

Modalidades de Derecho foral subsistentes en Menorca

TITULO SEGUNDO

SISTEMA SUCESORIO

Indicaciones de carácter general.—En la exposición del sistema sucesorio, procederemos por exclusión, a pesar de los inconvenientes que como norma general vemos en tal manera de exponer una legislación o régimen aplicable, especialmente si se trata de la abundante y casuística legislación romana; pero en el caso concreto del sistema sucesorio que como especialidad foral rige en Menorca, nos vemos obligados a practicar una excepción de la norma general que como regla de conducta creemos es el mejor método expositivo, ante la inevitable comparación con el Derecho común español, que va absorbiendo al Derecho foral balear. En efecto, creemos conveniente recordar las principales causas de esta absorción, que a nuestro entender son las siguientes: 1.^a Que son aplicables a todas las regiones forales las disposiciones de carácter general del Derecho civil privado, promulgadas con posterioridad al Código civil. 2.^a Que también son aplicables las disposiciones que siendo posteriores al Decreto de Nueva Planta y anteriores al Código civil no han sido derogadas por éste. 3.^a Porque si bien en el artículo 12 del Código civil se establece una regla general para todos los territorios forales, disponiendo que de dicho Código únicamente son aplicables a las regiones forales: «Las disposiciones de su título preliminar en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, al igual que las disposiciones del título IV, libro I, rigiendo en lo demás como supletorio del que lo sea en cada una de las regiones de fuero

especial», seguidamente en el artículo 13 se regula una excepción al referido principio general, disponiendo: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares, al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias, que actualmente están vigentes». 4.^a Porque a pesar de la regla general contenida en el artículo 5º del Código civil, de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores y no prevalecen contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario; aquí en Baleares, sin duda porque la mayor parte de sus disposiciones forales son de carácter consuetudinario, pueden quedar derogadas por el desuso; y 5.^a Porque también son aplicables las disposiciones del Código civil que han reemplazado a las leyes posteriores al Decreto de Nueva Planta. Tal ocurre con la Orden de 30 de junio de 1837, dada a instancia de la Audiencia de Palma y con el informe favorable del Tribunal Supremo, sobre derogación de codicilos en Baleares.

La incorporación por el Código civil de leyes derogatorias de observancia forales, ha sido interpretada por el Tribunal Supremo, en algún caso, con demasiada amplitud, como ocurre con la sucesión abintestato, que ha resuelto en varias Sentencias, alguna muy reciente, que la Ley de Mostrenos ha derogado totalmente las normas forales de la sucesión abintestato.

No debemos silenciar, que el Tribunal Supremo, en Sentencias de 6 de junio de 1905 y 8 de mayo de 1925, al resolver sobre casos de sustitución fideicomisaria, entendió vigente en Mallorca, el Derecho romano.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de diciembre de 1942, en su primer considerando, plantea en forma dubitativa la vigencia del Derecho romano, o del Derecho común, conforme al artículo 13 del Código civil.

En la obra de don PEDRO BALLESTER PONS, «Las instituciones forales de Menorca», 1899, en su página 13, y refiriéndose al sistema sucesorio literalmente dice, entre otras cosas: «Convienen los jurisconsultos baleares partidarios de la conservación de nuestros fueros, en que ha de continuar rigiendo el Derecho romano en la referente a las sucesiones testada e intestada, y así, escuetamente lo han propuesto en documentos oficiales al excelentísimo señor Ministro de Gracia y

Justicia, exceptuando sólo la testamentificación activa y pasiva y las formalidades exteriores de los documentos en que se consignan las últimas voluntades».

· Sin embargo, esta regla general debe tener algunas excepciones, como veremos más adelante, cual son: En testamentificación pasiva el caso de la *lex hac edictali*, que se considera vigente en Menorca.

En cambio, dice BALLESTER, con razón, en la página 14, de su referida obra, que lo referente a desheredación no era en aquella fecha de lo exceptuado del fuero, y según tal criterio, si hubiese prosperado se habrían aplicado a Menorca, los motivos de desheredación que los letrados mallorquines del Colegio de Palma, señalaron en la conclusión XIII, estimando vigente la facultad de privar de su legítima a los descendientes que contraen matrimonio contra la voluntad de sus mayores; *observancia foral de Mallorca*, que no es del Derecho Justiniano, y que no tenemos noticia de que haya regido en Menorca.

Después de estas indicaciones de carácter general, pasaremos a determinar el Derecho foral aplicable en materia de sucesión en los siguientes capítulos: 1.º *Sucesión testamentaria*. 2.º *Sucesión contractual*. 3.º *Sucesión intestada*; y 4.º *Disposiciones comunes*, a las sucesiones testada e intestada.

CAPITULO PRIMERO

Sucesión testamentaria.—Con el deseo de una mayor concisión y dando por sabidos, los conocimientos y conceptos generales de la misma, nos limitaremos a sus peculiaridades, según el régimen foral articulado en el proyecto de Apéndice de 1949, que se refieren a los apartados siguientes: a) *Principios básicos de la sucesión testamentaria*. b) *Formas y solemnidades de los testamentos*. c) *Legítima*. d) *Derechos del cónyuge viudo*. e) *Lex hac edictali*. f) *Heredero distributario*; y g) *Sustitución fideicomisaria «sine liberis decesserit»*.

a) *Principios básicos*.

