

*LAS LEGITIMAS EN MALLORCA EN EL PROYECTO DE LEY SOBRE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES**

EDUARDO MARTINEZ-PIÑEIRO

La aparición en el B.O. del Parlamento de las Islas Baleares (nº 59, correspondiente al 27 de Marzo último) del Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares, ha dado a conocer el contenido de los trabajos realizados por la Comisión que en su día nombró el Consejo General Interinsular, al amparo de lo dispuesto en el R.D. 1.007/81, de 22 de Mayo y de la que he tenido el alto honor de formar parte. Trabajos esperados y que, acatando el acuerdo adoptado en le seno de la propia Comisión, se habían mantenido en silencio hasta ser publicados por el Gobierno de la Comunidad Autónoma. Ahora, ya no hay posibilidad de secreto y, por tanto, se ha levantado la veda y es hora de empezar a comentarlos y, en cierto modo, a defenderlos.

Como se destaca en la Memoria justificativa del anteproyecto presentado -y que el Govern ha tenido la gentileza de asumir en su integridad y dar a conocer como Exposición de Motivos-, la primera duda que se planteó en el seno de la Comisión fue la de determinar la extensión de su propia competencia. De inmediato se pusieron de manifiesto dos tesis. La primera, que consideraba que nuestra misión debería concretarse únicamente a la revisión y nueva redacción de aquellas normas de nuestra Compilación que pugnasen contra los principios básicos de la Constitución, singularmente el principio de igualdad sustentando en su artículo 14. La segunda, más ambiciosa y que encerraba mayores dificultades, que entendía que tanto el texto del artº. 149.1.8º de la Constitución, como la interpretación sistemática del R.D. 1.007/81, nos facultaban para «una revisión más a fondo

* Conferencia pronunciada el 5 de mayo de 1986 en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

de la Compilación y por esta vía subsanar omisiones o defectos que la práctica jurídica y la doctrina habían puesto de manifiesto reiteradamente».

Ni que decir tiene que se adoptó esta segunda postura y que la ingente tarea llevada a cabo es nuestra única justificación por el retraso -desde Enero de 1982 hasta Noviembre de 1985- en la entrega del resultado de nuestros esfuerzos.

Tal y como se indica en la expresada Memoria justificativa, seguimos en cada materia el sistema de ponencias. La relativa a legítimas estaba integrada por Jaime Ferrer Pons, Raimundo Clar Garau y el que tiene en estos momentos la osadía de estar frente a Vds.

El encargado de elaborar la ponencia inicial fue el 1º de los nombrados, Jaime Ferrer, por haber sido el autor del, para mí y creo que para todos, más profundo estudio llevado a cabo sobre la materia y que forma parte del Tomo XXXI, Vol. 1º, de los «Comentarios al C.c. y Compilaciones Forales» dirigidos por Albadalejo, obra que hace unos años y en este mismo Salón calificaba, por lo que a Baleares se refiere, como la Biblia que todos los juristas isleños debíamos tener siempre a mano en nuestra mesa de trabajo.

Haciendo honor a su categoría, el Sr. Ferrer presentó a la Comisión en Abril y Mayo de 1982 el texto de su magnífica Ponencia, base de los estudios realizados y que, remodelada con la alternativa de articulado por mí elaborada y las modificaciones introducidas por todos los integrantes de la Comisión en las múltiples sesiones que a esta parte se dedicaron, han culminado en la nueva Sección 4ª del capítulo III, del Título II, del Libro I de la Compilación (artºs. 41 a 51) y que lleva por rúbrica «De las legítimas».

Dos razones fundamentales, ya esbozadas, hacían imprescindible la reforma en este punto: *de una parte*, la necesidad de acomodar la regulación de la todavía vigente Compilación de 1961 a la Constitución, y *de otra*, la también necesidad de completar, aclarar y retocar su raquítica y defectuosa regulación.

Haciendo inventario y como *ejemplos de lo primero* (clara inconstitucionalidad) hay que citar las diferencias entre hijos legítimos y naturales, no sólo entre sí, sino también, y respecto de los últimos, dentro de sí (los hijos naturales no reciben igual trato en la herencia materna que en la paterna -artºs. 41 y 43-); la distinta extensión del

derecho de representación, según que se trate de descendientes legítimos o naturales (también art^{os}. 41 y 43) o la no admisión de este derecho a favor de descendientes de ninguna clase de los hijos naturales en la herencia materna (art^o. 41), frente a su establecimiento en la herencia paterna, aunque limitándolo a los descendientes legítimos (art^o. 43); la exclusión de los ascendientes legítimos por los hijos naturales en la herencia materna (art^{os}. 41 y 42) y la concurrencia de ambos en la paterna (art^o. 43); el silencio total respecto de los hijos «ilegítimos no naturales» (antes posible laguna legal, desde 1978 claramente inconstitucional); y -aunque de menos claridad para algunos- las limitaciones derivadas de la ley Hac Edictali del art^o. 53.

