

5.- LEY 7/2017. UNOS ARTÍCULOS DEL SISTEMA LEGITIMARIO DEL LIBRO I

Jaime Ferrer Pons

La elección por los Académicos de la parte de la ley para su estudio creo se ha realizado en base a dos criterios: uno, respetar el orden de petición por los interesados, recordando aquel principio de Derecho hipotecario del “prior tempore, potior iure” y otro, de sentido común, reservar el comentario de las modificaciones del Libro II al Académico “por” Menorca y el de las del Libro III a uno de los Académicos “por” Ibiza-Formentera.

Los comentarios han sido realizados y presentados. Y es de justicia felicitar a sus autores por su magnífico trabajo, que estoy seguro será de consulta ineludible por los estudiosos de nuestro Derecho y de referencia para su interpretación y aplicación. Por ello hay que llegar a la conclusión que el trabajo está prácticamente finalizado. Pero la Ley modifica algunos artículos referidos a la legítima en el Libro I. La legítima del viudo (Artículo 45 de la Compilación) ha sido estudiada con toda precisión bajo el epígrafe más amplio de “Derechos sucesorios del cónyuge viudo” (C.Jiménez), pero otros artículos del Libro I creo pueden ser objeto de un breve comentario.

Y el primer artículo de la Compilación referido a legítimas es el 7 – bis, que como es sabido fue introducido por ley 3/2009 de 27 de abril y ahora se modifica por la ley 7 /2017, que, en su punto 1), recoge las causas de indignidad para suceder y, en el 3), señala que “las causas de indignidad del punto 1) son también causas de desheredamiento”. La modificación que se realiza es la introducción de un apartado h) en el punto 1) con la siguiente redacción: “En la sucesión de personas con discapacidad, los que no hayan prestado las atenciones debidas en concepto de alimentos”. Se refiere a esta modificación el Apartado VIII de la Exposición de motivos: (“Protección de personas con discapacidad”). Los tres primeros párrafos de este Apartado recogen textualmente dos sucesivas propuestas de la Comisión asesora última.

Y en este punto es necesaria una precisión: en las Exposiciones de motivos de las propuestas de la Comisión asesora y en la Exposición de motivos de la ley que se comenta aparece una referencia expresa a la Ley estatal 41/2003 de 18 de Noviembre, que significó el primer paso en la regulación de la protección de personas con discapacidad y que, en su artículo 10, añadía un apartado 7º al artículo 756 del Código civil (“Son incapaces de suceder por causa de indignidad”: “Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil”). Careciendo en 2003 la Compilación de regulación de la indignidad para suceder, parece claro que esta norma era de aplicación en nuestro Derecho, como de forma casi unánime opinaba la doctrina. Pero como la ley balear 3/2009 -que no fue propuesta, ni informada y ni siquiera conocida por la Comisión asesora antes de su aprobación- introdujo el artículo 7 bis, que regulaba las causas de indignidad y desheredación, puede plantearse la duda de si el artículo 756 del Código civil dejó de ser aplicable como Derecho supletorio, desde la aprobación de la citada ley. Es cierto que en el punto 4 del artículo 7 bis se indica que “en todo lo demás se aplica supletoriamente el Código civil”. Pero creo dudoso que “todo lo demás” comprenda la causa de indignidad del artículo 756 del Código civil. También se desprende de la misma E. de motivos de la Ley (VIII) que, después de referirse a la ley balear 3/2009, indica que “falta dar un paso más y proteger, de manera específica a las personas en situación de discapacidad” y “por esta razón se introduce la letra h) en el apartado 1 del artículo 7 bis, para Mallorca...”. Por todo ello era necesario recoger en nuestra Compilación esta causa de indignidad y desheredación.

Pero, en esta materia de regulación de la protección de personas con discapacidad en las dos propuestas indicadas de la Comisión asesora se recogía una precisión muy importante indicando la finalidad de la norma: “per poder atendre el fills o descendents legitimaris, incapacitats”, como se señala en las Exposiciones de motivos y que también recoge la ley 7/2007 en su Apartado VIII. Pero con esta finalidad de protección, en las propuestas de la Comisión se introducía otra medida muy importante: la regulación de una sustitución fideicomisaria, permitiendo gravar la legítima, siendo fiduciario el hijo incapacitado y fideicomisarios los coherederos forzosos, y que no ha recogida la ley de reforma. Pero ésta es una cuestión que será objeto de comentario en el estudio del artículo 49.

