

IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2016-2017

LAS BODAS DE PLATA NO CELEBRADAS DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE LAS ILLES BALEARS DE 1990

Miquel Masot Miquel

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.-ANÁLISIS HISTÓRICO

- 1) Los trabajos de la Comisión de Juristas creada por el RD 1007/81 de 22 de mayo
- 2) Los trabajos del Parlament de las Illes Balears
 - A) La disposición de la vivienda familiar
 - B) La legítima de los descendientes
 - C) El pago de la legítima en metálico
 - D) Los censos y alodios

III.-ANÁLISIS CRÍTICO

- 1) Título preliminar y disposiciones finales (Aplicable a todas las Islas)
- 2) Régimen económico matrimonial (Mallorca y Menorca)

- 3) Principios sucesorios. Cuarta falcidia (Mallorca y Menorca)
- 4) Donación universal (Mallorca)
- 5) Heredero distribuidor (Mallorca y Menorca)
- 6) Sustitución fideicomisaria (Mallorca y Menorca)
- 7) Legítimas (Mallorca y Menorca)
- 8) Testigos en los testamentos (Aplicable a todas las Islas)
- 9) Sucesión intestada (Mallorca y Menorca)
- 10) Censos y alodios (Mallorca)
- 11) Sociedad rural (Menorca)
- 12) La no aplicación en Menorca de las normas del Libro I sobre contratos sucesorios
- 13) Instituciones del Libro III (Eivissa y Formentera)

III.- ANÁLISIS DE FUTURO

- 1) El molde formal. Continente de las futuras reformas legislativas
- 2) El núcleo sustantivo. Contenido de las posibles reformas legislativas
 - A) Disposiciones generales
 - B) Régimen económico matrimonial (Mallorca y Menorca). Remisión
 - C) Sucesiones (Mallorca y Menorca)
 - a. Disposiciones generales y principios sucesorios
 - b. Capacidad sucesoria
 - c. Testamentos, codicilos y memorias testamentarias
 - d. Fiducia sucesoria
 - e. Fideicomisos
 - f. Legados
 - g. Legítimas
 - h. Pactos sucesorios

IV.- CONCLUSIÓN

I.- INTRODUCCIÓN

Nos dicen las leyendas que, en la antigua Grecia, vivía una pareja de jóvenes enamorados cuyos padres, por diferencias sociales, no les permitían verse. Como suele ocurrir en estos casos, ellos se veían a escondidas. En uno de estos encuentros, el padre de la doncella les encontró besándose. Entonces, tomando a la misma por el brazo, se la llevó bruscamente y amenazó al joven con matarlo. Desesperado y sin saber qué hacer, el joven rezó a la diosa del amor Afrodita y, en medio del rezo, la diosa se presentó para indicarle una aldea custodiada por ella misma, a la que podrían escapar y vivir allí su amor. Seducido por esta idea, el joven esperó a que todos se durmieran, escaló hasta la habitación de su enamorada, le contó su visión de la diosa Afrodita y huyó con ella.

Felizmente vivieron su amor en la aldea de Afrodita durante 10 años, pero, para entonces, el hermano menor de la joven, en un descuido de la diosa Afrodita, se presentó para cumplir la promesa de su padre, quien, ante la huida, extendió a ambos jóvenes su amenaza de muerte y el mismo, años después, murió de tristeza. No encontrando al joven, pero sí a su hermana, el hermano menor hundió su espada en su cuerpo. Su enamorado llegó en el momento en que el verdugo limpiaba la espada asesina de la sangre de su hermana. Desesperado, acudió al templo de Afrodita y, por consejo de la misma, desenvainó una de las espadas allí depositadas, que estaba hecha completamente de plata. Armado con esta espada persiguió durante 25 años al verdugo de su amada hasta que le encontró, clavándole entonces en el corazón la espada de plata de la diosa Afrodita y vengando así su muerte. Después se retiró del lugar y se clavó una daga, también de plata, en su pecho, rogando, en sus últimos momentos, a la diosa Afrodita que se lo llevara junto con su amada. De esta historia sale la tradición de hacer regalos para bodas de plata, hechos con este metal, debido a que, según esta historia, la espada y la daga de plata fueron los elementos que sellaron un pacto de amor eterno entre los dos enamorados.

Hoy en día, por extensión, se habla también de bodas de plata cuando han transcurrido veinticinco años desde que tuvo lugar un determinado evento importante, placentero y agradable. Pues bien: han pasado más de 25 años desde la entrada en vigor de la ley 8/1990 de 28 de junio del Parlament balear, que modificó la Compilación del Derecho civil de nuestras Islas de 1961, introduciendo en la misma, como veremos, muy importantes variaciones; y han pasado también más de veinticinco años desde la aprobación del Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, que publicó la definitiva Compilación de nuestro Derecho, sin que en los operadores jurídicos haya aparecido la más pequeña indicación o glosa de la efeméride.

A diferencia de lo que ocurrió con los cincuenta años de la Compilación de 1961, en que la propia Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, juntamente con la Facultad de Derecho de la UIB y el Institut d'Estudis Autònoms, lanzaron una importante obra conmemorativa¹, en la que se integran once trabajos monográficos de los mejores especialistas en nuestro Derecho, analizando la Compilación de 1961, su *iter* histórico legislativo y su carácter innovador, sus libros I, II y III, su relación con el Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro, sus modificaciones, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia dictadas en aplicación de la misma, las leyes civiles no recogidas en la Compilación (parejas estables y voluntades anticipadas), el futuro del Derecho sucesorio y los materiales para el estudio del Derecho civil de las Illes Balears.

Contrasta este alarde con las bodas de plata de la Compilación de 1990, respecto de cuya efeméride ha reinado el más absoluto silencio. Es cierto que las bodas de oro dan más motivo de celebración que las bodas de plata, pero no por ello deben ser éstas despreciadas. Sin salir de nuestra propia Corporación, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación organizó una sesión pública al cumplirse los veinticinco años de su creación, sesión que dio lugar a las intervenciones de los Académicos Bartolomé Sitjar y Gabriel Garcías—que hicieron posible juntamente con el primer Presidente Miguel Coll Carreras la creación de la Academia- y los hasta ahora Presidentes Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés y Miquel Masot Miquel². Por lo que respecta a las bodas de plata de la Compilación de 1961, tuvieron también su pequeño recordatorio: en el Diario de Mallorca de 19 de abril de 1986 se publicó un artículo mío titulado precisamente “Bodas de Plata de la Compilación del Derecho civil de Baleares”.

Y, por otra parte, es común entre las parejas la celebración de las bodas de plata de su matrimonio; entre otras cosas porque éstas las tienen a mano y, por el contrario, las bodas de oro están en un futuro al que no se sabe si, por fallecimiento, separación o divorcio, se llegará.

En definitiva, habiéndose cumplido las bodas de plata de la Compilación de 1990 es mi propósito, en el presente artículo, analizar someramente la misma. Lo cual significa dar respuesta a tres preguntas:

1.- *El Dret viscut*, coordinada por María Pilar Ferrer, Miquel Masot y Luis J. Segura, edición Lleonard Muntaner 2011.

2.- Pueden verse sus intervenciones en el XIV Boletín de la Academia pag. 235 y siguientes.

¿Cómo se gestó la Compilación de 1990? Ello nos introduce en el proceso histórico de creación de la misma; primeramente, a través de la Comisión de Juristas nombrada al efecto y después en base a lo que supusieron las sesiones parlamentarias. Es el *análisis histórico*.

¿Cuál es, *hic et nunc*, la apreciación crítica que merece la Compilación de 1990? ¿Fue una mera adaptación de la Compilación de 1961 a la Constitución de 1978 o introdujo ostensibles avances en una más acertada regulación de nuestras instituciones? Es el *análisis crítico*.

Y, finalmente, ¿cuál es el futuro que, previsiblemente, cabe esperar para la Compilación de 1990? ¿Se mantendrá o será profusamente modificada? ¿Será superada por leyes sectoriales o especiales que regulen por separado y con amplitud las diversas instituciones? Es el *análisis de futuro*.

Voy a tratar de contestar, pues, a las tres preguntas.

II.- ANÁLISIS HISTÓRICO

En las regiones –hoy comunidades autónomas– con Derecho civil propio era una preocupación constante la conservación del mismo frente a la acometida generalizada de la legislación estatal, así como su adaptación a las nuevas realidades sociales, tan cambiantes en aquellos tiempos en que se intentaba transitar de un régimen autoritario a otro democrático. Particularmente preocupaba el hecho de que las Compilaciones en las que se recogía la normativa específicamente foral de cada comunidad autónoma eran –especialmente la nuestra– de una parquedad manifiesta, al ser fruto de una época en que lo foral no era mirado con especiales muestras de agrado. Supuso un meritorio avance en el proceso de modernización de estos Derechos forales la creación del Instituto Español de Derecho Foral, que propició la reunión de los juristas de todas las regiones con Derecho civil propio, en jornadas en las que se intercambiaban experiencias y se contrastaban las mismas con otros juristas de procedencia de las regiones de aplicación generalizada del Código civil³.

En estas sesiones era un clamor la necesidad de dar nuevo impulso a las Comisiones de Juristas de las regiones forales que habían preparado las Compilaciones de cada una de ellas, a fin llevar a cabo su modernización y renovación. Fue fruto de tal insistencia el Real Decreto 1196/77 de 23 de abril, todavía

3.- Asistí a la mayoría de estas sesiones en representación de nuestras Islas, juntamente con José Cerdá Gimeno, Joan Verger Garau y Juan Tur Serra, estos dos últimos desgraciadamente ya fallecidos.

anterior a la Constitución de 1978, por lo que no podía tener en cuenta la nueva organización del Estado diseñada por la misma, mediante la creación de las Comunidades Autónomas como entidades políticas, con sus correspondientes Parlamentos. Precisamente, en el Real Decreto en cuestión se establecía que era el Ministro de Justicia quien debía realizar la función de presentar a las Cortes Generales los proyectos de modernización de cada Compilación, de acuerdo con los anteproyectos que hubieren presentado las Comisiones de Juristas de cada Comunidad Autónoma, formadas por Juristas de reconocido prestigio, bajo la presidencia del Presidente de la Audiencia Territorial respectiva.

Recuerdo vivamente que en las Jornadas de Derecho Foral de Huesca de 1977, promovidas por el Instituto, el entonces Presidente del mismo Luis Martín-Ballesteros y Costea nos presentó, como una primicia, el proyecto del Real Decreto, recibiendo el desencanto de todos nosotros, coincidentes en señalar que debían ser los futuros Parlamentos autonómicos –que comenzaban a aparecer y a ser regulados en los proyectos preconstitucionales que circulaban– los que debían acometer las tareas de modernización de los Derechos forales de cada Comunidad Autónoma, como exponentes de la voluntad popular de la misma.

Por la razón indicada la vigencia del RD 1196/77 de 23 de abril fue muy limitada, así como nula su aplicación práctica, pues pronto se aprobó la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 y, en el nuevo marco territorial diseñado por la misma, parecía que un nuevo modelo debía seguirse para la modernización de los Derechos forales; que pasaría a ser iniciativa y obra de los Parlamentos autonómicos en las Comunidades con autonomía plenamente desarrollada, mientras que, en las Comunidades en régimen de preautonomía, serían unas Comisiones de Juristas, las que realizarían el importante trabajo de estudiar el proceso de adaptación de las normas compiladas a las realidades sociales del momento, proponiendo las reformas y modificaciones de los textos compilados que se considerasen oportunas.

El hecho de que Aragón y Baleares estuvieren en situación de preautonomía y las muy buenas relaciones con los juristas de Aragón⁴ propiciaron que las ideas sobre cómo debían estructurarse las Comisiones de Juristas redactoras de los correspondientes anteproyectos fueran bastante coincidentes. Ello se muestra en las dos disposiciones normativas que crean las Comisiones de Juristas para Aragón y Baleares, las cuales son de la misma fecha -22 de mayo de 1981- y tienen números consecutivos, Real Decreto 1006/81 en el

4.- En especial las de José Cerdá Gimeno con José Luis Merino Hernández y las mías con el que fue mi maestro, el insigne civilista José Luis Lacruz Berdejo.

caso de Aragón y 1007/81 para Baleares. Como ha dicho Cerdá Gimeno⁵, la *consecuencia* evidente, para cada territorio foral, era la de quedar no sólo histórica sino normativamente legitimado para hacer uso de competencias legislativas en orden a su respectivo Derecho civil propio; competencias que, en unos supuestos, eran ya asumidas por el Parlamento regional respectivo, pero que en otros casos –como en Aragón y Baleares– era un organismo técnico –la Comisión de Juristas– el encargado de elaborar los proyectos dirigidos a la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil.

1) Los trabajos de la Comisión de Juristas creada por el RD 1007/81 de 22 de mayo⁶

El objetivo de la Comisión de Juristas queda fijado en el art. 5º del Real Decreto, al decir que será competencia de la Comisión, mientras no se apruebe el Estatuto de Autonomía de Baleares, la elaboración de los anteproyectos de interés sobre su Derecho civil foral o especial, para su elevación al Ministerio de Justicia. A estos efectos, una vez concluidos sus trabajos, la Comisión hará entrega formal de los mismos al Consejo General Interinsular para su traslado al Ministerio de Justicia.

La disposición normativa de que se viene tratando diseñó una composición bastante completa, a fin de que los organismos políticos de la autonomía y los operadores jurídicos de la Comunidad Autónoma tuvieran su representación en la Comisión, primando especialmente al Colegio de Abogados y al de Notarios, a los que se faculta para designar dos representantes, mientras que las otras entidades tan sólo pueden designar uno.

Los componentes de la Comisión designados por las entidades a quienes se había atribuido tal facultad fueron los siguientes:

Por el Consell General Interinsular, Francisco Noguera Roig, Presidente de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial y conocido foralista.

Por el Consell Insular de Mallorca, Román Piña Homs, Catedrático de Historia del Derecho.

5.- *El Proceso de adaptación constitucional del Derecho civil de las Islas Baleares*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm 559 noviembre-diciembre 1983.

6.- Han analizado con detalle y certeramente esta Comisión de Juristas los miembros de número de nuestra Academia José Cerdá Gimeno, en la obra citada en la nota 5, y Tomás Mir de la Fuente en su obra *“La evolución del Derecho civil balear compilado: el contenido de la Compilación y sus modificaciones”*, publicado en *El Dret Viscut*, Palma 2011.

Por el Consell Insular de Menorca, Miguel Coll Carreras, Abogado del Estado Jefe en Baleares y reconocido foralista.

Por el Consell Insular de Ibiza-Formentera, José Cerdá Gimeno, Notario y autor de ingentes obras sobre Derecho pitiuso.

Por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, Ramón Montero Fernández-Cid, Magistrado entonces de la misma. Fue sustituido, al pasar a ocupar plaza de Magistrado en el Tribunal Supremo, por Guillermo Vidal Andreu, Presidente que fue de la Audiencia Provincial de Baleares y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, hoy ya desgraciadamente fallecido.

Por el Colegio de Abogados, Miquel Masot Miquel y Juan Tur Serra. Al fallecimiento de este último, fue designado en su lugar Bernardo Cardona Escandell, quien después sería miembro fundador de la hoy Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

Por el Colegio Notarial, Raimundo Clar Garau y Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, ex Decanos de dicho Colegio y de gran prestigio jurídico.

Por la Delegación Regional del Colegio Nacional de Registradores, Joan Vidal Perelló, Registrador de la Propiedad.

Por la Facultad de Derecho, Tomás Mir de la Fuente, Abogado del Estado y estudioso del Derecho civil propio.

Por el Instituto de Estudios Baleáricos, Juan Blascos Serra, Abogado.

Como sea que el art. 6º del RD 1007/81 señala que, una vez constituida la Comisión, los miembros electos podrán, por mayoría absoluta de los mismos, proponer al Consejo General Interinsular, para su nombramiento, hasta un máximo de tres Vocales más de entre los juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho civil balear, fueron elegidos por unanimidad, incorporándose así a la Comisión, Joan Verger Garau y Jaime Ferrer Pons, Notario y Registrador de la Propiedad el primero y Notario el segundo, ambos ciertamente expertos en nuestro Derecho civil, así como el entonces Catedrático de Derecho romano de nuestra Facultad de Derecho –entonces Sección Delegada de la Universidad Autónoma de Barcelona– Francisco Samper Polo.

Por su parte, el art. 4º señalaba que la Comisión de Juristas, una vez constituida, podrá dotarse de las normas internas de funcionamiento

y organización, correspondiendo al Consejo General Interinsular el nombramiento de Presidente de la Comisión, de entre los miembros de la misma. A pesar de lo cual, el Presidente del Consejo General Interinsular declinó, elegantemente, efectuar el nombramiento, proponiendo que la designación la realizaran los propios miembros de la Comisión; de esta manera resultó elegido en la sesión de 3 de diciembre de 1981, prácticamente por aclamación, Francisco Noguera Roig. En la siguiente sesión, celebrada el 26 de enero de 1982, se designó a Tomás Mir de la Fuente Secretario de la Comisión de Juristas, adoptándose en la misma reunión, a propuesta de Miguel Coll Carreras, el acuerdo de que la Comisión se rigiera por las normas que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 establecía para los organismos colegiados.