1.º Que la institución de heredero es principio base del testamento, como dice GAVO (II, 229): «*Velut caput et fundamentum totius testamenti*», y como expresa MODESTINO (Digesto, libro XVIII del tí-

tulo VI, 1, 3) : «*Sine heredis institutione, nihil in testamento scriptum valet*»; y 2.º Nadie puede morir en parte testado y en parte intestado: «*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*». Tales principios fueron los que siguiendo al Derecho romano propuso su aplicación el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca, a fines del siglo pasado, cuando se intentó la redacción de un Apéndice foral para Baleares. A pesar de ello, el Colegio entendía que la cláusula podría considerarse sobreentendida.

En el penúltimo considerando de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1942, a que antes nos hemos referido, argumenta sobre el principio de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado para resolver un caso del derecho de acrecer. Por el Tribunal Supremo, también se ha reconocido la subsistencia de este principio en el archipiélago balear.

Por lo que se refiere a Menorca y aunque no se ha planteado ante los Tribunales de Justicia o el Centro directivo, cuestión jurídica alguna sobre el particular, podemos afirmar que los menorquines se preocupan, por regla general, de testar a su debido tiempo y los Notarios tienen especial cuidado, de recomendar a los testadores dispongan sobre todos sus bienes. En los numerosos casos, sobre esta materia, que por razón de nuestra profesión hemos tenido que intervenir en Menorca, sólo podemos citar *uno*, en que el testador *natural de Ibiza* (Baleares), pero vecino de Menorca, otorgó testamento en Ibiza en el que no dispuso del pleno dominio de todos sus bienes. Por tal razón declarado el fallecimiento del mismo a partir de 31 de diciembre de 1934 por el Juzgado de Primera Instancia de Mahón de Menorca, se ha instado el oportuno expediente de declaración de heredero abintestato, conforme al artículo 912, en relación con el 814, 930, 931 y siguiente, todos del Código civil, declarándose heredera su única hija, con reserva de la cuota legal usufructuaria a favor de la viuda, en auto de 23 de octubre de 1953, del Juzgado de Primera Instancia de Mahón.

Manejando conocimientos vulgares, que todos sabéis, os recordaré que en los pueblos primitivos no existía verdadera sucesión, como dice el renombrado civilista señor CASTÁN: «Porque, o no estaba reconocido el derecho de propiedad individual; al menos con respecto a los bienes inmuebles, o lo estaba con carácter temporal y revocable, que hacía que a la muerte del individuo, volviera el patrimonio a la co-

lectividad de donde provenía». En las sociedades más adelantadas aparece el derecho de sucesión, pero cronológicamente la sucesión por ministerio de la Ley es muy anterior a la testamentaria. Así en los pueblos orientales, como Egipto, India y el pueblo hebreo, no se conocía el testamento. En el Derecho romano fué donde la sucesión testamentaria adquirió todo su desenvolvimiento e importancia, pasando a ser la sucesión legítima una forma meramente supletoria. *La finalidad primaria del testamento*, es dar un hijo adoptivo o sucesor a quien carece de descendencia, para que cumpla los deberes divinos y humanos del difunto, o lo que es lo mismo para que siga rendiendo el culto a los dioses lares y penales y levante las deudas y obligaciones del testador. La herencia romana, exalta el concepto de la sucesión universal, y sobre él construye la sucesión en la personalidad, hasta el punto de que SOHM, dice (1): «En Roma es herencia la sucesión de la personalidad patrimonial del difunto.»

El testamento en el Derecho romano justiniano, es: 1.º Acto unilateral; ya que descansa en la voluntad exclusiva del testador; y 2.º Acto revocable basado en que «*voluntas hominis ambulatoria es usque ad mortem*». Por eso el concepto del *testamento* según el *corpus juris*, podemos decir que es: «Acto jurídico unilateral de última voluntad, en que se instituye heredero qué continúa la personalidad del difunto sobre todos los bienes.» Nadie puede ser heredado por dos testamentos, ni en parte por sucesión testada y el resto intestada. *La sucesión testamentaria es in universum jus defuncti*:

En tal situación se comprende que los dos principios básicos a que antes nos hemos referido, es decir, la institución de heredero y disposición sobre la totalidad de los bienes, son consustanciales con la herencia romana, y básicos del testamento, pero no han pasado a los países modernos inspirados en el Derecho romano, salvo algunas excepciones como las de Cataluña y Baleares. En cambio, el carácter de acto unilateral y revocable del testamento romano, sigue aceptándose unánimemente en las legislaciones de los países de la civilización occidental.

En estos tiempos, incluso Italia en donde las tradiciones romanas estaban más vivas que en otros países, la institución de heredero no es necesaria. Se ordenan los testamentos para consignar mandas, nombrar el organismo tutelar, reconocer hijos naturales, etc.; pero puede

(1). Página 513 de sus «Instituciones de Derecho romano».

ser válido sin disponer de toda la fortuna propia. Por tanto, así como en las regiones españolas sometidas al Derecho común se puede disponer de una parte de los bienes; abriendose la sucesión abiéntestato sobre el resto, en Baleares, la no disposición sobre todos los bienes, llevará consigo la nulidad del testamento. Y esto, si en la antigua Roma era perfectamente lógico, no lo es en los tiempos actuales en Menorca, en donde la familia cristiana menorquina tiene una organización análoga a la de los pueblos latinos, en donde actualmente, como regla general, las disposiciones testamentarias no atribuyen al favorecido la continuación en la personalidad patrimonial del difunto, como requisito *sine qua non*.