Además del artículo 7 bis, en mi opinión, los artículos de necesario estudio y referidos a legítimas son los 46 y ss. incluyendo el artículo 50, no modificado por la Ley, ya que parece inevitable hablar de lo que la ley modifica y de lo que no, de lo que dice y de lo que calla. Y los Académicos que formamos

parte de las sucesivas Comisiones asesoras, en los últimos quince o más años, creo que tenemos algo que decir, especialmente por no haber recogido la ley 7/2017 materias estudiadas por la Comisión asesora del Govern, que creo sería deseable que algún día se incorporen a nuestro Derecho civil propio o, por lo menos, sirvan para futuros trabajos y propuestas del Consell asesor creado por la Ley de reforma 7/ 2017.

El artículo 19 de dicha ley modifica el primer inciso del párrafo segundo del artículo 46 de la Compilación con esta redacción :“Sin embargo la preterición de hijos o descendientes legitimarios conferirá al legitimario preterido acción para obtener la anulación del testamento, que caducará a los cuatro años de la muerte del causante”. En la redacción del 90 se habla de “hijos o ascendientes legitimarios”. Se trata de un error evidente, que no se recogía en la propuesta de Anteproyecto de la Comisión compiladora y el error se entiende menos, ya que la reforma del 90 sólo reconoce legítima a los padres, cambiando la propuesta de la Comisión que sí se la reconocía también a los demás ascendientes precisando el artículo 43 : “si hubieran fallecido ambos (padres) se la dividirán los ascendientes de grado mas próximo por mitad entre ambas líneas y partes iguales entre los de cada línea. Si fueran de grado distinto pasará por entero a los más próximos de una u otra línea” .

En mi opinión estamos en presencia de un error de redacción y así lo ha entendido la doctrina sin excepción, hasta el punto de que en alguna edición de la Compilación con notas de antecedentes, concordancias y jurisprudencia, preparada por juristas de reconocido prestigio, ya se habla directamente de “hijos o descendientes”, sin ninguna aclaración.

El artículo 47 de la Compilación presenta un claro error en la versión en lengua catalana (“¿Versión o ley ?”). En la castellana dispone: “para fijar la legítima se deducirá del valor que tenían los bienes al fallecimiento del causante el importe de las deudas y cargas, sin incluir entre ellas las impuestas en el testamento, así como los gastos de última enfermedad, entierro y funeral”. O sea que declaraba deducibles estos gastos como recogía la propuesta de la Comisión compiladora, y parece pertinente recordar que la propuesta se redactó en lengua castellana. Cosa diferente era el texto en la versión catalana, y este es el error, al establecer “es deduirá l'import de les deutes i de les càrregues, així com tampoc les despeses de darrera malaltia, enterro i funeral”. En otras palabras no consideraba deducibles estos gastos. En la ley de reforma que se estudia se mantiene la versión en lengua castellana y se modifica la de lengua catalana al cambiar “així com tampoc” por “i també les despeses de darrera malaltia, enterro i funeral”. Se mantiene la versión castellana para cambiar la catalana. Y ante la solución

contradictoria entre las dos versiones en el estado legal anterior y aunque es agua pasada, en una controversia judicial anterior a la ley del 2017 creo que se hubiera declarado aplicable la solución correcta, o sea la castellana, que recogía la “mens legislatoris” en el Anteproyecto de revisión que la Comisión compiladora redactó en castellano y presentó el 11/11/85 al Presidente del Govern en aquel momento y que se recogió en la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación del Derecho civil de Baleares.

El artículo 21 de la ley modifica el párrafo último del artículo 48 y establece que “los herederos podrán también hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 del Código civil y el cónyuge viudo podrá hacer uso de la del artículo 840 del Código civil”. Llama la atención que a pesar de lo que indica, el artículo no introduce modificación en el texto, excepto un cambio de redacción, de “artículo 840 del mismo cuerpo legal” por “artículo 840 del Código civil”.