Como casos más notorios de *regulación incompleta o contradictoria* o de *regulación inexistente*: ciertos supuestos de concurrencia de legitimarios que producían la necesidad -según el artículo 45- de comprimir determinadas legítimas individuales y que matemáticamente no la provocaban; el extraño derecho de representación en favor de los ascendientes del art^o 42; el reconocimiento a los legitimarios «como herederos» de las acciones de petición y división de herencia y posibilidad de promover el juicio de testamentaría, ex art^o 46, cuando es sabido que pueden ser o no herederos y que, aun cuando no lo sean, pueden ejercitar tales acciones; el art^o. 47 que usa de forma totalmente inadecuada el término «computar»; la incompleta y confusa regulación, en el art^o 48, de la imputación legitimaria; la no regulación de los efectos de la preterición ni de la desheredación sin causa, con los gravísimos problemas que ello comporta al regir en Mallorca los principios de la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento y el de la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada; y un largo etcétera del que no podemos resistir la tentación de destacar la «no regulación» de la definición del art^o. 50.

Expuesto lo expuesto parece evidente que había que decidirse y poner manos a la tarea y «desfacer» tanto entuerto. Una de las propuestas -no carente de seguidores «intra» y «extra» muros-fue la de suprimir las legítimas, quizás con la excepción de la legítima viudal, e implantar el sistema de la absoluta libertad de testar. El examen de esta postura nos llevó a reconsiderar los fundamentos de la denominada teoría de las legítimas y que sirven de apoyo a los autores para justificar la exclusión de la libertad de testar respecto de ciertas partes de la herencia reservadas por la Ley a determinados parientes del testador -por eso llamados herederos forzosos-, a saber: el principio de la copropiedad familiar presunta; el de los deberes naturales entre los miembros de la familia, en especial de los padres

respecto de sus hijos (tesis de Ahrens); el de la continuidad biológica que impone la continuación de la personalidad jurídico-patrimonial del padre por sus hijos (D'Aguanno y M. Scaevola); y el de la participación de la familia (junto al individuo y el Estado) en la formación de la propiedad de Cimbali, entre las más importantes.

Igualmente hubo que ponderar la realidad social en que vivimos y tomar en cuenta los profundos cambios que ha experimentado la familia desde la época de la codificación hasta nuestros días: el paso del concepto amplio de familia basado en el matrimonio, a la idea de la familia nuclear, limitada a padres e hijos y fundada con independencia del vínculo formal del matrimonio. Nueva idea de familia respecto de la cual ni siquiera hay unanimidad en cuanto a su terminología; por ejemplo, en Italia se habla de «*famiglia di fatto*» y de «*istituzione ombra*» (institución en la sombra); en Francia, «*concubinage*», «*concubinat*», «*mariage de fait*», «*mariage apparent*», etc.; en Alemania, «*Wilde Ehe*» (unión salvaje), «*Lebensgemeinschaft*» (comunidad de vida), «*Ehe nicht registriert*» (matrimonio no registrado); en Inglaterra, «*informal unions*», «*consensual unions*», «*free unions*»; en España, familia de hecho, unión libre, acciones extramatrimoniales... apartándose del sentido peyorativo de las expresiones «*concubinato*», «*estado de mancebía*» o «*barraganía*», que fueron los términos más usados en nuestro Derecho Medieval. Nuevo concepto de familia al que no se oponen, por el contrario, a juicio de muchos, facilitan, los art's. 39 a 32 de nuestra Constitución, producto del conocido «*consenso político*».

Y, por último, trasladar a nuestras islas todas estas nuevas concepciones y pulsar, singularmente a través de la experiencia notarial reflejada en las conversaciones pre y post testamentarias, si la legítima es una institución vivida y deseada o, por el contrario, rechazada. Experiencia que permitió diferenciar claramente la familia urbana (contraria en su mayoría a la legítima, muy significativamente a la de los ascendientes) y la familia rural, más conservadora y menos, entre comillas, evolucionada, que acepta el sistema de legítimas, si bien se inclina por la ampliación de los derechos del cónyuge viudo y la disminución de los ascendientes.

La decisión de la Comisión está a la vista, pues de lo contrario yo no les estaría ahora dando la lata. Por mayoría -creo recordar que abrumadora-, se consideró que la supresión de las legítimas sería una solución que los destinatarios de la norma no aceptarían con agrado y que quizás representaría una respuesta desconocedora de la actual

realidad familiar y social balear.

Así se pronunciaba el Sr. Ferrer en su ponencia, añadiendo «y deseo remarcar lo de actual, ya que tal solución -la supresión de las legítimas- puede significar una visión de futuro y es muy probable que, efectivamente, el resultado final de la evolución, claramente iniciada, sea la implantación de la absoluta libertad de testar; quizás algún día tengamos que lamentar no haber aprovechado la oportunidad de ser pioneros, adelantándonos a esta posible futura solución... pero, aun corriendo este riesgo, creo que este paso sería, hoy, excesivamente atrevido...». Estamos, una vez más, ante el problema de siempre: Si el Derecho debe ir por delante de las demandas de la sociedad, o a la inversa.