Resumen: Que se aprecia fácilmente, la necesidad de que subsitan como principios básicos del testamento, la institución de heredero y universalidad de la sucesión en Roma, ya que el testamento, es el instrumento hábil para nombrar sucesor en la jefatura de la familia romana, cuya sociedad constituía una entidad de carácter público, y el pater familias era el jefe de un pequeño estado, con autoridad omnívima sobre las personas y bienes de la familia, y dirigía además los ritos religiosos. Pero, en cambio, tanto en Menorca, como en el resto de España y en los diferentes países herederos de la cultura jurídica romana, el cabeza de familia no ejerce la patria potestad con atribuciones tan amplias como en Roma, y aunque se considera a la familia como la primera célula social de los estados modernos, no tiene el menor carácter político, y aunque se haya reaccionado en las legislaciones respecto a las tendencias liberales de los pasados tiempos inmediatos, la intervención del Estado, aparte del reconocimiento de los patrimonios familiares, se limita, como regla general, a suplir la voluntad del causante, disponiendo en caso de abiéntestato, lo que supone habría deseado el causante si hubiese testado. Y como excepción a esta regla general únicamente existen los preceptos que con carácter imperativo imponen al testador la obligación de reservar una porción cuantitativa de la herencia a favor de determinados herederos.

b) *Formas y solemnidades de los actos de última voluntad.*

Entendemos que en lo relativo a esta materia se ha de regir por el Código civil, conforme a su artículo 13, y teniendo presente también que en la única materia en la que podía haber discrepancia,

qué es ésto relativó a *codicilos*, es aplicable el Código civil, toda vez que sus disposiciones han venido a reemplazar a la Orden de 30 de junio de 1837, dictada a instancia de la Audiencia de Palma de Mallorca, con el informe favorable del Tribunal Supremo, y cuya disposición derogaron expresamente los Codicilos en Baleares.

Sabéis que los codicilos son disposiciones de última voluntad por las que se modifica o amplía un testamento en aquello que es accesorio del mismo. De ello no trataríamos por estimarlo expresamente derogado, conforme hemos dicho anteriormente, si no fuera porque en el Proyecto de Apéndice de 1949 se reguló.

Ya en el 1899, cuando BALLESTER PONS publicó «Las instituciones forales de Menorca», dice: «En Menorca, desde hace muchos años se omite la cláusula codicilar en los testamentos; y, sin embargo, de tiempo nuestro no se ha presenciado el lamentable caso de que quedarán incumplidos por falta de heredero las mandas y demás disposiciones puntuales, sea por esmero de los Notarios en la autorización de los testamentos, sea que no habiendo heredero testamentario hayan cumplido los legítimos la voluntad del causante.»

En el *Proyecto de Apéndice para Baleares* de 1949, en su artículo 14, permite que se ordenen codicilos en todo el territorio balear, con las mismas solemnidades que los testamentos; pero agrega en su artículo 15 que la institución y sustitución directa de heredero y la desheredación no podrán hacerse en codicilo, sino necesariamente en testamento. Podrá, no obstante, en el codicilo, expresarse el nombre del heredero o herederos y determinarse la porción hereditaria en que cada uno de ellos debe considerarse instituido. Los artículos 16, 17 y 18 agregan con relación a los codicilos, que se podrán hacer en los mismos todas las disposiciones que no se prohiban en el artículo 15, a que nos hemos referido; que el testamento podrá contener la cláusula de que si no vale como tal, valga como codicilo, y en tal caso la institución de heredero subsistirá con fuerza de fideicomiso; y el heredero quedará obligado a todas las disposiciones que puedan ordenarse en codicilo.»

A nosotros no nos ofrece duda que el codicilo se encuentra derogado por las disposiciones vigentes en Baleares, conforme hemos dicho al principio. Pero a pesar de ello comprendemos qué en buena lógica: «rigiendo el principio básico romano de institución de heredero, la admisión del codicilo es consecuencia del mismo; aparte de

ser práctico, que un testamento anulado, por carecer de institución de heredero, o ser nula, pueda surgir como codicilo.

C) *Legítimas.*

a) *Su definición.*—Pueden considerarse como la porción cuantitativa de la herencia que el testador tiene obligación de reservar a favor de determinados herederos. Y claro que desde el punto de vista de éstos, será el «derecho a una porción cuantitativa de la herencia». El artículo 806 del Código civil considera a la legítima como la porción de bienes de que el testador no puede disponer, por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto forzosos.

b) *Su origen y evolución.*—La institución legitimaria que ha inspirado al Derecho español en sus diversas ramas territoriales, es de origen y configuración romanas, pero su estructuración con carácter análogo sólo ha persistido en las llamadas regiones forales del Derecho romano (Baleares, Cataluña y Navarra).

En Roma, varió, sin embargo, su concepto desde el antiguo Derecho hasta la época de Justiniano. Y como consecuencia, la forma de conseguirse las legítimas.

En efecto, en el antiguo Derecho, los *sui heres* podían exigir ser nombrados herederos o ser desheredados, cuyo Derecho se amplió por los Pretores a los hijos emancipados.

Propiamente el derecho de legítima lo creó el Tribunal centenario, y como todo derecho para su defensa tiene una acción, les concedió a los legitimarios la *querela de inoficioso testamento* que partía de la ficción de que el testador se había vuelto loco.