Pero lo más importante, y así lo ha señalado la doctrina, es que este párrafo último del artículo 48, tanto en la ley del 90 como en la 7/2017, contiene un claro error en su remisión a los dos artículos del Código civil, ya que esta remisión ha de entenderse -según la disposición final segunda de la Compilación- a la redacción vigente en la fecha de entrada en vigor de dicha Ley del 90. Y siendo así, la remisión al artículo 839 es correcta, y éste será el artículo de aplicación en nuestro Derecho, ya que regula la relación entre herederos y el cónyuge viudo, la conocida conmutación de legítima viudal. Pero el artículo 840 no puede tener aplicación, ya que se refiere a la concurrencia del cónyuge viudo con hijos sólo de su consorte concebidos constante matrimonio de ambos (art 837); y en este supuesto la cuota viudal es de un medio y la legítima de los descendientes de dos tercios, y, en esta colisión de legítimas el artículo 840 dispone que “el cónyuge viudo pueda exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecha, a elección de éstos, con un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”. Pero en la Compilación no se da esta colisión, ya que el viudo, al concurrir con descendientes acredita, como legitimario, el usufructo de la mitad de la herencia (art. 45) y la legítima de los hijos/descendientes es de un un tercio o en el mejor de los casos de un medio (art. 42 . p^o 1^o) o sea que no hay colisión de derechos, y al faltar el supuesto fáctico de aplicación (la colisión), la remisión al artículo 840 es errónea. Este error en la ley de reforma del 90 ya se señalaba en la obra “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales” 2^a Edición.- 2000.- Edersa. Pág. 824 y ss, y el error se ha mantenido, desde la reforma del 90. Pero sí se reflejó en una propuesta de la última Comisión asesora (Parlament de les Illes Balears RGE 23/06/2016) que en el artículo 48 de la Compilación suprimía la remisión al

artículo 840, estableciendo únicamente que “els hereus podran fer us de la facultat establerta en l’article 839 del Còdigo civil”.

El artículo 22 de la Ley 17/2017 modifica mínimamente el artículo 49 que regula la “Cautela socini”, cambiando “facultará a aquél (el legitimario) para optar entre aceptar la disposición establecida.....” por “facultará a aquél (el legitimario) para aceptar la disposición en la forma establecida-.....” El cambio no puede calificarse de modificación ya que el significado es el mismo en ambas redacciones, pero jurídicamente la redacción actual es poco afortunada, ya que suprime la “opción del legitimario”, que sí se recogía en la ley de reforma del 90, y que también resulta del artículo 451 - 9 del Código de sucesiones de Cataluña , como “cautela de opción compensatoria” que es, y como ha sido siempre calificada.

Pero no es ésta la cuestión más relevante. Hay dos cuestiones jurídicas que entroncan claramente con el artículo que se comenta. La cautela socini es claramente una excepción al principio de intangibilidad de la legítima, que la Compilación no recoge de forma expresa y sí lo hacen otras legislaciones de nuestro entorno ,como el ya indicado artículo del Código de sucesiones de Cataluña y en el que se regula la cautela y en art. 813 del Código civil, que debe aplicarse en nuestro Derecho civil propio conforme al artículo 1º, pº tercero de la Compilación del 90 y Artículo 1 – 5º de la Ley 7/2017. Por todo ello y con ocasión de la modificación de este artículo 49, , dicho artículo sería el apropiado para recoger el principio de intangibilidad legitimaria, como se hacía en una propuesta de la Comisión asesora última en el párrafo primero del artículo: “No podrán establecerse sobre la legítima limitaciones, condiciones, cargas o gravámenes de ninguna clase... ”. Pero no es éste el lugar para un estudio de la intangibilidad de la legítima ni tampoco de la cautela socini , que se han realizado por la doctrina y, que además excedería de la finalidad de estas notas.

El otro tema relacionado con el artículo deriva de la Exposición de motivos de la Ley 7/2017 (“Protección de personas con discapacidad”), que contiene una referencia expresa a la Ley estatal 41/2003 de 18 de noviembre pero en su parte dispositiva sólo contiene unas modificaciones en dos artículos, 7-bis y 69-bis, ya antes comentados. Pero la Ley 41/2003 contiene una clara medida de protección de personas con discapacidad que no recoge la Ley 7/2017, y que sí recogían unas propuestas de la última Comisión asesora:

“Cuando alguno de los hijos o descendientes con derecho a legítima sea una persona con capacidad modificada judicialmente, el testador podrá 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”.