Lo que se acaba de exponer no significa, empero, que no se haya tomado en cuenta ni la realidad social ni la experiencia. Se han conservado las legítimas, sí, pero se ha modificado, sobre esas bases, su extensión tratándose de la de los ascendientes (que se ha disminuido) y la viudal (que se ha aumentado). Vds., ahora, y el tiempo más adelante, confirmarán nuestra prudencia o nuestra cobardía.

¿Quiénes acreditan derecho a legítima? Se mantiene sin variación a los descendientes, ascendientes y cónyuge viudo (nuevo artº. 41), con las importantes novedades siguientes:

- se ha hecho desaparecer la distinción entre parentesco matrimonial y extramatrimonial, tanto respecto de los descendientes como de los ascendientes (artºs. 42 y 43).

- se ha regulado con claridad y en armonía con las actuales tendencias y con absoluto respeto a los precedentes romanos, la legítima de los hijos adoptivos, distinguiendo según que la adopción sea plena o menos plena. En el primer caso, equiparando los hijos adoptivos a los descendientes por naturaleza respecto de los padres adoptantes y excluyéndolos, recíprocamente, como legitimarios respecto de sus padres por naturaleza, salvo el supuesto de que un consorte adopte plenamente al hijo por naturaleza del otro -artºs. 41, 42 y 44-; en el 2º, no reconociendo legítima ni a los hijos ni a los padres adoptantes, -artº. 44, pár. 2º-. Cabe destacar que en el reciente Proyecto de Ley de Adopción publicado en el B.O. de las Cortes Generales -Congreso de los Diputados del 10 de Marzo último (Serie A, nº 194-I), en la misma línea, se precisa que la adopción -única que

se configura- extinguirá las relaciones del adoptado con su familia de origen y que el adoptado integrará la familia del adoptante con los mismos derechos que los demás hijos por naturaleza, exceptuándose el supuesto de que uno adopte al hijo de su consorte y cuando sólo esté determinado legalmente un progenitor y el adoptante sea persona de distinto sexo, siempre que el juez así lo acuerde (proyectado artº. 178 c.c.).

- y, por último se ha hecho desaparecer el extraño derecho de representación en la línea ascendente, restableciéndose el principio clásico de que el pariente más próximo en grado excluye a los de grados más remotos (artº. 43).

Cuantía de las legítimas:

1º) *Descendientes.* Se mantiene la legítima justiniana recogida en la Compilación de 1961: una 1/3 parte del haber hereditario, si fueren cuatro o menos de cuatro, y la 1/2 si excedieren de este número (artº. 42, pár. 1º).

Además se precisa que:

- todos los legitimarios que se incluyen en este grupo -es decir, hijos por naturaleza y adoptivos plenos y, en representación de los premuertos, sus descendientes de las clases indicadas- detraerán la legítima de la misma cuota parte de la herencia (artº. 42, p. 1º).

- que para fijar esta legítima se tomarán en cuenta los hijos y las stirpes de los premuertos y que harán número el legitimario instituido heredero, el renunciante, el desheredado, el que haya otorgado definición y el declarado indigno de suceder, sin perjuicio del derecho que los artºs. 761 y 857 C.c. reconocen a los descendientes del indigno o desheredado (artº. 42, pár. 2º). Con estas puntualizaciones se aclaran las dudas que el silencio de la actual Compilación habían provocado.

- y finalmente se establece, llenando también otra laguna legal, que en cualquier supuesto en que la legítima individual no hubiere de satisfacerse pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los colegitimarios (artº. 42, in fine).

2º) *Ascendientes*. Su legítima se reduce de la 1/3 a la 1/4 parte (artº. 43), haciéndonos eco de la experiencia testamentaria antes aludida; facilitando así la mejora de los derechos viduales; y sin olvidar que su legítima del tercio les sitúa actualmente en posición más ventajosa que a los descendientes en cuanto éstos sean más de dos.

A esta legítima, que sigue siendo supletoria o de segundo grado (a falta de descendientes), tienen derecho: a) en la sucesión del hijo matrimonial, sus padres o ascendientes; b) en la del hijo no matrimonial, los padres que les hubieren reconocido o hayan sido judicialmente declarados como tales o, en su defecto, los ascendientes. A destacar esta solución, después de haber estudiado a fondo la conveniencia de limitar este derecho a los ascendientes que les hubieren dado en forma continuada el trato familiar de descendientes. Solución de otra Compilación, muy próxima a la nuestra, recientemente reformada y que no se ha seguido por razones de seguridad jurídica (dificultades de prueba, futuro semillero de pleitos...) y por su posible anticonstitucionalidad (discriminación entre ascendientes en base a discutibles cuestiones de hecho); y c) en la del hijo adoptivo pleno, los padres adoptantes o ascendientes de éstos (también en este caso sin límite del trato familiar requerido por la mentada Compilación). Coincide con nosotros el Proyecto de Ley de Adopción a que se acaba de hacer mérito, -artº. 178 C.c. proyectado-.

