Poder Judicial en el que, sin perjuicio de otras funciones, ha pertenecido a la Comisión Internacional y Presupuestaria; ha sido Vocal Territorial de Aragón, Rioja y Navarra, Director de la “Revista del Poder Judicial”, Miembro del *Steering Committee. European Network of Councils for the Judiciary* y Coordinador del grupo de trabajo sobre “Trasparencia, Rendición de Cuentas e Integridad” en la Cumbre Judicial Iberoamericana. Autor de diversas ponencias, artículos y libros jurídicos.

PEREZ RAMOS, ANTONIO. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona y en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad de Comillas. Ha sido Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de las Illes Balears, así como Profesor Ordinario de Derecho Canónico en el Centro de Estudios Teológicos de Mallorca. Fundador y Presidente del Instituto de Estudios Matrimoniales de Palma de Mallorca y ex Presidente de la Asociación Española de Canonistas. Miembro de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en la que leyó el discurso de ingreso titulado “El matrimonio canónico en libertad”.

QUINTANA PETRUS, JOSEP MARIA. Registrador de la propietat i escriptor. Acadèmic de Número de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears, i Acadèmic corresponent de la Reial Acadèmia de Sant Jordi i de l’Acadèmia de les Bones Lletres de Barcelona. Doctor en Filologia i Llicenciat en Dret. És autor dels llibres següents: La Comunitat Autònoma de les Illes Balears (1995), Derecho de aguas (1992), El estatuto de autonomía para las Islas Baleares (1984), Las autonomías y el título VIII de la constitución (1982). Ha publicat diversos estudis a la Revista Jurídica de Catalunya, a la Revista de Derecho Inmobiliario i a la Revista de Menorca.

SITJAR BURGUERA, BARTOLOMÉ. Abogado de los Colegios de Baleares desde 1960 y de Madrid desde 1972. Es Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears y ha sido Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares de 1987 a 1997. Asesor jurídico y Consejero del Banco de Crédito Balear de 1971 a 1992. Presidente del Banco Agrícola de Pollensa de 1972 a 1975 y Presidente de la Unión Profesional de Baleares de 1993 a 1997. Su discurso de ingreso en la Academia trató de “La compensación en los procedimientos concursales”.

VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ. Licenciada y Doctora en Derecho por la Universitat de las Illes Balears, de la que en la actualidad es Profesora Titular de Derecho civil. Autora de cuatro monografías que llevan por títulos *Arrendamientos de local de negocio celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 en la LAU de 1994*, *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho Patrimonial*, *El principio de irretroactividad: problemática general* y *La nulidad de los testamentos o disposiciones testamentarias*. Autora de numerosos artículos doctrinales y capítulos de libros. En la actualidad es Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de las Illes Balears.