

VI.- XIV PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ

VI. 1. EL TRABAJO PREMIADO:

EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN BALEAR EN MATERIA DE SUCESIONES. ESPECIAL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA.

Eugenia Garcías de España

ÍNDICE

I.- Introducción

II.- El Proyecto de ley de modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (PLMDCIB), de 17 de junio de 2016

III.- Aspectos generales de la posición actual del cónyuge viudo en Baleares. Análisis de los principales problemas que se plantean con la regulación actual

IV.- Posición del cónyuge viudo en el Proyecto de ley. Planteamiento de nuevos interrogantes

V.- Conclusiones

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre el reciente proyecto de Proyecto de Ley por la que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, publicado en el BOIB nº 84 de 2 de julio de 2016.

Son muchas las voces, procedentes de la doctrina jurídica balear más autorizada, que desde hace ya tiempo solicitan un cambio profundo de nuestra Compilación.

Los motivos son, fundamentalmente, los grandes, y desgraciadamente tan comunes, problemas que provocan la remisión estática y la aplicación supletoria del C.c.; y, por otra parte, la trasnochada redacción de algunos artículos, precisamente en cuestiones que preocupan o pueden ser habituales en la vida cotidiana del ciudadano de a pie.

En relación al primero, ya sabemos que la remisión es un mal necesario, pues de otra manera se abandonaría la regulación en favor de un Parlamento distinto al balear, cosa del todo inadmisibile; pero también es cierto que la remisión no es la única salida y la doctrina aboga por una labor legislativa más intensa, más regulación propia. Conectando directamente con este tema, la aplicación supletoria del C.c. tampoco supone la solución a todos los problemas, pues como paso previo hay que saber si es o no contrario a los “principios de derecho balear”. Labor ésta realmente difícil. Recordemos, por ejemplo, la famosísima sentencia de nuestro TSJ sobre la aplicación del art. 1320 C.c. Si a ello le unimos además la escasa jurisprudencia que existe sobre muchos de los preceptos de nuestra Compilación, resulta que al profesional del derecho no le resulta nada fácil asesorar en su día a día, adivinando si deberá ser o no de aplicación este precepto en derecho balear y, en su caso, si debe ser de aplicación en una u otra isla. Y es que tenemos ya nuestras dudas de que se pueda seguir hablando de un “derecho balear”, sino que resulta ya clarísimo, y más ahora con el proyecto de reforma del que trataremos, que Mallorca y Menorca van por un lado; e Ibiza y Formentera, por otro.

El segundo de los problemas lo encontramos en la anticuada redacción de algunos artículos que afectan directamente al ciudadano, porque se trata de situaciones cotidianas. Quizás la muestra más llamativa sea la del mantenimiento del concepto de la “culpa” en sede de legítimas, una vez que han desaparecido las causas de separación y divorcio, pero hay muchas otras.

Parece que el legislador, consciente de lo anterior, ha intensificado en los últimos tiempos su labor legislativa, con el proyecto de modificación del régimen económico matrimonial y el de sucesiones, que trataremos aquí.

Como comentario introductorio, únicamente queremos apuntar que el proyecto ha sido acertado en algunas de sus decisiones: llamamiento de la CCAA como heredera *ab intestato*, protección del discapacitado, eliminación del concepto de “culpa” al que nos referíamos anteriormente... Pero dista mucho de ser esa “reforma profunda” a la que nos referíamos al principio.

Dicho lo anterior, a continuación analizaremos las principales reformas del proyecto en materia de sucesiones, centrándonos en la posición del cónyuge viudo, y comparando su situación actual con la resultante tras la reforma. ¿Se mantendrá la misma problemática o surgirán cuestiones nuevas?

II.- EL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES (PLMDCIB) DE 17 DE JUNIO DE 2016

Recientemente se ha publicado¹ por fin el tan anunciado Proyecto de ley de Modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

Su contenido esencial había sido ya desvelado en el anteproyecto de septiembre de 2015: modificaciones en materia de sucesión intestada y supuestos relacionados con la sucesión de los cónyuges y de las personas discapacitadas.

No obstante, por sorpresa, el Proyecto ha incluido además reformas de importante calado que ni siquiera se intuían en el anteproyecto y que tampoco se justifican en la exposición de motivos del proyecto de ley. Nos estamos refiriendo a la modificación del art. 65 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, en adelante CB, que elimina las excepciones de aplicación del Derecho de Mallorca para Menorca, manteniendo sólo la del título III², y que veremos en este capítulo.

1.- Aprobado por Consejo de Gobierno de 17 de junio de 2016

2.- Relativo a los derechos reales

A continuación, nos centraremos en las principales reformas del proyecto, excepto en aquellas que afectan a los derechos del cónyuge viudo, que serán analizadas de manera más amplia en el capítulo III, tras un estudio general de su situación actual, que se realizará en el capítulo II.

1.- La CCAA Balear como heredera *ab intestato*

En primer lugar, se modifican los artículos 53 y 84 CB relativos a la sucesión intestada (y que remiten al código civil) introduciendo, a falta de parientes de cuarto grado colateral³, el llamamiento a nuestra CCAA. Esta idea no resulta especialmente novedosa, pues ya había sido adoptada por otras Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, ex art. 149.8 CE.

Esta reforma había sido ya reclamada por la doctrina, entre la que destaca Mir de la Fuente⁴ y Aguiló Monjo⁵.

La nueva regulación tiene en cuenta no sólo el domicilio del finado, como hacen otras legislaciones forales⁶, sino que incorpora también el fenómeno propio de la insularidad, como hace por ejemplo la Ley Vasca, en atención a las tres provincias que componen el País Vasco.⁷

El texto previsto para Mallorca y Menorca (art. 53.2 CB) y para Ibiza y Formentera (art. 84.3 CB) no es exactamente el mismo; y si bien existen pequeñas diferencias que pueden pasar en un principio inadvertidas, lo cierto es que en la práctica, pueden plantearse interrogantes. Veamos.

Art. 53.2 CB: 2. *A falta de las personas indicadas en los artículos 930 a 955 del Código Civil, heredará la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que destinará los bienes heredados o su producto o su valor a instituciones o establecimientos de asistencia y beneficencia social, de educación o culturales*

3.- Límite de llamamiento, ex art. 954 C.c.

4.- MIR DE LA FUENTE, Tomás: “Notas para una reforma de la *Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares*, “realizable en el acto”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. N° XIV. Pág. 387 y ss.

5.- AGUILÓ MONJO, Pedro A.: “*Las Comunidades Autónomas como herederos ab intestato. Primera aproximación*” Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. N° XIV. Pág. 419 y ss.

6.- La *Compilación Navarra* de 1973 o *La Ley de Derecho Civil de Galicia* del año 2006.

7.- Ley 5/2015, de 25 de junio, de *Derecho Civil Vasco*.

ubicados en el territorio de la comunidad autónoma. De estos bienes o de su producto o de su valor, corresponde una tercera parte a los que desarrollen su actividad en el municipio de última residencia habitual del causante, otra tercera parte a los de la isla respectiva y la tercera parte restante a los de la comunidad autónoma. “

Art. 84.3 CB: “ *A falta de las personas indicadas en los artículos 930 a 955 del Código Civil, heredará la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que destinará los bienes heredados o su producto o su valor a instituciones o establecimientos de asistencia y beneficencia social, de educación o culturales ubicados en el territorio de la comunidad autónoma. De estos bienes o de su producto o de su valor, corresponde una tercera parte a los que desarrollen su actividad en el municipio de última residencia habitual del causante si está en la isla de Ibiza, otra tercera parte a los de la isla y la tercera parte restante a los de la comunidad autónoma. En el supuesto de que la última residencia habitual del causante esté en la isla de Formentera, corresponden dos terceras partes a los de la isla y la tercera parte restante a los de la comunidad autónoma.*”

A.- La diferencia fundamental radica en el tercio destinado al municipio. En la isla de Mallorca y Menorca, dicho tercio se destinará para fines sociales o socioculturales que se lleven a cabo en *la última residencia habitual del causante*. Por tanto, ¿qué ocurre cuando el causante, de vecindad civil mallorquina o menorquina, tiene su residencia fuera de Mallorca o Menorca? ¿Deberá la Comunidad Autónoma destinar 1/3 de los bienes a entidades socioculturales que desarrollen su actividad fuera de las Islas de Mallorca o Menorca? Parece que no, puesto que al principio del apartado se afirma que se trata de instituciones o establecimientos ubicados “*en el territorio de la comunidad autónoma*”, para luego proseguir con la distribución de los bienes por tercios. No obstante, esta idea debe matizarse, en el sentido de que, a la luz del propio texto, si un mallorquín o menorquín tuvieran su residencia habitual en otra isla balear, sí podría surgir la obligación de destinar un tercio de los bienes a instituciones de un municipio sito en la Comunidad Autónoma, pero diferente al de la vecindad civil (mallorquina o menorquina) del fallecido.

Por el contrario, para Ibiza y Formentera sí se contiene la previsión de que se deberá destinar un tercio para los ya mencionados fines, a entidades que los desarrollen en el lugar de última residencia del finado, pero siempre que éste se encuentra en Ibiza (y la misma previsión para la isla de Formentera, ex art 84.3 in fine). No cabría por tanto plantearse que se tuviera que destinar un tercio de los bienes al último domicilio del ibicenco fallecido, si no estuviera

en la isla de Ibiza, aunque ese último domicilio estuviera en la Comunidad Autónoma Balear.

Adolecen además ambos artículos de no contener la previsión de qué ocurre si el domicilio del fallecido está fuera de la Comunidad Balear ⁸. Quizás lo más coherente con el espíritu de la norma sea repartir ese tercio que le corresponde al municipio entre Isla correspondiente a la vecindad civil del fallecido y la CCAA, a razón de 1/6 cada uno.

B.-En relación al tercio destinado a la “isla”, para Mallorca y Menorca se contiene la expresión “isla respectiva”. ¿Qué debe entenderse? ¿La *isla respectiva* al lugar donde el fallecido tenía su último domicilio o la respectiva al propio difunto, conectando directamente con el concepto de vecindad civil? Es decir, si un fallecido de vecindad civil mallorquina tenía su residencia habitual en Menorca, ¿a qué isla debe destinarse el segundo tercio? No está claro. Tal vez, desde un punto de vista equitativo, podría concluirse que la expresión “respectiva” conecta directamente con el concepto de “propia”, “personal del difunto”, de manera que se le diera cabida y pudiera por tanto verse beneficiada la isla cuya vecindad civil ostenta el difunto, aunque no coincida con la del último domicilio.

Por lo que se refiere a la isla de Ibiza, la propia dicción del artículo tampoco resulta lo suficientemente clara : “*una tercera parte a los que desarrollen su actividad en el municipio de última residencia habitual del causante si está en la isla de Ibiza, otra tercera parte a los de la isla...*” De nuevo nos preguntamos, ¿qué isla? ¿la del domicilio habitual o la correspondiente a la vecindad civil del difunto? Parece que en este caso, se refiere a la propia isla de Ibiza, por el tenor literal del artículo, la precisión que realiza en relación al municipio y, a mayor abundamiento, el último inciso referido a la isla de Formentera, y que parece despejar cualquier duda: “*En el supuesto de que la última residencia habitual del causante esté en la isla de Formentera, corresponden dos terceras partes a los de la isla...*”

C.- Al margen de estas consideraciones, creemos que efectivamente es una reforma acertada y coherente. Y, si bien es cierto que no son muchos los casos en los que acaba heredando el Estado (ahora, la CCAA), también lo es que con motivo de la crisis económica que hemos vivido, o seguimos viviendo, han tenido lugar situaciones de lo más inaudito, como la renuncia a una herencia compuesta por un único inmueble con motivo de no poder hacer frente a la importante derrama aprobada por la comunidad de propietarios; o bien

8.- O para Ibiza y Formentera, fuera de Ibiza o Formentera, como veíamos.

la renuncia también a sustanciosas herencias compuestas por importante patrimonio pero con ausencia total de liquidez, unida al parón del mercado inmobiliario⁹.

Para terminar, debemos decir que el Instituto de Estudios Ibicencos y el Consell Insular de Formentera han formulado alegaciones al Proyecto, según consta en su página web, así como también en la propia página del Parlamento Balear. Los dos motivos fundamentales son, por una parte, que el Proyecto no ha sido informado por la Comisión Asesora de Derecho Pitiuso; y por otro, y en lo que aquí nos interesa, que quienes deben tener plena competencia para determinar el destino de la herencia son los Consells Insulars, por lo que se solicita que en el territorio Pitiuso, sea el órgano mencionado el llamado a suceder. Veremos cómo termina.

2.- Aplicación íntegra del Derecho de Mallorca en Menorca, salvo el título III

Como ya anunciábamos más arriba, se establece en el proyecto la aplicación de todo el Derecho de Mallorca en la Isla de Menorca, a excepción del título III, relativo a los derechos reales. Es decir, se introduce la posibilidad de extender a Menorca la institución de la “definición”, así como la donación universal de bienes presentes y futuros, pues hasta ahora los pactos sucesorios eran coto exclusivo de Mallorca y las Pitiuses. Recordemos que actualmente, no son de aplicación, ex art. 65, ni *los art. 6 y 7, en lo referente a la donación universal de bienes presentes y futuros, del Capítulo II del Título II, de los artículos 50 y 51 y del Título III.*

Como también decíamos, tal modificación ha resultado toda una sorpresa, y a nuestro juicio, resulta confuso. En la Exposición de Motivos del Proyecto se hace referencia únicamente a la definición¹⁰, no obstante, la modificación que presenta después el articulado, no es predicable únicamente respecto de esta institución, sino también respecto de la donación universal de bienes presentes y futuros, contenida en el capítulo II del título II del Libro de Mallorca.

Si los pactos sucesorios no han sido de aplicación en la isla de Menorca, la razón debemos buscarla en causas únicamente históricas. En el momento en

9.- Según el Consejo General del Notariado, las renunciaciones a herencias se incrementaron un 110% entre 2007 y 2012.

10.- “La modificación del art. 65 establece la vigencia de la definición en la Isla de Menorca, con la misma regulación prevista en el régimen sucesorio de la Isla de Mallorca, puesto que se elimina la excepción aplicada hasta ahora para Menorca”.

que se inició el proceso codificador debía elaborarse el apéndice que tenía que acompañar al Código Civil, sobre las instituciones que debían conservarse en territorio con derecho propio. Como señala la profesora Francisca Llodrá¹¹, *el éxito del proceso codificador iniciado en el siglo XIX, pasa por integrar en la Comisión General de Codificación a representantes de los territorios con derecho civil propio, para que redacten la memoria de las instituciones de derecho foral que deben conservarse en cada territorio e incorporarse al Código Civil mediante un apéndice*”.

Desde la propuesta de apéndice referente al Derecho Balear (1903) hasta el proyecto de apéndice de 1949, juristas menorquines destacados (Ballester, Rivera Simón) publicaron diferentes estudios en los que se contenían sus reflexiones y fundamentos para excluir los pactos sucesorios de la isla de Menorca, pues si bien no desconocían que la definición a favor de las hijas sí había tenido lugar en Menorca con motivo de la “Carta Pobra”, también reconocían que los pactos sucesorios, tanto de *succedendo* como de *non succedendo*, habían caído en completo desuso.

Parece evidente que dichas reflexiones hicieron mella, debiendo concluir que este es el motivo por el que finalmente se excluyó la aplicación de los pactos sucesorios en la isla de Menorca.

No obstante, tampoco podemos decir que la institución fuera del todo desconocida en la isla de Menorca ya que, a nuestro juicio, y según la redacción actual del art. 50¹² CB, actualmente un menorquín (en el sentido de vecindad civil menorquina) hijo de un mallorquín, ibicenco o formenterense (en el mismo sentido anterior de vecindad civil) podría, sin inconveniente alguno, otorgar pacto de definición. Lo que prima o lo que establece la pauta de si se puede o no otorgar pacto de definición es la vecindad civil del ascendiente. De hecho, tiene lógica que así sea, puesto que es la ley del ascendiente (su vecindad civil) la que va a regir la sucesión ex art. 9.8 C.c.¹³ Es más, conforme a este precepto, sería válida la definición referida a los derechos en la herencia futura de un mallorquín, menorquín o formenterense, a pesar de que el donante/ causante falleciera después con otra vecindad civil, pues deben respetarse esos pactos, sin perjuicio de la legítima.

11.- Revista Narria, núm. 113-114-115-116. 2006, p. 36.

12.- Art. 50 CB: “...pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina...”

13.- Al que se remite el art. 2.2 CB.

Tal cuestión podemos decir que es prácticamente admitida de manera unánime por la doctrina¹⁴, pues si bien en un principio pudieron plantearse dudas sobre la necesidad de que tanto ascendiente como descendiente tuvieran que ostentar vecindad civil mallorquina, ibicenca o formenterense¹⁵, lo cierto es que la reforma del Título Preliminar del Código Civil y la actual redacción del art. 50 de la Compilación Balear, no admite interrogantes.¹⁶

Retomando por tanto la cuestión histórica, la pregunta resulta obligada: ¿por qué se introducen ahora los pactos sucesorios? Desde luego, la causa por la cual no se incluyeron en su momento en la Compilación de 1961, no ha decaído, sino todo lo contrario, se ha acentuado, pues desde la citada Compilación ya no hablamos de *desuso*, sino de imposibilidad legal.

Esta cuestión fue ya abordada por Quintana Petrus¹⁷, quien ante una posible modificación de nuestra compilación, abogaba ya, *lege ferenda*, por la inclusión de los pactos sucesorios mencionados en los mismos términos de la isla de Mallorca. Su razón apela al sentido común y pone de manifiesto algo tan simple como que la citada reforma no supondría en absoluto ningún perjuicio, y sí considerables ventajas para aquellos que, por cualesquiera razones, quisieran hacer uso de estas instituciones.