En la misma reunión se afrontó el tema crucial de si los trabajos de la Comisión debían limitarse a una mera adaptación al texto constitucional o si, por el contrario, debían regularse con más amplitud las instituciones recogidas en la Compilación de 1961, dado que la parquedad de la misma era de la mayor evidencia. Por otra parte, las necesarias adaptaciones a la Constitución eran tan escasas como evidentes, limitándose, fundamentalmente, a la superación de la distinción entre hijos legítimos e hijos naturales reconocidos, así como de los padres y ascendientes legítimos y naturales, en ámbito de legítimas, y la posible supresión de la ley *hac edictali* del art. 53. Ciertamente, para ello no hacía falta una Comisión formada por 15 Juristas de reconocido prestigio. Por tal razón se acordó, no sin alguna discrepancia, que la Comisión debía hacer uso de las posibilidades y perspectivas que resultaban del art. 149.1.8 CE, porque era tan plausible como necesaria la modificación y el desarrollo legislativo de las normas que regulaban nuestras instituciones propias.

Las reuniones de la Comisión tuvieron lugar con una periodicidad de dos al mes, celebrándose en el despacho del Notario Raimundo Clar Garau; y en las escasas ocasiones en que el mismo no pudo asistir a las reuniones de la Comisión, tuve el honor de albergar a la misma en mi despacho.

En un órgano tan numeroso como la Comisión era esencial trabajar en régimen de ponencias. En la designación de los ponentes se tuvieron especialmente en cuenta los Comentarios a nuestra Compilación de 1961 que había editado Edersa en 1980, dentro de la magna obra de Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, pues precisamente los ponentes fueron los comentaristas en dicha obra de cada una de nuestras instituciones. De esta manera, la ponencia sobre el título preliminar y disposiciones finales corrió a cargo de Raimundo Clar Garau, las de régimen económico matrimonial, donaciones universales y cuarta falcidia a mi cargo, las relativas a principios

sucesorios y heredero distribuidor correspondieron a Joan Verger Garau, la sustitución fideicomisaria a Miguel Coll Carreras, la legítima a Jaime Ferrer Pons, los derechos reales a Tomás Mir de la Fuente, el Derecho de Menorca a Miguel Coll Carreras y el Derecho de Eivissa y Formentera a José Cerdá Gimeno. Una vez elaboradas las ponencias, comenzaron las reuniones de la Comisión para la discusión de las mismas.

En las copias de las actas, celosamente guardadas por el que fue diligente Secretario de la Comisión Tomás Mir de la Fuente, se ponen de relieve estas deliberaciones y discusiones que, en alguna ocasión, fueron tan enconadas que dos miembros de la Comisión llegaron a discutir a voz en grito; cosa que a veces sucede entre los juristas cuando estamos absolutamente convencidos de la bondad de nuestras apreciaciones. El que esté libre de pecado que tire la primera piedra.

Es impensable dar, en el contexto en que se sitúa el presente trabajo, una idea pormenorizada del desarrollo de estas sesiones, por lo que les dedicaré, tan solo, una breve pincelada. Hubo bastante acuerdo en las reuniones en las que se debatió el título preliminar y menos acuerdos al tratar del régimen económico matrimonial, en el que se suscitó un amplio debate sobre el trabajo para la casa y su consideración como contribución a las cargas; en realidad todos estaban de acuerdo en tal consideración, pero el objeto de la discusión se centraba en si debía establecerse asimismo una especial compensación para el trabajo para la familia, de manera similar a como había hecho el art. 1438 Cc. Se contraponían, de una parte, los argumentos que esgrimían la justicia de tal compensación con, de otra, el hecho de ser frecuente, en nuestra Comunidad Autónoma, que las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio se escrituran a nombre de ambos cónyuges, con lo que de esta manera se hace partícipe al cónyuge que trabaja para la familia de las ganancias que pueda haber experimentado el otro cónyuge⁷.

En el tema de los principios sucesorios hubo acuerdo generalizado en continuar estructurando la sucesión, en Mallorca y Menorca, sobre la base de estos principios, mientras que fueron más acaloradas las discusiones que se produjeron al abordarse el tema del heredero distribuidor, particularmente por el hecho de que el ponente en esta materia –Joan Verger Garau– presentó una ponencia con un tecnicismo que no encontramos en la Compilación de 1961,

7.- En mi artículo *Algunas consideraciones sobre la compensación económica del trabajo para la familia y su incidencia en el Derecho civil de las Illes Balears*, correspondiente a mi intervención en las Jornadas celebradas en Palma los días 16 y 17 de junio de 2016, promovidas por la Asociación Nacional de Abogados de Derecho de Familia, me hacía amplio eco de los debates suscitados sobre este tema y de una interesante propuesta presentada por el componente de la Comisión Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés. Este trabajo está publicado en el Boletín XVII de nuestra Real Academia.

inspirado fundamentalmente en la doctrina y la normativa catalana. También se discutió mucho en el tema de la donación universal, particularmente porque el texto de la Compilación de 1961 contenía numerosas incongruencias, a cuya resolución no ayudaba precisamente el desuso generalizado de la institución. En materia de sustitución fideicomisaria las modificaciones, respecto de la Compilación de 1961, fueron pocas, limitándose a una serie de retoques técnicos y a dar entrada a toda clase de hijos –también, por tanto, a los no matrimoniales y adoptivos- en la institución de los hijos puestos en condición, aunque pudiendo el testador o disponente establecer limitaciones al respecto.

Por lo que respecta a la cuarta falcidia existió poco debate al estarse de acuerdo fundamentalmente con la ponencia, mientras que sí lo hubo y amplio en el tema de legítimas, aunque casi todos consideraron procedente su mantenimiento. Se efectuaron los retoques impuestos por la Constitución para unificar toda clase de hijos en la legítima de los descendientes y se debatió ampliamente sobre los nuevos aspectos que, en materia de legítimas, muestra la Compilación de 1990, particularmente en lo que respecta a la definición, a la que se dotó de una normativa apta para resolver su problemática, mientras que en la Compilación de 1961 no existía regulación de ninguna clase.

En materia de censos y alodios se tomaron importantes decisiones, con el asentimiento de todos los miembros de la Comisión, como son la eliminación en ellos de los derechos de tanteo y retracto y su posibilidad prescriptiva, así como la eliminación de las mejoras y nuevas edificaciones en la valoración de la finca a efectos de la redención del alodio; posibilidad esta última que el Parlament convirtió en la ley 3/1985 de 11 de abril.

Por lo que respecta a la normativa de Menorca e Eivissa y Formentera se siguieron fundamentalmente las opiniones de los ponentes respectivos, que eran Miguel Coll Carreras en el caso de Menorca, y José Cerdá Gimeno en el de las Pitiusas, con la colaboración importante, en cuanto al Derecho de estas últimas, de Abogados con amplia experiencia profesional en Eivissa, como fueron Juan Tur Serra y, después, al fallecimiento del mismo, Bernardo Cardona Escandell.

Sesión tras sesión fueron avanzando los trabajos, hasta llegarse al 11 de noviembre de 1985, fecha del acta del tenor literal siguiente:

“DILIGENCIA.- En Palma de Mallorca a once de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco.

Para hacer constar que, en el día de hoy, a las 13 horas, la Comisión Compiladora de Juristas, con asistencia de su Presidente Don Francisco Noguera Roig y el infrascrito Secretario, así como de los Vocales Sres. Piña, Coll, Cerdá, Clar, Martínez-Piñeiro, Masot, Cardona, Vidal Andreu, Blasco, Ferrer y Verger, hizo entrega del resultado de sus trabajos, consistente en el anteproyecto de revisión del que se une copia al legajo como documento nº 47.

La entrega se realizó en el Consulado de Mar, sede del Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que lo recibió, después de que el Presidente de la Comisión de Juristas pronunciara unas palabras, a las que contestó agradecido.

Estuvo presente el Consejero de Interior así como el Jefe de la Asesoría Jurídica de la Comunidad.

EL SECRETARIO Fdo. Tomás Mir⁷⁸

Pero hay que destacar que, entre el inicio de los trabajos de la Comisión y su finalización, acaeció un hecho de gran trascendencia para nuestras Islas, como fue la aprobación del Estatut d'Autonomia de les Illes Balears por Ley Orgánica 2/1983 de 25 de febrero, según el cual pasaba a ser competencia de nuestra Comunidad Autónoma - a ejercitar mediante su Parlament- la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de nuestras Islas, con inclusión del sistema de fuentes, y excluyendo las materias específicamente vedadas por el art. 149.1.8ª CE. Como es sabido, la aprobación del Estatut se demoró mucho por las discrepancias entre los parlamentarios de Mallorca, de una parte, y de Menorca y Eivissa, de otra, sobre el tema de la paridad, que suponía que el número de diputados de la primera isla (Mallorca) fuera igual al de las otras islas, tema del que, particularmente en Eivissa, se hizo bandera. Los largos debates y discusiones sobre esta materia motivaron que nuestro Estatut se aprobara cuando casi todas las otras Comunidades Autónoma lo tenían ya, de lo cual me hice eco al dejar escrito que nuestras Islas, a pesar de tener un Derecho, una lengua y una cultura propia y haber sido históricamente un reino independiente, se subieron al tren de la Autonomía en el último momento, compartiendo el furgón de cola con Extremadura, Madrid y Castilla y León. Lo cierto es que los trabajos de preparación y redacción del Estatut fueron arduos y quiero destacar que, entre los componentes de la *Comissió dels onze*, que recibió el encargo oficial de realizar dichos trabajos, estaban nuestros compañeros

8.- El Secretario de la Comisión de Juristas Sr. Mir de la Fuente ha tenido la amabilidad, que agradezco, de poner a mi disposición copias de las actas y legajos en los que están reflejados los trabajos de la Comisión.

académicos –hoy, desgraciadamente, ya no entre nosotros- Rafael Gil Mendoza y Félix Pons Irazzábal.

Es evidente, por tanto, que al recaer la soberanía popular, por lo que a nuestra Comunidad Autónoma se refiere, en su Parlament, y teniendo éste competencias expresas sobre la materia, era este órgano el que debía decir la última palabra sobre el resultado de los trabajos de la Comisión de Juristas, por lo que se impone ahora pasar a exponer su actuación en la materia.

2) Los trabajos del Parlament de las Illes Balears.

Según el art. 10 de la LO de 25 de febrero de 1983, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, la Comunidad Autónoma tiene “competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil de las Islas Baleares”. Y el art. 19 establecía que el Parlament ejerce la potestad legislativa, en lo cual insiste el art. 27. El art. 50, por su parte, señalaba que, “en materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Islas Baleares es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro en los términos previstos en el Estatuto”.

Sin embargo, en el mes de octubre de 1984, y a propósito de un proyecto de ley presentado por Unió Mallorquina sobre redención de los censos y alodios⁹, saltó a la prensa local la polémica de si nuestro Parlamento era o no competente para legislar sobre nuestro Derecho civil, polémica abierta por un artículo del Profesor Garau Juaneda. Tercié en dicha polémica, al igual que lo hicieron los Profesores Lafuente López y Coca Payeras, partidarios, como yo, de considerar indiscutible dicha competencia¹⁰. En este artículo hacía referencia a las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza del 29 de octubre al 1 de noviembre de 1981, con asistencia de destacados juristas de todas las regiones forales y de lo que entonces llamábamos territorios de Derecho común, en las que se partía de la base de que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio pueden asumir en sus estatutos, como competencia exclusiva, la legislación sobre el Derecho Civil Foral o Especial en ellas existente, habiéndolo hecho así las hasta entonces constituidas (conclusión 1^a); entendiéndolo también que la competencia legislativa no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la

9.- Que fue aprobado en el Parlament y se convirtió en la ley 3/1985 de 11 de abril.

10.- Puede verse mi artículo “*El Parlamento autónomo, competente para legislar sobre Derecho civil balear*”, publicado en el Diario de Mallorca de 27 de octubre de 1984.

idea de legislación, dado que legislar supone innovar (conclusión 2ª); y, por tanto, era lógico que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar el Derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil (conclusión 3ª). Recuerdo que, en mi artículo, acababa afirmando que, dada la especialidad de los Derechos civiles propios de las regiones forales, si alguna competencia legislativa ha de tener el Parlamento autonómico es precisamente la conservación, modificación y desarrollo de estos Derechos.

Se impuso, en definitiva, la lógica y el Parlament debatió el proyecto de ley antes indicado, sobre redención de censos y alodios, aprobando la ley modificadora, en este punto, del art. 63 CDCIB; y asimismo se declaró competente para debatir –y posteriormente aprobar con las modificaciones que estimara pertinentes– el proyecto de ley de modificación de la Compilación elaborado por la Comisión de Juristas.

Y ciertamente puede decirse que nuestros Diputados acometieron el trabajo con ilusión y entrega, pues fueron muchísimas las enmiendas presentadas, aunque muchas de ellas de carácter puramente gramatical y referidas, sobre todo, al texto catalán del proyecto. Los únicos preceptos no enmendados del proyecto presentado por la Comisión de Juristas fueron los arts 9, 10, 11 y 13 (relativos a la donación universal de bienes presentes y fututos), 15 (heredero instituido en cosa cierta), 22 (premeriencia del distribuidor al testador), 33 (enajenación de bienes fideicomitidos), 38 y 40 (cuarta falcidia), 51 (regulación de los efectos de la definición), 65 (aplicación en Menorca de las disposiciones del libro I) y 69 (vías de delación hereditaria en el Derecho pitiuso).

Como es lógico en un trabajo como el que nos ocupa es imposible hacer una referencia expresa a cada una de las enmiendas, por lo que, simplemente, voy a tratar algunas de las cuestiones que más interés suscitan, cuales son las siguientes:

A) La disposición de la vivienda familiar.

En el Proyecto de ley presentado por la Comisión de Juristas se contenía un artículo 4.2 del tenor literal siguiente: “Los actos de disposición y gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar y de sus muebles requerirán el consentimiento de ambos cónyuges, y, de no prestarlo el cónyuge no titular, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará

al adquirente de buena fe”. Tal disposición –similar a la del art. 1320 Cc– se contenía en la ponencia que yo había presentado y, al ser discutida, había sido aprobada, con un único voto en contra.

Sin embargo, al ser tratada la cuestión en el Parlament se suscitaron muchas opiniones en contra, particularmente en los grupos parlamentarios del Partido Popular y de Unió Mallorquina. Se decía que se acababa con un derecho que había sido esencial en nuestra separación de bienes, cuál era el de poder disponer, sin cortapisas ni limitaciones, de los bienes propios, aunque los mismos se destinaran al alojamiento de la familia. Y, como consecuencia de ello, se decía también que, en definitiva, nuestra separación de bienes había dejado de ser absoluta. Y así fueron apareciendo algunas cartas y artículos en la prensa diaria tomando partida por la conservación de una separación de bienes férrea y total, llegándose incluso a colgar carteles en las puertas de los Juzgados con la expresión de “salvem el nostre Dret”.

Ciertamente la mayoría de juristas considerábamos que precisamente la “salvación” de nuestro Derecho pasaba por acomodarlo a las realidades sociales, abandonando separaciones “absolutas” que no se avienen con el hecho de vivir dos personas en común, poseyendo unos mismos bienes y actuando siempre –o debiendo actuar– en interés de la familia. Y a tal efecto tercié también en la polémica con un artículo titulado *“A propósito de una campaña de “salvación” de nuestro Derecho foral”* que se publicó en Diario de Mallorca el 30 de septiembre de 1986, en el que, entre otras cosas, se decía que mal se avenía esta facultad de disposición, que podía suponer dejar a la familia en la calle, con la afección de los bienes propios de cada cónyuge al levantamiento de las cargas familiares –proclamada por la propia Compilación– y con el principio constitucional de protección a la familia.

Pero la realidad es que el establecimiento de una autorización del cónyuge no propietario de la vivienda familiar para la disposición y gravamen de la misma fue rechazado por el Parlament, a pesar de la brillante defensa efectuada por el Diputado del Partido Socialista José Luis Martín Peregrín.

Igualmente la mayoría parlamentaria acordó suprimir la referencia que en el proyecto de la Comisión de Juristas se hacía a la posibilidad de que uno de los cónyuges pudiera solicitar, entre las posibles medidas judiciales a adoptar para un reparto justo de las cargas familiares, la destinada a obtener una mayor rentabilidad o utilidad del patrimonio del cónyuge incumplidor; aunque, en este caso, por considerar –posiblemente de manera acertada– que

estaba implícitamente comprendida en el párrafo 2º del art. 4 CDCIB que, de manera general, permite solicitar judicialmente la adopción de las medidas precisas para que la contribución al levantamiento de las cargas por parte de cada cónyuge sea en proporción a sus recursos económicos.

B) La legítima de los descendientes.

Es sabido que el tema de las legítimas siempre ha ido acompañado de gran controversia. Por ello es oportuno hacerse ahora eco de una propuesta de varios Grupos Parlamentarios que, realmente, hubiera permitido, en ciertos casos, una ampliación sustancial de la parte de libre disposición. Según la misma, la legítima se cifraría en el producto de la décima parte del caudal hereditario por el número de hijos si fueren cinco o menos de cinco; y, en caso de exceder de este número, sería la mitad de dicho caudal a dividir por partes iguales entre los hijos y descendientes. Nótese que, en el primer caso, de existir tan solo uno o dos hijos, la parte de libre disposición sería del noventa por ciento del caudal relicto en caso de un hijo y del ochenta por ciento en caso de dos.

Asimismo, y siguiendo en esta línea, se presentaron mociones que insistían en una legítima del diez por ciento del haber hereditario para cada hijo hasta un máximo de tres, y una tercera parte si se excediera de este número. También en este caso se produciría un evidente aumento de la parte de libre disposición en caso de existencia de pocos legitimarios, con la particularidad de que existirían, en todo caso, dos terceras partes del haber hereditario de libre disposición, sea cual fuere el número de hijos.