Finalmente Justiniano en la Novela 18, elevó las legítimas, pero limitó la «querela» de inoficioso testamento, concediendo una *actio ad suplendam legitimam*. La reforma importante la llevó a cabo la Novela 115. En ella, los ascendientes quedan obligados a nombrar herederos a sus descendientes llamados a suceder abintestato, y viceversa. Sólo en ciertos y determinados casos especificados por el legislador en ésta Novela, se admite su desheredación, que debe indicarse expresamente en el testamento. Si el legitimario no hereda la parte que le corresponde, tiene la *actio ad suplendam legitimam*. Las legítimas no se pueden gravar, salvo el caso de la llamada *cautela socii*. Por el contrario, si el legitimario no es instituido heredero, ni se invoca una causa legal de desheredación, dispone de una querella de inoficioso testamento modificada, que sirve para rescindir las instituciones de here-

dero hasta donde alcance su porción intestada, dejando subsistentes las demás disposiciones; por ejemplo, el nombramiento de tutores, y legados (éstos, en cuanto no menoscaben las legítimas).

En este último grado de desarrollo del Derecho romano justiniano, se ha venido aplicando por la costumbre de generación en generación, hasta llegar a nuestros días en el territorio balear, si bien hemos de hacer presente que especial y concretamente por lo que se refiere a Menorca, sobre todo desde la promulgación del Código civil, se han olvidado con harta frecuencia por los intérpretes de su Derecho los principios y reglas del Derecho de Justiniano:

c) *Las legítimas en Menorca.*—Hacemos patente con referencia a Menorca la forma en que se ha venido aplicando el derecho de esta materia en los últimos sesenta y cinco años, a cuyo fin examinaremos los siguientes puntos:

- 1.º Clases y cuantía de las legítimas.
- 2.º Carácter de las legítimas.
- 3.º Inscripción de los derechos de los legitimarios.
- 4.º Forma de realizarse el pago de las legítimas; y
- 5.º Frutos.

1.º Respecto a las clases y cuantía de las legítimas, distinguimos:

a) *Legitima de los descendientes.*—Consistente en un tercio, si no pasa de cuatro el número de hijos, y en la mitad, si pasa de tal número.

El legitimario instituido a la vez heredero, tiene también con los otros, igual parte en la porción legítima (Novela 18).

Los artículos 32 y 46 del Proyecto de Apéndice de 1920, y los artículos 34 y 36 del Proyecto de Apéndice de 1949, establecen también las cuantías que acabamos de indicar.

Don PEDRO BALLESTER, dice, (1): «Las diferencias con las legítimas del Derecho común son de escasa monta, y no parece que la reforma no habría de ocasionar en Menorca trastorno alguno, como lo ocasionara el tránsito violento al sistema de Castilla, felizmente modificado por el Código, en obsequio a la transacción con las comarcas aforadas.

Claro que lo que no dice tan prestigioso letrado menorquín es qué el tránsito al régimen de Derecho común sería no sólo de cuantía, sino de sistema, ya que en la legítima de los descendientes hay qué

(1) «Instituciones forales de Menorca», 1899.

distinguir un tercio de legítima estricta y el de mejora (art. 808 del Código civil), salvo que se estimase como legítima únicamente el llamado tercio de legítima estricta, siempre, naturalmente, que en el plan de adaptación se aclarase tal extremo. Pero en tal caso, entendemos que lejos de unificar los sistemas de Derecho común y menorquín, se complicaría éste último.

b') *Legítima de las ascendientes.*—Ha habido discusión, pero la opinión dominante es que consiste en la *tercera parte* del total de la herencia; y así lo estimó la Comisión balear en el artículo 33 del Proyecto de Apéndice de 1880. Tanto el Proyecto de Apéndice de 1920, como el artículo 37 del de 1949, admite dicha cuantía.

Don PEDRO BALLESTER aboga porque dicha legítima ascienda a la mitad (1).

c') *Legítima de los hijos legítimos.*—Ha caído en desuso la aplicación del Derecho romano justiniano.

El Proyecto de Apéndice de 1949 propone lo siguiente en sus artículos 40 y 41:

«Los hijos naturales y sus descendientes se equiparan a los legítimos en cuanto a la sucesión de la madre y parientes de la misma, y, recíprocamente, todos estos en cuanto a los de los primeros. En todo lo demás, los derechos de los hijos ilegítimos y de sus padres, en la sucesión testada se regirán por el Derecho común.»

d') *Legítima de los hermanos.*—Lo que podríamos llamar legítima de los hermanos, por ejercicio de éstos de la querella de inoficioso testamento, por haber sido postergados a persona torpe, también ha caído en desuso en Menorca, en la que durante el siglo XX no se ha aplicado ni una sola vez. Ya en el siglo XIX, el culto letrado menorquín, señor Ballester, afirmaba su inobservancia, por lo que fácilmente llegaremos a la conclusión de que por lo que se refiere a los hermanos sólo es aplicable el Derecho común, conforme ha reconocido el Proyecto de Apéndice de 1949.

e') *Legítima del cónyuge viudo.*—En ella examinaremos: a'') *Precepto aplicable.*—La Novela 117, derogando la del marido de la Novela 53. Así lo ha reconocido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 29-X-1891, 5-VI-1899, 19-X-1899, y

(1) «Instituciones forales de Menorca», 1899.