Compartimos plenamente su argumento y entendemos que, siempre respetando ciertos límites, el derecho debe ser flexible y facilitar la vida de los ciudadanos, evitando caer en rígidos motivos históricos que impidan el más mínimo movimiento. Este, de hecho, es también el objetivo de la Comisión de Expertos de Derecho Civil Balear, que fue plasmado en el *Informe sobre la Reforma de la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears*, como toda una manifestación de intenciones: “*la necesidad de superar el enfoque exclusivo del Derecho Civil propio como un patrimonio histórico y hacer hincapié en su carácter de instrumento de regulación social que, como tal, debería encauzar las nuevas realidades familiares y socioeconómicas, dando*

14.- Jaime Ferrer Pons o Tomás Mir de la Fuente, entre otros, según cita de Carbonell Crespí “*La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares*”, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. N° VIII 2006 pág. 74 y 75.

15.- Tesis defendida por D. Luis Pascual González, a la vista de los Privilegios de Jaime I de 12 de marzo de 1274 y de el Rey Sancho, de 8 de noviembre de 1319; así como de la costumbre y la redacción del C.c. anterior a la reforma del Título Preliminar de 31 de mayo de 1974.

16.- CARBONELL CRESPI, José Antonio. “La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares”, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. N° VIII 2006 pág. 74 y 75.

17.- QUINTANA PETRUS, Josep M. “*El Dret Viscut*”, Ed. Lleonard Muntaner, 2011. Pág. 167-168.

solución a los problemas que plantea la sociedad de las islas, dotada de un enorme dinamismo en los últimos tiempos”.

Decir también, y volveremos sobre esta cuestión, que a nuestro juicio, y salvo un criterio mejor fundamentado, la institución se incorpora a la isla de Menorca en su nueva extensión prevista en el proyecto, incluyendo por tanto a la persona del cónyuge.

Para concluir esta cuestión, debemos mencionar que a fecha de redacción del presente trabajo, no se han presentado enmiendas a la inclusión de pactos sucesorios (de *succedendo* y de *non succedendo*) en la Isla de Menorca.

3.- Protección de personas con discapacidad

Dentro del Proyecto de Ley objeto de estudio, como consecuencia lógica de la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre de protección patrimonial de personas con discapacidad, y de los derechos a éstos reconocidos por la Convención de Naciones Unidas de 13 de Diciembre de 2006, se introducen modificaciones puntuales que recogen el espíritu de tales normas, dando respuesta a la necesidad de arbitrar un marco jurídico favorable que asegure la protección de los discapacitados especialmente en el ámbito sucesorio. Tal protección es, a su vez, mandato constitucional dada la previsión del artículo 49¹⁸ de la Constitución Española.

Desde el 2003, y como ya manifestó la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares en 2009¹⁹, en texto remitido a la Comissió Assessoradora de Dret Civil del Govern Balear surgía la cuestión de la aplicabilidad de la Ley 41/2003 a la realidad jurídica balear, particularmente en lo tocante al Capítulo II de la ley estatal modificativo del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hoy, por fin, se acogen unas medidas que habían sido exigidas, de una u otra forma, por la doctrina jurídica balear de manera prácticamente unánime.

Las modificaciones llevadas a cabo en este sentido las encontramos en el art. 7bis, 49 y 69bis CB.

18.- Art. 49 CE: “*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*”

19.- Boletín de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de las Islas Baleares. N° X Año 2009, Pág. 111 y ss.

Art. 7 bis CB, se añade una causa más de desheredación, en idénticos términos al art. 69.bis para Ibiza y Formentera: *h) En la sucesión de las personas con discapacidad, los que no hayan prestado las atenciones debidas en concepto de alimentos.*

Art. 49 CB: *No podrán establecerse sobre la legítima limitaciones, condiciones, cargas o gravámenes de ningún tipo, con las dos únicas excepciones que se indican a continuación:*

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

2. Cuando alguno de los hijos o descendientes con derecho a legítima sea una persona con capacidad modificada judicialmente, el testador puede establecer una sustitución fideicomisaria sobre la íntegra cuota legitimaria que corresponda de acuerdo con el artículo 42; son fiduciarios los hijos o descendientes con derecho a legítima con capacidad modificada judicialmente y fideicomisarios los restantes legitimarios por partes iguales, sin perjuicio del derecho de representación.

En este supuesto, los legitimarios no pueden ejercer la facultad prevista en el apartado 1 de este precepto aunque el testador lo haya establecido.

La primera precisión a realizar, comparando los artículos modificados, ha de ser terminológica. Así, los artículos 7 bis y 69 bis utilizan la expresión “personas con discapacidad”, que es precisamente la misma expresión que utiliza el artículo 2.2²⁰ de la Ley 41/2003. Sin embargo, en el nuevo artículo 49 CB restringe el concepto general, aludiendo únicamente a “(...) hijos o descendientes (...) con capacidad modificada judicialmente”²¹. La distinción terminológica atiende al igualmente distinto cariz de las figuras jurídicas en que se incardina. Mientras que la indignidad/desheredación sanciona la actitud del llamado a la herencia; en sede legítimas nos encontramos con que el principio de intangibilidad, por lo que el legislador ha tenido la cautela de añadir al concepto físico/psíquico del artículo 2 de

20.- Art. 2.2 Ley 41/2003: “A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”

21.- “judicialmente incapacitados (...)” en el precepto del Código Civil.

la Ley 41/2003, el elemento de “ausencia de propio gobierno” en el sujeto, ponderada judicialmente.

Esta circunstancia, la desatención reprochable del sucesor respecto del discapacitado causante, es la que justifica la nueva regulación de los artículos 7 bis y 69 bis, remitiendo de facto al concepto básico de “alimentos” del artículo 142 del Código Civil. Respecto de este artículo 7 bis, nótese que bien pudiera haber sido no ya un apartado nuevo, sino una “addenda” al ya existente artículo 7 bis apartado c²² (y 69 bis c) pues a la sazón, la prestación de alimentos corresponderá en muchos casos a quien ostenten la patria potestad, guarda, acogida o tutela del discapacitado.

En relación al artículo 49 CB, se introduce ahora una excepción al principio de intangibilidad de la legítima (“el fin justifica los medios”). Estas excepciones no son desconocidas al derecho balear, que en el art. 49 CB prevé expresamente la *cautela socini*. Esa nueva quiebra del principio de intangibilidad se materializa en una sustitución fideicomisaria, justificando la prevalencia de la incapacidad frente a intangibilidad, tal y como expone la lacónica manifestación de su Exposición de Motivos. Esto es, en atención a la realidad social, el legislador jerarquiza los intereses a proteger y faculta al testador para disciplinar potestativamente el destino de los bienes sujetos a la limitación del sistema de legítimas.

La primera particularidad que se aprecia en la nueva redacción es la limitación de la sustitución fideicomisaria a los hijos o descendientes legitimarios, llamativa, pues si la finalidad era la protección del incapacitado judicialmente carece de sentido obviar todos los sujetos relacionados en el artículo 41 y en el artículo 79 de la Compilación, como padres y cónyuge, según el territorio insular al que nos refiramos. Sólo se explica tal limitación como efecto espejo de la regulación del artículo 782 del Código Civil tras la Ley 41/2003.

Tampoco resulta aparentemente muy afortunado el empleo del término “alguno”, ya que cabe la existencia de pluralidad de fiduciarios en situación de incapacitación y entendemos que el testador puede prever el instituto en favor de todos ellos, a modo de cofiduciarios²³.

22.- Art. 7.bis c: “*Los privados por sentencia firme de la patria potestad, tutela, guarda o acogida familiar por causa que les sea imputable, respecto del menor, o discapacitado causante de la sucesión*”.

23.- A este respecto, GÓMEZ CÁLLIGO, Francisco Javier. “*La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado*”. Revista crítica de derecho inmobiliario. Año LXXXI. Número 687.2005, páginas 11 a 30, comentando el artículo 782 del Código Civil. Señala la posibilidad de que se nombre tales fiduciarios de modo sucesivo, de forma que el segundo fiduciario incapacitado sería primer fideicomisario o nombrarlos de modo condicional para el caso de incapacitación en cualquier momento

La nueva redacción del artículo 49.2 CB plantea importantes cuestiones. Una lectura rápida podría generar una idea equivocada, entendiendo que se grava la legítima del fiduciario incapacitado, de manera que, al fallecer éste, su legítima pasaría a los fideicomisarios (los otros legitimarios). No obstante, si se lee con atención, el sentido del texto es muy diferente. Lo que en realidad se grava es la legítima de los fideicomisarios, de manera que éstos no recibirán su legítima hasta el fallecimiento del fiduciario, o del recobro de la capacidad²⁴, en su caso.

Refuerza esta interpretación, por una parte, que el art. 49.2 CB habla de que la sustitución recae sobre la “íntegra cuota legitimaria” que corresponda conforme al art. 42 CB; y por otra, el último párrafo del art. 49.2 CB, en el que se establece que, en tales casos, los fideicomisarios no podrán ejercitar la facultad prevista en el párrafo primero. Es decir, que ni siquiera podrán los fideicomisarios reclamar su legítima estricta, libre de gravamen (*cautela socini*).

Asimismo, nos genera profundas dudas la expresión *sin perjuicio del derecho de representación*, que encontramos al final del art. 49.2 CB. ¿Derecho de representación, de quién? ¿De los hijos de los fideicomisarios o de los del fiduciario? En el primer caso, resulta obvio y quizás no hubiera sido siquiera necesaria su mención. Creemos que, en realidad, se refiere al derecho de representación de los hijos del fiduciario. Es decir, que los hijos del fiduciario no pueden ser privados de la legítima estricta que le hubiera correspondido a su padre incapaz en la herencia de su abuelo. A pesar de que es por todos conocido el funcionamiento del fideicomiso, parece que éste no incluiría la legítima estricta del propio fiduciario, en caso de que éste tuviera hijos o descendientes. Si bien podemos estar de acuerdo con tal decisión, lo cierto es que los fideicomisarios no van a obtener recompensa alguna, o exceso alguno, en el caso de que existan hijos o descendientes del fiduciario. No funciona entonces como una *cautela socini* donde se acepta el gravamen a cambio de recibir una cuota mayor. La ubicación del precepto puede despistar. Podrá recibirse o no.

En relación a las Pitiuses, el problema fundamental lo encontramos en el art. 70 del libro III de la CB, que se remite enteramente a lo dispuesto en el Código civil en sede de sucesión testada. No obstante, por el juego de la remisión estática, deberá ser de aplicación la redacción anterior a la ley de reforma 41/2003. A nuestro juicio, creemos que existen argumentos para

posterior a la muerte del causante, resolviéndose este supuesto a través de la administración de la herencia hasta verificar el cumplimiento o no cumplimiento de la condición. (En tesis de principio la capacidad modificada judicialmente –véase artículo 200 y 201 Código Civil y artículo 757 Ley Enjuiciamiento Civil habría de existir al tiempo de apertura de la sucesión).

24.- Incluso podría plantearse una sustitución fideicomisaria a término, con un plazo concreto.

defender la aplicación de estas medidas en las Islas de Ibiza y Formentera, entendiendo que estamos ante “valores superiores”, “principios generales de protección”. Si bien creemos que esta proclamación de principios no sería suficiente para superar los demoledores efectos de la DF segunda.

Para terminar, sin ánimo de profundizar más en el análisis de esta figura, simplemente queremos apuntar que a buen seguro, provocará enormes interrogantes alrededor de otras instituciones, tales como la operativa de la sustitución vulgar en fideicomiso (art. 26 CB) o la “cuarta trebeliánica” (art. 29 CB), entre otras.

De todo ello lo anterior, como reflexión final, habremos de concluir que la nueva regulación propuesta fija una extraordinaria protección del incapacitado judicialmente, que obtiene no sólo su correspondiente legítima, sino que también se beneficia a través del artículo 49.2 CB del uso de los bienes fideicomitidos (ex artículo 30 Compilación), e incluso –y de forma quizá injusta como ya apuntó la Academia-, puede detraer la cuarta trebeliánica (ex artículo 29 CB), toda vez que no ha sufrido modificación alguna tal precepto.

4.- Modificación de la Disposición Final segunda

Simplemente una pequeña mención en relación a la reforma de la DF segunda. El legislador intenta paliar los criticadísimos efectos de la remisión estática con una modificación que tenemos que poner “en cuarentena”:

“Las remisiones que esta compilación hace a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor del Texto refundido aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, excepto las modificaciones posteriores, respecto de las cuales las remisiones que estas hagan al Código Civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor de cada ley de modificación.”

Debemos alabar el intento, por supuesto, ya que por fin se aborda una cuestión sobre la que tanto se ha escrito y cuyos problemas en la práctica diaria se muestran de manera ostensible. Suponemos que el legislador de esta manera, ve preservada la competencia del Parlamento Balear, que de antemano conoce el texto del C.c. al que se remitirá la Compilación y decide hacerlo o no, con el poder que inviste.

No obstante, queremos poner de manifiesto que la solución propuesta nos genera profundas dudas y no sabemos hasta qué punto va a suponer más un

problema que otra cosa. A nuestro juicio, no se va a solucionar así el difícil “encaje” entre el Código Civil y la Compilación, y quizás sea ésta la puerta de entrada para reformas demasiado ambiciosas que requerirían una reforma previa de la Compilación para evitar textos inconexos, descordinados o contradictorios.

Desde luego, al profesional del Derecho se le complica la tarea. No será fácil combinar textos, años y entradas en vigor.

III.- POSICIÓN ACTUAL DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA COMPILACIÓN BALEAR Y A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TSJIB. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

Para comenzar este análisis, y al objeto de una mayor claridad expositiva, distinguiremos la posición actual del cónyuge en Mallorca-Menorca e Ibiza-Formentera, tanto en la sucesión testada como en la intestada, y el criterio del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (en adelante, TSJ) respecto de las cuestiones sobre las que ha tenido ocasión de pronunciarse.

Como ya hemos dicho más arriba, con motivo del comentario referente a la definición en la isla de Menorca, la ley que rige la sucesión es la de la vecindad civil del causante (ex art. 9.8 C.c.) A la vista de las diferencias entre islas, habrá que estar muy atento, para determinar qué vecindad civil tenía el fallecido, entrando en juego las reglas del art. 14C.c.²⁵, por remisión del art. 2 CB.

Antes de comenzar, queremos indicar que, si bien no podemos entrar en el análisis de la figura de la pareja de hecho y de los problemas que plantea, lo aquí se expondrá será también de aplicación al conviviente que sobreviviera a su pareja, como consecuencia de la remisión del art. 13²⁶ de la Ley Balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, siempre que por supuesto se trate de parejas debidamente inscritas.

25.- Art. 2 pár. 2º CB: “La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código Civil y demás disposiciones de aplicación general”.

26.- Art. 13 CB: “Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismo derechos que la Compilación de derecho Civil Balear prevé al cónyuge viudo”.

1.- Mallorca y Menorca (Libro I y Libro II)

La posición del cónyuge viudo en Mallorca y Menorca resulta idéntica, por remisión del art. 65 de nuestra Compilación Balear, con independencia por supuesto de las diferencias obvias relacionadas con otras instituciones. En este sentido, huelga decir que a día de hoy, en la Isla de Menorca, el marido no podría nombrar a su esposa donataria universal de bienes presentes y futuros, y viceversa, y por tanto otorgarle la condición de heredera, pues dicho pacto sucesorio no resulta de aplicación, a salvo lo previsto en el proyecto de modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares y que ha sido analizado más arriba.

Centrándonos, no obstante, en la redacción actual, debemos distinguir:

A.- Sucesión testada

a.- Nombramiento del cónyuge como heredero

Por supuesto, existe la posibilidad de que el cónyuge sea nombrado heredero universal, en cuyo caso nos encontraremos con los problemas habituales. Por ejemplo, de determinación de las legítimas de los hijos, lo cual puede resultar enormemente complejo cuando concurren hijos de un primer matrimonio con el/la consorte en segundas nupcias nombrado heredero/a.²⁷

Al igual que ocurre con cualquier otra persona, puede ser nombrado heredero distribuidor, puede ser legatario... Si bien no pretendemos entrar a analizar todas las posibilidades, que son de sobra conocidas, y no presentan en general especial complejidad por tratarse del cónyuge.

El testamento típico en Mallorca es aquél en el que se nombra herederos universales a los hijos y usufructuario universal al cónyuge sobreviviente. Como es sabido, nuestra Compilación salva el tema de la intangibilidad de la legítima por la vía del art. 49, a través de la “cautela socini”.²⁸

Asimismo, y como curiosidad, recordemos que, en virtud del principio *semel heres semper heres*, que rige en Mallorca y Menorca, la institución de

27.- El PLMDCIB pretende introducir una posible solución para esta cuestión.

28.- Art. 49CB: “La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima, libre de toda carga o limitación.”

heredero no puede estar sometida a condición²⁹, por lo que la condición típica impuesta al cónyuge viudo, instituido heredero, sobre no contraer ulterior matrimonio, no tendría aquí ninguna eficacia, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones forales.³⁰

Para terminar, a diferencia también de algunas legislaciones forales³¹, no se permiten los testamentos mancomunados, si bien algunos autores como Carbonell Crespi³² afirman que no son del todo desconocidos históricamente en nuestro Derecho, y la práctica notarial muestra como es bastante habitual que los matrimonios acudan juntos a testar, procediendo al reparto de sus bienes entre sus hijos como si de un sólo patrimonio se tratara, e instituyéndose usufructuarios universales de manera recíproca, aunque en testamentos separados, por supuesto.