Sin embargo no llegó a adoptarse un definitivo acuerdo sobre estas cuestiones propuestas y la legítima de los descendientes pasó a regularse tal como estaba en el proyecto de la Comisión de Juristas, con la sola particularidad de suprimir las referencias que en el mismo se hacía a las legítimas de los hijos adoptivos, según existiere adopción plena o simple, merced a la superación de esta distinción realizada por la ley estatal 21/1987 de 11 de noviembre.

C) El pago de la legítima en metálico.

Fue muy bien acogida en el Parlament la posibilidad de pago de la legítima en metálico propugnada en el Proyecto elaborado por la Comisión de Juristas, aunque es de destacar que el Grup Parlamentari PSM-EEM suscitó una serie de cuestiones a alguna de las cuales no falta interés, a pesar de que no tuvieron eco en el resultado final, pues, en este punto se siguió

fundamentalmente el Proyecto elaborado por la Comisión, que a su vez había derivado de una ponencia ciertamente afortunada del especialista en la materia Jaime Ferrer Pons.

En concreto, y con referencia expresa al art. 48 CDCIB, el Grupo Parlamentario en cuestión lamentaba que se hubiera configurado el pago en metálico como una facultad que daba el disponente a los herederos, en lugar de configurarla como una verdadera obligación para quien tenía que pagar la legítima. Asimismo planteaba el caso de existencia de varios herederos con discrepancia, entre los mismos, sobre si las legítimas debían pagarse en metálico o mediante la entrega de bienes de la herencia.

De acuerdo con lo que había considerado sobre el particular la Comisión de Juristas, no parece prudente que el disponente pueda imponer obligatoriamente el pago de la legítima en metálico, pues ello no concuerda con la naturaleza jurídica de la legítima como *pars bonorum hereditatis* y, además, puede darse el caso de que el pago en metálico constituya una carga excesiva para el heredero, obligándole a vender o gravar los bienes hereditarios –o los propios– para la consecución del metálico con el que abonar las legítimas. Por otra parte, de existir metálico en el caudal relicto, siempre vendrá muy bien para el pago de los impuestos de la sucesión y de los inevitables gastos que la última enfermedad y el fallecimiento puedan haber ocasionado. Por ello, y dentro de este contexto, parecía plausible configurar el pago en metálico de la legítima como una posibilidad –no una imposición– que el disponente da al heredero que ha de satisfacerla.

Sí que puede suscitar algún problema, en cambio, la posible existencia de dos, o más, herederos enfrentados sobre la manera como tienen que pagarse las legítimas cuando el disponente les da la posibilidad de hacerlo en metálico. Es obvio que el legitimario no puede ser constreñido a recibir una parte en bienes y otra en dinero. Por ello la controversia necesariamente deberá ser resuelta, a falta de acuerdo, por la vía judicial, siguiendo los trámites del art. 782 y siguientes LEC o mediante el contador partidor que hubiere designado el propio testador o disponente o por el contador partidor dativo al que hace referencia el art. 1057.2 Cc, modificado por la ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria.

D) Censos y alodios.

En esta materia estuvo el Parlament ciertamente –y con razón– combativo. De entrada, algunos grupos parlamentarios adelantaron la posibilidad de suprimir la institución, por considerarla un residuo feudal

que daba lugar, en la actualidad, a situaciones abusivas. Sin embargo, se impuso el criterio –que los juristas habíamos apuntado¹¹- de que, nos guste o no, estábamos ante unos derechos adquiridos debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad y de un indudable contenido económico. Por ello su supresión *ex lege* podría suponer evidentes costes indemnizatorios. Rechazada por tanto la supresión de los censos y alodios, la labor del Parlament se centró en rebajar, a favor del censatario o dueño útil, el contenido de las disposiciones del proyecto, tras admitir, de muy buen grado evidentemente, las trascendentales reformas introducidas en cuanto a su posibilidad prescriptiva y a la eliminación de los derechos de tanteo y retracto en caso de venta de la participación en el dominio, la cual regía en nuestro Derecho por remisión a la normativa general del Código civil; aunque debiendo reconocer que, por aquellos años, los censualistas y dueños directos hacían un nulo uso de esta posibilidad en caso de venta del dominio útil de la finca enfitéutica.

Las rebajas indicadas en el párrafo precedente consistieron, en primer término, en reducir a 5 los 30 años que exigía el Proyecto para la prescripción de los censos y alodios. Reforma que, a mi juicio, hay que considerar sumamente desacertada, pues la realidad es que el plazo de 30 años que figura en el Proyecto de la Comisión de Juristas resultaba notoriamente excesivo, aunque tenía a su favor la tradición romanista –y la norma del Código civil (art. 1963)– establecedora de que las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los 30 años. De manera similar, en materia de redención de alodios (art. 63 CDCB), el precio de la redención se fijó en 1 laudemos y 2/3 de laudemio del valor de la finca –salvo que en el título de su constitución se estableciera otro–, en vez de los 2 laudemos y 2/3 de laudemio que eran tradicionales en nuestro Derecho y que había respetado el Proyecto de la Comisión de Juristas. Y, a falta de pacto sobre el valor del laudemio, éste pasó a consistir en el 1 por 100 del valor de la finca, a diferencia del 2 por 100 establecido en la Compilación de 1961 y en el Proyecto de la Comisión de Juristas.

Igualmente la labor del Parlamento incidió en el concepto de *estado posesorio*, remendando el texto del art. 62 contenido en el Proyecto; si bien, en este caso, la nueva redacción ha sido tan desafortunada que introduce una absoluta contradicción entre dos de sus párrafos. A ello me referiré en el análisis crítico al que se dedicará el siguiente apartado.

11.- Puede verse mi artículo “*Els censos i els alous, la sala de mòbies del Dret mallorquí?*” publicado en la revista “*Palau Reial*” del Consell Insular de Mallorca en 1984.

III.- ANÁLISIS CRÍTICO

De entrada, hay que decir que la Compilación resultante de la Ley 8/1990 de 28 de junio del Parlament balear –con el añadido del texto definitivo de la Compilación inserto en el Decreto Legislativo 79/1990, en el que se ensamblan los preceptos modificados por la antedicha ley con los pocos que no fueron objeto de modificación– supuso un grandísimo avance respecto de la Compilación de 1961, convirtiendo nuestro Ordenamiento jurídico propio –que antes era un Derecho “especial”– en un Derecho autónomo, con sus principios generales, sus fuentes y sus elementos de interpretación e integración, dando asimismo una regulación más completa y detallada de nuestras instituciones; algunas de ellas –como la definición de legítima y los *spòlits*, para citar tan solo dos– tan solo aludidas pero no reguladas en la Compilación de 1961. Con la brevedad que las circunstancias del presente trabajo imponen, voy a referirme críticamente a las diversas materias de la Compilación afectadas por la reforma de 1990.

1) Título preliminar y disposiciones finales (Aplicable a todas las Illes)

Por lo que respecta al título preliminar había una idea bastante generalizada entre los juristas de dar a nuestro Derecho el carácter de un verdadero ordenamiento jurídico completo –aunque con posible aplicación supletoria del Código civil y de las leyes estatales–, con posibilidades de auto integración y asentado sobre unos principios generales que dan cohesión al sistema y que impiden la aplicación de normas foráneas opuestas a los mismos. En definitiva, y en acertadas palabras de Cerdá Gimeno¹², con el advenimiento de la Constitución de 1978 se produjo, respecto de los Derechos civiles territoriales, la quiebra definitiva del MONOSISTEMA del Código civil y su sustitución por el POLISISTEMA centrado alrededor de la Constitución. Por mi parte había señalado, echando mano de la figura matemática de los conjuntos, que los Derechos civiles territoriales eran subconjuntos con autonomía propia insertos dentro de un macro conjunto –el Derecho español– fundado en los principios constitucionales. El art. 1 de la Compilación de 1990 es fiel a este criterio por lo que hay que considerar su texto como plausible, aunque, como veremos, superable. Por otra parte, echo en falta que no figure expresamente el Derecho romano justiniano –el *Corpus Iuris Civilis*– entre los elementos integrantes de la tradición jurídica de las islas, pues su cita en las sentencias de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ resolviendo recursos de casación forales es constante.

12.- Cerdá Gimeno, ob. cit. Pag. 1542.

Sobre la aplicación de nuestro Derecho civil en el territorio de la Comunidad Autónoma (art. 2 CDCB) pesó mucho, en la opinión de los componentes de la Comisión de Juristas redactora del proyecto, la existencia de una antigua y desgraciada sentencia de la Audiencia Provincial que proclamaba que los consortes demandados no estaban casados en régimen de separación de bienes porque no habían probado en el juicio su condición de mallorquines. Por ello el art. 2 hablaba de una aplicación generalizada de nuestro Derecho a quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma sin necesidad de probar su vecindad civil. El Gobierno de la nación interpuso contra el precepto recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por la STC 156/1993 de 6 de mayo declarando la nulidad de la parte del texto expresivo de que “las normas de nuestro Derecho serán de aplicación a quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma sin necesidad de probar la vecindad civil”. La sentencia no tuvo en cuenta que, a continuación del indicado texto, se dice que se exceptúan los casos en que, de acuerdo con el Derecho interregional o internacional privado, se deban aplicar otras normas, con lo que se salva absolutamente el sistema establecido en el Código civil sobre la aplicación de las leyes; pero la sentencia se escuda en la falta de competencia legislativa de la Comunidad Autónoma sobre el tema de la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, según se desprende del art. 149.1.8ª CE. Obviamente, el Tribunal Constitucional no tuvo en cuenta el principio de eficacia de los Derechos civiles propios de cada Comunidad Autónoma en el territorio de la misma, proclamado por todos los Estatutos de Autonomía de las Comunidades con Derecho civil propio y, entre ellos, por el nuestro, que en su art. 7, disponía que las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y su Derecho civil especial tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por otras normas extraterritoriales. Este precepto no fue, en su momento, objeto de recurso alguno ante el Tribunal Constitucional y el art. 2 CDCIB –que sí fue recurrido– mostraba total congruencia con el mismo. Es evidente que este alto Tribunal no tuvo en este caso la consideración que ha venido mostrando con otros Derechos civiles territoriales, a los que ha permitido un Código civil paralelo.

Por lo que respecta a la Disposición Final 1ª, establecedora de la sustitución, por las normas de la Compilación, del Derecho civil balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigente en el momento de entrada en vigor de la misma, la verdad es que, a mi juicio, no hacía falta reiterar lo que ya se decía en la Compilación de 1961. Ésta, en efecto, había causado el efecto de producir la sustitución del tradicional Derecho propio por las normas compiladas, quedando aquél relegado a un elemento

de integración de las mismas. Por tal razón, no veía ni veo la necesidad de mantener, permanentemente, una norma de este tipo. Particularmente si de la misma se podía derivar la eliminación de cualquier costumbre vigente al publicarse una y otra Compilación. Por ello, la exposición de motivos de la ley reformadora 8/1990 de 28 de junio se vio obligada a advertir que, fuera de la Compilación, existen muchas costumbres en Baleares que por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando por consiguiente plenamente vigentes, sin que se puedan considerar derogadas por la Disposición Final Primera.

2) Régimen económico matrimonial (Mallorca y Menorca)

En materia de régimen económico matrimonial se mantiene y robustece el régimen económico matrimonial de separación de bienes, fortaleciendo el mismo con el principio de afección de los bienes propios de cada cónyuge al levantamiento de las cargas y estableciendo el sistema de contribución a dichos cargas en base a los recursos económicos de cada cónyuge, considerándose como contribución el trabajo para la familia. Tema éste que fue uno de los más discutidos en el seno de la Comisión de Juristas, en lo que respecta a si la Compilación debía limitarse a la proclamación de este principio o si, además, debía anudarlo a la posible exigencia de una compensación económica por parte del cónyuge que realizó dicho trabajo¹³. La opinión que prevaleció fue que la compensación económica se venía realizando normalmente en nuestro Derecho mediante las adquisiciones por mitad y proindiviso por parte de ambos cónyuges, por lo que no dejaba de resultar arriesgado introducir en la materia un cierto factor de litigiosidad.

Con el ánimo, asimismo, de robustecer la separación de bienes, y en apoyo de quien contrata con uno de los cónyuges las obligaciones correspondientes al levantamiento de las cargas familiares, se estableció la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. Se terminó con una prolongada en el tiempo prohibición de las donaciones entre cónyuges que arrancaba del mismo Derecho romano, permitiendo las mismas, si bien con posibilidad de revocación por las causas que se expresan, incluyendo entre las mismas, con criterio discutible, la separación y el divorcio; y se mantiene la presunción de la Compilación de 1961 de que, en caso de impugnación judicial, la

13.- El tema ha suscitado abundante bibliografía. Puede verse *La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares. Configuración y consecuencias* de Beatriz Verdura Izquierdo, Boletín de la Academia XIV, pag. 259 y siguientes y *Situación jurídica de la mujer casada en el Derecho histórico balear* de Liliana Mijancos Gurruchaga, publicado en el Boletín de la Academia XVII.

transmisión entre cónyuges se considera, salvo prueba en contrario, gratuita, con la secuela de que puede ser rescindida por entenderse realizada en fraude de acreedores o legitimarios *ex art. 1297 Cc.* Se redujo al ajuar doméstico la presunción de que pertenecerán a los cónyuges por mitad los bienes que no resulten propios de cada uno de ellos, la cual en la Compilación de 1961 existía con carácter general. Y se entra en la regulación del ajuar doméstico con la importante coletilla de que, al fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes que lo integran corresponderán en propiedad al sobreviviente sin computarse en su haber.

Todas estas aportaciones hay que considerarlas positivas, pero no puede olvidarse que, en la actualidad, resultan absolutamente insuficientes, echándose en falta una ley amplia y detallada que contemple las diversas situaciones que pueden darse y, entre ellas, las relativas a la crisis matrimonial, con previsión de un sistema liquidatorio de los bienes del matrimonio para tales casos, ya que no puede olvidarse que, hoy en día, la mitad de los matrimonios acaban desembocando en un divorcio. Una Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni que, precisamente, tiene ya elaborada la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear y que, de momento, duerme el sueño de los justos.

3) Principios sucesorios. Cuarta falcidia (Mallorca y Menorca)

La Compilación de 1990 ha seguido apostando por los principios procedentes del Derecho romano para fundamentar sobre los mismos la sucesión, ampliando y mejorando las referencias que a ellos se hacían en la Compilación de 1961. Se dice, con certeras palabras, en la exposición de motivos que “el sistema sucesorio romano derivado de tales principios no sólo resulta un sistema indudablemente lógico para ordenar la sucesión por causa de muerte, sino que, a pesar de los profundos cambios sociales, económicos y familiares experimentados a través de los tiempos, continúa siendo hoy un sistema que responde debidamente a las necesidades y exigencias prácticas actuales y en consecuencia, y esto es lo decisivo, funciona bien y con normalidad en Mallorca y Menorca y no genera, en su realización diaria, problemas que pudieran aconsejar su modificación.”

En la Compilación de 1990 se han desarrollado estos principios ya proclamados por la Compilación de 1961. Sobre la necesidad de la institución de heredero para la validez de los testamentos se ha expresado, en el art. 14 CDCIB, después de la proclamación del mismo que, aunque no se emplee la palabra heredero, valdrá como hecha a título universal cualquier disposición del testador que atribuya claramente al favorecido esa cualidad, con lo cual se acude en ayuda de los testamentos ológrafos, pues es evidente que en

los testamentos notariales de causantes de vecindad civil mallorquina o menorquina siempre exigirá el Notario autorizante la institución de heredero. Se ha dado mayor extensión a la perdurabilidad de la institución de heredero (el que es heredero lo es siempre), con la previsión de que el término incierto implica condición y regulando las consecuencias del incumplimiento del modo, que no podrá dar lugar, en ningún caso, a la resolución de la institución de heredero, aunque sí a la exigencia de su cumplimiento. Sobre el principio de universalidad de la sucesión del heredero, a quien corresponderán todas los bienes del causante que no hayan sido especialmente legados o que deban destinarse al pago de legítimas, sigue la Compilación de 1990 sin proclamarlo de manera general –lo cual hubiera sido preferible–, aunque sí se desarrollan las importantes aplicaciones que, de este principio, hacía la Compilación de 1961. Completando el esquema de los principios sucesorios, la Compilación de 1990 sigue haciendo referencia a las tres vías de delación hereditaria (testamento, ley y contrato sucesorio), con declaración de incompatibilidad de la sucesión testada y contractual con la intestada, entrando solamente ésta en juego en caso de no existir ninguna de las anteriores. Ello descansa sobre la más elemental lógica, pues es obvia la preferencia de la voluntad del testador, así como de lo dispuesto en el contrato sucesorio, sobre las normas legales indicativas de quienes han de ser los herederos del causante.