13-I-1909. b'') *Cuantía.* La cuarta uxoria consiste: 1.º En una cuarta parte en pleno dominio, si no deja el marido descendientes. 2.º En una cuarta parte en usufructo, si deja hasta tres hijos. 3.º En una porción viril, si deja más de tres hijos. Nota: Los hijos y descendientes en general se estiman por estirpes. c'') *Viudas que tienan derecho a ella.* Las que son pobres e indotadas; es decir, las que han quedado sin medios para vivir decorosamente con arreglo a su clase.

La cuarta marital, en opinión de Q. MUCIUS SCAEVOLA, resulta un anacronismo en la época actual. La cuarta marital, mejor que un derecho de la viuda, implica una disposición de mera gracia hacia la mujer. *Un acto de caridad más que un acto de justicia.*

En Menorca, lo mismo que en las otras islas Baleares, el viudo no tiene derechos legitimarios, ni sucesión forzosa en la herencia de la mujer; pero en cambio, ésta tiene derecho a la cuarta uxoria en la forma que hemos indicado.

En la sucesión abintestato se aplican los artículos 834 y siguientes del Código civil, lo mismo para el viudo que para la viuda, pero la cuota se detrae conforme a la legítima foral.

Al viudo se le reconocen derechos en el artículo 43 del Proyecto de Apéndice de 1949, que reseñamos al hablar de las disposiciones comunes a las sucesiones testamentarias y abintestato.

2.º Carácter de las legítimas en Menorca:

a') *De la cuarta uxoria.*—La cuarta uxoria de la viuda no le da el carácter de heredera, ya que no precisa la formación de inventario para evitar la confusión de patrimonios, pero tiene la naturaleza de sucesión forzosa; y el marido no puede privar de ella a la viuda por disposición testamentaria, ni disminuir su importe por donaciones infelicias intervivos.

b') *De las restantes legítimas.*—a'') *Sus características:* 1.º Son porción debida de la herencia «debitam partis hereditatis», cuyo total representa el heredero. 2.º El heredero no tiene facultad de pagar las legítimas en dinero, salvo disposición testamentaria en contrario.

En el Proyecto de Apéndice de 1949, en su artículo 38 se dispone: «Aun cuando el testador hubiere señalado la legítima en dinero, se entenderá que aquélla deberá ser satisfecha en «bienes hereditarios» salvo pacto en contrario de heredero y legitimante.»

Toda vez que el dinero en efectivo puede ser una de las partidas

que constituyan los «bienes hereditarios», tal artículo querrá decir, que únicamente se podrá pagar con dinero que forme parte del caudal hereditario.

3.^a Por derecho consuetudinario se admite que, grava el patrimonio del causante, con efectividad de derecho real, para asegurar el derecho del legitimario.

b') *Diferencias con el derecho del legitimario catalán y con el Derecho común:*

El derecho del legitimario catalán es para unos un derecho de crédito, y para otros, una *pars valoris bonorum*, cuyo legitimario es titular de un «*ius in re aliena*», que afecta como carga real a los bienes hereditarios.

En cuanto al legitimario del Derecho común es para unos un coheredero, y otros le consideran como *titular de una cuota en el patrimonio relicto (pars bonorum)*, es decir, que los legitimarios del Derecho común son titulares de un derecho semejante al de los comuneros de la comunidad germánica.

Si se sostiene que el legitimario catalán es titular de un derecho de crédito, no tendría semejanza con el legitimario del Derecho foral menorquín, pero desecharó esto y admitido que la legítima de los aforados catalanes es una *pars valoris bonorum* que constituye una carga hereditaria, se ha pretendido por algunos la identidad de los derechos de los legitimarios catalanes y de los menorquines, basados sin duda en las siguientes razones:

1.^a Por la antigua costumbre menorquina de inscribir las fincas de la herencia a nombre de los herederos, mencionándose los derechos de los legitimarios conforme a lo que preceptuaba el párrafo segundo del artículo siete de la Ley Hipotecaria de 1909; enajénándose sin intervención de los legitimarios, pero conservando la subsistencia de dicho gravamen.

2.^a Porque en Menorca, lo mismo que en Mallorca, el heredero universal, ante el común sentir de sus habitantes, ostenta la representación de la herencia y es respetado como tal unánimemente.

3.^a Porque las legítimas gravan como carga real la inscripción del dominio a favor del heredero o los bienes de la herencia en general si no se inscriben.

Pero contra estas razones, oponemos las siguientes:

1.^a Que es «*portio debita*», porción debida de la herencia, es decir un derecho de carácter patrimonial, que no tiene el carácter de *real* puesto que el titular no tiene una acción directa sobre los bienes de la herencia, pero tampoco tiene el carácter de Derecho de crédito o de *pars valoris bonorum*. 2.^a Que como consecuencia de la razón anterior, el legitimario no puede ser obligado a percibir su legítima en dinero, o en bienes que no pertenezcan al caudal. Sin embargo, es costumbre que el testador asigne una cierta cantidad para el pago de las legítimas, pero esto, no hace variar su carácter, como no lo hace variar en el Derecho común lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.056 del Código civil ya que tanto en uno como en otro caso no son sino una facultad permitida al causante. De todos modos, incluso esta facultad, se pretende limitar por el Proyecto de Apéndice de 1949, como hemos podido apreciar del texto de su artículo 38; y 3.^a Porque en Menorca nunca han regido las Constituciones de Monzón, de 1343, de Pedro III, que concedieron al heredero la facultad de pagar las legítimas en dinero, ni la disposición de Felipe II, de 1585.