Quizás debería abrirse el debate sobre la posibilidad de introducir en nuestro Derecho Balear los testamentos mancomunados, habida cuenta de la práctica tan común, entendiendo que no van a suponer un perjuicio ni un quebranto para tercero, y como instrumento para ordenar la sucesión de una manera homogénea.

b.- Legítima del cónyuge viudo

Como decíamos también anteriormente, no se trata de exponer todos los aspectos o puntos fundamentales de la legítima, sino de tener una visión global de esta institución en lo referente a la figura del cónyuge viudo.

Históricamente, la figura nace ya en el Derecho Romano, como medio para proteger a la viuda de un posible desamparo económico. No es de

29.- Art. 16 CB: *“El que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio”*.

30.- Quizás la más significativa la encontramos en el Código Foral de Derecho Aragonés 1/2011, de 22 de marzo, art. 476: *“Son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres. En particular, es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada, así como la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición mortis causa en favor del disponente o de otra persona”*.

31.- En Galicia, art. 187 y ss de la Ley 2/2006 de 14 de junio; en Navarra, el testamento de Hermandad, incluido en la Ley 199 de la Compilación de 1 de marzo de 1973, entre otros.

32.- CARBONELL CRESPI, José Antonio. *“La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.”* Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia año 2006. Pág. 69 y ss.

extrañar, a la vista de las profundas raíces romanas del Derecho Mallorquín y Menorquín, que esta institución haya llegado hasta nuestros días.

b 1.- Extensión de la legítima del cónyuge viudo

El cónyuge viudo es legitimario, ex art. 41, 3º C.B³³. De manera más extensa, el art. 45 establece:

El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto, será legitimario en la sucesión de éste.

Interpuesta la demanda de separación o aprobada la reconciliación, se estará a lo prevenido en el artículo 835 del Código civil.

Concurriendo con descendientes, la legítima vidual será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios; y, en los demás supuestos, el usufructo universal.

b. 1.1.- Análisis del art. 45.1 CB

El primer párrafo del art. 45 se asemeja al art. 834 C.c. en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 15/2005³⁴, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La diferencia fundamental es que el artículo 45.1 CB recogía ya la separación de hecho, incluso de carácter unilateral, introducida con motivo de la reforma de 28 de junio de 1990, como causa de privación de los derechos legitimarios del cónyuge viudo. Por esta razón, Mallorca y Menorca quedaron al margen de la discusión, hoy ya superada, por la contradicción entre los artículos 834 y 945 C.c., a la que después nos referiremos.

Si queremos ir más allá de los evidentes motivos históricos y buscar cuál es el sentido o justificación de la legítima actualmente, nos será de gran ayuda la sentencia de nuestro TSJ, de 27 de julio de 2009:

33.- Artículo 41CB: “*Son legitimarios, en los términos que resultan de los artículos siguientes:*
1.º *Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos.*
2.º *Los padres, por naturaleza o adopción.*
3.º *El cónyuge viudo.*”

34.- Art. 834 C.c.: “*El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.*”

“El reconocimiento de legítima viudal -en el inicio histórico sólo a favor de la viuda- busca el objetivo de proporcionar al supérstite recursos con que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. La legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja. Si, pues, no existe convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación.”

En definitiva, la convivencia es la base y fundamento de la legítima.

El mantenimiento de esta figura, a diferencia de lo que ocurre con otros legitimarios, parece no generar grandes discusiones, y está jurídica y socialmente aceptada su existencia.

De hecho, la Comisión Académica de Derecho Privado elaboró un informe en el año 2010³⁵ sobre el sistema de legítimas, concluyendo que existe un sentir entre los académicos, prácticamente unánime, de mantener esta figura en su regulación actual; e incluso existe un sector que considera que debería aumentarse, bien aumentando la cuota de usufructo, bien incluso con atribuciones en propiedad.

Nos parece ésta una decisión acertada. No ya la del mantenimiento, que damos por supuesto, sino la del aumento de la legítima del cónyuge viudo. Este aumento responde a una realidad social, a una nueva estructura y concepción familiar. Se justifica en sí misma. Esta reflexión, que puede parecer baladí, no lo es en absoluto, pues tratándose de limitaciones a la libertad de testar, creemos fundamental que éstas respondan a una justificación, a una función, que el causante sea también capaz de compartir y comprender.

Visto lo anterior, lo que sigue llamando enormemente la atención es que siga sobrevolando sobre nuestra Compilación la antigua concepción de la “separación sanción”³⁶ (“*salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto*”), frente al concepto, ya plenamente impuesto en derecho común, de “separación remedio”.

Actualmente, con la ley en la mano, el cónyuge que estuviera separado, legalmente o de hecho, por culpa del fallecido, mantendría sus derechos legitimarios sobre la herencia del difunto, en la extensión que le correspondiera, según su situación familiar, ex art. 45. 3º CB.

35.- Publicado en el Boletín N° XI de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares del año 2010, pág. 307y ss.

36.- “*por culpa del difunto*”.

En este sentido, debemos citar la STSJIB de 5 de junio de 2014, en la que se establece lo siguiente:

*“En definitiva, en nuestro Derecho Civil Propio lo esencial y relevante, a los meritados efectos de determinación de si hay o no derecho a la legítima **vidual** es:*

- 1.- Que haya separación, de hecho o judicial firme, la modalidad no importa.*
- 2.- Que haya o no causa de separación imputable al **cónyuge** difunto.*
- 3.- Esta última averiguación puede hacerse por cualquier medio de prueba, sin tener que constreñirse a si el Fallo separatorio (de haberlo) incluía o no tal causa, por la sencilla razón ya expuesta de que en la separación fáctica no hay sentencia alguna que interpretar.”*

Y en esta línea también, la menos reciente STSJIB de 9 de diciembre de 1998, que considera que la separación de hecho se debió a culpa exclusiva del difunto, en el sentido de decisión propia “sin causa achacable a la esposa”, y fallando por tanto que los derechos legitimarios de ésta permanecían intactos:

*“Ciertamente, el art. 45 Compilación Balear, tras la reforma introducida por la L 8/1990 de 28 Jul. -que dio lugar al TR 6 Sep. 1990- introdujo la «separación de hecho» como causa de pérdida del derecho a la legítima, reformando así el tenor literal del primitivo art. 45 de la Compilación de 1961, que sólo estimaba como causa de privación de derechos legitimarios la separación legal; si bien con la salvedad, en ambos casos, de que si la separación (tanto la legal como la de hecho) fueran imputables al **cónyuge** difunto no enervarán el derecho del sobreviviente a la legítima.*

*En el presente caso, a la luz de tal doctrina, se trata de dilucidar si, a los efectos que nos ocupan, concurrió o no concurrió una separación de hecho entre los esposos, subsumible en la hipótesis prevista en el referido art. 45, y, además, si tal separación, en el caso de existir, fue o no imputable al **cónyuge** difunto, es decir, al marido, ya que en caso afirmativo tal separación no privaría a la esposa de sus derechos legitimarios.*

Abordando la cuestión, y empezando (por razones de economía dialéctica) por la segunda de las hipótesis planteadas, hay que

resaltar que es patente -por los razonamientos que quedan ya expresados en el fundamento de derecho anterior- que la ruptura de la convivencia conyugal entre los consortes D. Pedro T. C. y D.^a Rosa P. B. fue ocasionada por voluntad y decisión del marido, quien, sin causa alguna achabable a la esposa, tras su último ingreso hospitalario, no se reintegró al hogar conyugal, sino que pasó a residir con sus padres en el domicilio de éstos en Lluchmayor.”

No obstante, parte de la doctrina considera que hoy en día debe entenderse superada esa lectura, sobre todo tras la reforma del Código Civil 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Algunos como Miguel Masot³⁷ consideran que nuestra regulación actual no se corresponde con la moderna consideración del matrimonio³⁸, y que en ningún caso puede mantenerse la legítima sin convivencia. Por su parte, Llodrá Grimalt³⁹ realiza una interesante reflexión en relación con esta cuestión, planteando la problemática de que, en realidad, la regulación de la separación y el divorcio es competencia exclusiva del estado, y si el legislador llevó a cabo la reforma 15/2005, eliminando las causas de separación y divorcio, y planteando ambas instituciones desde una perspectiva adulta y sin culpables, ¿por qué se siguen teniendo efecto en nuestro ordenamiento mallorquín y menorquín, si no tiene competencia para regular sobre esta materia, reservada exclusivamente al Estado?

Además de lo anterior, nos encontramos con un problema de carácter práctico y es que, como consecuencia de la reforma, la sentencia de separación no determinará ya las culpas, lo que podría entenderse como una inaplicación *de facto*, por imposibilidad sobrevenida, de dicho artículo 45.1 CB en relación a la culpa.

No obstante, como hemos visto, nuestro TSJ en la reciente sentencia de 2014, contempla la posibilidad de que pueda determinarse la culpa en un proceso posterior, y no necesariamente en el de separación (...”*Esta última averiguación puede hacerse por cualquier medio de prueba, sin tener que constreñirse a si el Fallo separatorio (de haberlo) incluía o no tal causa, por la sencilla razón ya expuesta de que en la separación fáctica no hay sentencia alguna que interpretar*”), lo que significará que, el viudo separado de hecho

37.- MASOT MIQUEL, Miguel. “*Notas sobre la regulación de la sucesión intestada en el Derecho Civil de las Islas Baleares*”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares nº XIV. Pág.427 y ss.

38.- Art. 3 C.c., en tanto a la realidad social y del tiempo.

39.- LLODRÁ GRIMALT, Francisca. “*L'actualització del Dret Civil Balear*”. RJIB nº 13. Pág. 133 y ss.

o separado judicialmente sin pronunciamiento sobre la culpabilidad, una vez ejercitada la acción del art. 815 C.c., deberá acreditar en el seno del proceso la culpabilidad del fallecido.

Por nuestra parte, compartimos plenamente las opiniones de Miguel Masot y Francisca Llodrá, y creemos que debe superarse de una vez por todas la idea de “culpables” y de “sanciones” en materia de separación y divorcio. El que se quiere separar no tiene que justificar su decisión, basta con que quiera hacerlo; y no debería tener tal decisión consecuencias en su patrimonio *post mortem*, con independencia de las circunstancias y motivos de la separación. La doctrina balear, prácticamente de manera unánime, aboga por la supresión de un artículo trasnochado, que nos recuerda a épocas históricas ya superadas.

Para terminar con esta cuestión resta decir que no parece que nuestro TSJ esté por modificar su criterio. La sentencia de 2014 citada juzga, es cierto, unos hechos acaecidos con anterioridad a la reforma 15/2005, lo que podría conducir a pensar que esa es la razón del fallo. No obstante, en la misma se realiza una reflexión que justifica la legítima y que se apoya fundamentalmente en criterios de justicia material, especialmente dignos de protección:

“... no cabe imputar a descuido o ignorancia el mantenimiento del sistema de separación causal que rige en nuestro Derecho Civil Propio. Así lo atestigua el hecho indudable de que, como reconoce ingenuamente el propio recurso, en las repetidas modificaciones de la inicial redacción compilatoria de 1961, no se haya procedido a eliminar el referido carácter causal. Ni en la repetida Ley 8/1990, ni en el *Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre (LA LEY 4004/1000)*; ni la *Ley 3/1985, de 11 de abril (LA LEY 906/1985)*; como tampoco las *Leyes 7/1993, de 20 de octubre (LA LEY 1684/1994)* o la 3/2009, de 27 de abril, que afectaron directamente a preceptos de la *Compilación, se aprovechó la ocasión para imponer una distinta redacción al precepto que nos ocupa, como tampoco lo hicieron las leyes especiales regulatorias de las parejas estables (Ley 18/2001, de 19 de diciembre (LA LEY 74/2002))*; de *constatación de censos y alodios y de extinción de los inactivos (Ley 3/2010, de 7 de junio)*, de *voluntades anticipadas (Ley 1/2006, de 3 de marzo (LA LEY 557/2006))*; o de *mediación familiar (Ley 14/2010, de 9 de diciembre)*.

Independientemente de los planteamientos de tipo ideológico que puedan sustentar ambas posiciones, hay razones de justicia que pueden explicar la redacción del artículo 45 de nuestra Compilación, porque, a modo de simple

ejemplo, en el supuesto hipotético de un matrimonio de larga duración, en el que un cónyuge con importantes bienes en su patrimonio -potencial caudal hereditario-, tras muchos años de convivencia, decidiera separarse de hecho -para verlo más claro- al morir dicho cónyuge en situación de separación fáctica, el cónyuge viudo, de no ser causal la separación, quedaría sin legítima. De otra parte no se atisba obstáculo alguno a la decisión del legislador balear en este punto desde la perspectiva constitucional.”

La cuestión ciertamente no es sencilla pues vemos que existen supuestos, como los de la violencia de género, desgraciadamente tan de actualidad, que nos impulsan a proteger la legítima del viudo que tuvo que huir a consecuencia de una conducta penalmente sancionable, tras años de sufrimiento. Pero creemos que una casuística particular y afortunadamente minoritaria, no puede marcar la regla general.

Tal vez, como solución, podría establecerse la regla general de no culpabilidad, exceptuando los supuestos de violencia de género (por ser estos los casos más flagrantes) con sentencia condenatoria, aunque desgraciadamente, no ayudaría a todas aquellas/os que no denuncian. Y son muchos.

b. 1.2 Análisis del art. 45.2 CB

En relación al fallecimiento de uno de los cónyuges tras la interposición de la demanda de separación y en relación también a la reconciliación entre los separados, nuestra Compilación Balear se remite a lo dispuesto en el art. 835 C.c.

No obstante, por el juego de la remisión estática⁴⁰ no podemos estar a la redacción actual⁴¹, sino a la que estaba en vigor en 1990:

“Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito.

Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.”

40.- Dº Final segunda de nuestra Compilación.

41.- Fruto de la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio: “Artículo 835: Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos.”

El párrafo primero resulta plenamente coherente con el también párrafo primero del art. 45 CB, ya que, si la demanda de separación apreciaba la culpa del fallecido, el viudo conservaba sus derechos⁴². No obstante, por los motivos expuestos en el apartado anterior, este juego queda “cojo”, ya que las sentencias resultantes de procesos de separación y divorcio no aprecian ya la culpabilidad, sin perjuicio de que, como hemos visto, pueda apreciarse en un momento posterior.

El párrafo segundo no resulta tan claro, ya que el art. 45.2 CB afirma: “...*aprobada la reconciliación se estará a lo prevenido en el art.835 C.c.*” ¿A qué se refiere la expresión “aprobada”? ¿Aprobada por quién? El código civil no hace referencia alguna a la “aprobación”, ni siquiera en sus redacciones posteriores, imponiendo únicamente que deba comunicarse al juez que conoció de la separación y ahora también, y en su caso, al notario.

El hecho de “comunicar” introducido en el Código civil por reformas posteriores obedece a la dificultad que entraña acreditar que efectivamente ha existido reconciliación, pues no es fácil determinar cuándo estamos ante un cordial trato, ante un intento de retomar la relación o ante una verdadera y definitiva reconciliación. Nuestro TSJ, en la ya citada sentencia de 27 de julio de 2009, ha determinado que:

“La separación genuina supone una ruptura de la vida de pareja, firme y con propósito de definitiva. No se da en el caso de meros distanciamientos transitorios e intermitentes que no revelan la voluntad decidida de poner fin a la unión y, a la par, la segura desaparición de la affectio. El párrafo segundo del hoy derogado art. 87 del Código Civil cuidaba de advertir en este sentido que la interrupción de la convivencia que obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga no implica cese efectivo de la convivencia conyugal. El problema que suscita en este aspecto la aplicación del art. 45 no reside en el alcance de la norma sino en caracterizar las relaciones entre los consortes como constitutivas de una auténtica separación de hecho.”

Como veremos a lo largo de este trabajo, uno de los problemas fundamentales que se da entre los cónyuges en relación a los derechos sucesorios es precisamente cómo acreditar el estado de la pareja, las razones de su ruptura, si era temporal, si era definitiva... Pues tales circunstancias serán determinantes para establecer la existencia o no de los derechos del cónyuge superviviente. Todas ellas son, no obstante, propias de la intimidad de un matrimonio y de la propia

⁴².- Si bien ya hemos visto que la sentencia no es la única manera de acreditarlo, pensemos por ejemplo en las separaciones de hecho STSJIB 5 de junio de 2014.

persona, individualmente considerada, y a la vista de terceros pueden ser enormemente difíciles de juzgar, pues se escapan muchos matices. No obstante, eso es precisamente la separación “de hecho”, lo que, unido a la ausencia de prueba documental fehaciente (sentencia, acuerdo ante notario..) obliga a tener que llevar a cabo esa complicada labor interpretativa de la intimidad ajena.

b.1.3.- Análisis del art. 45.3 CB

En relación a la extensión, la Compilación no admite duda:

“Concurriendo con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios; y, en los demás supuestos, el usufructo universal.”

A pesar de que no se tenga ninguna previsión en este precepto, entendemos que lo adquiere libre de fianza, ex art. 492⁴³ C.c., en sede de usufructo.⁴⁴

Observamos por tanto que la legítima del cónyuge viudo es mayor que la que se prevé en Derecho Común. De hecho, se amplió con la reforma de 1990. Todo ello es una clara manifestación de lo expuesto anteriormente sobre la justificación social y jurídica de la legítima viudal.

Llama la atención también que, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho Común, en Mallorca y Menorca los ascendientes no son legitimarios y por tanto, en concurrencia sólo con ellos, el viudo adquiere el usufructo universal, si bien volveremos a tratar esta cuestión al analizar este mismo tema en sede de sucesión intestada, donde la problemática se ve agravada.