Para la distribución de la legítima entre los ascendientes se siguen los principios de proximidad de grado y división por líneas, como ya se destacó hace unos minutos (artº. 43).

Es de advertir que en la «versión catalana» estas normas resultan -si mi nulo conocimiento de esa lengua no me engaña- alteradas. El texto en castellano, referido al supuesto de ascendientes de segundo o ulterior grado (abuelos, bisabuelos, etc.), establece la división por líneas en caso de igualdad de grado y la preferencia absoluta de la proximidad de grado cuando éstos sean distintos, sea cualquiera la línea a la que se pertenezca (artº 43, párrafo penúltimo, último inciso «si fueran de distinto grado, pasará por entero a los más próximos de una u otra línea»).

En catalán -repito, si no estoy equivocado- se dice justamente lo contrario «si són de grau diferent, ha de passar sencera als més pròxims de cada línia». Si son de grado diferente, ha de pasar íntegra a los más próximos de cada línea, no a los más próximos de una u otra línea. Con ello se volvería a restablecer el extraño derecho de

representación de la vigente Compilación, en contra de lo realmente propuesto por la Comisión.

Generalizando sobre las dos versiones, no hace falta ni decirlo, deberá cuidarse mucho su concordancia en evitación de dudas y problemas.

Finalmente se resuelven las vacilaciones que la aplicación en Mallorca de la reserva lineal o troncal del artº 811 C.c. y del derecho de reversión del 812 del mismo cuerpo legal habían planteado. La Comisión -siguiendo el criterio de la doctrina más aceptada y de la jurisprudencia del T.S., especialmente en orden al 1º de los preceptos citados-, se ha inclinado por su admisión (artº 43, pár. final).

3º) *Cónyuge viudo*. Unánimemente se adoptó el acuerdo de aumentar los derechos del viudo, que se elevan al usufructo de la 1/2 de 2/3 y de la totalidad de la herencia en el artº. 45 pár. 3º, según que su concurrencia sea con descendientes, ascendientes o cualquier otro pariente o extraño, frente al actual artº. 45 que, en los mismos supuestos, le confiere el usufructo del 1/3, de la 1/2 o de 2/3.

Cabe señalar, además:

- que acredita derecho a legítima 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 (artº. 45, p. 1º), siendo novedad la aceptación de la separación de hecho sin más, como causa de pérdida de la legítima por haberse entendido que le exigencia del mutuo acuerdo -contenida en el artº 945 C.c. en materia de sucesión intestada- podría favorecer al cónyuge que hubiere abandonado el domicilio conyugal cuando su consorte no hubiere otorgado testamento o consignado en éste la causa de desheredación pertinente. La separación de hecho será un problema de prueba que apreciarán libremente los Tribunales de Instancia.

- que interpuesta la demanda de separación o aprobada la reconciliación, se estará a lo prevenido en el artº. 835 C.c. (artº. 45, pár. 2º).

- y que se han eliminado las limitaciones derivadas de la ley Hac Edictali (actual artº. 53), por ser una norma carente de sentido y justificación en la actualidad, y por su dudosa constitucionalidad.

La omisión de alguno de los herederos forzosos en el testamento sin habersele privado de la legítima expresamente (*preterición*) o la privación de su derecho a un legitimario hecha por el testador invocando una causa legal y cierta (*desheredación*), están huérfanas de regulación en la vigente Compilación. La aplicación supletoria del Código (al amparo del artº. 2º. pfo. 2º y Disposición Final 2ª de la propia Compilación) ha planteado numerosas dudas a la doctrina al tratar de conjugarla con los principios básicos de nuestro Derecho Sucesorio, los ya citados de la necesidad de institución de heredero para la validez del testamento y el «*nemo pro parte...*» Para algunos —como Pascual González— la preterición o la desheredación injusta acarrearían la nulidad del testamento; para otros —Ferrer, Massot...— había que limitar sus efectos a la rescisión de la institución de heredero, manteniendo la validez del testamento en lo demás, apoyándose en una interpretación mayoritaria, aunque no pacífica, del Capítulo III de la Novela 115 de Justiniano. Nuestro T.S. tampoco era ajeno a estas dudas. El proyectado artículo 46 pondrá fin a estas discusiones.