En cambio, se asemeja al Derecho catalán en que es titular de un *ius in re aliena*, que afecta como carga real a los bienes hereditarios, para asegurar la entrega de la porción debida.

Las diferencias con el legitimario de Derecho común son patentes porque la legítima menorquina no es una *pars hereditatis*, ni tampoco una *pars bonorum*, por las siguientes razones:

1.^a Porque en Menorca, no se produce la confusión de patrimonios. 2.^a Porque repitiendo una vez más lo dicho en anteriores ocasiones, la legítima en Menorca es una *portio debita* (porción debida), en la que si bien el legitimario no puede ser obligado a percibir su porción en efectivo (salvo disposición testamentaria en contra), tampoco es co-titular con el heredero del patrimonio hereditario.

El legitimario, es titular de un derecho patrimonial, pero no lo es de un derecho real sobre una cuota parte indivisa, tiene simplemente una «*avocación*» a la constitución de un derecho real, o lo que es igual «*un jus ad rem*».

Al calificar al derecho del legitimario como un *jus ad rem* lo hacemos considerándolo como un derecho intermedio entre el «*jus obligationis*» (derecho personal) y el «*jus in re*» (derecho real); y si bien no tiene mucha aceptación en la doctrina española, hay que

rendirse ante la evidencia, en algunos derechos como los que tienen los legitimarios en Menorca, que propiamente no pueden calificarse de reales; aunque tengan más fuerza que los personales, constituyendo lo que la técnica jurídica denomina «vocación o llamada al derecho real».

3.^a Porque si bien el legitimario menorquín no puede ser obligado a percibir su legítima en efectivo, tampoco puede exigir que la entrega se realice con sujeción a las normas del artículo 1.061 del Código civil, bastando que la *porción legitimaria debida por el heredero* sea pagada en bienes existentes en el caudal relichto, al ocurrir el fallecimiento del causante.

3.^b *Inscripción de los derechos de los legitimarios* :

a') *Durante la vigencia de la Ley Hipotecaria de 1909.*—Durante ella se inscribían los bienes de la herencia a favor del heredero, quedando mencionados los derechos de los legitimarios conforme al párrafo 2.^o del artículo 7 de la Ley Hipotecaria, que, como sabéis, disponía: Que cuando en los actos o contratos *sujetos a inscripción* se reserve cualquier derecho real a favor de personas que no hubieren sido parte en los mismos, en la *inscripción* debería hacerse expresa mención del derecho real reservado y de la persona a cuyo favor se hubiese hecho la reserva.

Según esto, y toda vez que en la escritura de manifestación de bienes, no comparecían ordinariamente los legitimarios, los Registradores a la vista de tales documentos y demás complementarios, realizaban la inscripción a favor del heredero, mencionando los derechos de los legitimarios, cuyos derechos quedaban asegurados con carga real; y por tanto, la garantía subsistía aunque el heredero los enajenase.

b') *Situación actual.*—Consideraciones generales sobre lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 15 de la Ley Hipotecaria vigente.

Después de promulgada la vigente Ley Hipotecaria, nos encontramos con un artículo 15, que permite la mención de: los legitimarios catalanes y los del resto de España, cuando se den las dos circunstancias de que su legítima sea de cuota que no pueda promover el juicio de testamentaria, y que el heredero se encuentre capacitado para pagar la legítima en efectivo o en bienes no inmuebles. Estas

circunstancias se dan indudablemente en los legitimarios de Derecho común regulados por los artículos 840 y 1.056 del Código civil, y los que se regulan por el Fuero de Ayala y legislación foral de Navarra.

Estimamos que los derechos del legitimario menorquín son susceptibles de mención, conforme a este artículo 15, porque tienen el carácter de ser de parte alícuota que no pueden promover el juicio de testamentaria y estar facultado el heredero para pagar la porción debida en bienes no inmuebles que existan en la herencia.

Ante tal legalidad, hacemos la observación de que los legitimarios menorquines, por derecho foral consuetudinario, tienen asegurado su derecho como una carga real sobre los bienes de la herencia si el heredero no inscribe. Ahora bien, *si el heredero inscribe*, que es la regla general, debemos distinguir dos supuestos :

a'') Que los derechos de los legitimarios no se puedan mencionar, por entenderse que no reúnen las circunstancias exigidas en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria. En tal supuesto, creemos que en buena técnica hipotecaria no es susceptible de resolverse con una escritura de manifestación de bienes, que es la forma usual y corriente, sino que entonces el heredero habrá de otorgar con los legitimarios escritura de partición de bienes, en la que se les adjudicaseen bienes en pago de sus legítimas, y en tal caso se inscribiría la adjudicación a título de legítima, y el heredero inscribiría el resto ; o bien, se den por pagados de sus derechos los legitimarios, inscribiendo entonces los herederos los bienes libres de todo derecho de los legitimarios ; o bien, que los legitimarios hayan renunciado pura y simplemente a la legítima, en cuyo caso no habrá nacido ésta ; o si se constituye hipoteca voluntaria u otra garantía para asegurar el pago de las legítimas.

Ahora bien, *estas soluciones no satisfacen al pueblo menorquín*:

Primero.—Por la indivisibilidad de los predios (1) en la mayoría de los casos. La unidad agrícola es el predio que se cultiva en régimen

(1) En Menorca se considera al *predio* como sinónimo de unidad de explotación agrícola-ganadera, formado por una serie de parcelas dedicadas a diferentes cultivos, que suelen estar colindantes entre sí, aunque respetando los muros de piedra que las separan, que permiten que el ganado, sobre todo el vacuno, pueda pacer sin necesidad de pastor que le vigile.

de aparcería rural y ganadera, cuyas explotaciones mixtas, si bien son divisibles desde un punto de vista material, generalmente, desde la faceta económica e incluso social no son susceptibles de partición.