A pesar de que este artículo puede resultar en su redacción enormemente simple, lo cierto es que su aplicación práctica no es sencilla, principalmente cuando no hay una buena relación hijos-viudo o, lo que puede ser más habitual, suegros-viudo. Cuestiones como *¿Qué valor tienen los bienes?, ¿qué son exactamente 2/3?* y otras consideraciones sentimentales, pueden bloquear absolutamente una partición hereditaria. No es por tanto de extrañar que se introduzcan los mecanismos a los que nos referimos a continuación.

43.- Art. 492 C.c.: *La disposición contenida en el número segundo del precedente artículo no es aplicable al vendedor o donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados, ni a los padres usufructuarios de los bienes de los hijos, ni al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota legal usufructuaria si no contrajeren los padres o el cónyuge ulterior matrimonio.*

44.- También podríamos encontrar apoyo en el art. 84.2 CB, con la precaución de que no se trata de “legítima”.

b. 2.- Posibilidad de conmutación de la legítima del viudo

El art. 48 *in fine* CB: *“Los herederos podrán también hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 del Código civil y el cónyuge viudo en la del artículo 840⁴⁵ del mismo cuerpo legal.”*

Es decir, que los herederos están facultados para conmutar el usufructo del cónyuge a cambio de renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, ex art. 839; mientras que, conforme al art. 840, el cónyuge que concurra sólo con hijos del cónyuge fallecido, podrá exigir la conmutación en bienes o en dinero. Esa posibilidad de “exigir” se justifica por la problemática que podría surgir, y de hecho es bastante común, entre los hijos del finado y el cónyuge viudo no progenitor de aquéllos. Esta institución se erige por tanto como solución plausible para poner fin a los conflictos de cotitularidad sobre un patrimonio entre personas mal avenidas, y eliminar así el bloqueo al que hacíamos referencia anteriormente. Y desde luego es de elogiar que el legislador de una salida a situaciones de tan difícil solución.

En ocasiones, se ha planteado el problema del alcance de la facultad de los herederos cuando el cónyuge es usufructuario universal, lo cual suele ser común en Mallorca, como ya hemos visto. Hay quien ha defendido que el hecho de que sea usufructuario universal priva a los herederos de la facultad de conmutación y otros que, en tales casos, la facultad de conmutación se extiende sobre la totalidad del usufructo. No obstante, nuestro TSJ ha considerado que la facultad de conmutar se refiere únicamente a lo recibido por legítima; y si bien entiende que tal vez no sea ésta la solución más deseada, ya que no se elimina el problema que justifica esa facultad, lo cierto es que esa parece ser la voluntad del legislador. Así se recoge en la STSJIB de 6 de mayo de 2013:

“Es importante destacar que el artículo 48 CDCB se encuentra, precisamente, dentro de su Sección 4ª, que trata de las legítimas, del Capítulo III, “De la sucesión testada”, de su Título II, “De las sucesiones”, lo que determina que su último párrafo se refiera, únicamente, a la legítima, no al resto de lo recibido del causante.

El artículo 839 del CC (LA LEY 1/1889), al que aquél se remite, se refiere exclusivamente a la parte de usufructo que corresponde

45.- Artículo 840 C.c.: *“Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.”*

al cónyuge viudo en calidad de legítima y está situado en su Sección Séptima, que se refiere a los «Derechos del cónyuge viudo», del Capítulo II, «De la herencia», del Título III, «de las sucesiones».

Estas colocaciones sistemáticas son signo de la necesidad de un equilibrio entre las facultades de los herederos y los derechos del cónyuge viudo y para conseguirlo el Legislador ha utilizado la técnica analizada que, según los textos legales vistos, autoriza a los herederos a conmutar el usufructo viudal y obliga al viudo a pasar por la decisión, si es unánime, pero siempre con respeto a sus “derechos”, que configuran su estatuto jurídico, de modo que no hay base legal para extender aquellas facultades a costa de estos derechos ni para entender que el ordenamiento jurídico permite a aquellos imponer la conmutación sobre lo recibido por éste por título distinto al de legitimario pues en esta parte prevalece la voluntad del causante, ley de la sucesión.

Es cierto que la mejor doctrina destaca que la finalidad de la facultad de conmutación es “evitar la división del dominio pleno en nuda propiedad y usufructo” y ello para conseguir “la más fácil circulación de la riqueza, a la vez que la sumisión a fórmulas de concordia de los antagonismos y conflictos posibles y aún probables entre los herederos y el cónyuge viudo”; que se concede para evitar los perjuicios que causa a los herederos la “desmembración dominical” y que se debe “a razones predominantemente objetivas”, pero también lo es que el Legislador partiendo del conocimiento y ponderación de todo ello ha llegado sólo hasta donde hemos visto.”

Entendemos perfectamente la interpretación que realiza nuestro TSJ y, con la ley en la mano, no pude ser de otra manera. No obstante, y así se desprende también de la propia sentencia, creemos que ésta no era la solución querida por el legislador y que, como ya hemos dicho, la finalidad de la facultad es poner fin a situaciones conflictivas y evitar que tengan que compartir patrimonio los que se encuentran mal avenidos. ¿Qué sentido tiene conmutar para seguir compartiendo derechos sobre una misma masa?

A nuestro juicio, la cuestión resulta enormemente dudosa. Uno de los argumentos que se puso sobre la mesa por parte de la viuda recurrente en el supuesto de la sentencia citada, es que no podía conmutarse el usufructo universal, porque con dicha institución se muestra la voluntad del testador de mejorar, de proteger a la viuda, de que efectivamente tenga el usufructo universal. El art. 839 C.c. afirma, en sede de legítima del cónyuge viudo, que los herederos “podrán satisfacer al cónyuge *su parte* de usufructo”.

¿Y si esa parte es mayor que la legítima? Desde otra perspectiva, la de los herederos, podría también considerarse y defenderse que precisamente debería ser el usufructo más conmutable, por ser el que más grava el derecho de propiedad, y en definitiva, la finalidad de la norma, como veíamos, es evitar tanto cotitularidades poco deseadas, como situaciones que puedan resultar “antieconómicas”

Como decimos, el tema nos genera profundas dudas. Lo que parece claro es que no puede mantenerse la solución salomónica de nuestro TSJ, que no contenta a buen seguro a ninguno de los interesados y resulta absolutamente contraria al espíritu de la norma.

Asimismo, en relación a la conmutación, la sentencia mencionada aborda el papel que juega el viudo en la conmutación del art. 839 C.c. Un papel más bien discreto, ya que su voluntad sólo entra en juego para acordar con los herederos cómo se llevará a la práctica su decisión de conmutar y el modo elegido por ellos:

“Al cónyuge viudo se le impone esta decisión de los herederos precisamente por ser unánime y sólo si lo es.

3º El “acuerdo” entre los herederos y el viudo únicamente ha de recaer sobre la forma de ejecutarse la elección de los herederos con el fin de que exista equivalencia entre lo conmutable, el usufructo y su valor, y lo conmutado, de manera que no se perjudique su legítima.

4º En defecto de este “acuerdo” es el mandato judicial el que determina la forma de la conmutación...”

b. 3.- Privación de la legítima: desheredación e indignidad

Desheredación e indignidad son dos instituciones íntimamente relacionadas y que precisamente fueron objeto de la última reforma importante en la Compilación Balear, a través de la ley 3/2009 de 27 de abril.

Coloquialmente, se entiende por desheredación el no ser nombrado heredero en el testamento de un progenitor, pero como es sabido, desheredación es exclusivamente la privación de la legítima, a diferencia de lo que ocurre con la indignidad, que tiene un campo de actuación mucho más amplio, y puede jugar tanto en la privación de la legítima como en la privación de cualquier atribución a título universal.

Otra de las diferencias es que la indignidad puede tener lugar tanto en sede de sucesión testada como de intestada; pero la desheredación expresa la voluntad del testador y debe hacerse constar en testamento alegando la causa legal en que se funde, ex art. 849 y 851 C.c. Por ello, a diferencia de lo que ocurre en derecho común (donde se admite la posibilidad de que exista un testamento únicamente desheredando), en Mallorca y Menorca no puede tener lugar la desheredación en sede de sucesión intestada porque el testamento debe contener, como veíamos anteriormente, el nombramiento de heredero; y la desheredación excede del contenido posible del codicilo, ex art. 17 CB.

No obstante, debemos señalar que en Mallorca sí podría realizarse la desheredación en pacto sucesorio, pero no en Menorca, al menos de momento, por la prohibición contenida en el art. 65 CB.

Como decíamos, las causas de desheredación/indignidad fueron incluidas en la Compilación a través de la ley 3/2009, de 27 de abril, ya que hasta entonces las causas de desheredación eran las que regían en los artículos 853 y ss. del C.c. y las de indignidad, en el art. 756 y ss del C.c.

Algunos autores como Miguel Masot⁴⁶ consideran que el hecho de tener una regulación propia en la materia no excluye la aplicación también de las normas del Código civil; si bien no compartimos dicha opinión, entendiendo que, si el legislador las ha regulado, es ésta una clara muestra de que quiere que éstas, y no otras, sean las causas de indignidad y desheredación que rijan en el Derecho mallorquín y menorquín.

Tratándose por tanto de causas que pueden conllevar privación de derechos, a nuestro juicio, si su voluntad era mantener también las causas de derecho común, debería de haber utilizado alguna fórmula aclaratoria como “además de las establecidas en el Código civil, serán de aplicación las siguientes...”, en lugar de darlo por sentado por la remisión general del art. 1.3 CB. Éste es uno de los muchos ejemplos que ponen de manifiesto la problemática que conlleva la remisión al Código civil y al que volveremos a referirnos.

Centrándonos en la desheredación, el cónyuge viudo podrá ser privado de su legítima, como cualquier legitimario, por las causas establecidas en

46.- MASOT MIQUEL, Miguel. “*Notas sobre la regulación de la sucesión intestada en el Derecho Civil de las Islas Baleares*”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares n° XIV. Pág.427 y ss.

el art. 7 bis CB⁴⁷, a través de la institución de la desheredación, ex aptdo. 3 del indicado artículo, siempre que, como veíamos, se haga en testamento, alegando la causa.

Así lo ha entendido también nuestro TSJ, manifestando que sendos requisitos son indispensables y que, por su puesto, si la causa fuera puesta en tela de juicio, corresponde a los herederos probar su certeza, ex art. 850 C.c.

Este fue precisamente el caso de la sentencia de nuestro TSJ, de 9 de diciembre de 1998, que se expone a continuación, pues si bien se hizo constar en el testamento la causa legal de separación, ésta resultó no ser cierta o, al menos, no fue probada:

“En efecto, es patente que del tenor literal del referido precepto resulta que la desheredación no surtirá efectos si se hace «sin expresión de causa» o «por causa cuya certeza no se probare», y que, en este último caso, es necesario para la virtualidad de tal desheredación que los herederos del testador acrediten aquella certeza.

En el caso que nos ocupa el testador ciertamente expresó las causas de su decisión, como así consta en el testamento, remitiéndose al efecto a las causas 1.ª y 3.ª del art. 855 CC (1.ª: «Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales». 3.ª «Haber negado alimentos... al otro cónyuge»). Pero, es lo cierto, que -como certeramente expresa la sentencia recurrida-, no se ha acreditado por los referidos herederos (los consortes D. Francisco T. G. y D.ª María C. O.) la certeza y concurrencia de tales causas (incumplimiento de deberes conyugales y negación de alimentos); mientras que, por el contrario, sí se ha practicado en el pleito abundante prueba acreditativa del cumplimiento por parte de la esposa de una asistencia personal y material hacia su esposo D. Pedro T. C.”

Asimismo, en materia de desheredación, resulta también interesante la reciente sentencia de nuestro TSJ de 5 de junio de 2014, en la que el Tribunal considera que la expresión en testamento, manifestando el causante que no le deja nada a su cónyuge por estar en trámites de separación, no es en ningún caso una desheredación, puesto que no es una causa de las previstas en la ley; considerando en este caso que se trata de una remisión al art. 835 C.c.:

47.- En su redacción dada por la Ley 3/2009, de 27 de abril.

“Visto lo anterior, la conclusión a que llega la Audiencia Provincial, respecto de que no hay aquí desheredación, es totalmente ajustada a Derecho, al carecer la cláusula cuestionada de mención de la causa legal que la pudiera motivar (obviamente, el “estar en trámites de separación” no es ninguna de las causas contenidas en los artículos 855 y 756, 2 º, 3 º, 5 º y 6º del Código Civil), olvido o defecto de tal calibre que resultaría insólito en un testamento notarial abierto, siendo así que el fedatario es justamente el experto más idóneo para todo lo relativo a la testamentifacción.

*En cualquier caso, como también advierten tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial, el problema que plantea la parte recurrente es totalmente artificioso y estéril, dada la clara dicción del artículo 46 § 4 de la Compilación, que prevé, para la desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza no se probare, si fuere contradicha, o que no sea alguna de las previstas en el Código Civil , los mismos efectos que el párrafo primero determina para la preterición de un legitimario, es decir, la no anulación del testamento, pero sí el derecho del preterido a exigir lo que por legítima le corresponda. Exigencia de legítima que es la acción ejercitada por la **viuda** recurrida.*

*¿Cuál será, entonces, el sentido de la repetida cláusula testamentaria? La mención «nada deja a su esposa ... en concepto de legítima, por hallarse actualmente en trámites de separación», hay que incardinarla claramente en el párrafo 2 del artículo 45 de la Compilación, que remite al artículo 835 del Código Civil en la redacción entonces vigente, según el que, cuando estuvieren los **cónyuges** separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito, lo que estaba en conexión con el artículo 834 del mismo”*

Entendemos por supuesto que deben mantenerse las causas de indignidad y también las de desheredación. El legislador, con razón, y a salvo de lo que diremos en el siguiente capítulo en relación a la definición, desprotege de los derechos legitimarios y/o priva de la posibilidad de hacer suya cualquier atribución a aquél que ha traspasado ciertos límites, vulnerando principios universales en contra del causante o miembros de su familia, que en muchas ocasiones van más allá de la falta de gratitud, aunque así se denominen.

Lo que nos extraña es que el legislador no aprovechara la reforma para introducir una regla similar a la del derecho catalán⁴⁸ y es la del decaimiento

48.- Art. 422.13 Ley 10/2008, de 10 de julio, que aprueba el Libro IV del Código civil de Cataluña.

de las disposiciones a favor del otro cónyuge, en caso de separación o divorcio, cosa que tampoco se prevé con la reforma actual. Es cierto que se puede pensar: “si no ha cambiado el testamento, es que no quería”, pero la realidad muestra como en muchas ocasiones no es así: desconocimiento, olvido, descuido, dejadez. Así, con nuestra regulación, podemos encontrarnos un separado, incluso un divorciado, que no tenga derecho legitimario alguno y que, en cambio, sea heredero universal. Si el testamento es muy anterior al divorcio o separación, creemos que la voluntad del causante, ley máxima de la sucesión, no se corresponde en la mayoría de casos con la plasmada en el testamento; y creemos también que el legislador debería hacer lo posible para asegurarse de que así fuera.

b. 4.- Pacto de definición sobre la legítima del viudo

La definición se encuentra regulada en el art. 50 CB y, a través de la misma, se establece, como es sabido, la posibilidad de que el descendiente legitimario pueda renunciar a su legítima en vida del causante, a cambio de la entrega de algún bien o derecho coetáneo o anterior a esa renuncia.

Recordemos que, tal y como ya estableció la sentencia de 25 de mayo de 1992 de nuestro TSJ, se trata de un negocio jurídico complejo, bilateral, consensual, y oneroso, y también se caracteriza como un contrato aleatorio y de carácter irrevocable. Estas características son prácticamente acogidas por la mayoría de la doctrina, no obstante Pilar Ferrer⁴⁹ entiende que no podemos hablar en ningún caso de negocio bilateral. En este sentido, Ferrer Vanrell considera que debemos distinguir dos negocios: la atribución patrimonial y la renuncia. La atribución patrimonial, generalmente donación, es perfecta si se dan los requisitos del negocio jurídico, individualmente considerado. Cosa distinta es la renuncia, unilateral, que realiza el donatario, por considerarse satisfecho, y que puede ser coetánea o posterior. Entiende Ferrer Vanrell que el título adquisitivo es la donación (o la atribución que se realice), no la definición. Y ahí radica precisamente el error mayoritario, a su juicio. Si no fuera así, añade, no se explicaría cómo mantener una donación en el patrimonio del donatario en caso de premoriencia de éste, sin haber adquirido por tanto los derechos sucesorios a los que renunció y que ahora nunca existirán⁵⁰.

49.- FERRER VANRELL, Pilar. “*Ponencia sobre la difinitio (art. 50, 51 y 77 CDCIB) y propuesta de resolución de las cuestiones que plantea*”. Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia de las Islas Baleares, nº XV, pág. 421 yss.

50.- Sin perjuicio del derecho de reversión, caso de que el donatario no tuviera descendencia.

Alguno podrá preguntarse por qué nos extendemos en la definición si ésta no afecta al cónyuge viudo; no obstante, y dado que el proyecto de reforma en materia de sucesiones, incluye la posibilidad de que se pueda definir al cónyuge, creemos que es interesante recordar determinados aspectos de esta figura, que después adquirirán otra relevancia, al ponerlos en relación con la figura del supérstite.

B.- Sucesión intestada

En virtud del principio “*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus*” que rige en el Derecho de Mallorca y Menorca, únicamente se abrirá la sucesión intestada cuando no exista testamento o pacto sucesorio, ex art 7 CB.