En materia de *preterición* se acepta la distinción entre *preterición intencional* y *no intencional* (produciéndose ésta última cuando el testador por olvido o error ha omitido la mención de algún heredero forzoso); se establece una regla general que determina que la preterición de un legitimario (referida a la preterición intencional de cualquier legitimario y a la no intencional de ascendientes o cónyuge viudo) no anulará el testamento, quedando a salvo al preterido el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda; se continúa con una norma especial referida a la preterición no intencional de hijos o descendientes legitimarios, en cuyo supuesto se confiere al preterido acción —caducable a los 4 años desde la muerte del causante— para obtener la anulación del testamento, salvo los tres casos que se enumeran (cuando los únicos herederos instituidos sean hijos, descendientes o cónyuge; cuando la filiación del preterido resultase de procedimiento judicial de investigación de paternidad iniciado después del fallecimiento del causante; y cuando el testador, respetando las legítimas, hubiere ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional); y se finaliza con una norma que recuerda al pár. 3º del reformado artº. 814 C.c. (Ley 11/1981, de 13 de Mayo) si bien más restringida al haberse limitado expresamente al caso de premoriencia: no se considerarán preteridos los descendientes de un descendiente no preterido que hubiere premuerto al testador. Las opiniones de Díez Picazo, Delgado Echeverría, Lacruz, Albadalejo y Bolás Alfonso, entre otros, fueron tenidas en consideración.

La *desheredación injusta* (sin expresión de causa, por causa cuya certeza no se probare si fuere contradicha o que no sea alguna de las previstas en el Código Civil) no provocará tampoco la nulidad del testamento, gozando el mal desheredado únicamente de acción para reclamar su legítima (artº 46, in fine).

El siguiente -el 47- se dedica a la determinación de las *formas de atribución de la legítima*, a precisar las *acciones* que corresponden a los legitimarios y a regular el modo *de fijar o calcular las legítimas*, superando las imprecisiones y contradicciones de los actuales artºs. 46, 47 y 48:

- la legítima podrá ser atribuida por cualquier título (herencia, legado o donación).

- los legitimarios serán titulares, por el mero hecho de serlo y sin necesidad de que hayan sido nombrados herederos, de las acciones de petición y división de herencia y podrán promover el juicio de testamentaria, salvo el supuesto del pago de la legítima en metálico, en que la legítima deja de ser «pars bonorum» y se convierte en un derecho de crédito, que gozará de las garantías especificadas en el artº. 48 que seguidamente examinaremos.

- en materia de fijación de legítimas y por ser como es la legítima una parte alícuota del haber hereditario partible, del superávit del activo sobre el pasivo, los párrafos 2º y 3º del artículo que desmenuzamos nos indican la forma de calcular ambos elementos: *del pasivo*, incluyendo las deudas y cargas del causante, así como los gastos de última enfermedad, entierro y funeral y excluyendo las deudas y cargas impuestas en el testamento.

También aquí conviene hacer una precisión en cuanto a la «versión catalana». No sé si con la claridad suficiente -creo que sí- en el pár. penúltimo de este artº. se dice textualmente: «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». La frase entre comas es un inciso, como si fuera entre guiones, de tal modo que lo que se dice es que se deducirá el importe de las deudas y cargas -con excepción de las impuestas en el testamento- e igualmente (así como) se deducirán los gastos de última

enfermedad, etc. En la «versión catalana» creo se dice lo contrario «... s'ha de deduir del valor que tenien els béns a la mort del causant l'import dels deutes i de les càrregues i no s'hi han d'incloure les imposades al testament, així com tampoc les despeses de darrera malaltia, enterro i funeral».

Respecto *del activo*, integrándolo con los bienes presentes al tiempo del fallecimiento (relictum), valorados el día del óbito, a los que se sumarán los bienes pasados que hubieren sido donados por el causante en vida (donatum), también valorados el día de la muerte -lo que constituye la computación en sentido estricto- previa deducción de las mejoras útiles y de los gastos extraordinarios, de conservación o reparación, costeados por el beneficiario y la agregación del importe de los deterioros causados por culpa del mismo que hubieran disminuido su valor.

Completan esta materia el pfo. 7º del artº. 48 estableciendo las siguientes reglas en materia de *imputación* -que intentan mejorar las del actual artº. 48-: la institución de heredero, la asignación o distribución de bienes, el legado y la donación a favor de quien resulte legitimario implicarán atribución de legítima aunque no se exprese así, y se imputarán en satisfacción de ella, siempre que otra cosa no haya dispuesto el causante, el donante o el heredero distribuidor. Esta imputación surtirá efecto aunque el legitimario repudie la herencia, la asignación o distribución, o el legado.

No se regula, por el contrario, el punto relativo a *reducción de donaciones*, por haber entendido la Comisión que eran con claridad aplicables supletoriamente las normas del C.c.; en el mismo sentido la S. del T.S. de 23 de Mayo de 1985, dando la razón a la de nuestra Audiencia Territorial de 7-Oct.-1982 que se basaba en la «querella inoficiosi donationis» romana.