Esta regla, y como no puede ser de otra manera, ha sido objeto de atención especial de los autores, entre muchos otros en estudios de dos Académicos (M. Masot y J. Ferrer) por la importancia que plantea el problema de la protección de las personas con discapacidad. Y no parece razonable que la ley de reforma no haya recogido esta regulación.

El Apartado VII de la E. de Motivo de la Ley (Modificación del derecho civil de Menorca) se refiere a la “definición”: “La modificación del artículo 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 elimina la excepción aplicada hasta ahora para Menorca”.

Pero en la E.de M. no hay ninguna referencia a la modificación que introduce su artículo 22, que cambia el artículo 51 de la Compilación, sin que en principio se explique la finalidad o la necesidad de algunos de los cambios que introduce.

Las ligeras modificaciones, que no cambian el significado de la regulación en la Compilación del 90, pueden parecer redundantes e incluso innecesarias, pero sus constantes referencias a “descendiente renunciante” adquieren todo su sentido si se tiene en cuenta la propuesta al Govern por la última Comisión asesora, que modificaba, no únicamente del artículo 51, sino también del artículo 50, estableciendo la posibilidad de la definición entre cónyuges, añadiendo un párrafo final al artículo con la siguiente redacción: “Los cónyuges podrán también otorgar el pacto de definición regulado en los párrafos anteriores renunciando, cualquiera de ellos o ambos, a los derechos sucesorios o únicamente a la legítima que en su día pueda corresponderles en la herencia de su consorte de vecindad civil mallorquina”.

La Comisión justificaba así esta definición entre cónyuges: “Esta modificación intenta dar solución a la problemática que se ha suscitado a lo largo del tiempo, consecuencia de las segundas nupcias, de las que resultan situaciones de las llamadas sociológicamente “familias reconstituidas”; pasar a segundas nupcias comporta que el cónyuge viudo será legitimario en la sucesión de su consorte premuerto. El derecho civil balear permite un margen de la libertad para organizar la sucesión propia al margen de la relación matrimonial nueva que se ha formado. El Código civil estatal no lo permite.

En el derecho civil de Mallorca que regulan los vigentes artículos 50 y 51 de la Compilación se permite la renuncia a la legítima futura, o mejor dicho a su suplemento, otorgada por los descendientes respecto a sus ascendientes, siempre que sean legitimarios. Esta institución, fruto de la riqueza que tuvo el antiguo derecho civil del territorio balear, puede dar solución a las parejas que desean contraer matrimonio y quieren dejar todo su patrimonio, a su fallecimiento, a sus hijos respectivos sin que la ley lo impida por el efecto de la cuota viudal.

Este acto jurídico entre vivos y voluntario dará libertad, a los cónyuges que así lo determinen, de manifestar, ante notario, la definición de los futuros derechos legitimarios de origen viudal que les puedan corresponder a la muerte de su consorte. Esta razón ha impulsado a extender la institución de la definición -que puede otorgar el hijo-a la legítima futura o a todos sus derechos sucesorios en la herencia de sus padres- a los cónyuges.

Como consecuencia de esta propuesta de reforma, que se introducía en el artículo 50, resultaban dos clases de posibles renunciantes: los descendientes y los cónyuges en las herencias, respectivamente de sus ascendientes y de sus cónyuges de vecindad civil mallorquina. Y este novedoso enfoque de la definición de legítima exigía una nueva redacción del artículo 51.

Y es este cambio el que recogía la propuesta de reforma de la Comisión asesora última; pero este cambio no parece necesario y quizás no tenga sentido sin la introducción de la definición entre cónyuges del artículo 50.

No es éste el lugar de entrar en el estudio de la “definición”, ni siquiera de la entre cónyuges, pero entiendo que, existiendo este problema en los matrimonios en segundas nupcias de uno o de ambos cónyuges cada día en número mayor desde la ley del divorcio de 1981, teniendo la posibilidad de darle solución con la definición no admitida en las restantes legislaciones nacionales, excepto en Galicia con la “apartación”, y existiendo una propuesta de modificación del artículo 50, no parece razonable que la Ley 7/2017 no la haya recogido, sobre todo teniendo en cuenta que sí modifica el artículo 51.