Existe, a mi juicio, otro principio sucesorio no declarado, que es el del sustrato patrimonial que ha de reunir la condición de heredero, que tiene su manifestación en el régimen de las cuartas falcidia y trebeliánica. Nuestro Derecho considera que la condición de heredero, como sucesor universal del causante –de quien recibirá sus bienes pero también con el compromiso de cumplir sus obligaciones–, debe descansar sobre un sustrato patrimonial, por lo cual establece el mecanismo de la cuarta falcidia, que permite la reducción de legados hasta que quede al heredero una cuarta parte del activo hereditario líquido, y el de la cuarta trebeliánica, de la que podrá disponer, salvo disposición en contra del testador, el heredero fiduciario. Sobre la cuarta falcidia, la Compilación de 1990 ha desarrollado el esquema legislativo de la de 1961, incluyendo algunas disposiciones auspiciadas por los textos romanos. Así se regula el juego de la falcidia en caso de existencia de varios herederos; se ha establecido una amplia serie de legados no reducibles siguiendo el criterio de las fuentes romanas, aunque tal vez sea excesivo su número, pues es evidente que podrían hacer ineficaz, en algunos casos, la incidencia de la falcidia; y se contempla la posible existencia de prelegados, considerando que los mismos deben ser objeto de reducción como los demás legados. La posible existencia de un heredero fiduciario gravado con legados ha llevado a ambas Compilaciones –la de 1961 y la de 1990– a la disposición de que tan solo se podrá detraer una cuarta por falcidia y trebeliánica,

sin embargo ninguna de las dos es muy comprensible sobre la manera como ha de formarse esta única cuarta. A mi juicio hay que partir de la base de que al heredero fiduciario le corresponderá la cuarta trebeliánica. Y si la misma estuviera gravada con legados –en una muestra impensable de sadismo por parte del disponente– éstos podrán reducirse en lo necesario para que le quede, al menos, una cuarta parte de esta cuarta parte, con lo cual pasaría a ser una dieciseisava parte.

En cuanto al derecho de acrecer se ha cambiado, certeramente, el principio establecido en la Compilación de 1961, que lo fundamentaba en la “coniunctio re et verbis” (llamados a un mismo bien o porción de bienes o instituidos en una misma cláusula testamentaria), sustituyéndolo por la institución conjuntamente y por grupos, produciéndose el acrecimiento entre los integrantes del grupo si uno de ellos no llegara a ser heredero. Normalmente se tratará de grupos de parientes, aunque puede tratarse de personas unidas por una circunstancia común (integrantes de un club, fundación, etc.).

4) Donación universal (Mallorca)

La Compilación de 1961 hacía una regulación de la institución plagada de contradicciones y desconocedora, además, de la realidad de la institución, dado el desuso de la misma. Sirve de botón de muestra expresivo de estas contradicciones el que el art. 8 de la Compilación de 1961 proclamaba que la donación universal ha de ser valedera de presente y efectiva a la muerte del donante, para imponer a renglón seguido que éste ha de reservarse lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias; exigencia innecesaria si la donación sólo tendrá efectividad a la muerte del donante. El atento estudio de las donaciones universales en la época en que era frecuente su otorgamiento, que dio lugar a mi tesis doctoral sobre la materia¹⁴, permitió regular la institución sobre bases más certeras.

De esta manera, la efectividad a la muerte del donante es tan sólo una posibilidad –no una necesidad– en el otorgamiento de la institución, pudiendo ser efectiva de presente o contener cualquier otra indicación relativa a un posible aplazamiento. Se regula el aspecto contractual de la institución, proclamando su irrevocabilidad, pero haciendo inmediata referencia a las circunstancias excepcionales que pueden dar lugar a su revocación, tratando asimismo del alcance de la preterición y de la premoriencia del donatario. En lo que respecta al contenido sucesorio de la donación universal, la Compilación de 1990 no se limita a señalar que el donatario tendrá la

14.- *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca* Palma 1976.

condición de heredero del donante, sino que se expone su *status* jurídico como tal heredero, señalando la imposibilidad de repudiar la herencia pero sí de aceptarla a beneficio de inventario, no pudiendo tampoco disponer de la cuarta falcidia, salvo que lo autorice la donación universal.

Se rehúye toda posible consideración del otorgamiento de la donación universal como muerte civil del donante, por lo cual solamente se ve privado de los bienes expresamente incluidos en la misma como bienes donados. Los otros bienes que tuviere el donante –no incluidos en la donación universal– y los bienes futuros –los adquiridos con posterioridad a la misma– sólo los hará suyos el donatario universal al fallecimiento del donante y siempre que formen parte todavía, en dicho momento, de su patrimonio.

Se establece en la Compilación de 1990 la exigencia formal –que no existía en la Compilación de 1961– de la necesidad de otorgamiento de la donación universal mediante escritura pública, lo cual es común a todos los contratos sucesorios; asimismo se regula la capacidad para otorgar este contrato.

A mi juicio, la regulación de la Compilación de 1990 es positiva, aun cuando, en algún caso aislado, se haya pretendido fundamentar en la misma una situación ciertamente peculiar, cual es el otorgamiento sucesivo de donaciones universales a favor de los diversos hijos. Evidentemente ello es inadmisibile, pues ya en la primera donación se ha producido la institución de heredero a favor del donatario habiendo sido aceptada por éste. Si la herencia del donante universal ya tiene un heredero que ha aceptado la institución a su favor, no es posible nombrar otro posteriormente. La reserva de la facultad de disponer, por cualquier título, contenida en el art. 11 CDCIB solamente puede entenderse referida –como sigue diciendo el precepto– a algunos de los bienes presentes –o sea de los que eran propiedad del donante al otorgarse la donación no incluyéndose en la misma– o a todos o parte de los bienes futuros. Ello de ningún modo se puede interpretar como licencia de reservarse la facultad de instituir en el futuro un nuevo heredero.

5) Heredero distribuidor (Mallorca y Menorca)

La Compilación de 1990, si bien mantiene las líneas generales de la Compilación de 1961, dota a la regulación de esta materia de mayor tecnicismo, integrándola dentro de los fideicomisos, pues su similitud es absoluta; ya el Digesto la proclamaba (31.2.67; 31.1, 67-7 y 31.1.77-4). Tanto la Compilación de 1961 como la de 1990 hablan del distribuidor como “persona instituida” e “instituido heredero”, con lo que queda claro el carácter de heredero del distribuidor. Pero el art. 18 de la actual

Compilación complica la cuestión, al permitir que el distribuidor lo sea también el legatario llamado al usufructo universal de la herencia, siendo evidente que, en tal caso, el distribuidor no es llamado como heredero sino como legatario, con lo cual no puede convertirse en heredero mediante el juego de la institución *ex re certa* contemplada en el art. 15 CDCIB, ni podrá ser heredero fiduciario, al no pasar de ser un simple legatario. Ello puede plantear un primer problema, que sería el de la validez del testamento por no contener institución de heredero; sin que puedan considerarse tales los que forman parte del grupo dentro del cual ha de efectuarse la elección o distribución. En el primer caso por la evidente razón de que no se sabrá quién será el elegido dentro del grupo hasta que el legatario distribuidor realice la elección. Y tanto en uno y otro caso, por la consideración doctrinal de que no hay realmente designación de heredero hasta que se realice la elección o distribución. Por todo ello parecería plausible eliminar esta previsión del legatario distribuidor, por no encajar en modo alguno con la tradición jurídica ni con el principio de la necesidad de institución de heredero para la validez del testamento. Es cierto que se acude al legado del usufructo universal a favor del cónyuge viudo cuando se impone al mismo la condición de no contraer ulterior matrimonio, la cual es imposible conjugar con la institución de heredero, dado su carácter resolutorio. Pero hay que reconocer que se distorsiona mucho la figura del heredero distribuidor introduciendo esta posibilidad cual ha hecho la Compilación de 1990.

Por otra parte, han acertado las dos Compilaciones en eliminar la disposición que se contenía en los proyectos de Apéndice de 1903, 1920 y 1948 de que la elección o distribución debía efectuarse “por donación inter vivos o por acto de última voluntad”, lo que, en el primer caso, tendría un coste fiscal considerable. Las Compilaciones hablan ya de “actos inter vivos o de última voluntad”, con lo cual tienen total validez las efectuadas mediante acta notarial, según ha expresado la sentencia de la Sala Civil y Penal 4/2010 de 30 de septiembre de nuestro TSJ.

Pero dicho acierto no ha acompañado en la cuestión relativa al término en el que el distribuidor ha de cumplir el encargo limitado exclusivamente a la distribución de los bienes. El art. 19 CDCIB señala que, en este caso, “la herencia debe deferirse en el plazo señalado por el testador para efectuar la distribución y, en su defecto, al tiempo de su muerte”. Totalmente de acuerdo en el caso de plazo señalado por el testador, pero no resulta idóneo establecer que –de no existir el mismo– la distribución ha de hacerse, sin más, “al tiempo de su muerte”. En este caso el plazo debería estar en consonancia con las características del grupo entre cuyos

integrantes ha de efectuarse la distribución; por lo que, en el caso de que el distribuidor sea el cónyuge viudo y la distribución haya de hacerse entre los hijos dejados por el causante, el plazo tendría que estar en consonancia con la edad de los mismos, no teniendo lugar la distribución hasta que hayan llegado todos a la mayor edad. Y, de ser todos ellos adultos, debería imponer la ley un plazo cómodo –un año, por ejemplo– para que se pueda realizar sin precipitaciones un acto jurídico tan importante como es la distribución.

6) Sustitución fideicomisaria (Mallorca y Menorca)

No solamente esta sustitución ha sido regulada en la Compilación de 1990, sino que la acoge también unas disposiciones relativas a las sustituciones pupilar y ejemplar, respecto de las cuales la doctrina había dudado si se regían por el Derecho romano o por el Código civil. En la regulación que de las mismas se contiene en el art. 14 CDCIB, se entra en la cuestión de si el heredero sustituto recibía, al operarse la sustitución, tan solo los bienes que el menor o incapaz sustituido había recibido del disponente sustituyente, o si comprendería también todos los bienes que, por cualquier concepto, integraran el caudal relicto del menor o incapaz sustituido. Dicho precepto se inclina a favor de la denominada tesis amplia –no recogida explícitamente por el Código civil, pero avalada por una amplia corriente doctrinal y jurisprudencial según puede verse en la STS de 14 de abril de 2011– establecedora de que la sustitución debe operar respecto de ambas herencias. Y se regula asimismo la posible pluralidad de que varios ascendientes sustituyan pupilar o ejemplarmente a un mismo descendiente.

En lo que afecta a la sustitución fideicomisaria, ya la Compilación de 1961 –siguiendo la tradición– había establecido un régimen que le daba evidente singularidad frente a la regulación del Código civil, al permitir al heredero fiduciario la detracción de la cuarta trebeliánica y hacer posible la venta, con autorización judicial, de los bienes fideicomitidos para invertir el importe de la venta en otros de mayor provecho o utilidad. Indudablemente tales medidas “humanizan” la sustitución fideicomisaria y constituyen un acicate para la aceptación de herencias gravadas con la misma.

La Compilación de 1990 ha mantenido la regulación de la Compilación de 1961, si bien con algunos importantes retoques.

En primer lugar, entra en el tema de los hijos puestos en condición para cumplir el mandato constitucional de igualar a todos los hijos, proclamando que “se considerarán hijos tanto los matrimoniales como los no matrimoniales y adoptivos”. Pero es también evidente que debe quedar a salvo la voluntad

del testador, que de la misma manera que puede designar heredero a cualquiera de sus hijos –matrimonial, no matrimonial o adoptivo– teniendo los demás tan solo derecho a su legítima, puede también determinar quienes sean o que condición han de tener los hijos puestos en condición. Por ello se salva la posibilidad de que el testador establezca limitaciones al respecto, con la sola exigencia de que se haga de modo expreso.

Una innovación positiva de la Compilación de 1990 es la exigencia general para toda sustitución fideicomisaria de que se formalice inventario –exigencia que la Compilación de 1961 contemplaba únicamente como un requisito para la detracción de la cuarta trebeliánica– y que se garantice la restitución de los bienes fideicomitidos. Evidentemente sin inventario y garantías la sustitución carecería de la más mínima seriedad, pues el fiduciario podría obviar su obligación de conservación de los bienes fideicomitidos.

En cuanto a las amplias facultades que se dan al fiduciario para enajenar, por ministerio de la Ley y en concepto de libres, los bienes del fideicomiso en los supuestos b) y c) del art. 33, se mantiene el régimen de la Compilación de 1961, puesto que es evidente que el fiduciario, como primer heredero, tiene que realizar la liquidación de la herencia, pagar las deudas, entregar los legados y satisfacer las legítimas, por lo cual el precepto le permite enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos; incluso ello puede hacerlo para percibir su legítima y su cuarta trebeliánica, exigiendo, en este caso, el art. 33 b) CDCIB la notificación a los fideicomisarios conocidos. Pero, de entrada, se observa una contradicción con la consideración de la legítima y de la parte trebeliánica como *pars bonorum hereditatis*, por lo que parecería más acorde con ello la asignación de bienes de la herencia antes que su venta, para la cual, por cierto, no se exige formalidad o autorización alguna. El propio art. 33 *in fine* es consciente que se está ante un trato de excepción, pues dice que “si existieren legitimarios que no sean fideicomisarios – debe decir fiduciarios¹⁵– se observará lo prevenido en la sección cuarta de este capítulo”, es decir el pago de la legítima en bienes de la herencia, salvo que se autorice su satisfacción en metálico. Tal vez la razón de ser de esta excepción puede radicar en el hecho de que siempre será preferible una venta – al haber una constancia, al menos aparente, del valor de lo vendido- a una asignación de bienes realizada directamente por el fiduciario legitimario a favor de sí mismo.

Por otra parte, y según se ha visto, estas posibles ventas del apartado b) tan solo exigen la notificación a los fideicomisarios conocidos –sin que represente a los no conocidos el Ministerio Fiscal– y pueden llevar consigo

15.- Véase mi artículo “*La sustitución fideicomisaria en las Illes Balears*”, publicado en el XVII Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

la cancelación en el Registro de la Propiedad del gravamen fideicomisario sobre las fincas vendidas, pues el art. 33 habla de enajenar y gravar “en concepto de libres”. El mismo perjuicio para los fideicomisarios puede tener lugar en el supuesto del apartado c) –enajenación y gravamen para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de los bienes fideicomitidos–, pues en este caso no se exige siquiera notificación y se produciría igualmente la cancelación del gravamen fideicomisario sobre las fincas vendidas. Ello demuestra la absoluta insuficiencia de la garantía establecida por el art. 30 CDCIB -la mera inscripción del fideicomiso en el Registro de la Propiedad- para el caso de que los bienes fideicomitidos sean inmuebles.

7) Legítimas (Mallorca y Menorca)

Es en esta materia en la que la adaptación a la Constitución era más necesaria, por ser precisa la igualación entre las distintas categorías de hijos y descendientes, dado que la Compilación de 1961 trataba de diversa manera a los hijos legítimos respecto de los naturales reconocidos, existiendo asimismo discriminación entre hijos legítimos y adoptivos. La Compilación de 1990 establece, cual es de rigor, los mismos derechos legitimarios para los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos.

Continúan siendo legitimarios, primero, los descendientes y, en su defecto, los padres, ya que la Compilación de 1990 redujo a éstos los posibles derechos legitimarios de los ascendientes, a la vez que se disminuyó la cuantía de su legítima, que pasó a ser de una tercera parte a la cuarta parte de la herencia. La reforma parece totalmente lógica, dado que hoy en día –y esperemos que por mucho tiempo– las personas mayores disponen de pensiones con las que atender a su subsistencia, con lo cual se puede reducir una legítima que, en las herencias de escasos bienes –circunscritas, por ejemplo, a la vivienda del causante–, era difícil satisfacerla si no se establecían sobre el único inmueble del caudal relicto incómodos condominios. Solo los padres, en defecto de descendientes, acreditan legítima en la herencia del causante, repartiéndose la cuota legitimaria por mitad entre ellos y, si alguno de los dos hubiere premuerto, correspondiendo íntegramente al sobreviviente. Precisamente en el art. 44 CDCIB se observa un error al hablar de la legítima de los “padres o ascendientes”, cuando estos últimos, desde 1990, no acreditan legítima alguna en la sucesión de sus descendientes. Ciertamente las tendencias actuales se orientan en el sentido de restringir más todavía o eliminar esta legítima de los padres. Pero lo cierto es que si se produce la quiebra del sistema de pensiones estos derechos legitimarios podrían volver a ser necesarios.

La Compilación de 1990 mantiene y refuerza –respecto de la Compilación de 1961– la legítima del cónyuge viudo, que pasa a ser el usufructo sobre la mitad de la herencia, de concurrir con descendientes; sobre los dos tercios, de concurrir con padres; y, en los demás casos – otros ascendientes y cualquier otra persona– el usufructo universal de la herencia. He tenido ocasión de decir que no me parece lógica, en este último caso, esta desmesurada extensión de los derechos legitimarios del cónyuge viudo al extenderlos al usufructo universal de la herencia, privando así al heredero del disfrute de la misma, lo cual puede ser particularmente injusto en el caso de que el heredero y el cónyuge viudo sean de una edad similar. Ello supone un nulo respeto a la voluntad del testador, convirtiendo al heredero por él designado en un heredero meramente virtual. Es cierto que dicho heredero podrá acudir al derecho de conmutación expresamente previsto por el art. 839 Cc –al que remite expresamente el art. 48 *in fine* CDCIB–, pero la renta vitalicia o capital que percibiría sería mínimo si tuviera que cuantificarse su derecho hereditario según las reglas de valoración del usufructo en el Impuesto sobre Sucesiones, al imponer la escasa edad del usufructuario una bajísima valoración. Además, en nuestro Derecho existe un principio en base al cual la condición de heredero tiene que tener un sustrato económico, pues no a otra finalidad obedecen la cuartas falcidia y trebeliánica, que constituyen una especialidad de nuestro Ordenamiento propio, las cuales aseguran al heredero su percepción, como mínimo, de una cuarta parte de la herencia. Idéntico criterio debería regir en el caso de concurrencia del cónyuge viudo con heredero que no tuviera la condición de descendiente ni padre del causante, debiéndose, en tal caso, extenderse el usufructo viudal sobre las tres cuartas partes de la herencia, pero no sobre la totalidad de la misma.