Cuando vió la luz nuestra veinticuatroañera Compilación, Juan Verger Garau, miembro de la actual Comisión, escribió en la R.D. Notarial de 1962 su conocido artículo «Innovaciones introducidas en el Dchº. Civil especial de Baleares por la reciente Compilación», en el cual y refiriéndose a la *naturaleza jurídica de la legítima* destacaba que la Compilación, apartándose de directrices anteriores -Ordinationis de Arnaldo de Erill, consulta de la Revista Crítica de D. Inmobiliario de 1931, Proyecto de Apéndice de 1920 redactado por el Colegio de Abogados de Palma, etc.-, establecía o remarcaba en las islas de Mallorca y Menorca el carácter de «portio debita o pars bonorum» de

la legítima «acercándose mucho a la estructuración que tiene la misma en el Código Civil y acentuando aun más si cabe sus caracteres», hasta el punto de no admitir ni siquiera las atenuaciones y adaptaciones que, por otra parte, admitía el mismo C.c., aun partiendo de idéntica calificación conceptual de la legítima (artº. 1056, pfo. 2º, 821, 822 y 829). La inflexibilidad en este punto -continuaba Verger- «provocará en bastantes supuestos serias dificultades, y además no se podrá conseguir debidamente en muchas ocasiones, si su articulado se aplica literalmente, la conservación de las empresas agrícolas de carácter familiar... parece que se ha olvidado en esta ocasión, lo que es inconcebible, que el Derecho Foral es esencialmente un derecho rural, destinado a servir unos intereses o necesidades del campo, ya que en éste y para éste nació principalmente, lo que resulta tanto más extraño cuanto que en las demás Compilaciones... se han tenido en cuenta, naturalmente, estas transcendentales necesidades agrícolas». La casi totalidad de la doctrina posterior (Hernández Canut, Vallet, Clar, Coll, Ferrer, Massot, etc. etc.) mantuvieron similar postura y todos los Notarios somos sabedores de las dificultades prácticas, tanto en punto a testamentos como a particiones, que nos ha causado el actual artº. 46: la legítima atribuye derecho a una porción de la herencia y debe ser pagada en bienes de la misma, siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador.

Con estos antecedentes no debe extrañar a nadie -gato escaldado del agua fría huye- que, después de fijar la naturaleza de la legítima como «pars bonorum» y, en consonancia con ello, determinar en el artº. 48 que, como regla general, deba ser pagada en bienes de la herencia, se haya dulcificado el rigor e inspirándonos en los precedentes, se acepte que, no obstante lo dicho, el testador, en todo caso, y el heredero distribuidor, si no se le hubiere prohibido, podrán autorizar el pago de la legítima en dinero, incluso en dinero extrahereditario. Se ha ido de esta manera más allá de la reforma introducida en el C.c. por la ley 11/1981, que solamente autoriza el pago en dinero en el supuesto de hijos o descendientes (artº. s 841 y siguientes), por haber considerado la Comisión -como se especifica en la Memoria justificativa- que esta solución era deseada por muchos testadores y herederos y se estima contribuirá a la conservación del patrimonio familiar, evitando la atomización que la vigente normativa comporta.

Cuando se decida pagar en metálico la legítima se articulan en este artº. 48 una serie de garantías en defensa de los legitimarios: necesidad de comunicación fehaciente a los mismos de esta opción en

el plazo de un año desde la apertura de la sucesión; pago dentro del año siguiente a la comunicación, si la legítima no supera la 1/3 parte de la herencia y en el término de 2, en caso contrario; derecho a reclamar judicialmente el pago transcurridos estos plazos, anotando preventivamente la demanda en el Registro de la Propiedad; afección de todos los bienes de la herencia a dicho pago en metálico; y posibilidad de aplicación, en lo pertinente, del artículo 15 L.H.

Se completa esta flexibilización en materia de pago de legítimas con la proclamación expresa -por razones de claridad y seguridad jurídica- de la aplicabilidad de los artículos 839 y 840 del C.c. (artº. 48, pár. final).

No olvida tampoco la reforma en este punto la determinación del valor que deba atribuirse a los bienes a efectos de pago de legítima «in natura» (el del tiempo de la liquidación, incrementado con los frutos y rentas producidos desde la muerte del causante), ni que en el supuesto de pago en metálico, la cantidad debida devengará a favor del legitimario el interés legal (artº. 48, pº. 3º).

El artº. 49 de la actual Compilación, regulador de la *Cautela Socini*, opción compensatoria de legítima que permite dejar a su legitimario mayor «quantum» de bien gravado en el «quale», es de los pocos que se han librado de la quema y no se han tocado.

Y así llegamos a una institución que clamaba a voces una reforma: *la definición*. Institución que constituye una de nuestras mayores especialidades y que, no obstante, estaba prácticamente huérfana de regulación en el actual artº. 50. Los proyectados artºs. 50 y 51 precisan su concepto, naturaleza, requisitos y, fundamentalmente, sus efectos. La Comisión está muy ilusionada con estas novedades y confía -como se destaca en la tantas veces citada y seguida Memoria justificativa- que el tratamiento que se le ha dado «ayudará a revitalizar esta secular institución que puede ser el cauce adecuado para la solución de múltiples problemas familiares».