La razón es que, como es sabido, la tradición jurídica en las citadas islas gira en torno a la idea del “*hereu*”, como sucesor y “continuator” del patrimonio y persona del causante.

a.- Art. 53 CB. Remisión al Código civil. Sin llamamiento en caso de separación de hecho.

El art. 53 CB establece claramente que la sucesión intestada se rige por lo dispuesto en el Código Civil⁵¹, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 45 y de lo previsto en el art. 51, ambos de la Compilación.

¿Y qué dice al respecto el Código civil en su redacción de 1990?

Art. 944 C.c.: “*En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente.*”

Art. 945 C.c.:” *No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*”

A diferencia del art. 834 C.c. relativo a la legítima del cónyuge viudo en derecho común, que no había introducido la separación de hecho como causa de pérdida de los derechos legitimarios, el art. 945 no dejaba margen a la interpretación, resultando claro que el separado de hecho no debía ser llamado a la sucesión intestada. No obstante, como ya hemos dicho más arriba, Mallorca y Menorca quedaron al margen de las discusiones, ya que el art. 45 CB sí había introducido la separación de hecho.

51.- Siempre recordando la remisión estática, ex DF segunda CB 79/1990, de 6 de septiembre.

a.1 .- La redacción del art. 945 C.c. de 1990

Como veíamos anteriormente, por el juego de la remisión estática, ex DF segunda de la CB, debemos necesariamente acudir a la redacción de los artículos en sede de sucesión intestada que se encontraba en vigor en 1990.

¿Qué ocurre por tanto con la separación de hecho? Que debe ser por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Por tanto, por una parte, excluye la unilateralidad (a diferencia de la separación de hecho que priva al cónyuge de la legítima, pudiendo ser ésta unilateral con el matiz de culpa) y por la otra, debe constar de manera fehaciente. Si bien nuestra Audiencia ya ha matizado que no se pretende con ello una constancia documental, sí que se excluye en todo caso la “voluntad presunta”⁵², lo que por supuesto genera enormes problemas en la práctica, como ya hemos indicado, con motivo de la intimidad propia de la pareja.

b.- Mantenimiento de los derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada

Especialmente relevante resulta para el caso que nos ocupa, que en el art. 53 CB se haga mención al art. 45 CB, reconociendo expresamente que la atribución patrimonial prevista para el cónyuge viudo en la sucesión testada, debe permanecer en la sucesión intestada.

Tal previsión no se contiene por ejemplo en el Código civil, pues si bien el antiguo art. 953⁵³ C.c. sí se ocupaba de tal cuestión⁵⁴, quedó sin contenido tras la reforma de la Ley 11/1981. A pesar de su supresión, tal y como señala Fernández González-Regueral⁵⁵, y así lo hace también la mayoría de la doctrina, la atribución patrimonial al cónyuge no puede depender de que la sucesión sea estada o intestada. Y nótese que hablamos nosotros de “atribución patrimonial” y no de legítima.

52.- SAP Baleares, 93/2012, de 23 de febrero.

53.- Art. 953: “*En el caso de existir hermanos o hijos de hermanos, el viudo o viuda tendrá derecho a percibir, en concurrencia con estos, la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el art. 537 C.c.*”

54.- Si bien, nótese que sólo se contenía la previsión en concurrencia con colaterales, lo que llevó a un sector doctrinal (Morell y Terry) a defender que en concurrencia con descendientes o ascendientes, no debía mantenerse el derecho del cónyuge viudo.

55.- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a Ángeles. “*Los derechos del cónyuge viudo en la nulidad, separación y divorcio*”. Dykinson, Madrid 2006. Pág. 58 y ss.

b.1.- ¿Qué naturaleza reviste a esta institución o atribución patrimonial?

La posición del cónyuge se mantiene, por tanto, en su consideración patrimonial, tanto si existe como si no existe testamento, como ya hemos visto, pues así lo salva expresamente el art. 53 CB.

No obstante, ¿qué naturaleza ostenta esta atribución? ¿Es “legítima”? Si recordamos, la legítima es *la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a otros herederos, denominados herederos forzosos* (art. 806 C.c.). Es decir, es un límite a la facultad de disponer. Pero, ¿qué ocurre cuando no hay disposición?, ¿podemos también hablar de legítimas? Creemos que técnicamente, no. Si bien el art. 53 se remite, como ya hemos visto, al art. 45 CB en sede de legítimas, creemos que no lo hace con el ánimo de dar cabida a esta institución en la sucesión intestada, sino que se refiere únicamente a su contenido económico-patrimonial. En este caso, compartimos plenamente la postura defendida por el profesor Rivas Martínez⁵⁶, quien entiende que se trata de una atribución patrimonial, como también existen otras, v.gr. las reservas, pero que no podemos hablar de legítima en sentido estricto. No olvidemos, por ejemplo, que en Ibiza y Formentera sí existe esta atribución patrimonial en la sucesión intestada, porque así se prevé expresamente en el art. 84 CB al que después nos referiremos, pero el cónyuge viudo no es legitimario.

¿Qué régimen jurídico debe aplicarse por tanto a esa atribución patrimonial? Una respuesta podría ser que no se le puede aplicar el mismo régimen que a la legítima, precisamente porque no lo es, y que, dado que hablamos de limitaciones a la libertad de disponer, éstas deben aplicarse de manera restrictiva y no pueden aplicarse a supuestos no contemplados en la ley de manera expresa. No obstante, a nuestro juicio, tal decisión nos conduciría a situaciones del todo injustas: por ejemplo, si la desheredación es sólo la privación de la legítima, y no de la atribución patrimonial, resultaría que el cónyuge viudo que incurriera en alguna de las causas de desheredación, no podría ser privado de dicha atribución patrimonial por no estar contemplado en la ley. Ilógico. Si bien, en puridad, este supuesto sólo podría tener cabida en Ibiza y Formentera, donde podría existir un testamento que únicamente desheredara al cónyuge⁵⁷, entendemos que es enormemente ilustrativo.

56.- RIVAS Martínez, Juan José., “Derecho de sucesiones común y foral” 4ª edición. Dykinson, 4ª Edición. tomo II, pág. 2423

57.- A diferencia de los que ocurre en Mallorca y Menorca por el principio “*nemo pro parte...*”

Creemos por tanto que lo más razonable es entender que esa atribución debe compartir el mismo régimen jurídico que la legítima, entendiendo también que ambos comparten una misma finalidad y fundamento, ya analizada en la sentencia de nuestro TSJ de 27 de julio de 2009.

No obstante, existen situaciones que nos plantean algunas dudas. En concreto, nos estamos refiriendo al caso de la separación de hecho y la atribución patrimonial del cónyuge superviviente que concurre con descendientes o ascendientes. ¿Qué artículo debemos aplicar para determinar si se mantienen o no los derechos del viudo separado de hecho?: ¿el art. 45 CB en sede de legítimas, o el art. 945 C.c., por remisión del art. 53 CB? En definitiva, ¿es un llamamiento a la legítima o un llamamiento a una atribución patrimonial, con el mismo contenido económico que la legítima, pero en sede de sucesión intestada? La cuestión no es sencilla, puesto que, en un caso, para la privación de los derechos del cónyuge se prevé la simple separación de hecho con valoración de la culpa y posibilidad de que sea unilateral; y por otro, se exige la separación de mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Miguel Masot⁵⁸ al analizar el tema la “legítima viudal” en sede de sucesión intestada se refiere a los requisitos del art. 45 CB, dando por sentado que debe aplicarse el mismo régimen que la legítima. Y posiblemente tenga razón y sea ésta la solución más ordenada y coherente, que evita la combinación de artículos referentes procedentes de diferentes instituciones jurídicas, pero honestamente, la cuestión nos sigue planteando dudas.

b.3.- Extensión del derecho del cónyuge viudo

Dicho lo anterior, por la remisión al Código civil, y teniendo en cuenta que se conservan los derechos del art. 45 CB, en sede de sucesión intestada resultaría:

- Concurriendo con descendientes: usufructo de la mitad del haber
- Con padres: usufructo de dos tercios
- En los demás supuestos, el usufructo universal

58.- MASOT MIQUEL, Miguel. “*Notas sobre la regulación de la sucesión intestada en el Derecho Civil de las Islas Baleares*”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares n° XIV. Pág.427 y ss.

b.3.1.- Concurrencia del cónyuge viudo con ascendientes

A nuestro juicio, existe una falta de coordinación entre el artículo 53 CB y los de la sucesión intestada incluidos en el Código Civil, en relación a la concurrencia del cónyuge con ascendientes. ¿Qué ocurre cuando el cónyuge concurre con los padres del difunto? Pues que los padres serán herederos universales y el cónyuge conservará los derechos del art. 45 CDCB, es decir, el usufructo de 2/3, pues como hemos visto, el art. 53 salva expresamente su aplicación. Pero, ¿qué ocurre cuando el cónyuge concurre con otros ascendientes? El art. 45.3 CDCB no contempla la concurrencia con otros ascendientes distintos a los padres. ¿Debemos entonces defender que el cónyuge en ese caso tendría el usufructo universal? Parece que no tiene sentido que los ascendientes hereden con preferencia al cónyuge, ex art. 938, 943 y 944 C.c., para que luego éste tenga el usufructo universal⁵⁹. ¿Cómo deben interpretarse conjuntamente los artículos citados?

A nuestro juicio, el motivo de no hacer referencia a los ascendientes, podríamos encontrarlo en el propio art. 41 CB, pues recordemos que los padres son legitimarios, pero no los demás ascendientes, y tal vez ese punto pudo provocar la confusión, olvidando el legislador que, a pesar de no ser legitimarios, están llamados a la sucesión intestada por la remisión al Código civil. No obstante, esta idea decae porque en la isla de Ibiza sucede igual, pese a no haber sido redactados por una misma mano.

Un criterio que siguiera estrictamente la letra de la ley, nos llevaría necesariamente a concluir que los ascendientes heredan la totalidad y el cónyuge viudo goza de usufructo universal⁶⁰, como veíamos anteriormente, y existen opiniones de la doctrina más autorizada que así lo consideran. No es ningún secreto que en la sociedad actual no hay identidad de razón padres/abuelos, se protege más al cónyuge, y en definitiva, existe una corriente o sentir general de eliminar los derechos de los ascendientes. Así lo puso también de manifiesto el informe de la Comisión Académica de Derecho Privado, al que también nos hemos referido.

No obstante, si bien esta nos parece la única solución plausible, creemos que resulta una solución muy poco práctica y aun menos económica.

59.- Además de la problemática que podría conllevar la propia intangibilidad de las legítimas de los ascendientes.

60.- MASSOT MIQUEL, Miguel. "Notas sobre la regulación de la sucesión intestada en el Derecho Civil de las Islas Baleares". Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares n.º XIV. Pág.427 y ss.

Si se pretendió con la Compilación eliminar el derecho de legítima de los ascendientes, al objeto de suprimir trabas a la libertad de disponer y también en aras a una nueva realidad social, nos merece esta decisión la mejor de las consideraciones. No obstante, pierde fuelle si, como consecuencia de la técnica de la remisión estática, nos encontramos con soluciones de este calibre (heredero universal uno, usufructo universal otro), que no satisfacen a ninguno de los beneficiados. Si se pretende eliminar el derecho a los ascendientes, quizás debería hacerse en todas las instancias.

C.- Sucesión contractual

En relación a los pactos de *succedendo*, ya hemos visto que son de aplicación en la isla de Mallorca, pero no en la de Menorca, ex art. 65 CB. Los pactos de *succedendo* no presentan ninguna complejidad añadida cuando el donatario es el cónyuge.

En relación a los pactos de *non succedendo*, ya hemos visto que la institución de la definición no juega entre los cónyuges.

D.- Las reservas vidual y troncal

Que la reserva troncal del art. 811 C.c. es de aplicación en Mallorca y Menorca, no es ningún secreto. Así lo reconoce explícitamente el art. 43 CB *in fine*, tras la reforma de 1990:

“Lo dispuesto en los párrafos precedentes (relativos a la legítima de los padres) se entiende sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811⁶¹ y 812 del Código civil”.

Tradicionalmente, se había entendido también que era de aplicación el art. 968⁶² C.c. No obstante, se planteó la cuestión en derecho de Mallorca, que llegó hasta el TSJ, de que dicha institución fuera inconstitucional y contraria a los principios esenciales de derecho mallorquín (*semel heres, Semper heres y nemo pro parte testatus pro parte intestatus*), si bien nuestro

61.- Art. 811 C.c.: *El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.*

62.- *“Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.*

TSJ, en sentencia comentadísima de 25 de mayo de 2010, zanjó la cuestión disipando las pocas dudas que podían existir sobre su aplicabilidad. Así lo defiende también la doctrina más autorizada: Antonia Paniza, Miquel Massot, Pedro Munar, Carlos Jiménez, entre otros.

Es más, Carlos Jiménez⁶³ defiende la aplicación no sólo de la reserva lineal y vidual, sino en la totalidad del territorio balear.

La aplicación supletoria del Código civil, establecida en el artículo 1.3 CB⁶⁴, con los efectos añadidos de la remisión estática, siempre ha resultado un problema. El artículo 1.3 CB afirma que se aplicará el Código civil siempre que no exista ley o costumbre balear y que no se oponga a los principios del derecho balear. Y ahí está el quid de la cuestión: ¿Cuándo es contrario al derecho balear? Por supuesto, hay casos clarísimos pero otros⁶⁵ crean una absoluta inseguridad jurídica para los profesionales del derecho, quienes en su asesoramiento buscan una jurisprudencia, en ocasiones, inexistente.

E.- Derecho familiar: El ajuar doméstico

El art. 3.3 in fine de la Compilación, establece, en relación al ajuar doméstico, que: *“Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquellos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber”*.

Dicho artículo no prevé qué ocurre en el caso de que los cónyuges estuvieran separados, legalmente o de hecho; ni qué ocurre cuando lo estuvieran por culpa de uno sólo de los cónyuges.

A nuestro juicio, parece claro que si los cónyuges estaban separados legalmente o de hecho, no debe existir tal derecho, así lo afirma la STSJIB de 27 de julio de 2009, entendiendo que la base del derecho a la detracción del ajuar radica en la propia convivencia:

“Si, pues, no existe convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación. La convivencia se encuentra asimismo en la base del derecho a

63.- JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos: “Reservas hereditarias y derecho civil balear”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares nº XIII, pág. 291 y ss.

64.- Art. 1.3 CB: *“En defecto de la Ley y costumbre del Derecho Balear se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico.”*

65.- Recordemos la sentencia de nuestro TSJ de 3 de septiembre de 1998, sobre la aplicación del art. 1320 C.c.

detraer los bienes integrantes del ajuar doméstico que contempla el art. 3.3, párrafo segundo, de la Compilación y constituye presupuesto indispensable de los derechos que la Ley Balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, otorga al sobreviviente en caso de fallecimiento del otro.”

Y aún más: en el caso de que lo estuvieran por culpa de uno sólo de los cónyuges, tampoco debería existir a favor del otro tal derecho. En este sentido, creemos que no se puede aplicar el mismo régimen jurídico que a la legítima porque no estamos ante un derecho patrimonial, sino de carácter estrictamente familiar y su finalidad es también diferente, pues como acertadamente manifiesta también la ya citada sentencia del TSJIB de 27 de julio de 2009:

“La convivencia se halla además en la raíz de la atribución legal de derechos sucesorios al cónyuge superviviente. En medida mayor o menor pero siempre cierta, todo conviviente se beneficia de la posición económica del otro y participa del nivel de vida que a éste le ofrecen sus ingresos y patrimonio. También ocurre así, resulta notorio, en los regímenes matrimoniales de separación de bienes. Como preceptúan a título de ejemplo los arts. 4.1 y 67.2 de la Compilación Balear con fórmulas similares, los esposos están obligados a sostener las cargas del matrimonio. El reconocimiento de legítima viudal -en el inicio histórico sólo a favor de la viuda- busca el objetivo de proporcionar al superviviente recursos con que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. La legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja.”:

2.- Ibiza y Formentera (Libro III)

El derecho pitiuso, como veremos a continuación, se basa en unos principios jurídicos y en una tradición muy distinta a la que existe en Mallorca y Menorca. De hecho, desde el inicio del proceso de codificación, ya se intuía esa voluntad de mantener la identidad propia del territorio y no permitir que se diluyera en el derecho de Mallorca. Esta defensa de su propia tradición y diferenciación la seguimos incluso encontrando hoy en día, por ejemplo y sin ir más lejos, en las alegaciones realizadas por la Comisión de Estudios Ibicencos al proyecto de modificación de la Compilación Balear que se estudia en este trabajo,

A.- Sucesión testada

La primera idea fundamental es que no rigen en el territorio pitiuso los principios de *semel heres, semper heres* y *nemo pro parte testatus pro parte*

intestatus decedere potest, lo que significa que el libro III no gira en torno a la idea del “hereu” como continuador de la personalidad del causante y sucesor universal.

Ello, en su vertiente práctica, se traduce, por una parte, en la posibilidad de que la institución de heredero, puede estar sometida a condición, y, en el caso de que sea el cónyuge, se le pueda imponer la condición típica de no contraer ulterior matrimonio con los límites del art. 793 C.c.; y que puedan coexistir la sucesión testada e intestada, como ocurre en el Derecho común, ya que tampoco se impone la necesidad de que el testamento deba de nombrar necesariamente un heredero, como requisito de validez.

a.- Legítima del cónyuge viudo

Como es sabido, el cónyuge viudo no es legitimario en Ibiza y Formentera. Así, el art. 79 CB establece:

“Son legitimarios:

A) Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos.