En la regulación de la legítima que realiza la Compilación de 1990 se mantiene íntegramente el art. 49 establecedor de la *cautela socini*, pero, por el contrario, se amplían las referencias que, en la Compilación de 1961, se dedicaban al cálculo y atribución de la legítima y se procede a la regulación *ex novo* (art. 46 CDCIB) de la preterición y de la desheredación, eliminando así dudas sobre si regía, en este punto, la regulación romana o el Código civil. Se mantiene la naturaleza de la legítima como *pars bonorum hereditatis* pero se posibilita su pago en efectivo, aunque no lo haya en la herencia, si así lo dispone el testador o el heredero distribuidor, si a éste no se le hubiera prohibido. Evidentemente sería mejor hablar del “disponente” en vez del “testador”, ya que la autorización de pago de la legítima en metálico puede también formar parte de un contrato sucesorio. Por lo demás, esta importante innovación –el pago en metálico de la legítima– está bien regulada en el nuevo art. 48 CDCIB, si bien no resuelve el problema del caso de varios herederos con opiniones diversas sobre si debe o no hacerse uso de la facultad

dada por el disponente de satisfacer la legítima en metálico. Para tal supuesto debería ser decisivo el parecer de los herederos que representen una mayor cuota hereditaria, solución no prevista en la Compilación de 1990, que aboca a la vía judicial la disidencia de los herederos en este punto.

En contra de alguna aislada opinión que ha tildado de “abigarrada y confusa” la regulación de la definición, es mi parecer que en la misma se acierta totalmente. Los arts 50 y 51 la conceptúan como lo que es –un verdadero pacto sucesorio–, esbozan certeramente sus elementos y requisitos para su válida existencia y afrontan su eficacia frente a los posibles testamentos del causante anteriores y posteriores o en el caso de morir intestado.

Por el contrario, no merecen plácemes las excesivas remisiones al Código civil que, en algún caso, son de difícil comprensión, cual ocurre con la remisión al art. 840 Cc que, en la redacción que presentaba al promulgarse la Compilación de 1990, hacía referencia a un supuesto muy excepcional que se producía en el régimen del Código civil –una colisión entre la extensión de los derechos legitimarios del viudo y los de los hijos sólo de su fallecido consorte concebidos durante el matrimonio– colisión que es imposible que se produzca en nuestro Derecho. Aparte de ser del todo preferible la regulación directa sobre la efectuada por la vía de la remisión.

8) Testigos en los testamentos. (Todas las Islas)

En la Comisión de Juristas oficialmente designada se debatió vivamente la cuestión de la posible y total eliminación de los testigos en los testamentos, por considerar que la fe pública notarial la hacía innecesaria. Hay que recordar que aun no se había producido la modificación –efectuada por la ley 30/1991 de 20 de diciembre– de los arts. 695 y 697 Cc que la eliminan, salvo los tres supuestos de excepción indicados en este último precepto. Sin embargo la absoluta eliminación de la intervención de los testigos en los testamentos no prosperó, en el seno de la Comisión de Juristas, por considerarse –aunque con muy estrecho margen y con criterio muy discutible– que, con su mantenimiento, se reforzaba la convicción popular sobre la autenticidad de las declaraciones vertidas en los testamentos.

Sea como sea, el art. 52 de la Compilación de 1990 establece la no necesidad de la presencia de testigos en el otorgamiento de los testamentos, pero introduce cuatro supuestos de excepción, entre los que se incluyen –además de los referidos al testador ciego o sordo, que no sabe o no puede firmar, o que el Notario o el testador lo consideren necesario– el supuesto de que el Notario no conozca al testador. El Gobierno de la Nación interpuso recurso

de inconstitucionalidad contra el precepto por considerar que se invadía una competencia estatal como es la ordenación de los instrumentos públicos. Pero el Tribunal Constitucional, en sentencia 156/1993 de 6 de mayo, lo desestimó, por entender que la intervención de los testigos en los testamentos forma parte de la legislación civil testamentaria y no de la notarial, según resulta de la remisión que el Reglamento Notarial realiza a la legislación civil en cuanto a las formas, requisitos y solemnidades de los testamentos; y siendo, por otra parte, de la mayor evidencia la conexión de esta materia con las instituciones sucesorias propias del Derecho civil de las Illes Balears.

La ley estatal 30/1991 de 20 de diciembre, modificativa de los artículos del Código civil arriba indicados (arts. 695 y 697 Cc), establece asimismo, en el nuevo art. 685, la posibilidad de identificación del testador por dos testigos que lo conozcan y sean conocidos por parte del Notario o mediante los documentos expedidos por las autoridades públicas que tienen por objeto la identificación de las personas (DNI y pasaporte), supuesto éste el más normal y que, sin embargo, no aparece recogido por nuestra Compilación de 1990. Algún sector doctrinal se ha inclinado por considerar la prevalencia del art. 52 CDCIB sobre la norma estatal¹⁶; ello impondría la presencia de testigos –qué pueden ser los mismos empleados de la Notaría *ex* art. 52 *in fine*– en el supuesto de que el Notario no conozca al testador. Opinión que no acabo de compartir, considerando que, si se impugnara absurdamente algún testamento de persona con vecindad civil balear por faltar la presencia de testigos, estándose en el supuesto de la excepción a) del art. 52, siempre podría alegarse que el Notario sí conocía al testador, habiendo alcanzado dicho conocimiento a través de los documentos de identificación de las personas a las que la normativa estatal confiere tal eficacia, que podrían ser aplicables al no prever expresamente la normativa propia la forma de alcanzar tal conocimiento.

EL art. 52 es una de las pocas normas del libro I de aplicación a todas las Illes Balears, en virtud de las remisiones de los arts. 64 y 70 CDCIB.

9) Sucesión intestada (Mallorca y Menorca)

La Compilación de 1990 mantiene el principio, ya proclamado en la Compilación de 1961, según el cual la sucesión intestada se rige por lo dispuesto en el Código civil. Es de especial interés destacar que, cuando la Comisión de Juristas comenzó sus deliberaciones, se había ya modificado el Código civil por la ley 11/1981 de 13 de mayo, pasando a entrar el cónyuge

¹⁶- Verger Garau, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* Tomo XXXI vol 1 Madrid 2000 pag. 954.

viudo en la sucesión de su consorte con preferencia a los colaterales, razón de más para considerar procedente el mantenimiento de la regulación del Código civil.

Sin embargo, posiblemente debería haberse hecho constar que algunas de las normas del Código reguladoras de la sucesión intestada no son de aplicación en Mallorca y Menorca, cual ocurre con el art. 912.2º, que declara procedente la apertura de la sucesión intestada en cuanto a la parte de los bienes de los que el testador no ha dispuesto en el testamento; supuesto absolutamente invariable en el Derecho de Mallorca y Menorca, por contradecir el principio *nemo pro parte*, por lo que los bienes no dispuestos acrecerían al heredero instituido, por el juego de otro de nuestros principios sucesorios, cual es el de la llamada del heredero a la universalidad de la herencia. Obviamente, siempre será preferible que estos bienes pasen a una persona designada por el testador como heredero, antes que a quienes indica la ley, que ni siquiera fueron tenidos en cuenta en el testamento.

Por otra parte, legislar en base a remisiones no es un criterio recomendable; y ello se demuestra, en materia de sucesión intestada, en lo que respecta a la llamada al cónyuge viudo separado judicialmente o de hecho. Según el texto del art. 945 Cc, en vigor cuando se aprobó la Compilación de 1990, el cónyuge viudo era llamado a la sucesión de su marido si no estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste de manera fehaciente. Dicho precepto fue modificado por la ley 15/2005 de 8 de julio que excluye de la sucesión intestada al cónyuge que estuviere separado legalmente o de hecho, sin mayores precisiones. Criterio, sin lugar a dudas, más aconsejable que el anterior, pues tanto la legítima viudal como la llamada a la sucesión intestada no pueden tener otro fundamento que el de la convivencia de los cónyuges, según se cuida de declarar la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 2/2009 de 27 de julio.

Es absolutamente plausible la llamada que hace el art. 53 al mantenimiento, dentro de la sucesión intestada, de los derechos legitimarios reconocidos al cónyuge viudo por el art. 45 (lógicamente en caso de corresponder la herencia a descendientes o ascendientes del que fue su cónyuge) y del régimen previsto en el art. 51 sobre el llamamiento de los definidos, y de sus descendientes, en la sucesión intestada del causante.

Rigiendo, pues, el Código civil en materia de sucesión intestada, es el Estado el llamado a la sucesión a falta de los parientes con derecho a suceder indicados en el mismo. Todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han establecido que, en estos casos, será la Comunidad Autónoma y

no el Estado quien suceda respecto de causantes cuya sucesión se rige por el Derecho de la Comunidad Autónoma respectiva. Realmente ya introdujo esta importante novedad respecto de Catalunya la ley catalana 9/1987 de 25 de mayo, por lo que nuestro Parlament hubiera podido, en 1990, introducir el mismo esquema en nuestro Derecho; no solamente no se hizo, sino que es ahora cuando se está tramitando la correspondiente ley sancionadora del derecho a suceder de nuestra Comunidad Autónoma en el supuesto indicado, con las inevitables disputas entre ésta y los Consells Insulars sobre quien se hace con la herencia del difunto.

10) Censos y alodios (Mallorca)

Ya antes se ha señalado la extraordinaria incidencia que, en esta materia, tuvieron el trabajo de la Comisión de Juristas y el del propio Parlament. La primera introdujo las esenciales reformas que hicieron posible la prescripción de estos derechos y la eliminación de los derechos de tanteo y retracto vigentes en nuestro Derecho por la remisión que el art. 55 de la Compilación de 1961 realizaba a la regulación del Código civil, en el bien entendido de que, en la misma, podían ejercitar el derecho de adquisición preferente tanto el censalista o dueño directo como el censatario o dueño útil, mientras que, en nuestra tradición histórica, el derecho de fadiga solo era ejercitable por el dueño directo cuando el enfiteuta vendía su dominio. Y el Parlament, por su parte, rebajó considerablemente los plazos de prescripción establecidos por la Comisión de Juristas y redujo asimismo, para la redención del alodio, el número de laudemios a satisfacer -1 laudemio y 2/3 de laudemio en vez de 2 laudemios y 2/3 de laudemio- y el importe del laudemio -1% del valor de la finca en vez del 2%-, todo ello, claro está, a falta de pacto sobre el particular.

A mi juicio, el plazo de prescripción de 5 años fijado para que opere la prescripción de los censos y alodios es absolutamente plausible. Hay que reconocer que la Comisión de Juristas nos dejamos llevar por la tradición romana en la materia -y por el art. 1963 Cc- fijando un plazo de 30 años absolutamente fuera de sentido. Si el censalista ha dejado pasar el plazo de cinco años sin cobrar o reclamar la pensión hay motivos de sobra para que este comportamiento negligente pueda dar lugar a la prescripción de su derecho; y lo mismo ocurre con el dueño directo que deja pasar el plazo de cinco años desde la transmisión de la finca enfiteútica sin cobrar o reclamar el laudemio.

Curiosamente el art. 60, regulador de la prescripción, señala el plazo de prescripción de los censos, como hemos visto, y también el de sus pensiones, fijándolo en tres años. En cambio no señala plazo de prescripción del

laudemio que se devenga al transmitirse la finca alodial. La sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 2/2001 de 11 octubre considera que tal plazo será también de cinco años, por indicar el mencionado precepto que, durante el mismo, el dueño directo puede reclamar el pago del laudemio para evitar la prescripción. Posiblemente hubiera sido preferible que en el propio precepto se estableciera este plazo, al igual que se hace respecto de las pensiones de los censos.

En la Compilación de 1990 es de aplaudir el hecho de dotar al alodio de una normativa, al señalar la aplicación al mismo de las normas del censo enfiteútico, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza; ello en base de la identidad esencial del alodio y el censo enfiteútico de que se habla en la exposición de motivos. De esta manera, es aplicable al alodio la obligación de dar firma del pago (art. 58), la posibilidad de división de la finca alodial (art. 59), la inexistencia de comiso (art. 61) así como también las disposiciones del Código civil sobre reversión y acciones judiciales¹⁷.

Por el contrario, es de lamentar el mantenimiento del art. 62, relativo al estado posesorio. Ciertamente creo que, tanto la Comisión de Juristas como el Parlament podrían haber optado por la eliminación del precepto que se contenía en la Compilación de 1961, el cual constituía una muestra más del tratamiento privilegiado de los censos, ya que obligaba a quien pagaba un censo a seguir haciéndolo –sin perjuicio de ejercitar acciones judiciales para demostrar su inexistencia o caducidad–, cuando lo procedente es que sea el reclamante del pago de la pensión quien deba justificar cumplidamente la existencia del censo del cual la misma deriva. Pero el Parlament no sólo mantuvo el estado posesorio, como había hecho la Comisión de Juristas, sino que introdujo unas modificaciones que desvirtúan totalmente su significado, al crear una contradicción entre sus párrafos 1º y 3º de una parte –que señalan que respecto del pago y cobro de las pensiones habrá de atenderse al estado posesorio, el cual se pierde por el transcurso de dos años sin pagar la pensión- con el párrafo 2º -establecedor de que el censatario puede cesar en el pago de las pensiones cuando el censalista no justifique su derecho a la percepción-. Si ello es así, es evidente que no existe estado posesorio, pues se impone al censalista la obligación de justificar su derecho al cobro de la pensión. Por tanto dicho precepto podía haberse eliminado, como también debiera haberse hecho respecto del art. 56, al recoger una figura inusual y complicada, similar a la subenfiteusis.

17.- Véase mi trabajo “*La normativa reguladora dels censos i alous en l’actualitat*” publicado en el Boletín XV pag. 307, en el que analizo el tema, concluyendo que, de esta manera, el alodio ha dejado de ser una *res nullius* jurídica.

En esta materia, lo que no hizo la Compilación de 1990 lo ha verificado después la ley 3/2010 de 7 de junio de nuestro Parlament, dictada a propuesta de la Comissió Assessora de Dret civil, dando un plazo de cinco años –que finalizó el 20 de julio de 2015– para acreditar la vigencia de los censos y alodios, la cual se hará constar mediante nota marginal en la inscripción de las fincas enfiteúticas; con la posible cancelación, a petición del interesado, de las inscripciones relativas al censo o al alodio, convirtiendo la inscripción de dominio útil en inscripción de dominio pleno. Como he tenido ocasión de decir en el artículo antes citado, con ello “la sala de mògies s’ha començat a buidar”.

11) Sociedad rural (Menorca)

La Compilación de 1990 mantiene el esquema con el que la institución aparece regulada en la Compilación de 1961, sustituyendo, tan solo, la expresión “el cultivador asume la representación de los familiares que con él convivan bajo su dependencia” por la de “el cultivador asume la gestión de los intereses de los familiares que con él conviven”, sustitución absolutamente obligada, dada la “inexacta terminología jurídica del anterior precepto”, según se dice en la exposición de motivos. Todo ello responde a la antigua realidad –no sé si todavía vigente– de que era no solamente el cultivador, sino también su familia, quienes trabajaban en la finca. Asimismo se ha eliminado la trasnochada expresión “cultivador cabeza de familia” sustituyéndola por, simplemente, “cultivador”.

Tanto en la Compilación de 1961 como en la de 1990 llama la atención la parca regulación dedicada a la institución, contrastando con las múltiples variedades y elementos que presenta en su realidad, incluso hoy en día. Y así, nada se dice sobre la forma del contrato, su duración y posibles prórrogas, las participaciones en ganancias y pérdidas, la mota o dotación que aporta el titular de la finca, la extramota, la percepción de la cuota lechera –que ha dado lugar a un importante litigio resuelto por la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 1/2005 de 14 de enero–, la extinción y liquidación del contrato, con la entrada en juego de “els estimadors”, etc... Evidentemente se considera ello incluido en la remisión que se hace a los usos y costumbres, pero tal vez algunas de las más importantes de éstas hubiera sido plausible incorporarlas al texto legal.

Asimismo parece un poco exagerada la disposición del párrafo 3º del art. 64 según el cual “la sociedad rural no se extingue por el fallecimiento de los consocios, en cuyo lugar quedarán subrogados sus respectivos sucesores”. Debería preverse –cual se hace en un proyecto de ley actualmente en tramitación– que el mantenimiento, en lo que respecta a los sucesores del cultivador, ha de entenderse referido a los que colaboraban con el mismo

en la explotación de la finca y siempre que no se opongan a la continuación del contrato. Y prever, asimismo que, producida la subrogación, cualquiera de las partes podrá desligarse del contrato mediante el oportuno preaviso, aunque respetando siempre la finalización del año agrícola.

12) La no aplicación en Menorca de las normas del Libro I relativas a los contratos sucesorios

Esta no aplicación se basa en las opiniones doctrinales de diversos autores históricos coincidentes en señalar el desuso de la institución. Recuerdo perfectamente como el insigne jurista Miguel Coll Carreras nos explicaba –en una de las reuniones de la Comisión de Juristas redactora del proyecto que dio lugar a la Compilación de 1990– que en la de 1961 ya se opuso a la extensión a Menorca de las disposiciones sobre los contratos sucesorios mallorquines, basándose en la, a su juicio, falta de precedentes históricos y, sobre todo, en el hecho de no tenerse ideas claras sobre la regulación de estas instituciones, a causa del desuso que las mismas venían acumulando.