Comienza el artº. 50 por señalar su naturaleza jurídica. La definición se concibe como un pacto sucesorio, concretamente un contrato de renuncia o pacto de «non succedendo», que se diferencia claramente de la renuncia a la herencia en cuanto que ésta debe formalizarse una vez fallecido el causante, mientras que en la definición la renuncia que conlleva tiene que ser anterior a esa muerte. Es una de las renunciaciones previas prohibidas en régimen del

C.c. por el artº. 816 y que en nuestro Derecho es admitida desde el Privilegio de Jaime I del 4 de los idus de Marzo de 1274, limitado al principio a las hijas casadas (y luego dicen que el Derecho ha sido siempre machista...) y que posteriormente, por antiguos usos y práctica general, fue extendido a los varones cuando entraban en religión o se les daba carrera u ocupación.

Como tal pacto sucesorio hay que atribuirle el carácter de bilateral, siendo, además, consensual, aleatorio, irrevocable (lo que no excluye la posibilidad de mutuo acuerdo en contrario) y oneroso (se otorga en contemplación a alguna donación, atribución o compensación).

Esta onerosidad había sido puesta en entredicho por dos destacados miembros de la Comisión (Miguel Coll y Tomás Mir. «Jornadas de Derecho Foral; I.C. Abogados de Baleares 1973»), lo que no fue obstáculo para que ésta, por mayoría de votos, se inclinara por la tesis contraria, de tal suerte que una definición sin previa donación o ventaja no será posible.

En definitiva, pues, la definición se regula como un negocio jurídico complejo. Pascual y González al darnos su concepto nos decía que es «un contrato mediante el cual el hijo o hija acepta y recibe una donación o entrega de bienes de su padre o madre, en calidad de pago anticipado, liquidación y finiquito de lo que pudiera corresponderle, en su día, por legítima y demás derechos hereditarios en la futura herencia respectiva», y la Audiencia de Palma en Auto del 11 de Junio de 1940 la describía como «donación intervivos que se efectúa en favor de hijo o hija como anticipo de legítima, liquidación y finiquito de ella...».

En orden a las *clases o modalidades* de la definición se diferencian claramente:

- de un lado, las *limitadas* a la legítima y las *no limitadas*, que supondrán la renuncia a todos los derechos sucesorios. Como norma interpretativa en el pfº. 2º del artículo 50 se consigna que «la definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima».

- de otro, definiciones con *donación de presente* (aquéllas en que los ascendientes hacen una liberalidad al descendiente y éste, en el mismo momento, renuncia a su legítima o herencia futura) y definiciones con *donación previa* -que yo he bautizado desde hace

años con el nombre de «definiciones confesadas» -(en las cuales el descendiente renuncia, limitada o ilimitadamente, a la herencia futura de su ascendiente, en consideración a alguna donación, atribución o compensación que de éste ya había recibido con anterioridad).

Frente al actual artº. 50, que limita la posibilidad de definir a los «hijos e hijas emancipados... en la sucesión de sus padres», la Comisión ha considerado conveniente ampliarla a los descendientes respecto de sus ascendientes, siempre que al tiempo de otorgarse la definición resultaren legitimarios. Son, por tanto, *elementos personales de la definición*:

a) los *descendientes*, entendiéndose como tales tanto los por naturaleza (matrimoniales y no matrimoniales) como los adoptivos plenos (ex artºs. 41, 42 y 44 del Proyecto).

- siempre que en el momento del otorgamiento sean posibles legitimarios, por ejemplo, la nieta en el supuesto de premoriencia de sus padres.

- y que estén emancipados, manteniéndose la misma exigencia de capacidad que en la actual Compilación, que, a su vez, la había tomado de Proyectos anteriores.

b) los *ascendientes*, lógicamente también, por naturaleza o adopción plena (artº. 43, c) del Proyecto). Respecto de ellos -de los ascendientes- se exige expresamente que gocen de la vecindad mallorquina, entiéndose *vecindad civil* mallorquina (estamos en una ley civil, no administrativa), y se precisa que «el cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición». Las dudas que la interpretación del artº. 9.8 del C.c. habían planteado -magníficamente estudiadas y puestas de relieve por Jaime Ferrer, en la obra de Albadalejo, y Tomás Mir, más recientemente, en los Cuadernos de la Facultad- nos llevaron a consignar la solución dicha como la más adecuada de conformidad con la naturaleza de la institución y los principios básicos de nuestro Derecho sucesorio.

El único *elemento real* al que se hace referencia es el de la contraprestación. En el actual artº. 50 se habla de renunciar y dar finiquito «en contemplación a alguna *donación o ventaja*»; en el proyectado «en contemplación de alguna *donación, atribución o compensación*». Se repite el concepto de donación y se sustituye el ya amplio de por sí de «ventaja» por, los también amplios, de «atribución

o compensación». Resulta así evidente que la Comisión no ha querido restringir de modo alguno el concepto de la contraprestación; bastará que éste exista para que la definición sea posible, para que tenga causa.