B) Los padres, por naturaleza y adopción.

La doctrina, prácticamente de manera unánime⁶⁶, señala como origen de esta circunstancia, la conocida institución de “los espolits⁶⁷”, capitulaciones matrimoniales, de profundo arraigo en el derecho ibicenco y cuyo contenido resulta enormemente amplio, ex art. 66.2⁶⁸ CB. Entre todo ese posible contenido, resulta de especial importancia para la cuestión que estamos tratando el denominado usufructo universal capitular, al que el título I dedica el capítulo III. Si bien ese capítulo se compone de un único artículo, el 68, lo cierto es que el legislador lo ha regulado de manera separada, destacando así la institución, y considerándola de especial importancia. Tal y como explica Cardona Guasch⁶⁹,

66.- CARDONA GUASCH, Olga. *“Lecciones de Derecho Civil Balear”*. UIB 2003. Pág. 446 y ss.

67.- Art. 66 CB 79/1990, de 6 de septiembre.

68.- Art. 66.2 CB: *“Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen económico de la familia y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación.”*

69.- CARDONA GUASCH, Olga. Memoria de investigación: *“Estudio de su concepto y función a partir de los protocolos notariales pitiuosos”*.

se trata de una institución que va mucho más allá del derecho real, en la que se combinan otros elementos de carácter familiar y pretende dignificar y reforzar la posición del viudo (generalmente, la viuda), *para que el sobreviviente pueda regir y gobernar la casa y todos sus bienes, una vez que la nuda propiedad de la misma pase al heredero*. Dicha institución y dicho contenido formaban parte y forman parte, de la tradición jurídica del derecho de las pitiusas.

No obstante, la realidad social nos muestra algo bien distinto, y es que cada vez son menos habituales los *espolits*. De hecho, Cerdá Gimeno realizó ya un estudio estadístico en los años 70, que ponía claramente de manifiesto el declive de esta institución.

En la práctica no existe obligación legal de dejar bien alguno al cónyuge superviviente. Por tanto, pueden no existir capitulaciones matrimoniales que contengan el usufructo universal a favor del cónyuge, o bien puede que el fallecido no haya previsto ninguna atribución patrimonial vía testamento (“*es fruit*” o cualquier otra), cosa que puede ser habitual si el matrimonio no está bien avenido, lo que no deja de ser una pequeña “vendetta”.

Todo ello, decimos, puede traducirse en situaciones de verdadera indigencia, puesto que tenemos también que añadir, por si lo anterior no fuera suficiente, que el régimen legal supletorio en Ibiza es el de separación de bienes.

No obstante, la posición del viudo es muy distinta en los casos de sucesión intestada, y puede resultar incluso paradójico. La reforma de la CDCB de 1990 introdujo el artículo 84, despejando cualquier duda, como dice su Exposición de Motivos, sobre la aplicación del Código Civil en sede de sucesión intestada; mejorando en su párrafo 2º la posición del cónyuge viudo en relación a la que le otorga el Derecho común, según con quien concurra, como después veremos.

Desconocemos los motivos que llevaron al legislador a dispensar un trato tan diferenciado al superviviente. Puede que la justificación radique en la presunta voluntad del difunto; es decir: aquél que otorgó testamento y no reservó el usufructo universal a su cónyuge, parece que no quería hacerlo; no obstante, no es tan sencillo presumir esta voluntad cuando fallece intestado. O quizás simplemente se trató de mejorar al cónyuge por esta vía, atendiendo a la realidad de la situación.

Sea por lo que fuere, lo cierto es que la mayoría de la doctrina considera, *lege ferenda*, que es un primer paso para que, en una futura reforma de la CDCB, el cónyuge viudo tenga la condición de legitimario. Es lógico pensar

que sea así, si partimos de la idea de que el viudo no es legitimario en Ibiza debido a una tradición jurídica propia, que a su vez proviene de una práctica habitual, y que resulta que ya no es tan habitual.

B.- Sucesión intestada

Como ya veíamos, la sucesión intestada es perfectamente compatible con la sucesión testada y con la contractual.

En sede de sucesión intestada, se aplican las disposiciones del Código Civil, con la salvedad prevista en el propio artículo 84 CB. Además, recordemos que con motivo de la remisión estática, es de aplicación la redacción del art. 945C.c. vigente en 1990.⁷⁰

Artículo 84 CB: *“La sucesión intestada en Eivissa y Formentera se rige por las normas del Código civil.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el cónyuge viudo adquirirá, libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes.”

b.1.- Falta de llamamiento a la sucesión universal en los casos de separación de hecho

Nos encontramos otra vez con el problema del art. 945 en su redacción del año 1990, que veíamos anteriormente al analizar la sucesión intestada en las Islas de Mallorca y Menorca, y nos remitimos a lo allí expuesto, sin ánimo de ser reiterativos.

Simplemente recordar, que para que el viudo separado de hecho no sea llamado a la sucesión intestada, se requiere que los cónyuges lo estén por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. De nuevo, excluida por tanto la unilateralidad, y de nuevo también los problemas del acuerdo que conste fehacientemente. En este sentido tuvo ocasión de pronunciarse la sentencia de nuestro TSJ, de 24 de octubre de 2010, declarando haber lugar al llamamiento a la viuda, por no considerar acreditada la separación de mutuo acuerdo.

70.- Art. 945 C.c.: *“No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”.*

En relación a este último, ya hemos visto que no se requiere prueba documental, sino que se entiende como una exclusión de la voluntad presunta. Aun así, Cardona Guasch⁷¹ señala la problemática notarial que se aprecia en las pitiusas por tal motivo, pues –añade–, se dificultan enormemente los trámites de aceptación y partición de la herencia, aunque sea el propio cónyuge separado quien reconozca la separación. Como veremos, el proyecto de reforma da una solución a esta problemática, si bien sólo para Ibiza y Formentera.

b.2.- Extensión de la atribución del cónyuge en sede de sucesión intestada.

El art. 84.2 CB se introdujo en la reforma de 1990. Como ya hemos dicho, no existía tradición o antecedente alguno sobre esta figura, que con casi total seguridad se pensó para paliar la situación del cónyuge viudo en Ibiza, a la que tanto nos hemos referido :

-Concurriendo con descendientes: usufructo de la mitad del haber

-Con ascendientes: usufructo de dos tercios

En este caso, a diferencia de lo que ocurría para las Islas de Mallorca y Menorca, sí se hace referencia a la concurrencia con “ascendientes”, y no sólo con padres.

Podríamos pensar que ello obedece a que el derecho pitiuso se encuentra mucho más próximo al derecho común que al mallorquín o menorquín, lo que supone un principio “general” de protección a los ascendientes; o en contraposición, concluir que en el Derecho de Mallorca y Menorca existe una tendencia muy consolidada de supresión de los derechos de los ascendientes, como ya hemos visto.

Nótese también que nada se dice acerca de la cuota “*en los demás supuestos*”. Es decir, ¿qué ocurre si no concurre con descendientes y ascendientes? , ¿tendrá el usufructo universal, como establece en estos casos el art. 45.3 CB para Mallorca y Menorca?, ¿o lo dispuesto en el art. 838 C.c., es decir, el usufructo de 2/3?, ¿existe realmente una laguna? Nuestra opinión es que, realmente, no existe tal laguna. El legislador de 1990 simplemente quiso mejorar la posición del cónyuge viudo en Ibiza en la sucesión intestada, en relación con la que le otorga el Código Civil, aumentando la cuota de usufructo cuando concorra con descendientes o

71.- CARDONA GUASCH, Olga. ““El Dret Viscut”, Ed. Lleonard Muntaner, 2011.

ascendientes (lo cual suele ser lo más habitual, dicho sea de paso); cosa lógica si tenemos en cuenta, por una parte, que el cónyuge no es legitimario en Ibiza y Formentera; y, por la otra, que el Derecho común parte de un régimen económico patrimonial de gananciales; mientras que en las Baleares rige un sistema supletorio de separación de bienes. En todo lo demás, el art. 84 se remite al Código Civil.

Creemos que no hay laguna porque se remite expresamente al cuerpo normativo que debe ser de aplicación como ya defendimos en otro lugar. Para el caso de que se considerara que sí existe una laguna, creemos que lo más correcto es pensar que deberá cubrirse con las disposiciones del C.c., a las que tan claramente se remite el art. 84; sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina y los tribunales observan cómo, cada vez más, priman en el Derecho Ibicenco las instituciones de Derecho Común en perjuicio incluso de las propias. Es más, no podemos olvidar que los principios básicos de la sucesión que rigen en la isla de Mallorca y Menorca son antagónicos a los del territorio pitiuso: “nemo pro parte testatus, pro parte intestatus”; “semel heres, semper heres” y responden a “las pautas más esenciales del modelo romano” (Sentencia TSJ Baleares, de 24 de noviembre de 2005). Por tanto, a nuestro juicio resulta más coherente que se integre con un conjunto normativo que le es más afín, como es el Código Civil.

Con ello no estamos en absoluto desechando el mecanismo de la auto-integración (art. 1.3CB); pero ésta debe aplicarse de manera razonada y coherente: no por el hecho de estar recogido en la Compilación debe ser de aplicación automática ante un “vacío legislativo” de la misma. Es más, nos resulta enormemente forzado aplicar disposiciones referentes a una institución que en Ibiza y Formentera es desconocida, Recordemos también que la Compilación está formada por tres libros, correspondientes cada uno de ellos a una isla, y que tal clasificación responde a una realidad diferenciada, no sólo física, sino también jurídica; y especialmente acentuada en el territorio pitiuso, que cuenta con unos principios y costumbres que le son propios.

b.3.- Naturaleza de la atribución patrimonial

A nuestro juicio, los derechos reconocidos en el artículo 84 CDCB participan de la misma naturaleza que los que le atribuye el Código Civil al cónyuge viudo, en sede de sucesión intestada; y de la misma que la atribución patrimonial que recibe el cónyuge en sede de sucesión intestada, en Mallorca y Menorca, como ya hemos visto. Por tanto, como veíamos más arriba, se trata de un derecho de usufructo ab intestato (Rivas Martínez), o una atribución

patrimonial *ex lege*, o de una atribución sucesoria intestada, en palabras de Cerdá Gimeno⁷² No son legítima porque no hay disposición.

Las cuestiones planteadas para Mallorca y Menorca vuelven a ponerse sobre la mesa.

En primer lugar, en cuanto al cónyuge separado de hecho, a los efectos de determinar si recibirá esta atribución, ¿habrá que estar al art. 834 C.c. (antes hablábamos del 45 CB) o al art. 945 Cc? Aquí la tesis de apostar por el art. 945 C.c. cobra fuerza, principalmente porque el cónyuge viudo no es legitimario, y no tiene por tanto mucho sentido aplicar unas disposiciones correspondientes a una institución que le es ajena.

No obstante, algún régimen jurídico debe aplicarse a esta institución; y, nos guste o no, el más cercano por semejanza es de la legítima. De nuevo, nos planteamos si podría privarse de su adquisición con motivo de las causas de desheredación del art. 69 bis, y las respuesta debe ser a todas luces positiva, en aras a un principio básico, si no de legalidad y rigor, sí de justicia material.

Además, a diferencia de lo que decíamos para Mallorca y Menorca, aquí sí puede existir un testamento que sólo contenga una desheredación. ¿Podríamos llegar a pensar que el testador no podría desheredar porque en rigor no es legítima? Creemos que no se sostiene.

C.- Sucesión contractual

Como es sabido, los pactos sucesorios han gozado de gran tradición en Ibiza y Formentera.

La reforma de 1990 introdujo el concepto de “pacto sucesorio” que, como ocurre en Mallorca, puede ser tanto de “sucedendo” (Art. 74 CB) como de “non sucedendo” (Art. 77 CB: finiquito de la legítima).

Actualmente estos heredamientos pueden encontrarse incluidos en la capitulaciones matrimoniales (espòlits) o en otro documento público, a diferencia de lo que ocurría con la Compilación de 1961, y puede realizarse a favor de cualquier persona, sin que exista relación de parentesco.

72.- CERDÁ GIMENO, José. “Comentarios...” 2ª Edición. Pág 982.

Si bien no podemos entrar en el análisis completo de los pactos sucesorios, sí queremos hacer una breve mención al “heredamiento mutuo”, que es aquel que hacen recíprocamente los cónyuges entre sí, y puede constituir un verdadero precedente de testamento mancomunado en derecho balear.

D.- La reserva viudal y troncal

Dada la cercanía manifiesta del Derecho de las Pitiuses al Código Civil, no tendría mucho sentido que no fueran aquí de aplicación las reservas, tanto viudal como la troncal, y si lo fueran en Mallorca y Menorca.

Desde luego, la doctrina más autorizada⁷³, como Carlos Jiménez, Miguel Masot o Antonia Paniza, manifiesta sin género de dudas que son de aplicación la reserva viudal y troncal en todas las islas; y así lo ha establecido también la Comisión de Derecho Privado, en el informe sobre legítimas del año 2010, ya citado anteriormente.

E.- Un derecho familiar: El ajuar doméstico

Nos remitimos a lo ya dicho para Mallorca y Menorca, con la salvedad de que el viudo no es legitimario.

IV.- EL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES (PLMCDICB), DE 17 DE JUNIO DE 2016, EN RELACIÓN A LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO.

Como anunciábamos en el capítulo I, la reforma ha introducido algunas modificaciones por lo que respecta a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Tales cambios afectan sensiblemente a su posición, así como también suscitan nuevas cuestiones que pueden tener una gran transcendencia práctica.

1.- Posibilidad de definir al cónyuge en Derecho de Mallorca y de Menorca.

Como ya adelantábamos, se extiende ahora la institución de la definición al cónyuge viudo, a través de la modificación de los artículos 50 y 51 CB en los siguientes términos:

⁷³.- Como se ha visto en el capítulo anterior.

Se añade un párrafo final al artículo 50 CB: “ *Los cónyuges también podrán otorgar el pacto de definición regulado en los párrafos anteriores, por medio del cual cualquiera de ellos o ambos renuncien a los derechos sucesorios o únicamente a la legítima que, en su día, les pueda corresponder en la sucesión de su consorte de vecindad civil mallorquina.*”

Y se le otorga una nueva redacción al art. 51 CB: “*La definición deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del renunciante, sea cual sea la fecha del testamento.*”

Respecto a otras disposiciones testamentarias a favor del renunciante, serán válidas, en la definición limitada a la legítima, la institución de heredero y el legado con cargo a la porción libre, sea cual sea la fecha del testamento. En la no limitada serán válidas las disposiciones de carácter patrimonial ordenadas en testamento de fecha posterior a la definición y quedarán sin efecto las ordenadas en testamento de fecha anterior, sin que entre en juego la sustitución vulgar, excepto la dispuesta a favor de descendientes del renunciante que sea hijo único.

Muerto intestado el causante, si la definición se ha limitado a la legítima, el descendiente o cónyuge renunciante serán llamados como herederos, según las reglas de la sucesión intestada. Si no es limitada, quien la haya otorgado no será llamado nunca; sí que lo serán los descendientes del descendiente renunciante, excepto que del pacto resulte expresamente lo contrario o existan otros descendientes no renunciante o estirpes de ellos.”

En definitiva, y a la luz de estos artículos, se trata de ampliar el campo de actuación de la definición y permitir que el cónyuge pueda renunciar a sus derechos sucesorios (bien a todos, bien limitado a la legítima) en vida de su consorte, a cambio de una atribución patrimonial.

A nuestro juicio, se trata ésta de una decisión acertada. Creemos que efectivamente, puede en muchos casos cumplir la función de eliminar recelos frente a segundas nupcias, tal y como persigue la propia Exposición de Motivos, al hablar de las familias “estructuradas”, y entendemos también que siempre son loables las modificaciones que tratan de desbloquear situaciones conflictivas o buscar salidas a problemas habituales. Está claro que no va a ser la solución mágica, capaz de acabar de una vez por todas con los problemas hijos/viudo no progenitor. Pensemos, por ejemplo, el caso de que se llevara a cabo la definición a favor del consorte, otorgándole a éste el bien más preciado de la herencia o el más deseado por los hijos (sin perjuicio de la posible inoficiosidad, a la que después nos referiremos); pero como decimos,

entendemos que es una reforma oportuna, y lo que es más importante, supone una muestra por parte del legislador de aproximar las instituciones a la realidad y necesidades sociales, sin estar únicamente condicionado por la tradición jurídica del territorio.

Por otra parte, y en relación a la aplicación territorial, parece claro que la modificación del art. 65 CB⁷⁴ del libro de Menorca, por la que, como veíamos, se establece que le será de aplicación el derecho de Mallorca en su integridad (a salvo lo relativo a los derechos reales) incluye, como no puede ser de otra manera, la institución de la definición en su nueva extensión a favor del cónyuge. Es cierto que el art. 50 CB, tal y como queda ahora redactado, habla de la definición como renuncia a los derechos “*en la sucesión de su consorte de vecindad civil mallorquina*”. No obstante, creemos que ello no debe ser obstáculo para que, al hacer efectiva la remisión del art. 65 CB, deba interpretarse que la expresión “*vecindad civil mallorquina*” debe sustituirse por “*vecindad civil menorquina*”. Recordemos que lo que marca la pauta de una posible definición es la *vecindad civil* des ascendiente, tal y como se desprende del propio art. 50 CB y del art. 9.8 C.c.

A pesar de lo acertado de esta modificación, lo cierto es que su introducción en relación a la figura del cónyuge suscita nuevas cuestiones en torno a la propia institución de la definición, y en particular, a su revocación.