Pero lo cierto es que las cosas han cambiado. Los pactos sucesorios de definición en Mallorca y de finiquito de legítima en Eivissa se han venido otorgando con bastante habitualidad pues tienen la eficacia práctica que supone eliminar –cuando así interesa a las dos partes– unos futuros derechos legitimarios en base a alguna donación, atribución o compensación que se realiza a favor de quien renuncia a su legítima, habiéndose hecho uso del mismo, particularmente, en los casos de solicitar uno de los hijos la entrega de un capital para acometer una empresa, comprar una farmacia, etc... Además, con estos instrumentos se consigue mantener la indivisión de fincas, compensando los hijos, recíprocamente, la donación que reciben de uno de los padres con su renuncia a la legítima en la herencia de ambos. Por lo que respecta a la donación universal que, en su origen, como los heredamientos, se otorgaba para adscribir a uno de los hijos al patrimonio hereditario, generalmente agrícola, se venía también otorgando –aunque no bajo la forma de donación universal– para proceder en vida a la división del patrimonio hereditario entre los hijos, generalmente con reserva del usufructo por parte de los padres, de tal forma que aquéllos sabían ya, en vida del donante, cuáles de sus bienes serían de su propiedad, pudiendo efectuar en los mismos las inversiones que consideraran procedentes.

Indudablemente ha contribuido a la vitalización de ambas instituciones la ley autonómica 22/2006 de 19 de diciembre que hace tributar a los contratos sucesorios por la vía del impuesto sobre sucesiones, lo cual supone un tratamiento fiscal muy favorable cuando sus otorgantes son parientes

próximos. Ello aparte de la eventual posibilidad de excluir a los bienes donados de la tributación al IRPF como ganancia patrimonial¹⁸.

Si a todo ello añadimos que los contratos sucesorios solamente los otorgan quienes quieren hacerlo, no afectando en modo alguno a quienes prescinden de los mismos, es obvio que pesan en mayor medida las razones que imponen la posibilidad de su otorgamiento en Menorca. Y así lo ha reconocido la doctrina jurídica de esta Isla. El conocido jurista Josep Maria Quintana, miembro de número de nuestra Real Academia, finaliza el informe que elaboró para la Comisión Académica de Derecho Privado, con estas palabras: “Per dir-ho clarament, i sense entrar en el fons en la regulació que, de la successió paccionada, fa avui la nostra Compilació de Dret Civil, entenc que, en una futura reforma d’aquesta en els termes que proposa l’Acadèmia de Jurisprudència, seria recomenable que a Mallorca i Menorca regissin les mateixes normes que regulen la successió contractual”¹⁹.

13) Instituciones del Libro III (Eivissa y Formentera)

La plasmación en la Compilación de 1990 del Derecho de las islas Pitiusas muestra una técnica legislativa y un orden sistemático que supera con creces al Libro III de la Compilación de 1961, eliminando las imprecisiones y contradicciones de esta última. Así, no quedaba claro en la Compilación de 1961 si la legítima se conceptuaba como *pars bonorum hereditatis* (el art. 79 decía que constituye la legítima de los descendientes la tercera parte del haber hereditario y el art. 80 señalaba que el legitimario tendrá derecho a que su legítima se satisfaga en bienes de la herencia salvo disposición en contra del testador) o como una mera *pars valoris bonorum*, constitutiva de un crédito del legitimario contra la herencia. Además, la no mención entre los legitimarios de los ascendientes dejaba la duda de si su legítima se había eliminado o continuaba vigente por aplicación subsidiaria del Código civil. Todo ello ha sido superado en el actual Libro III, gracias a la plausible aportación que, en el seno de la Comisión de Juristas, realizaron los representantes de las Pitiusas, los compañeros académicos José Cerdá Gimeno y Bernardo Cardona Escandell.

Destaca en el mismo la regulación amplia y detallada que se realiza de una institución que ha sido tradicional en el Derecho propio pitiuso como son los *spòlits*. Mientras en la Compilación de 1961 sólo se mencionaban los

18.- Véase mi artículo “¿Es extrapolable a nuestros pactos sucesorios la doctrina fiscal de la STS 407/2016 (Sala de lo Contencioso) sobre la apartación gallega?” Revista *Missèr* 109 abril-junio 2016 pag. 50.

19.- *Los contratos sucesorios en las Illes Balears*. XII Boletín de la Academia pag. 212.

mismos para considerarlos títulos hábiles para pactar el régimen económico matrimonial y para otorgar heredamientos a favor de los hijos nacederos, pasan a ser regulados en la Compilación de 1990 con gran amplitud, estableciendo sus requisitos formales, la capacidad de sus otorgantes, sus efectos y la posible incidencia del divorcio sobre su eficacia. Se regula asimismo una institución también de rica tradición en Eivissa y Formentera como es el usufructo universal capitular, el cual tan solo era aludido en el art. 64 de la Compilación de 1961 como posible pacto de los heredamientos. La regulación recoge los usos tradicionales al que se acomodaba este usufructo, si bien deja en el aire la cuestión de si este usufructo universal a favor del cónyuge viudo quedará extinguido en caso de que contraiga matrimonio o haga vida marital con otra persona.

Se introduce, asimismo, una acertada sistemática en el ordenamiento de las sucesiones, presidida por el principio fundamental de que el testamento y el pacto sucesorio serán válidos aunque no contengan institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes. Ello separa totalmente el Derecho sucesorio pitiuso del correspondiente a Mallorca y Menorca. En los capítulos sucesivos se contienen las disposiciones sobre sucesión testada (con remisión al Código civil), a la fiducia sucesoria (restringida a los cónyuges y proyectada hacia la ordenación de la sucesión de los descendientes comunes, a diferencia asimismo de lo que sucede en el Derecho de Mallorca y Menorca), pactos sucesorios y legítimas.

Es de especial interés la normativa dedicada a los pactos sucesorios, ya que, con criterio muy plausible, rompe el esquema de la Compilación de 1961, que tan solo se refería al heredamiento a favor de los hijos nacederos. Por el contrario la Compilación de 1990 establece un sistema abierto de pactos sucesorios, al señalar el art 72.2 que los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa*, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, renunciaciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que sus otorgantes establezcan. Con ello se da vía libre a los pactos sucesorios no referidos a la universalidad de la herencia sino a bienes concretos de la misma; es decir los pactos de atribución particular o de ordenación de legado, que hoy en día pueden ser de gran interés, en su aplicación a la sucesión en la titularidad de las empresas –particularmente las llamadas empresas familiares o pequeñas empresas–, para su posible conexión con los protocolos familiares, regulados, en cuanto a su publicidad, por el R.D. 171/2007 de 9 de febrero. Es significativo que el legislador autonómico catalán haya roto el esquema de “pacto sucesorio = heredamiento”, para incluir en aquél el que llama pacto sucesorio de atribución particular, referido a bienes concretos de la herencia (art. 431-1 de la ley 10/2008 de 10 de julio).

La actual amplitud de contenido de los pactos sucesorios pitiusos hace que puedan incluirse en el mismo los diversos tipos conocidos de heredamiento (puro, preventivo, prelativo, heredamiento cumulativo a favor de los contraentes y mutual), la donación universal de bienes presentes y futuros, así como cualquier otro que libremente puedan configurar los otorgantes del pacto.

Con buen criterio sistemático se regula el finiquito de legítima –equivalente a la definición de Mallorca– dentro de los pactos sucesorios, estableciendo las características generales de la misma y remitiendo al régimen de la definición mallorquina, en cuanto sea compatible con su función y significado usuales en Eivissa y Formentera. Disposición plausible ya que en modo alguno se pretende imponer una regulación, sino que solo se acude en auxilio de quien tiene que juzgar supuestos en los que ni la ley ni la costumbre pitiusa contienen la norma que deba resolver la cuestión litigiosa. La falta de norma obligaría a acudir a los criterios de equidad, con la inseguridad jurídica que ello comporta. Para evitarlo, resulta atinada la aplicación de otra normativa tan completa y acertada como es la contenida en los arts. 50 y 51 de la Compilación de 1990. Aplicación que se realizaría con la válvula de seguridad que supone su adecuación a los principios del Derecho de Eivissa y Formentera y a las características de su finiquito de legítima.

En la regulación de las legítimas se ha eliminado la disposición del art. 81 de la Compilación de 1961 expresiva de que el legitimario tendrá derecho a que su legítima se satisfaga en bienes de la herencia, hablando el art. 82 de la Compilación de 1990 del derecho del legitimario a una parte de valor, que puede ser concretado en bienes o en dinero, ya que el artículo precedente ha señalado que el obligado al pago de la legítima podrá satisfacerla en dinero, aunque no lo hubiese en la herencia, salvo disposición en contra del testador o instituyente. Se regula con acierto el tema del pago de la legítima, si bien no comparto lo que se dice respecto a la prescripción de la acción para exigir la legítima, al establecer el art. 83.2 un plazo de treinta años. A mi juicio ello es un absurdo –a pesar del precedente romano de la *actio petitio hereditatis*²⁰–, pues no es de recibo que, tras 29 años de negligente inactividad del legitimario, se le ocurra entonces reclamar una legítima, siendo su petición admitida por el Tribunal, cuando es posible que los herederos demandados ya hayan fallecido o hayan desaparecido las pruebas en que hubieran podido fundamentar su defensa. Es necesaria una agilización de los plazos de prescripción, a fin de no premiar al litigante negligente en el ejercicio de sus derechos. Tampoco estoy de acuerdo con el mantenimiento de una afección real sobre todos los bienes de la herencia durante el indicado plazo de 30 años. A mi juicio, estas

20.- Véase la sentencia de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ 1/2001 de 28 de septiembre.

afecciones reales deberían desaparecer, pues no hacen más que premiar la negligencia del legitimario inactivo. Por otra parte, el legitimario no es sino un acreedor del heredero por el importe de su legítima y no parece que deba gozar de una especial protección por encima de cualesquiera otros acreedores. De esta manera se convierte la afección real en un instrumento de chantaje para exigir el legitimario más de lo que le corresponde.

Por otra parte, la Compilación de 1990 ha despejado la duda sobre la legítima de los ascendientes, reconociendo una legítima de los padres –no de los demás ascendientes, similarmente a lo que ocurre en Mallorca y Menorca,– la cual se rige por los arts. 809 y 810 Cc , por lo que es de cuantía mayor a la prevista en Mallorca y Menorca (la mitad del haber hereditario de los hijos, salvo que concurra con el cónyuge viudo, en cuyo caso será una tercera parte; a dividir entre los dos padres y recayendo íntegramente en el sobreviviente si uno de ellos hubiere fallecido). En cambio, sigue sin figurar entre los legitimarios el cónyuge viudo, no comprendiéndose esta ausencia, pues no queda justificada por el hecho de que era común disponer a favor del cónyuge viudo del usufructo universal de la herencia; es evidente que, de no darse dicha o similar disposición, queda el cónyuge viudo absolutamente desprotegido. Y, además, ello resulta contradictorio con la especial protección que se dispensa al cónyuge viudo en la sucesión intestada, ya que el art. 84, tras remitir al Código civil, señala que, en ella, el cónyuge viudo adquirirá, libre de fianza, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes. No hay razón para conceder este usufructo en la sucesión intestada y no hacerlo en la testada, ya que es evidente que, en ella, podrá el testador atribuir su herencia a quien tenga por conveniente sin mención alguna para su cónyuge, quedando éste absolutamente desprotegido.

Se da, además, la circunstancia de que este especial usufructo en la sucesión intestada no deja de plantear problemas. El primero de los cuales es si se mantiene en caso de separación de hecho. Los artículos del Código civil que resultarían aplicables al caso, en la redacción que tenían cuando entró en vigor la Compilación de 1990, nos decían que la llamada del cónyuge viudo a la sucesión intestada no tendría lugar cuando estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (art. 945); por lo que no basta una mera separación de hecho, sino que ha de reunir la misma los condicionamientos que se acaban de expresar. Y el art. 834 nos decía que la concesión al cónyuge viudo del usufructo del tercio destinado a mejora venía condicionada al hecho de que no estuviere separado o lo estuviere por culpa del difunto, con lo cual se introduciría el vidioso tema de quien tuvo la culpa de la separación. En definitiva, creo que en una reforma legislativa futura deben zanjarse estas cuestiones estableciendo unos

derechos legitimarios en usufructo a favor del cónyuge viudo no separado legalmente ni de hecho, sin más precisiones o condicionamientos.

Por otra parte, es de notar que el art. 84 confiere al cónyuge viudo el usufructo de la mitad –o de dos terceras partes– “de la herencia”, lo cual, según ha señalado la doctrina²¹ puede plantear la duda de si este usufructo se extiende a toda la herencia –como dice literalmente el precepto– o sólo a la porción de la misma que es objeto de la sucesión intestada, pues, cabe la posibilidad, en Derecho pitiuso, de que el testador haya dispuesto en el testamento, tan solo, de algunos de sus bienes, quedando el resto libre de llamamiento, abriéndose entonces la intestada respecto de dicho resto. El respecto a la voluntad del testador y el *favor testamenti* aconsejan limitar el alcance del usufructo legal a la porción de la herencia que es objeto de la sucesión intestada.

IV.- ANÁLISIS DEL FUTURO

Este análisis se proyecta en una doble vertiente: en cuanto al continente y en cuanto al contenido. Por una parte se trata de analizar si se va a mantener la Compilación de 1990, con las lógicas modificaciones que la realidad social, siempre cambiante, puede ir imponiendo, o si, por el contrario, la Compilación va a verse superada por leyes que traten, con profundidad y rigor, las diversas instituciones de la misma; con la posibilidad –que entre nosotros parece bastante remota– de que estas leyes puedan después unificarse en un Código civil propio. Y, por otra parte, es obligado analizar, aunque sea someramente, el posible futuro contenido de estas reformas legislativas. Voy a tratar por separado uno y otro aspecto.

1.- El molde formal. Continente de las futuras reformas legislativas.

La doctrina ha indicado certeramente que las posibilidades que se apuntan, en este punto, son tres: mantenimiento de la Compilación, leyes sectoriales o especiales –que van derogando la misma por venir referidas a instituciones determinadas, estableciendo una regulación más amplia que supera el marco de la Compilación– y avanzar hacia un Código civil comprensivo del ordenamiento jurídico propio²². Realmente, los diferentes ordenamientos jurídicos existentes en España nos han mostrado que las

21.- Cardona Guasch, *Lecciones de Derecho civil Balear- La sucesión intestada en el libro III* pág 482.

22.- Se sigue el magnífico artículo de Coca Payeras y Vila Ribas titulado “*El Derecho civil balear en el estatuto de autonomía y sus perspectivas de futuro*”, que forma parte de la obra “*El Dret Viscut*”, Palma 2011, obra conmemorativa de los 50 años de la Compilación de 1961.

diversas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio se han apuntado a una u otro tendencia.

Por lo que respecta al País Vasco, la ley 3/1992 de 1 de julio, modificada después por la ley 3/1999 de 26 de noviembre, es significativa al decir, en su exposición de motivos, que “el legislador no se ve obligado a respetar la sistemática y orden de la Compilación de 1959 para Bizkaia y Álava”, por ser un marco demasiado estrecho, al ser necesario incluir instituciones vivas que dicha Compilación ignora. De hecho se abandonó la denominación de Compilación –de poca tradición en el Derecho del País Vasco ciertamente–, pasando a denominarse “Ley del Derecho civil foral del País Vasco”. La reciente ley 5/2015 de 25 de junio de Derecho civil vasco ahonda en la senda trazada por la anterior ley, estableciendo, por primera vez, un Derecho civil vasco aplicable a todos los vascos y centrado en una regulación común para todo el territorio de la Comunidad Autónoma vasca, basado en la vecindad civil vasca acuñada en el art. 10 de la misma. La nueva regulación recoge principalmente las instituciones sucesorias, aunque también hace referencia a otros importantes elementos, como son las fuentes del Derecho civil vasco, el principio de libertad civil y la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco como supremo intérprete de la normativa propia. En realidad, la nueva ley supera el sistema anterior, basado en la Compilación de 1959, caracterizado por la dispersión legislativa y consuetudinaria entre los diversos territorios de la Comunidad Autónoma.

En Galicia, ya la ley 4/1995 de 24 de mayo marcó el camino para sustituir la Compilación por una nueva ley marco, proceso legislativo que ha culminado la ley 2/2006 de 14 de junio, la cual –leemos en su exposición de motivos– se propone desarrollar en todos sus aspectos aquellas instituciones jurídico-privadas que realmente estuvieren vivas en el Derecho propio de Galicia, con lo cual acomete la regulación de instituciones no contempladas en los anteriores textos legislativos, como son la protección de menores, la adopción y la autotutela, aparte de otras claramente consuetudinarias derivadas de las relaciones de vecindad, como son la gavia, el resío, la venela y los montes abertales.

Aragón, por su parte, constituye un claro ejemplo de superación del estrecho marco de la antigua Compilación a través del sistema de las leyes sectoriales que la han ido dejando sin contenido. Así ha sucedido con la ley 1/1999 de 24 de febrero de sucesiones por causa de muerte, la ley 2/2003 de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y de viudedad, la ley 13/2006 de 27 de diciembre de derechos de la persona, la ley 2/2010 de 26 de mayo referida a la igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres y la ley 8/2010 de 2 de diciembre de Derecho

civil patrimonial. Como se ve, un amplio abanico de leyes fundadas en las instituciones tradicionales pero también en todo lo que muestra conexidad con las mismas.