Segundo.—Porque cuando queda cónyuge supérstite en la mayoría de los casos, continúa la indivisión del haber hereditario, administrando el cónyuge sobreviviente el caudal, con el carácter de usufructuario; por haberlo dispuesto el causante en su último testamento, pero sin hacer pago de las legítimas, hasta que fallecen ambos cónyuges. El que esto ocurra en la forma de que dejamos hecho mérito es de una importancia extraordinaria por los benéficos resultados de esta comunidad continuada, sobre todo en un régimen jurídico consuetudinario, como el menorquín, en el que los viudos y más especialmente las viudas quedan en mala situación al ocurrir el fallecimiento del otro cónyuge, conforme hemos explicado al hablar del régimen matrimonial de bienes.

Tercero.—Porque aparte de la costumbre inmemorial de no otorgar escritura de partición de bienes, ni pagar las legítimas, hasta que no fallecen los dos cónyuges, tanto la partición como la garantización de las legítimas con hipotecas o de otra forma escrituraria, resultarían soluciones muy costosas, y llevarían a la larga al minifundio incultivable, dadas las características del campo menorquín; y desde luego, en un par de generaciones, o tal vez antes, desaparecería la unidad agrícola-ganadera, llamada predio en el país (1), por lo que la economía isleña resultaría muy perjudicada.

Cuarto.—Porque, aunque a primera vista puede parecer que sólo se ha conseguido un aplazamiento de la partición, al continuar la indivisión con el cónyuge viudo, el hecho cierto es que en muchos casos, por haberse orientado los legitimarios en otras profesiones y colocado en buena posición durante ese lapso de tiempo, y en no pocos casos por la emigración, acceden a cobrar sus legítimas en efectivo, o aprue-

A veces forman dos o más grupos, agrupándose entre sí las colindantes. Pero siempre, en punto adecuado y bien comunicado con las diferentes parcelas, se encuentra el caserío predial, formado por casa para el payés (aparcero), bajo cuyo régimen suelen cultivarse; casa para el propietario que acostumbra a pasar temporadas en sus fincas; aljibes, eras, graneros, almacenes, establos, cuadras, gallineros, palomares... etc.

ban gustosos la entrega de bienes que no perjudiquen a la unidad predial.

Aparte de esto, en un gran número de casos, a los legitimarios no les apetece el cobro de su legítima a continuación de acaecer la defunción del primero de los padres que fallece, pero tampoco entra en sus cálculos la renuncia a ella; y por ello, el aplazamiento en el cobro, con la seguridad de que no serán perjudicados en sus intereses, tal como se reguló en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, es la solución adecuada a sus aspiraciones.

Quinto.—Porque como dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944: «evita en lo posible que en el seno de la familia puedan plantearse prematuras y siempre enojosas divergencias, con riesgo de la paz doméstica».

b'') *Posibilidad de mencionarse los derechos de los legitimarios menorquines*, por reunir las circunstancias exigidas en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

Estimamos de que, en vista de que el legitimario menorquín puede ser obligado a percibir su legítima en bienes muebles que existan en la herencia, según confirma el artículo 38 del Proyecto de Apéndice de Baleares de 1949, a que antes nos hemos referido, es aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, porque concurren las dos circunstancias que se precisan para que sea aplicable, o sea: 1.º Que son legitimarios de parte alícuota que no pueden promover el juicio de testamentaría; y 2.º Que el heredero se encuentra autorizado para pagar las legítimas en bienes muebles de la herencia. Observemos a tal propósito que la forma alternativa de la Ley, «hallarse autorizado para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles», no quiere decir que tengan que concurrir necesariamente ambas facultades, sino que es suficiente que esté facultado con una de ellas.

Después de este breve y somero comentario del párrafo primero del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, enfocado única y exclusivamente sobre su posible aplicación en la mención de los derechos de los legitimarios menorquines, examinemos los párrafos sucesivos del mismo artículo.

Párrafo segundo.—Prescindimos de todo comentario sobre la contradicción que pueda existir entre el párrafo segundo que establece que

«la asignación de bienes concretos para pago o su afección en garantía de las legítimas se hará constar por nota marginal» y lo regulado por el artículo 87 del Reglamento para su ejecución, que dispone que: «si se hubieren asignado bienes ciertos para pago de las legítimas, se inscribirán a nombre de los respectivos asignatarios» Nuestro comentario en este momento no tiene más objeto que precisar que, tanto el párrafo 2.º del artículo 15 de la Ley Hipotecaria y el 87 del Reglamento para su ejecución son aplicables íntegramente a los derechos de los legitimarios menorquines, cuando concurran las circunstancias que los mismos especifican.

Párrafo tercero.—La aplicación de este párrafo es discutible, porque la intervención de los legitimarios en los documentos en cuya virtud se inscriben los bienes a favor del heredero es conveniente porque el derecho de los legitimarios no es de crédito, ni una *paris valoris bonorum* que pueda pagarse en efectivo, sino un derecho patrimonial con vocación a los bienes de la herencia, por lo que la presencia de los legitimarios en la escritura de manifestación de bienes tiene importancia a fin de que no se oculten bienes o se manifiesten otros diferentes aunque no haya perjuicio en la valoración total.