El problema con el que nos encontramos en la definición es que resulta de la combinación de dos figuras jurídicas: atribución patrimonial, por un lado; y renuncia a los derechos sucesorios, por otro. Es decir, que como consecuencia de una atribución o condonación, se renuncian a unos derechos legitimarios futuros, o bien a todos los derechos sucesorios, dependiendo del alcance, pero en todo caso, inciertos.

Por tanto, en materia de revocación, que es lo que aquí nos interesa, pueden plantearse tanto las disposiciones relativas a la revocación de donaciones, como las causas de indignidad o desheredación, pues la figura es una combinación de ambas.

¿Qué ocurre si el definido incurre en causa de ingratitud en vida del donante? ¿Y si, una vez fallecido el donante, resulta que el donatario se encuentra incurso en causa de indignidad?

74.- *En la isla de Menorca rige lo dispuesto en el libro I de esta compilación, a excepción del título III.*

Siguiendo la estructura de la definición, con independencia de que pueda considerarse un negocio bilateral (se renuncia porque se dona, dice nuestro TSJ), lo cierto es que no podemos perder la perspectiva de que existe una atribución, que en la mayoría de los casos será donación, coetánea o anterior a la renuncia.

Esa donación, desde la perspectiva de los descendientes, única posible hasta ahora y desde dónde se han abordado los problemas, debe necesariamente regirse, a nuestro juicio, por las reglas de la donación normal y corriente, lo que incluye las causas de revocación de los art. 644 C.c., ya que hasta que no muera el donante no será eficaz la renuncia a unos derechos sucesorios futuros. De hecho, puede que ni siquiera lleguen a existir, como en los casos de premoriencia del donatario.

En definitiva, entendemos que si se pretende la revocación de la donación realizada con pacto de definición en vida del donante, habrá que estar a las causas generales de revocación, pues ni siquiera se sabe si van a llegar a existir o no los derechos sucesorios.

No obstante, algunos autores como Pons Salvá⁷⁵, atendiendo a la naturaleza sucesoria de la donación con pacto de definición,⁷⁶ se han planteado la posibilidad de aplicar, no las normas generales de revocación de donaciones, sino las causas de revocación de la donación universal de bienes presentes y futuros, que encontramos en el art. 8 CB y el art. 74 CB. La autora se centra en las causas de desheredación e indignidad, a las que se refieren los artículos citados (concretamente se refieren a las causas incluidas en los apartados a y b de los artículos 7 bis para Mallorca; y 69 bis para Ibiza y Formentera) concluyendo que la concurrencia de cualquiera de ellas supondría la ineficacia de la donación. Lo cierto es que la naturaleza sucesoria de la donación con pacto de definición, es innegable; pero dista, a nuestro juicio, de la figura de donación universal de bienes presentes y futuros. Además de que, como decimos, los derechos sucesorios a los que se renuncia en pacto de definición quizás no lleguen a nacer nunca.

A pesar de que este resulte un tema interesante, lo cierto es que carece de trascendencia práctica, en lo que al cónyuge viudo se refiere, ya que, para Mallorca (y ahora extensible a Menorca) coinciden las causas de revocación

75.- PONS SALVÁ, María. “*El pacto sucesorio mallorquín: la diffinitio*”. Revista jurídica de las Islas Baleares, nº XI. Palma. Año 2010.

76.- De hecho, su tributación es del 1% de padres a hijos, como la herencia, por entender precisamente que prevalece esa naturaleza sucesoria, lo que por otra parte, provoca que este negocio sea tan popular, y ahora más, con los rumores de nueva subida de los tipos impositivos en sucesiones en Baleares.

de donaciones entre cónyuges, del art. 4.3 CB (que creemos aplicables, como veremos a continuación) con las de revocación de la donación universal de bienes presentes y futuros. No así en las Pitiuses, pero recordemos que el cónyuge viudo no es allí legitimario.

Como decimos, el problema se ha abordado únicamente desde la perspectiva del descendiente y poniendo el foco, casi mayoritariamente, en las causas de revocación general de los artículos 644 y ss C.c. Así la doctrina ha discutido tanto la revocación de la donación con pacto de definición, como los efectos de esa revocación, que intentaremos extrapolar, si se puede, al cónyuge viudo.

En relación a la posible revocación, la doctrina más autorizada, entiende que, por motivos obvios, no es de aplicación el art. 644 C.c. (pues el supuesto de hecho es un donante sin hijos).

No obstante, consideran que sí deben ser de aplicación como causas de revocación de la donación con pacto de definición el art. 647 C.c. y el art. 648 C.c., cuando el donatario incumpla la carga impuesta por el donante, o bien por incurrir en causa de ingratitud, respectivamente.

En relación al art. 647 C.c., Carbonell Crespí⁷⁷ matiza, entendiendo que no podría imponerse una carga a la definición que sólo se limitara a la legítima, en virtud del principio de intangibilidad de la legítima, pero sí cuando la definición afectara a la totalidad de los derechos hereditarios, por aplicación analógica de la *cautela socini* prevista en el art. 49 CB. Compartimos la opinión de Carbonell Crespí, puesto que otra cosa vulneraría la intangibilidad cualitativa de la legítima, y el derecho a recibir la legítima libre de cargas, ex art. 813 C.c. Cosa distinta, como también contempla el autor, es la posibilidad de que se imponga una carga a la donación con pacto de definición, pero siempre que esa definición incluya la totalidad de los derechos hereditarios, y no se limite a la legítima.

En definitiva, por tanto, parece que la donación con pacto de definición puede revocarse por ingratitud (ex art 648 C.c.) y por incumplimiento de carga, ex art. 647 C.c., siempre que la definición se refiriera a todos los derechos sucesorios, en virtud del principio de intangibilidad de la legítima.

77.- CARBONELL CRESPI, José Antonio. "La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.". Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia de Baleares. Nº VIII. Año 2006. Pág. 69 y ss.

Entonces, ¿Cuál será el efecto de esta revocación?

Ferrer Pons⁷⁸ considera que en los casos del art. 647 y 648C.c. podrá revocarse la donación, pero que la renuncia a la definición será perfecta y deberá mantenerse. Por su parte, Carbonell Crespí distingue entre ambos artículos y considera que, en caso de incumplimiento de carga, la revocación de la donación dejaría subsistente un futuro derecho de legítima, mas no en los casos del art. 648C.c., al haber incurrido el donatario en causa de ingratitud, que pueden identificarse con las causas de desheredación.

No compartimos ninguna de las opiniones anteriores. A nuestro juicio, la eficacia de la renuncia está siempre condicionada a la existencia de una donación o atribución, no pueden entenderse como dos negocios separados e independientes. Hay una renuncia porque hay una atribución. Si la atribución desaparece, por muy reprochable que sea la actitud del donatario, resurgirá su derecho de legítima, en tanto resulta ineficaz la renuncia. Y no compartimos tampoco el razonamiento de Carbonell Crespí, cuando considera que, una vez que se revoca la donación por ingratitud, se pierde el derecho de legítima, porque las causas de ingratitud se identifican en su mayoría con las de desheredación. Creemos que no puede éste ser un proceso automático y que, si se revoca la donación por causa de ingratitud, se mantendría su derecho a la legítima al tiempo del fallecimiento del causante. Si éste quisiera privar al “exdonatario” de la legítima, debería hacerlo en testamento, alegando la causa de desheredación en que se funde.

Entrando ya en el análisis de la revocación de donaciones con pacto de definición a favor del cónyuge, nos encontramos con que existen causas de revocación específicas para las donaciones entre cónyuges, y que concretamente fueron introducidas por la ley 3/2009 de 27 de abril de modificación de la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento. Creemos que son estas las normas que deben entrar en juego, en tanto ley especial.

Dice el art. 4.3 in fine: “*Las donaciones entre cónyuges serán revocables tan sólo en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo 7 bis, cuando el donante sea el cónyuge agraviado, por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Se consideran causas de ingratitud, además de las establecidas en el Código Civil, el incumplimiento grave o reiterado*”

78.- Por referencia de CARBONELL CRESPI, José Antonio. “*La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.*”. Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia de Baleares. N° VIII. Año 2006. Pág. 69 y ss.

de los deberes conyugales, la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe, y la separación o el divorcio.” Recordemos que dichas causas se aplican en la isla de Menorca, ex art. 65 y en las de Ibiza y Formentera, por remisión del art. 67.1 *in fine*.

Si bien lo que a continuación se dirá no tiene especial relevancia para Ibiza y Formentera, en tanto el cónyuge no es legitimario, sí podríamos plantearnos si la atribución patrimonial que le corresponde al viudo ibicenco, por la vía del art. 84.2, podría ser objeto de finiquito; y lo mismo en relación a la atribución patrimonial en Mallorca y Menorca en sede de sucesión intestada. Para el primer caso, nada ha previsto el proyecto; y para el segundo, damos por reproducidas las reflexiones sobre su naturaleza jurídica y el régimen que le debe ser de aplicación.

Retomando las causas de revocación de donaciones entre cónyuges, vemos que el cónyuge se encuentra en peor situación que cualquier otro donatario, en tanto las causas de revocación son mucho más numerosas. De hecho, queremos hacer nuestra la crítica de Llodrá Grimalt, quien pone de manifiesto cómo no tiene sentido alguno que se pueda revocar una donación entre cónyuges en los casos de nulidad, separación y divorcio, sin más; mientras que se valora la culpabilidad (que elimina la reforma) para determinar la privación de los derechos legitimarios, cuando en realidad debería de ser al revés. La donación es libre y se hace de manera libre. Si pretende identificarse como causa de ingratitud, debería ir acompañada de un comportamiento reprochable, como todos los del art. 648 C.c.

Dicho lo anterior, la donación entre cónyuges puede revocarse por haber atentado contra la vida, libertad, libertad sexual, o haber ocasionado lesiones al donante (art. 7 bis, a y b) ; por incumplimiento de cargas e ingratitud, entendiendo por “ingratitud”, además de las del C.c., la nulidad, si ha habido mala fe, la separación y el divorcio.

Creemos que es perfectamente extrapolable lo dicho anteriormente sobre las causas de revocación de donaciones en sede de descendientes, así como sus efectos. Damos por tanto por reproducida nuestra opinión sobre los artículos 647 y 648 C.c. y sus efectos.

¿Y las causas del art. 644 C.c.? Éstas habían sido descartadas lógicamente por la doctrina, dado que el supuesto de hecho era que el donante no tuviera hijos. ¿Podría ser una causa de revocación de donación con pacto de definición entre cónyuges?, Nos planteamos la cuestión siempre que el cónyuge donatario no fuera progenitor, claro está. A nuestro juicio, y en tanto

la revocación supone privación de derechos, debería de haberse contemplado de manera expresa. Al art. 4.3 CB no le es desconocida la técnica de la remisión, y de hecho la utiliza, pero no para incluir el art. 644 C.c. Creemos por tanto que no podría ser ésta una causa de revocación e donación entre cónyuges por no estar legalmente prevista.

Mención aparte merecen la separación y el divorcio. Tal vez sea ésta una excepción a la crítica de Llodrá Grimalt, que hicimos nuestra, por considerar que no tiene sentido que se pueda revocar una donación entre cónyuges por el mero hecho de separarse o divorciarse, sin que exista un verdadero comportamiento “ingrato” por parte del donatario. Pero lo cierto es que si la donación se ha realizado al cónyuge, con pacto de definición, y se conoce, de manera anticipada a la muerte de cualquiera de los miembros de la pareja, que esos derechos legitimarios ya no van a existir, nos parece lógico proceder a su revocación, sin más, únicamente con motivo de la separación o el divorcio. En este caso, derechos legitimarios solo podrían resurgir en caso de reconciliación entre los cónyuges (separados, claro).

¿Y qué ocurre una vez fallecido el donante?,

En ese preciso momento es cuando se concretan los derechos sucesorios. Aquellos derechos que podían ser o no ser, como ocurre en los casos de premoriencia. A nuestro juicio, será al tiempo del fallecimiento del testador cuando deberán valorarse las causas de desheredación e indignidad.

En relación a la desheredación, el art. 51.1 de la CB, establece que “*La definición deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del renunciante, sea cual sea la fecha del testamento*”. Parece por tanto que el causante que hubiera definido no podría desheredar en testamento, porque cualquier disposición relativa a la legítima, “cualquiera” (incluida, entendemos, la que se refiere a la propia privación de la misma) resulta ineficaz. Por tanto, la única vía que le queda al donante que se ha visto agraviado, pensemos, por una causa de ingratitud, es revocar en vida y desheredar en testamento.

¿Y las causas de indignidad? A nuestro entender, si el propio donante-causante no puede desheredar en testamento, de manera que el definido tuviera que devolver lo donado o su equivalente, parece lógico que los herederos no puedan iniciar la acción para declarar la indignad. Además de que tendría poca lógica por varios motivos: sería extraño declarar a alguien “indigno” de suceder o de entrar en posesión de algo que puede que tenga hace años; por otra parte, y entroncando con lo anterior, por el límite temporal

de art. 762 C.c. (5 años desde que entró en posesión de la herencia o legado); y para terminar, porque si el testador la conocía y no la revocó, podríamos aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 757 C.c.⁷⁹, entendiendo que era su voluntad mantenerla.

Lo que sí podría llevarse a cabo, según la mayoría de la doctrina entre la que se encuentra Pilar Ferrer⁸⁰, es la reducción por inoficiosidad, ex art. 654 y ss C.c., lo cual puede ser bastante común en tanto actualmente se está desnaturalizando la institución de la definición. El motivo es el principio “sagrado” de intangibilidad de la legítima, y si bien podemos estar de acuerdo, lo cierto es que la idea choca con el concepto de aleatoriedad. ¿Por qué? Porque el donatario no puede pedir complemento de la legítima por la vía del art. 815 C.c., cuando el donante-causante viene a mejor fortuna; pero sí puede verse obligado a reducir su atribución si el donante se empobrece (*relictum+donatum*). Parece que es aleatorio de única dirección. La “intangibilidad de la legítima” lo puede todo.

Podría plantearse que la aleatoriedad también juega para el donante, pues puede que el donatario no llegue a adquirir su derecho de legítima, en caso de premoriencia. No obstante, el donante aquí va “sobre seguro”, pues sabe que si el donatario no tiene hijos, podrá ejercitar su derecho de reversión, según ha confirmado nuestro TSJ, en sentencia de 28 de mayo de 1992. Quizás esa aleatoriedad debería jugar también en contra del donante, ¿sería descabellado pensar que, cuando el donante realiza una donación con pacto de definición, queda imposibilitado para revocarla?, ¿no podría asumir el riesgo de que sus hijos, tras la donación, pudieran dispensarle un trato “ingrato”?

La segunda parte de la inoficiosidad es conocer sus efectos ya que, en una donación normal, se reduce la parte necesaria para no perjudicar la legítima y nada más. No obstante, en la donación con pacto de definición, la renuncia que realiza el donatario-legitimario, de manera unilateral, es precisamente consecuencia de la atribución que se ha realizado a su favor, y con la que él se ha dado por pagado. Por tanto, a nuestro juicio, la reducción otorgaría al donatario la facultad de dejar ineficaz el negocio conjunto, renuncia y donación, y concurrir como un legitimario más, restituyendo el bien donado a la masa.

79.- Art. 757 C.c. : “*Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.*”

80.- FERRER VANRELL, Pilar. “*Ponencia sobre la difinitivo (art. 50, 51 y 77 CDCIB) y propuesta de resolución de las cuestiones que plantea*”. Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia de las Islas Baleares, nº XV, pág. 421 yss.

Para terminar, queremos apuntar también una cuestión en torno a la obligación de reservar impuesta al cónyuge sobreviviente, ex art. 968 C.c. Tradicionalmente, se ha entendido que las donaciones entre cónyuges, salvo aquéllos regalos de costumbre, deben reservarse. No obstante, se exceptuaba de la obligación de reservar, la cuota legal usufructuaria, ya que el cónyuge viudo sólo tenía el usufructo. ¿Qué pasará con las donaciones entre cónyuges con pacto de definición? Rivas Martínez⁸¹ pone de manifiesto cómo se ha planteado la posibilidad de que pudiera quedar sometida a reserva lo dado por los herederos para conmutar el usufructo, pero se ha descartado porque responde a una causa onerosa. A la vista de los caracteres de la donación, y principalmente la onerosidad, quizás debamos llegar a la misma conclusión en el caso de donaciones entre cónyuges con pacto de definición.

2.- Supresión de la mención al art. 840 C.c.

De manera casi imperceptible y sin ninguna mención en la Exposición de motivos, se elimina la posibilidad de que el cónyuge viudo que concorra sólo con hijos del causante, pueda exigir la conmutación de su usufructo.

Es cierto que muchas instituciones de Derecho Común son aplicables en Derecho Balear a pesar de que no se reconozcan o mencionen expresamente en la Compilación, debiendo Tribunales y doctrina determinar cuándo son o no contrarias a nuestro Derecho y sus principios. Un claro ejemplo es la ya comentada reserva viudal. No obstante, entendemos que la eliminación de la mención artículo 840 C.c. pone de manifiesto una voluntad clara del legislador de dejar sin efecto el derecho que ampara al cónyuge que sólo concurre con hijos del difunto. ¿Cuál es el motivo? ¿Se ha vuelto de manera repentina contraria a los principios incluidos en nuestra Compilación? Parece como si la introducción de la definición a favor del cónyuge tuviera como contrapartida la pérdida del derecho mencionado.