Cataluña ha mostrado claramente que sus propósitos legislativos no se cifraban tan solo en la superación de la Compilación de 1961, sino que apuntaban hacia un Código civil propio, posiblemente ya previendo una futura secesión, en cuyo caso era de vital importancia tener un ordenamiento jurídico propio y total por el que regirse, evitando la aplicación de la normativa de otra nación, como sería –si es que tal desgraciado evento llega a producirse– el Código civil español. Así lo expresa claramente la ley orgánica 6/2006 de 19 de julio de aprobación del estatuto de autonomía de Cataluña, que atribuía a la Generalitat competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8ª atribuye al Estado. Como han dicho Coca Payeras y Vila Ribas, se ha invertido radicalmente el enfoque: el derecho civil es el derecho civil catalán y, en este ámbito, el derecho del Estado es un derecho civil “especial”²³.

Ya antes, apareció la ley 29/2002 de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña, con el objetivo de establecer la estructura, el contenido básico y el procedimiento de tramitación del Código civil de Cataluña, señalando el art. 3 los libros que compondrán el mismo, que son seis: , disposiciones generales –contenidas en la indicada ley 29/2002 de 30 de diciembre–, persona y familia –regulados en la anterior ley 9/1998 de 15 de julio–, persona jurídica –materia a la que corresponde la ley 4/2008 de 24 de abril modificada por la ley 7/2012 de 15 de junio– , sucesiones –contempladas por la ley 10/2008 de 10 de julio–, derechos reales –que dieron lugar a la ley 5/2006 de 10 de mayo– y obligaciones y contratos; tema este último todavía huérfano de regulación, posiblemente por las dificultades técnicas que se presentan al establecer las bases de las obligaciones contractuales, de las cuales corresponde al Estado la competencia exclusiva.

Navarra ha venido manteniendo su amplia y extensa Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra aprobada por la ley 1/1973 de 1 de marzo, sin perjuicio de haber aprobado posteriormente modificaciones de la misma –particularmente mediante la ley Foral 5/1987 de 1 de abril– y de haberse dictado leyes civiles especiales referidas a las parejas estables, derechos del paciente, y promoción, atención y protección de la infancia y de la adolescencia.

23.- Obra citada pág. 215.

Situación similar es la que encontramos en nuestras Islas, en la que el texto jurídico básico sigue siendo la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears, resultante del Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, que solamente ha sufrido escasas modificaciones, particularmente en materia de causas de indignidad sucesoria y desheredación. Fuera de la Compilación, se ha dictado, en materia de censos y alodios, la importante y acertada ley 3/2010 de 7 de junio de constatación de censos y alodios y extinción de los inactivos, habiéndose legislado, asimismo, en materia de parejas estables, voluntades anticipadas y mediación familiar. En la actualidad está en tramitación parlamentaria un proyecto legislativo de modificación de la Compilación en varios preceptos de la misma, particularmente en materia de sucesión intestada, legítima viudal, sustitución fideicomisaria sobre la legítima en beneficio de las personas con capacidad judicialmente modificada, posible definición entre cónyuges, así como otras materias que van sugiriendo los diversos grupos parlamentarios.

En Navarra e Illes Balears, por tanto, el núcleo duro de nuestro Derecho sigue estando en la Compilación, cuyos preceptos siguen manteniendo su vigencia al no haberse visto afectados por leyes especiales que hayan procedido a su derogación.

Razonando sobre estas tres corrientes, parece preciso rechazar de plano la solución catalana de avanzar hacia un Código civil propio, por no existir en nuestra Comunidad Autónoma estas urgencias separatistas. Con lo cual, entre las otras dos alternativas –mantenimiento de la Compilación y derogación de la misma mediante leyes especiales o sectoriales– no cabe duda de que resulta más lógica esta última, pues la impone la propia estrechez y parquedad de nuestro texto compilado. Pensar que en tres artículos puede regularse la hoy compleja problemática del régimen económico familiar no deja de resultar un absurdo; basta considerar que el *non nato* Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni tiene 61 artículos, con lo que es totalmente imposible su encaje dentro de la Compilación, que dedica al tema tan solo tres artículos.

2.- EL núcleo sustantivo. Contenido de las posibles reformas legislativas.

Obviamente solo será posible señalar muy de pasada algunas de estas posibles reformas, a fin de no alargar innecesariamente el presente trabajo. Por otra parte, no se hace preciso dedicar un apartado a la sucesión intestada ni a los censos y alodios, porque ya al tratar de los mismos, en la crítica a la actual regulación, se han reseñado los aspectos que, a mi juicio, deberían ser de obligada modificación en la normativa que los regula. Lo mismo cabe

decir en cuanto a las disposiciones aplicables a Menorca y Eivissa, aparte la consideración de que, en este caso, son los juristas más en contacto directo con la *praxis* de estas islas quienes deben tomar la iniciativa en todo lo concerniente al desarrollo y reestructuración de su Derecho.

Tampoco haré referencia a las reservas hereditarias sino que me remito al trabajo realizado por la Comisión Académica de Derecho Privado sobre la materia, que puede verse en el XIII Boletín de la Academia pag. 291 y siguientes. A diferencia de lo que ha sucedido en otros Derechos civiles territoriales, en los que se ha eliminado toda posible reserva (arts. 182 de la ley 2/2006 de 14 de junio de Galicia y art. 411-8 de la ley 10/2008 de 10 de julio de Cataluña), nuestra Real Academia no se muestra partidaria de la eliminación de las reservas, por entender que responden a una finalidad de estricta justicia, abogando por la conservación de la reserva lineal (art. 811 Cc) y la reserva ordinaria (arts. 968 a 980 Cc), si bien con una nueva regulación que elimine las muchas dudas que los preceptos del Código civil suscitan.

Por tanto, paso a exponer, en los apartados siguientes, las restantes disposiciones e instituciones de nuestro Derecho que deberían conocer, a mi juicio, una importante reforma legislativa.

A) Disposiciones generales.

Se echa en falta, en el art. 1 de la actual Compilación, una clara enumeración de las fuentes del Derecho, ya que el precepto se refiere únicamente a la jerarquización entre las fuentes del Derecho nombradas en el mismo; creo que hubiera sido preferible empezar diciendo que las fuentes del Derecho civil de las Illes Balears son las leyes de contenido civil dictadas por nuestro Parlament, las costumbres y los principios generales del Derecho, sin tener que deducir ello, de manera indirecta, del análisis del art. 1 CDCIB. Después podría tratarse, en párrafos o artículos separados, de cada una de dichas fuentes, de su tratamiento jurídico y de la jerarquía con que deben ser las mismas aplicadas.

Sería también plausible que, en esta enumeración y jerarquización de fuentes, constara también el papel que desempeñan las sentencias de la Sala Civil y Penal del TSJ, en la resolución de los recursos de casación sobre materia foral, para *completar* el Ordenamiento jurídico, como dice, con acertadas palabras, el art. 1.6 Cc

Debería dedicarse un precepto separado a la interpretación e integración de nuestro Derecho, en vez de mezclarlo con la jerarquización de las fuentes,

como se hace en el actual art. 1. En esta materia es plausible la referencia que hace el actual párrafo 2º del art. 1 a los principios generales del Derecho y a la tradición jurídica, si bien con algunas matizaciones.

El actual precepto habla de “la tradición jurídica de las islas” y tal referencia no puede entenderse como un traslado de la “tradición jurídica balear” de que trataba la Compilación de 1961, sino como tradición jurídica propia de cada una de las Illes Balears. Sabido es, en este punto, que el Derecho sucesorio pitiuso se ha estructurado en la Compilación de 1961 y en la de 1990 como un ordenamiento totalmente distinto del vigente en Mallorca y Menorca, dado que no rigen en el mismo los principios sucesorios que estructuran y dan soporte al fenómeno sucesorio en estas islas, sobre una base de racionalidad y tradición histórica. E incluso entre Mallorca y Menorca no existe una tradición jurídica uniforme en la materia relativa a los contratos agrarios, dado que sólo en Menorca se da la importante figura de la sociedad rural. Las tradiciones jurídicas, en definitiva, tienen unas bases consuetudinarias, por lo que, históricamente –e incluso en la actualidad- no es fácil que puedan darse estas costumbres similares entre territorios separados por el mar como son nuestras islas. Por ello parece más acertado hablar de la tradición jurídica de cada una de las islas.

Esta tradición jurídica –nos sigue diciendo el art. 1– se nutre de “las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina” que la encarnan. Cuáles sean dichas leyes, costumbres, doctrina y jurisprudencia es algo que se calla el precepto. Por ello no es extraño que nuestro Tribunal de Casación –la Sala de lo Civil y Penal del TSJ– haya acudido siempre, para la fundamentación de sus sentencias, al Derecho romano en la elaboración justiniana. Solo a título de ejemplo, puede decirse que la sentencia 4/2005 de 24 de noviembre se refiere a la posible existencia del modo como elemento accidental del legado dentro del sistema del Corpus Iuris, señalando textos del Digesto, la sentencia 2/2005 de 26 de enero transcribe los rescriptos de los emperadores Diocleciano y Maximiano que hicieron posible en el imperio romano la rescisión de los contratos por lesión *ultra dimidium*, la sentencia 1/2004 de 10 de mayo hace referencia a las disposiciones del Códex 3.36.10 y 3.36.21 y a la Novela 18.7 para fundamentar el principio *favor partitionis*, y la sentencia 1/2003 de 12 de marzo señala que el Derecho aplicable a la sustitución fideicomisaria condicional antes de la Compilación de 1961 eran las disposiciones del Códex 6. 43.3.fr 2 y 3. Por ello, creo que debería haber una referencia expresa al Derecho romano justiniano como elemento de interpretación e integración de nuestro Derecho, ya que nuestros foralistas clásicos –Ripoll y Palou y Pascual González– han proclamado *ad nauseam* la fundamentación del Derecho

de Mallorca en el Derecho romano justinianeo. Es sabido que la doctrina engloba al mismo juntamente con el Derecho canónico en la denominación de *ius commune*, pero lo cierto es que –en lo que respecta a la interpretación e integración de nuestro Derecho– el Derecho canónico es el convidado de piedra, pues no recuerdo sentencia que saque a relucir las Decretales de Gregorio IX u otro de los textos canónicos de histórica importancia.

Por lo que respecta a la aplicación de nuestro Derecho, podría tal vez mejorarse el texto –sin incurrir en excesos inconstitucionales– diciendo que las normas del Derecho civil de las Illes Balears “se aplicarán” –en vez de “tendrán eficacia”, como dice ahora el art. 2– en el territorio de la Comunidad Autónoma, con la lógica excepción de los casos en que, conforme al Derecho Internacional Privado y al Derecho Interregional deba aplicarse otra norma. Toda norma jurídica, desde el momento que ha sido legalmente aprobada “tiene eficacia”. Pero, en este caso, se trata de algo más: de que se aplique, con normalidad y *prima facie*, en el territorio de la Comunidad Autónoma, con las dos excepciones apuntadas.

En una ley referida a las disposiciones generales de nuestro Derecho no debería contenerse ya un texto similar a la Disposición final 1ª de nuestra Compilación, ya que los efectos de la *iuris substitutio* y de la *iuris continuatio* (la sustitución del Derecho civil especial balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigente a la promulgación de la Compilación de 1961 por los preceptos de la misma, continuando el mismo tan solo como elemento de interpretación e integración), se produjo al ser aprobada la Compilación de 1961, sin que sea en absoluto necesario reproducir la norma en cada una de las leyes que sobre nuestro Derecho se vayan dictando.

El Libro I del Código civil de Cataluña incluye, entre las disposiciones generales, la ordenación de la prescripción y la caducidad, aduciendo, como argumentos sustentadores, lo obsoleta que actualmente resulta la regulación del Código civil, anclado todavía en concepciones romanistas y decimonónicas que establecen unos plazos absurdamente largos, así como el hecho de que, en el Derecho histórico catalán, existen figuras acreditativas del hecho de haber tenido una normativa propia en materia de prescripción, como son el *Usatge Omnes Causae* y el capítulo XLIV del *Recognoverunt proceres*. Por lo que respecta a nuestro Derecho, la doctrina²⁴, ha señalado que se pueden acreditar costumbres que permiten al legislador balear la ampliación del contenido de la Compilación incluyendo normas de diversas materias, entre las cuales cita expresamente la prescripción. Ello podría dar lugar a

24.- Martínez Cañellas, *Sobre el Derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica* X Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, pag. 83.

una normativa que acortara considerablemente los plazos de prescripción, particularmente en lo que respecta a la prescripción extintiva, pues plazos de más de cinco años, como existen en abundancia en el Código civil, no hacen sino premiar al litigante negligente en el ejercicio de sus derechos y acciones, produciendo también indefensión en el demandado. Si existen plazos de 30 años para la prescripción de las acciones de reclamación de herencia o de legítima, ejercitada la acción en los últimos años del plazo, es posible que el litigante demandado carezca de los medios de defensa que tenía cuando sucedieron los hechos que dieron lugar a la acción ejercitada. En todo caso, no puede dudarse de la competencia de nuestro Parlament para legislar sobre la prescripción de las acciones relacionadas con las instituciones vigentes en nuestro Derecho, en virtud del principio de conexidad consagrado por el Tribunal Constitucional, por lo que creo indudable que sería posible una regulación de la prescripción de las acciones conectadas con nuestras instituciones sucesorias y económico familiares. Y sabido es que, según el art. 149.1.6^a CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal, pero sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

B) Régimen económico matrimonial (Mallorca y Menorca). Remisión.

Para no alargar el presente trabajo doy por reproducido mi artículo *Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni*, discurso de inauguración del curso académico 2012/2013, que aparece en el XIV Boletín de la Academia, pág. 23.

C) Sucesiones (Mallorca y Menorca).

Indudablemente se trata de la parte de mayor extensión e importancia. Podría dividirse en los siguientes apartados.

a) Disposiciones generales y principios sucesorios.

Vendría referido a las cuestiones relativas a la apertura de la sucesión, momento de la delación y de la adquisición de la herencia, su aceptación y la situación previa de yacencia, las tres vías de delación hereditaria y cualquier otra norma referida a la generalidad de la sucesión.

Y en este mismo apartado, en título independiente, deberían, a mi juicio, proclamarse los principios sucesorios, con regulación de la problemática de cada uno de ellos; así, por ejemplo, al tratarse de la institución de heredero se

expondría también lo relativo a las sustituciones vulgar, pupilar y cuasipupilar o ejemplar, como hace el actual art. 14.

En la actual Compilación, hay una referencia expresa a la necesidad de la institución de heredero (art. 14), a su perdurabilidad (*semel heres semper heres* art. 16) y a la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada (art. 7). En cambio no está proclamado el principio de universalidad de la sucesión del heredero, aunque puede perfectamente deducirse de los arts. 15 y 24. Por ello debería figurar dicho principio claramente expresado, para después exponer las consecuencias del mismo en su aplicación a la sucesión.

A mi juicio, estos principios deberían completarse con un quinto principio expresivo del necesario sustrato patrimonial de la condición del heredero: Como sucesor del *decius*, llamado a la universalidad de sus bienes –con las consabidas excepciones de las legítimas y los legados–, como responsable de sus deudas y como liquidador normalmente –salvo albacea o contador partidor expresamente nombrado– de su herencia, nuestro Derecho exige que no sea solamente un heredero nominal o virtual, sino que bajo esta condición haya una parte del caudal relicto; y a ello, precisamente, obedecen las instituciones de las cuartas falcidia y trebeliánica. En la regulación de las consecuencias jurídicas de este principio podía tratarse de la cuarta falcidia, cuya normativa sería la de la Compilación de 1990, con las dos matizaciones que se han indicado anteriormente: reducir el excesivo número de legados no reducibles –pues pueden dejar sin efecto la falcidia– y exponer claramente la solución a dar a la concurrencia de falcidia y trebeliánica, que pasa por el hecho de considerar que, en tal caso, la herencia es, simplemente, la cuarta trebeliánica, pudiendo reducir los legados que impidan al sufrido heredero percibir una cuarta parte de esta cuarta.

b) Capacidad sucesoria.

Además de las disposiciones generales sobre la materia tendrían aquí acomodo las causas de indignidad y de desheredación, derivadas de la ley 3/2009 de 27 de abril –que modificó la Compilación en esta materia– y que quedaría así derogada por la ley sectorial de sucesiones, regulando específicamente la caducidad de las acciones dirigidas a la declaración de indignidad y las derivadas de la desheredación, así como las consecuencias de la estimación de las mismas.

c) Testamentos, codicilos y memorias testamentarias.

En materia de testamentos, debe tenerse en cuenta la necesidad de eliminar la exigencia de los testigos de conocimiento para los casos en que

el Notario no conozca al testador, ya que tiene lugar dicho conocimiento a través de los documentos acreditativos de la personalidad. Por lo que respecta a los codicilos, resulta interesante mantener el juego de la cláusula codicilar, establecida por el art. 17 de la Compilación de 1990, pero eliminar del su regulación la actual posibilidad de que, a través del codicilo, se puedan establecer sustituciones fideicomisarias o de residuo, pues, en ambos casos, hay institución de heredero, lo cual no se aviene con la prohibición de su designación en el codicilo.

En cuanto a las memorias testamentarias, su uso no es insólito en nuestro Derecho, siendo evidente la validez de las mismas, en particular por su posible consideración como codicilo ológrafo; con lo que se deben cumplir los condicionamientos del mismo: han de estar escritas en su integridad y firmadas por el disponente, con expresión del año, mes y día en que se otorgan. Exigencias, por cierto, coincidentes con las expresadas en el art. 672 Cc²⁵. De todos modos, sería plausible su regulación en una ley sectorial sucesoria, aunque sin exigir en la nueva regulación la referencia a un testamento anterior –impuesta en el Derecho catalán y navarro, al considerarlas negocios jurídicos *per relationem*–, ya que normalmente quien redacta unas memorias testamentarias no tiene en cuenta esta circunstancia, limitándose a exponer su deseo de que determinados bienes se destinen a la persona que indica.

d) Fiducia sucesoria.