La definición, como institución sucesoria que es, está íntimamente ligada con la idea de familia y todo lo que ésta conlleva. Creo que en este contexto nadie está capacitado para precisar las razones por las cuales un descendiente puede renunciar a sus derechos hereditarios y, voluntariamente, atribuir a su o a sus descendientes la libertad de testar. La ventaja, atribución o compensación, como la queramos bautizar, es tan subjetiva como subjetivos somos todos y cada uno de nosotros. Que sean, pues, ellos -los interesados- los que valoren si existe o no contraprestación y no se pongan cortapisas para que la definición pueda producir los beneficiosos frutos de que, de seguro, es capaz.

Siguiendo el ejemplo del Derecho comparado, y desde su punto de vista *formal*, se determina que la definición «deberá -imperativamente- formalizarse en escritura pública», añadiéndose, además, que «deberá ser pura y simple», como consecuencia lógica de su carácter irrevocable y de nuestros principios sucesorios.

En cuanto a sus *efectos*, aparte de los ya señalados del artº. 42, pár. 2º y 3º (el descendiente que haya otorgado definición hace número para el cálculo de la legítima global y que la porción legitimaria correspondiente al que ha definido pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los colegitimarios), el párrafo final del artº. 50, en evitación de dudas y en aras de una mayor claridad -no se nos ha pasado por alto que alguien dirá, que de modo superfluo- precisa que a efectos de fijación de las legítimas al fallecimiento del causante se aplicará lo prevenido en el pár. 3º del artº. 47, es decir que el valor de la donación, atribución o compensación en contemplación a la cual se define, tiene que ser computado en el «donatum» del causante, por aplicación del principio de intangibilidad legitimaria.

Y, por último, en el artº. 51 se regulan los *efectos propiamente dichos*, o en sentido estricto, de la definición. Las soluciones que se han adoptado -inspirándonos en el Derecho comparado, doctrina de los autores, naturaleza de la institución y principios inspiradores de nuestro Derecho sucesorio, así como en razones de equidad y justicia-, son las siguientes:

A) *Sucesión testada del ascendiente:*

1º) *Efectos respecto de la legítima del descendiente:* la definición deja sin efecto cualquier disposición relativa a ella, sea anterior o posterior a la definición.

2º) *Efectos respecto de otras disposiciones testamentarias a favor del descendiente:*

a) *si se trata de definición limitada a la legítima:* serán válidos la institución de heredero y el legado con cargo a la porción libre, sea cual fuere la fecha del testamento.

b) *en la definición no limitada:*

- quedará sin efecto toda disposición de carácter patrimonial contenida en testamento de fecha anterior a la definición, sin que entren en juego las sustituciones vulgares ordenadas, salvo la dispuesta en favor de descendientes del renunciante que fuere hijo único.

- por el contrario, serán válidas cualesquiera disposiciones patrimoniales ordenadas en testamento de fecha posterior a la definición.

B *Sucesión intestada del causante:*

- *definición limitada:* el descendiente será llamado como heredero.

- *no limitada:* el que la hubiere otorgado no será llamado nunca; sí lo serán sus descendientes salvo que del pacto resulte expresamente lo contrario o existan otros descendientes no renunciantes o estirpes de ellos.

Inevitablemente arrastrado por mi deformación profesional notarial, termino, como en las escrituras, con reservas y advertencias, eso sí, personales ya que no legales.

Reserva: Una: Me reservo el derecho de adicionar o modificar lo expuesto en una o más notas, charlas, artículos o escritos que agradeceré se consideren como formando parte de la presente.

Advertencias. Dos:

1º) No he pretendido, a lo peor de haberlo intentado tampoco lo habría conseguido, dar una conferencia de alto nivel científico, sino una charla más informal y a efectos fundamentalmente informativos, con la sana intención -además, lógicamente, de informar- de excitar el celo de propios y extraños, entiéndase juristas y profanos, respecto a un texto tan fundamental como es el Proyecto de Ley sobre Compilación del Derecho Civil de Baleares que en fechas próximas se discutirá en nuestro Parlamento. A lo publicado por el pfr. Massot el pasado día 19 de Abril en el «Diario de Mallorca» me remito.

2º) Si del hilo de mi exposición pudiera haberse deducido algún afán de protagonismo o exaltación egocéntrica, renuncio desde ya a cualquier inmerecido laurel y deseo proclamar -por si alguien lo pueda dudar- que el Anteproyecto es obra de la Comisión como conjunto de personas que en perfecta armonía unieron sus esfuerzos, conocimientos -que haberlos, haylos- y experiencias para presentar un trabajo del que creo que todos, yo desde luego sí, estamos plenamente satisfechos. No nos consideramos en posesión de la verdad pero confiamos -y abuso de mi amistad con el pfs. Massot para robarle el pie -volteriano- de su aludido artículo- que el tiempo hará justicia y pondrá todas las cosas en su sitio.