No entendemos ni compartimos dicha decisión. La institución de la definición no depende sólo del cónyuge que recibe sino del que quiere definir, bien sea para eliminar celos ante un segundo matrimonio, para dejar más clara la sucesión, para garantizar determinados bienes a su viudo/a o cualesquiera otros. ¿Y si el fallecido no quiso definir? En tal caso, resultará que si el sobreviviente concurre con hijos sólo del primer matrimonio, nada podrá exigir; mientras que los hijos, de común acuerdo, sí podrán decidir conmutar y la manera de conmutar, ya que no se ha eliminado la mención al art. 839 C.c.

81.- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José., “*Derecho de sucesiones común y foral*” 4ª edición. Dykinson, 4ª Edición. tomo II, pag.2423

A nuestro juicio, la extensión de la definición al cónyuge viudo no justifica la pérdida del derecho a exigir la conmutación en los casos del art. 840 C.c. Y lo cierto es que quizás podríamos tener una vía para mantener su vigencia, que no es otra que el art. 1.3 CB, de aplicación supletoria del Código civil. Es cierto que defender la aplicación una vez que ha sido suprimido de manera expresa no es sencillo, ya que parece deducirse una voluntad del legislador de suprimir dicho artículo. No obstante, creemos que es perfectamente defendible mantener su vigencia por la vía de la aplicación supletoria, pues no podemos entender (pues hasta ahora no ha sido así) que dicha facultad se haya tornado repentinamente contraria a los principios de Derecho Balear.

3.- Modificación del art. 45.1 CB: Desaparición de la idea de “separación-sanción”.

Como hemos visto en el capítulo anterior, el sistema o criterio de “culpa” que actualmente se incluye en el art. 45.1 C.c. no se sostiene actualmente.

Desde luego, tuvo su sentido cuando en el año 1981 se introdujo la institución del divorcio en nuestro país, a través de la ley 11/1981 de 13 de mayo, estableciendo causas legales taxativas, en los artículos 81 a 86 C.c. En aquella época, separación y divorcio eran poco habituales, una situación “patológica” y, en cierta manera, reprobable socialmente. No es por tanto de extrañar que se buscara y sancionara al causante de la separación, extrapolando esa “culpabilidad” para mantener los derechos del “cónyuge bueno” en caso de fallecimiento del “cónyuge culpable”. De esta forma, el cónyuge que había cumplido escrupulosamente con los deberes conyugales y familiares, y había solicitado la separación por causa imputable exclusivamente al otro (o bien si el cónyuge culpable había abandonado unilateralmente el hogar), podía mantener su legítima, en caso de morir aquél testado⁸².

Vino la reforma 15/2005, de modificación del C.c. y LEC en materia de separación y divorcio, e incorporó lo que ya era un sentir popular, tras casi 25 años. Eliminó las causas de separación y divorcio, entendiendo que nadie tiene que estar casado o en convivencia si no quiere, y eliminó también cualquier resquicio del concepto de “culpa”, pues esa decisión, con culpa o no, no debe tener consecuencia alguna en los derechos sucesorios.

82.- Art. 834 C.c.: *“El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.”*

No obstante, el art. 45.1 CB permaneció inalterable, generando el problema de que, en Mallorca y Menorca hay consecuencias en caso de separación culpable, como hemos visto, cuando las causas ya han desaparecido.

Ahora, por fin, el legislador incorpora esta idea de "separación libre", sin concepto de culpa, lo cual era una clamor por parte de todos los sectores doctrinales.

El art. 45.1 tiene el proyecto la siguiente redacción: *“El cónyuge que, al morir el consorte, no se encuentre separado legalmente ni de hecho será legitimario en la sucesión de éste”*.

No podemos sino alabar la mencionada reforma, sin perjuicio de lo que después se dirá, ya que por fin se da respuesta a una realidad social (art. 3 C.c.) y a tantas voces, procedentes de la doctrina más autorizada en Derecho Balear, que habían criticado enormemente que la idea de “separación sanción” siguiera vigente en nuestro derecho, sobre todo tras la reforma 15/2005 de 8 de julio, por el que se modifica el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio, en los términos que veíamos más arriba, preguntándose también si, siendo la separación y el divorcio una competencia exclusiva del Estado, podía la Compilación Balear regular efectos para unas causas inexistentes. Con lo avanzada que había sido la ley balear introduciendo la idea de la “separación de hecho”, y lo que le ha costado al legislador eliminar la idea de culpa.

La idea que subyace es la que predomina en nuestra sociedad y es la de que nadie tiene que estar casado o convivir con otra persona si no quiere. En consonancia con lo anterior, se elimina también el concepto de “culpa” o “castigo”.

Esto se traduce en que, no solo desaparecen las causas de separación y divorcio, sino que además, la posición de cualquiera de los cónyuges separados, legalmente o de hecho, con respecto a su legítima en la herencia del otro, va a ser exactamente la misma, con independencia de que el fallecido haya sido o no el causante de la separación.

Pero como siempre, y a pesar de lo acertado de la reforma, lo cierto es que no suele haber una solución perfecta para todos los supuestos, y existen casos en los que la justicia material nos impulsa necesariamente a adoptar otra decisión en la que se sigue valorando la culpa. Como decíamos más arriba, los casos de violencia de género, desgraciadamente tan habituales, son una clara muestra. Tener que abandonar un domicilio familiar por violencia,

física o psíquica, y además ser privado de la legítima, cuando generalmente el perfil de mujer maltratada es una mujer con escasos recursos, es una solución que parece poco justa. La solución podría ser hacer una salvedad, consistente en exceptuar los supuestos de violencia de género con sentencia firme, principalmente teniendo en cuenta que se están tomando acertadamente medidas de protección para este colectivo, como la ley balear 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres.

Por otra parte, sorprende que no se haya aprovechado la reforma para modificar otros extremos íntimamente relacionados con éste. Por ejemplo, el problema que se suscita en sede de “sucesión intestada”, en relación al llamamiento del cónyuge separado de hecho. Recordemos que en la práctica, la aplicación del art. 945 C.c. en su redacción anterior a la reforma, y aplicable en Baleares con motivo de la remisión estática, impide que el viudo sea llamado cuando existe “separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. Si bien ha establecido la jurisprudencia y doctrina que no exige prueba documental, sí provoca enormes problemas prácticos.

No tiene sentido que, para ser privado de la legítima, sea suficiente la separación de hecho y para no ser llamado a la sucesión intestada, se exija separación de hecho de mutuo acuerdo, excluyendo en este último caso los supuestos de separación unilateral.

Está claro que ambas figuras no tienen el mismo fundamento, pues como ya hemos dicho, la legítima encuentra su sentido en la convivencia, mas no es así en el caso de la sucesión intestada (pensemos por ejemplo en el llamamiento a los colaterales). El llamamiento en la sucesión intestada tiene por objeto evitar una masa sin titular, bienes sin dueño, y por ello el legislador realiza una ficción de afectos y cercanías, supliendo lo que podría ser la voluntad del testador: descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales. Al margen de lo anticuado que pueda resultar ese orden de llamamiento, lo cierto es que, presumir que la voluntad del fallecido, separado unilateralmente, es que lo adquiriera todo su viudo/a, a falta de descendientes y ascendientes, es presumir demasiado.

Podría criticarse esa postura entendiendo que, por esta regla de tres, deberían también de excluirse del llamamiento de la sucesión intestada aquellos parientes con los que se tiene enemistad conocida, pero lo cierto es que un primo o un tío, lo es siempre, a diferencia de lo que ocurre con un cónyuge; además de que, la falta de “affectio” entre cónyuges tiene una trascendencia social y un reflejo exterior más llamativo o expreso que en cualquier otro caso de relaciones inter-personales.

A nuestro juicio, debería desaparecer la distinción entre separación unilateral y de mutuo acuerdo, entendiendo que ambas tienen que tener la virtualidad de hacer desaparecer cualquiera de los derechos sucesorios del viudo, por una u otra razón; si bien ello no es óbice para que reiteremos los efectos de la justicia material, también extrapolables al caso de la sucesión intestada.

4.- Modificación del art. 45.2 CB. Reconciliación entre los cónyuges

El proyecto de ley modifica también el art. 45.2 CB, relativo a la reconciliación de los cónyuges. La Exposición de Motivos lo fundamenta en el carácter consensual de la separación, que se introduce con la reforma y a la que ampliamente nos hemos referido.

Como veíamos más arriba, ahora el artículo 45.2 CB se remite al art. 835C.c., en su redacción de 1990:

Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito.

Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.”

Ahora no tiene sentido esperar al resultado de un pleito que no contendrá pronunciamiento alguno sobre la culpabilidad o las causas de la separación. Es por ello que de manera acertada, se introduce la siguiente redacción:

Art. 45.2 :“Si entre los cónyuges separados ha habido una reconciliación debidamente acreditada, el superviviente conservará sus derechos.”

A pesar de que este precepto se encuentra en sede de legítima, entendemos que, por pura lógica, será también aplicable a la atribución patrimonial que recibe el cónyuge en sede de sucesión intestada, así como al propio llamamiento de carácter universal, en defecto de ascendientes y descendientes, del art. 945 C.c.

Ya decíamos más arriba que la atribución que le corresponde al cónyuge sobreviviente en sede de sucesión intestada, no es legítima; si bien, a salvo también lo comentado, creemos razonable aplicarle un mismo régimen jurídico, en tanto ambas descansan o se fundamentan en una efectiva convivencia. A diferencia del llamamiento a la sucesión intestada, que no es sino una presunción general de lo que podría ser la voluntad del testador, basada en el

afecto. No obstante, en ambos casos, creemos que la reconciliación restituye cualesquiera de ellos.

El problema, como es obvio, va a ser determinar qué significa “debidamente acreditada”. El Código civil solventó el problema con la reforma por Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria, a través del sistema de la notificación, bien al juez, bien al notario que conoció de la separación⁸³, que si bien otorga seguridad jurídica (o hubo comunicación o no la hubo) lo cierto es que, a nuestro juicio, esta solución se aleja de la realidad social y del hacer cotidiano de las parejas que se reconcilian, principalmente si no están debidamente asesoradas.

Ahora en el proyecto se introduce el concepto de reconciliación “debidamente acreditada”. No encontramos una definición ni en el proyecto ni en su articulado, aunque la Exposición de Motivos sí define lo que debe entenderse por separación de hecho, lo cual puede servir de guía para saber qué se va a exigir en la reconciliación, para que tenga los efectos previstos en el art. 45.2 CB, destacando la idea de “rotundidad”: “... genuina, determinada por una clara ruptura de la vida de pareja, firme y con propósito de definitiva, de forma que quede acreditada la desaparición de la *affectio*; y no de un supuesto de simple alejamiento transitorio o intermitente que no revela con claridad la voluntad decidida de poner fin a la unión. “ En clave de reconciliación, puede por tanto entenderse que ésta tendrá que ser igualmente clara, con propósito de definitiva, que suponga la reaparición de la *affectio*, de carácter permanente y que revele voluntad de mantener esa unión.

No será fácil en la práctica establecer cuando estamos ante una reconciliación de estas características o ante un simple acercamiento, o una voluntad infructuosa de volver a intentarlo. Tendremos que aguardar a que la jurisprudencia establezca unos criterios, esperemos que unánimes, y que con casi total seguridad incluirán el de la convivencia en un mismo domicilio, siempre que ésta responda a una voluntad de renovar su vida de pareja, la *affectio maritalis*.

83.- Art. 835C.c.: “Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos.”

5.- Ibiza: Desaparición de la problemática en sede de sucesión intestada, generada por la remisión al art. 945 C.c., en relación a la separación de hecho.

También casi de manera imperceptible y sin ninguna mención en la Exposición de Motivos, se modifica el ar. 84.2 in fine CB del siguiente modo: *“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el cónyuge viudo adquirirá libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia intestada en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes en concurrencia con ascendientes. No tendrá este derecho el cónyuge viudo separado legalmente o de hecho”.*

Esta problemática también había sido denunciada por la doctrina ibicenca (Cardona, Cerdá...), tal y como hemos visto en el capítulo anterior. Así, por efecto de la remisión estática, para privar al cónyuge del llamamiento a la sucesión intestada (universal o de atribución, vía art. 84.2 CB) se requería una separación consensuada, no unilateral, y que constara de manera ostensible. Ello conllevaba enormes problemas prácticos que han sido ya expuestos en el presente trabajo, y a ellos nos remitimos, sin ánimo de ser reiterativos.

Con la nueva regulación será suficiente separación legal o de hecho. Sin más variables, lo cual es coherente con todo lo que venimos diciendo sobre el concepto actual del matrimonio, la convivencia y las instituciones familiares. No obstante, tampoco podemos dejar de ver la “otra cara de la moneda” y es que ahora, será más sencillo privar al cónyuge viudo en Ibiza de la atribución que surgió precisamente condición de no legitimario.

No obstante lo anterior, nos parece una decisión, como decimos, acertada. Sin embargo, no podemos dejar de criticar que no se haya adoptado la misma decisión para Mallorca y Menorca, con idénticos problemas, como se ha visto a lo largo de ese trabajo. No tiene sentido alguno que no se aproveche la reforma para atajar un problema que es general, común a todas las islas. Todo ello pone de manifiesto una deficiente técnica legislativa, una falta de coordinación, que a pesar de ocultar buenas intenciones, lo cierto es que crean enormes problemas prácticos.

V.- CONCLUSIONES

1ª.- Es indudable que el proyecto introduce reformas que eran necesarias. Cualquier sociedad avanzada que se precie debe establecer medidas de protección en relación a un colectivo vulnerable, como es en

este caso en de los discapacitados, tal y como ya había hecho la ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Es también digno de mención el llamamiento por fin a la CCAA en la sucesión intestada, lo que sin duda redundará en un beneficio de los ciudadanos de las islas, a través de la actividad de *instituciones o establecimientos de asistencia y beneficencia social, de educación o culturales ubicados en el territorio de la comunidad autónoma*.

2º.- El proyecto muestra, a nuestro juicio, la voluntad del legislador de acercar las instituciones al ciudadano, y de procurar que se pueda sentir beneficiado en su día a día, adaptando y actualizando además el texto actual. Un claro ejemplo es el destierro, por fin, del concepto de “culpa”, pero hay otros, mucho más novedosos, como los pactos sucesorios en Menorca o la posibilidad de definir al cónyuge viudo. Es loable que la exposición de motivos hable ya de “familias estructuradas”, cuando la Compilación sigue hablando de “culpa”. Desde luego es un salto cualitativo en modernidad y cambio. Alabamos que el legislador no quede encorsetado únicamente en la tradición jurídica y aumente el campo de actuación de instituciones que pueden facilitar la vida del ciudadano de “a pie”, o dar respuesta a problemas comunes.

3º.- Los problemas que ocasiona la remisión estática nos siguen acompañando como una condena. Y en especial, en materia de sucesiones. El proyecto propone una solución “a medias”, de manera que, cuando se introduzcan modificaciones en la Compilación, la remisión se entienda al texto del Código Civil, vigente al tiempo de la entrada en vigor de la reforma que corresponda. Será desde luego complicada la labor del profesional del Derecho, teniendo que combinar reformas, años, entradas en vigor y textos legislativos. La mejor solución sería la regulación propia, intensificar la labor legislativa, de manera que se evitara la aplicación supletoria del Código civil, que tantos problemas conlleva; y la aplicación también de normas trasnochadas. Por supuesto, no se puede dar cabida a una remisión dinámica, pues sería delegar la función de legislar en parlamento distinto al balear; no obstante, la remisión estática provoca la aplicación de textos obsoletos e impide que nos podamos beneficiar de una regulación más moderna. Un claro ejemplo ha sido, y seguirá siendo si el proyecto no sale adelante, el de la valoración de la culpa en la separación, a los efectos de mantener los derechos legitimarios, y una vez desaparecidas ya las causas de separación y divorcio.

4º.- Llama enormemente la atención que no se haya aprovechado la reforma para modificar la postura del cónyuge viudo en Ibiza en sede de sucesión testada. La doctrina más autorizada balear ha abordado este tema en muchas ocasiones, poniendo de manifiesto la vulnerabilidad del supérstite, y solicitando la adopción de medidas al respecto. Resulta extraño que se hayan tomado medidas tan novedosas, como los pactos sucesorios en Menorca, y nada se haya dicho sobre la cuestión anterior.

5º.- En general, existen faltas de técnica legislativa y coordinación. Algunas de ellas provocadas por la DF segunda, pero otras vienen de la mano del legislador. La última de ellas la encontramos en el propio proyecto, que aborda una cuestión sobre la que también se había hablado mucho, pero sólo lo hace para Ibiza y Formentera. Nos estamos refiriendo a la separación de hecho en la sucesión intestada, pues hasta ahora, todas las islas se remitían al art. 945 C.c. en su redacción de 1990 (separación de mutuo acuerdo que conste fehacientemente). El proyecto modifica el art. 84 CB (libro III) introduciendo el concepto de “separación de hecho”, pura simple, tal y como reza el art. 945 C.c. en su redacción actual. Esta reforma es digna de alabanza pues, como decimos, era un problema que había sido también muy criticado. Entonces, ¿por qué no se da la misma solución para Mallorca y Menorca?

6º.- El proyecto, si bien tiene algunos aciertos, está lejos de ser la reforma profunda y ambiciosa que se espera. Está claro que la sociedad ha cambiado, ha evolucionado mucho en un cortísimo periodo de tiempo y el legislador debe acompañarla, sin aferrarse únicamente a las tradiciones de un territorio, y dando mayor protagonismo que puedan ser útiles para tal fin. Parece que el legislador comienza a ser consciente y nos ha dado muestras de ello; pero falta un largo camino por recorrer. Reformas como la supresión de la legítima de los ascendientes, el llamamiento del cónyuge con preferencia a los ascendientes en la sucesión intestada, o el decaimiento de las instituciones testamentarias en casos de separación o divorcio, se nos antojan todavía inalcanzables.