La regulación del heredero distribuidor es bastante completa y extensa, con previsión de los variados supuestos que pueden darse en las vicisitudes de la institución. Posiblemente sería plausible la eliminación de algunas disposiciones que se han reseñado al efectuar el análisis crítico; en particular la posibilidad de un distribuidor no heredero, sino legatario del usufructo universal de la herencia, así como la inexistencia de plazo para efectuar la distribución de los bienes hereditarios cuando el testador no lo ha señalado, pues la previsión legal, según la cual se efectuará “al tiempo de su muerte”, puede dar lugar a consecuencias precipitadas que pugnan con la serenidad con la que ha de realizarse la distribución.

e) Fideicomisos.

En el curso académico 2015/2016, la Comisión Académica de Derecho Privado ha estudiado el tema de los fideicomisos habiéndose apuntado, entre otras cuestiones, que en la actualidad se disponen con más frecuencia

25.- Me remito a mi artículo *Sobre memorias testamentarias y codicilos*, publicado en los Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras, pág.411.

fideicomisos de residuo antes que sustituciones fideicomisarias propiamente dichas, por lo que se apunta que tal vez pueda ser insuficiente la escasa regulación, pues solo uno de los preceptos dedicados a la sustitución fideicomisaria –el art. 37– se refiere a la misma; sin que pueda olvidarse, pero, que es aplicable a esta figura todo lo establecido para la sustitución fideicomisaria y, por tanto, y entre otras materias, la formalización de inventario, garantías, delación fideicomisaria, derechos y obligaciones del fiduciario, etc... Por otra parte, en los trabajos de dicha Comisión académica figura un artículo mío, titulado *La sustitución fideicomisaria en las Illes Balears*, en el que se contiene un apartado cuyo título es “Posibles reformas legislativas en la materia”, de próxima publicación en el XVII Boletín de la Real Academia, el cual se da aquí por reproducido.

f) Legados.

En puridad, en materia de legados, la especialidad de nuestro Derecho se resume en la existencia de la cuarta falcidia, la cual, como se ha visto, puede tratarse entre los principios sucesorios si se considera que lo constituye el necesario sustrato patrimonial de la condición de heredero.

Aparte de ello, y dada la evidente conexión de los legados con la cuarta falcidia, podría dedicárseles un apartado en el que se expondría una normativa relativa a las diferentes vicisitudes que se pueden dar en ellos: vías de disposición de los mismos, existencia de varios legatarios de un mismo bien, prelegado, sustituciones en los legados, diferentes tipos de legado, condiciones y términos en la disposición del legado, delación, aceptación y repudiación del legado, formas de entrega del mismo, frutos y riesgos de la cosa legada y, en especial, cuáles deben ser, en su caso, los legados no reducibles por la vía de la falcidia.

g) Legítimas.

Indudablemente entramos en la cuestión más discutida. Hay muchas opiniones a favor y en contra del sistema de legítimas. Entre las primeras es curioso recordar que, antes de existir en Roma la *querela inoficiosi testamenti*, los retóricos, cuando impugnaban ante el Tribunal los testamentos en que no se dejaba nada a los *sui*, basaban la impugnación en que el testamento era obra de un demente, pues solo a un demente se le ocurre dejar sus bienes a un extraño teniendo hijos. En la orilla contraria están las palabras de O’Callaghan, que, abogando por la desaparición de las legítimas, ha dicho que estamos obligados a alimentar, instruir, vestir y educar a nuestros hijos, pero no estamos obligados a hacerlos ricos. Y, además, se da la circunstancia

de que incluso los partidarios de la total eliminación de las legítimas se muestran favorables a mantener unos derechos en usufructo para el cónyuge viudo, similares a los que actualmente constituyen su legítima.

Ello tal vez nos pueda poner en la pista de que entre las posturas extremas –eliminación o mantenimiento absoluto– puede haber posturas intermedias, a las que yo me adscribo, en base a las consideraciones que se van a hacer a continuación.

La legítima del cónyuge viudo debe conservarse, e incluso, a mi juicio, introducirse en sistemas jurídicos que no lo tienen, cual ocurre en el Derecho de Eivissa y Formentera. Por lo que respecta a los derechos legitimarios del cónyuge viudo en Mallorca y Menorca está ya en vía de aprobarse una modificación del art. 45 CDCIB que elimina las cuestiones culpabilísticas en el tema de la legítima, propugnando que si hay separación judicial, pero también de hecho, y sea cual sea la causa de una u otra, no existe derecho a legítima, dado que ésta se basa en la convivencia entre los cónyuges. He indicado asimismo que resulta excesivo el usufructo universal de la herencia que se atribuye al cónyuge viudo en caso de concurrir a la herencia con herederos que no sean descendientes o padres del difunto. Si el cónyuge viudo legitimario es de joven edad, es lo más posible que el heredero no llegue nunca a entrar en posesión de la herencia y, realmente, no se respeta la voluntad del testador, quien nombró un heredero distinto de su cónyuge. Igualmente, si en la sucesión intestada concurre el cónyuge con ascendientes no padres, el usufructo universal a favor de aquél determinaría que el ascendiente heredero –lógicamente de mucha mayor edad– no llegaría a disfrutar nunca de la herencia.

La legítima de los padres (en nuestro Derecho no son legitimarios los demás ascendientes tras la reforma de 1990) ha sido eliminada en los sistemas jurídicos de Aragón, Navarra, Galicia y el País Vasco. En nuestro Derecho la Compilación de 1990 la redujo a la cuarta parte del haber hereditario y son muchos los juristas partidarios de reducirla a la octava parte, e incluso suprimirla, si bien se ha hecho oír la consideración de que tendría derecho a legítima el padre que recibiera alimentos del hijo difunto, por entender que el mismo está en un estado de total necesidad.

Donde está la gran polémica es en lo que respecta a la legítima de los descendientes. Como se sabe, en nuestro Derecho asciende a la 3ª parte de la herencia si son 4 o menos de 4 hijos, o estirpes de ellos, y la mitad si son 5 o más. Realmente parece excesiva. De la misma manera que en el ámbito del Código civil se han levantando voces pidiendo la

disminución de la legítima, ascendente a 2/3 de la herencia al incluir la mejora, también parece excesiva una legítima que comprende la mitad de la herencia. Además de ello la reforma no afectaría a muchas familias, pues hoy en día son excepcionales las familias con 5 hijos o más. De esta forma el causante podría disponer como quisiera de dos terceras partes de la herencia.

Es absolutamente vital introducir nuevas causas de desheredación, en especial una similar a la contemplada por el art. 451-17 del Código de Sucesiones catalán, que considera como tal “La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.” Es cierto que la norma puede dar lugar a litigios, pero es mejor que nada. De esta forma el testador se habrá muerto tranquilo sabiendo que ha desheredado al hijo que ha pasado de él olímpicamente.

Y considero que debía *normalizarse* el derecho de crédito que ostenta el legitimario el cobro de su legítima. Simplemente debe ser considerado un acreedor más de la herencia, debiéndose prescindir de los derechos y privilegios que actualmente tiene. Sabido es que la legítima se considera actualmente *pars bonorum hereditatis* teniendo el legitimario derecho a que se le pague con bienes de la herencia –salvo que el disponente autorice el pago en metálico- y no pudiendo los herederos aceptar la herencia hasta que se le hayan entregado los bienes que precisamente quiere percibir en pago de su legítima. Ello, evidentemente, puede dar lugar a los inevitables chantajes. Fue un acierto de la Compilación de 1990 el posible pago de la legítima en dinero, aunque no lo hubiera en la herencia, pero sólo si hay autorización del disponente o de éste y del distribuidor. Pero, mientras tanto, hay una afección real sobre todos los bienes de la herencia.

A mi juicio, la legítima debería ser, en todo caso, una *pars valoris bonorum*, es decir un derecho de crédito contra la herencia. El legitimario no tiene porqué tener una protección especial, cual la supone la imposibilidad del heredero de aceptar la herencia si no se hace el pago de las legítimas y el hecho de que, en caso de pagarse la legítima en dinero, todos los bienes de la herencia estén afectos al pago de la legítima. Además ello es beneficiar al legitimario negligente en la reclamación de sus derechos. Y al posible legitimario chantajista que se prevalece de todo ello para forzar al heredero a dar más de lo que sería justo con tal de salir de esta situación.

Y sería absolutamente necesario que el plazo de ejercicio de la acción fuera breve, terminando con estos absurdos actuales (art. 83.2 CDCIB en

que se habla de un plazo de prescripción de 30 años para la reclamación de la legítima), en que tenemos posibles afecciones reales que se mantienen durante tan largo lapso de tiempo.

No puede ser óbice a todas estas consideraciones el que se diga que el heredero puede dilapidar los bienes de la herencia, no quedando entonces bienes para pagar la legítima. Si no existieran los privilegios que actualmente tiene el legitimario, éste debería actuar con la diligencia que actúan los demás acreedores, y, consiguientemente, interponer su reclamación una vez que se ha constatado que no hay arreglo con el heredero en cuanto a los bienes o cantidad a pagar en concepto de legítima. Una vez deducida la demanda, la anotación preventiva de la misma respecto de las fincas que forman parte del caudal relicto ya determina que el heredero no puede venderlas como libres mientras se sustancia el pleito. Y si el heredero se adelanta a la posible reclamación, vendiendo los bienes de la herencia sin pagar las legítimas, su maniobra sería perfectamente neutralizable tanto por la vía civil –se trata de un supuesto claro de acción rescisoria por fraude– como por la vía penal –constituye un claro delito de alzamiento de bienes–.

El legitimario, como titular de un derecho de crédito contra la herencia, tiene derecho a la tutela judicial efectiva, como lo tienen todos los acreedores, pero no a una tutela judicial efectiva especial y a la carta.

Por lo demás, es de plausible conservación todo cuanto se indica en la Compilación de 1990 sobre preterición, cálculo y pago de la legítima.

h) Pactos sucesorios.

Los pactos sucesorios atraviesan una situación de mayor frecuencia en su otorgamiento respecto de antes. Indudablemente a ello han contribuido importantes razones de tipo fiscal según antes se ha visto.

Una nueva regulación sobre los pactos sucesorios en Mallorca y Menorca –si en esta isla se llegan a admitir, cual recomienda la doctrina– debería estructurarse sobre cuatro capítulos, dedicado el primero a las disposiciones generales; el segundo al pacto tradicional y típico de adquisición de herencia, que es la donación universal de bienes presentes y futuros; el tercero al pacto de ordenación de legado; y el último de ellos a la definición, dado el hecho de otorgarse hoy la misma mediante la comparecencia en un solo acto de sus dos otorgantes, habiendo desaparecido las definiciones unilaterales que se venían otorgando antes, en algún caso, por el legitimario exclusivamente (las llamadas definiciones “confesadas” en terminología del Académico Eduardo

Martínez-Piñeiro). Indudables razones de tipo fiscal subyacen también en este fenómeno. Sea como sea, lo cierto es que la definición se configura hoy como un pacto de bilateralidad manifiesta.

Entre las disposiciones generales podría tratarse del concepto de pacto sucesorio; la capacidad para su otorgamiento y legitimación, estando sólo legitimados las personas con vecindad civil mallorquina –y, tal vez, menorquina, en el futuro– para otorgarlos como donante universal, ordenante del legado o receptor de la renuncia en el caso de la definición; el contenido y la necesaria publicidad que ha de darse a los pactos sucesorios; la posibilidad de modificación y resolución de los mismos si hay mutuo acuerdo de sus otorgantes; y los supuestos excepcionales en que podría quedar sin efecto una de las esenciales características de los pactos sucesorios, cual es su irrevocabilidad.

La facultad revocatoria, referida a los casos de donación universal y pacto de ordenación de legado, se configuraría como una declaración en tal sentido manifestada por el donante universal u ordenante del legado en escritura pública, siendo comunicada fehacientemente a los demás otorgantes del pacto. Sólo en caso de manifestar éstos su oposición, debería el revocante ejercitar la acción judicial en el plazo breve que al efecto se fije. Al lado de la revocación se situaría la posible nulidad de los pactos sucesorios, que tendría lugar en los supuestos de no corresponder a ninguna de las tres clases apuntadas, no tener los otorgantes la capacidad o la legitimación exigidas, no cumplir el requisito de forma de la escritura pública en su otorgamiento y haberse otorgado sin consentimiento, o con consentimiento gravemente viciado, sin causa o con causa ilícita. Asimismo deberían exponerse las condiciones de ejercicio de la acción de nulidad. Tanto la revocación como la nulidad irían seguidas de preceptos expresivos de los efectos de la revocación y de las consecuencias de la nulidad.

En la regulación de la donación universal de bienes presentes y futuros –único pacto de adquisición de herencia posible– se haría mención del concepto de la misma; de sus efectos contractuales en cuanto a los bienes expresamente descritos o mencionados en la donación universal, quedando el resto de los bienes, así como los bienes futuros –los que obtenga a partir de entonces el donante universal– a la entera disposición del mismo, con plenas facultades dispositivas *inter vivos* y *mortis causa*, si bien en este último caso la disposición debería ser mediante codicilo. Es obvio que estas facultades dispositivas *mortis causa* se refieren a bienes concretos y nunca a la facultad de designar heredero, ya que se ha nombrado como tal al donatario universal en el propio pacto sucesorio, habiéndose aceptado

tal designación por el donatario universal. Ello veda la posibilidad de nuevas donaciones universales en el futuro. En cambio, puede darse, en el otorgamiento de la donación universal, una pluralidad de donatarios universales, cada uno de los cuales adquirirá los bienes expresamente indicados en la donación universal y podrán entrar en la herencia, según lo que se haya dispuesto, de manera simultánea o sucesiva; en este segundo caso no podrán sobrepasarse los límites de la sustitución fideicomisaria ni podrá detraerse la cuarta trebeliánica de no haberse pactado expresamente. Sería procedente dedicar asimismo los correspondientes preceptos a la premoriencia del donatario universal, a las facultades de distribución y al aplazamiento de la efectividad de la donación universal.

Es indudable que en la regulación de los pactos sucesorios debe también perverse el posible otorgamiento de los referidos a bienes concretos, ya que ello puede ser de interés en la sucesión en la titularidad de las empresas –particularmente las llamadas empresas familiares o pequeñas empresas–, para su posible conexión con los protocolos familiares, regulados, en cuanto a su publicidad, por el R.D. 171/2007 de 9 de febrero. Al igual que se hizo en la Compilación de 1990 en el Derecho de Eivissa y, más recientemente, en el Código de Sucesiones Catalán (art. 431-1 de la ley 10/2008 de 10 de julio), sería conveniente la admisión de dicho pacto en el Derecho de Mallorca –y, en su caso, en el de Menorca– regulando su concepto, sus efectos, la indisponibilidad del bien legado una vez otorgado el pacto y la responsabilidad del heredero en caso de pérdida (por haber dispuesto de él el ordenante o por caso fortuito), gravamen o menoscabo del bien legado. Deberían asimismo señalarse los efectos revocatorios del pacto, en cuanto al bien específicamente legado, dejando sin efecto, en cuanto al mismo, los testamentos y codicilos anteriores y condicionando los posteriores, que no podrán hacer referencia al bien legado.

Finalmente, dentro del título dedicado a los pactos sucesorios debería incluirse un capítulo relativo a la definición. La consideración de la misma como pacto sucesorio está fuera de toda duda, ya que así lo proclaman claramente las palabras con las que comienza el art. 50 CDCIB. Por ello su emplazamiento propio debe ser entre los pactos sucesorios –como se hace en el Libro III– y no en el régimen de la legítima; aparte de la posible existencia de una definición no limitada a la legítima. La regulación de la definición como pacto sucesorio podría tomar como base el actual contenido de los arts. 50 y 51 CDCIB. A lo cual podrían añadirse las cuestiones relativas a la premoriencia del definido, a la onerosidad del contrato –que eliminaría, a mi juicio, las posibilidades revocatorias del mismo por cualquier circunstancia– y a la posible reducción de las donaciones que se hicieron al renunciante al

otorgarse la definición en caso de que perjudicaran las legítimas, ya que, de no considerarse así, la definición sería una posible maniobra a realizar por quien quiera favorecer especialmente al definido y privar de su legítima a los demás legitimarios.

V.- CONCLUSIÓN.

Se ha citado en muchas ocasiones el refrán japonés expresivo de que *la más larga caminata comienza por un primer paso*. Pues bien, la caminata que nos debe conducir a una normalización de un Derecho civil propio plenamente desarrollado y capaz de dar respuestas a las incesantes demandas de las siempre cambiantes realidades sociales, comenzó con un primer paso, que tuvo el alcance de fijar el contenido del mismo, con las limitaciones y carencias impuestas por las circunstancias de la época; me estoy refiriendo a la Compilación de 1961. A este primer paso siguió otro que fue de verdadera importancia, porque dio a nuestro Derecho la consideración de ordenamiento jurídico propio, con sus fuentes y sus principios generales que dan cohesión al sistema y amplió considerablemente la regulación de las principales instituciones; me refiero a la Compilación de 1990. Ahora lo que los juristas y la sociedad civil, en general, demandan es dar nuevos pasos en esta larga caminata para conseguir que nuestro Derecho se presente como absolutamente normalizado y atemperado a la realidad social. Aunque lo acaecido en nuestra Comunidad Autónoma desde 1990 no invite a ser, precisamente, optimistas, nunca debemos desesperar. Como dijo Victor Hugo, el alma tiene ilusiones como el pájaro alas; ésto es lo que la sostiene.