Párrafo cuarto.—Completamente aplicable, ya que no ofrece duda entre herederos y legitimarios, sus relaciones se regirán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante.

En los párrafos siguientes se concretan los efectos de las menciones de los derechos de los legitimarios contra terceros, duración de las menciones de los derechos legitimarios con especial regulación de la caducidad y cancelación por desheredación o pago de legítimas por la indicación hecha en la escritura de manifestación de bienes. De estos extremos no vamos a hacer comentario alguno sobre su alcance, tecnicismo y procedencia, ya que tales comentarios estarán fuera del marco u objeto de nuestro trabajo. Sólo diremos que serán de aplicación a los derechos de los legitimarios menorquines, salvo en lo que se refiere a las disposiciones referentes a la determinación de una cantidad cierta en efectivo para pago de las legítimas, con carácter obligatorio para los legitimarios, cual ocurre en las normas de los números 1.º y 2.º del apartado b) de dicho artículo.

Resumen.—Que basamos la aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria en la forma indicada, fundados en que por derecho con-

suetudinario las legítimas de los aforados menorquines son de cuota y pueden ser pagadas en bienes no inmuebles, que existan en la herencia, y su efectividad se encuentra asegurada como carga real sobre todos los bienes de la herencia; por lo que, la inscripción de los bienes inmuebles de la herencia a favor del heredero, con la mención de los derechos de los legitimarios, no es sino confirmar y garantizar registralmente una realidad extraregistral.

Y terminamos estas modestas observaciones recordando las palabras de ROCA SASTRE, que considera falso de técnica dicho artículo 15, al hablar de «menciones» de legítima cuando deberían ser inscripciones, siguiendo la doctrina sentada en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de agosto de 1863, que resolvió que «las legítimas se inscribirán» (1). Que tales menciones no son menciones propiamente dichas lo reconoce la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 1952.

4.º *Pago de las legítimas.*—Es aplicable la legislación común, incluso respecto a los contratos sobre la legítima futura, por cuya razón no es aplicable a Menorca el *finiquito de legítimas* por las razones que detallaremos en el capítulo dedicado a la sucesión contractual.

BALLESTER PONS, en su obra «Las instituciones forales de Menorca», en 1899, dice: Insistimos en que en Menorca las legítimas nunca se han pagado en dinero y que el finiquito de legítimas hacia muchísimos años que había caído en desuso.

En el Proyecto de Apéndice foral de Baleares de 1949 se admite tal forma de pago.

5.º *Frutos de las legítimas.*—Nos referimos a lo que dice don PEDRO BALLESTER PONS en su repetida obra, en la que manifiesta: «El fatal prurito de perpetuar el lustre de las familias, más que los deberes del mutuo auxilio dentro del amor fraternal, trajo por obligadas consecuencias, con la anulación de los legitimantes, los privilegiados en favor del heredero, de compensar los frutos de la legítima con los alimentos durante la vida en común.

El señor RIPOL, en el artículo 6.º del Anteproyecto de 1880, aboga por la conservación de dicho privilegio, salvo (art. 7.º) que otra cosa

(1) Página 670 del tomo II del Derecho Hipotecario, 5.ª edición.

disponga el testamento paterno, o se pacte entre el legitimante y el heredero, por ser la legítima cuantiosa y desproporcionada con los alimentos y asistencia.

Don PEDRO BALLESTER PONS, en su citada obra dice: «Hoy (se refiere al 1899) felizmente ya no son sino una que otra legitimante soltera, las condenadas a la vida en común con el «hereu»; y en merecido elogio de los Notarios menorquines, he de consignar que los padres en sus testamentos dictan las disposiciones oportunas que regulan tal necesidad, por lo que carece de importancia la abolición o conservación de tal disposición foral».

D) *Otros derechos del cónyuge viudo:*

1.º *Tálamo* o usufructo del lecho conyugal, al que tiene derecho el cónyuge sobreviviente sin distinción de sexo; y 2.º Los derechos concedidos por el cónyuge premuerto, especialmente el *usufructo universal* sobre el que daremos algunas explicaciones seguidamente. Estos derechos se entienden sin perjuicio de las legítimas y de las limitaciones de la *Lex Hac Edictali*.

Usufructo universal.—Es frecuente en Menorca tal institución a favor del cónyuge viudo, dejando a salvo las legítimas y siempre que no pase a segundas nupcias, con lo que el buen sentido de los menorquines trata de salvar los inconvenientes del régimen de separación de bienes. En casi todos los casos, la institución del usufructo universal se realiza en términos parecidos a los siguientes: *Instituyo en el usufructo universal a mi cónyuge X, con facultad de gravar y vender, sin que tenga que justificar la necesidad, pero quedando a salvo las legítimas, y siempre que el usufructuario no pase a segundas nupcias.*

En rarísimos casos el cónyuge sobreviviente queda con la facultad de distribuir los bienes entre los hijos comunes, pero a esta materia dedicamos un capítulo separado más adelante.

Concretamente, refiriéndome a mi experiencia de más de diez años al frente del Registro de la Propiedad de Mahón, puedo afirmar que no se me ha presentado ni un solo caso de aplicación de la *Cuarta Uxoría*, ni de distribución de bienes del cónyuge premuerto, por el superviviente a favor de los hijos comunes. En cambio, lo corriente y normal es que el cónyuge viudo quede con el usufructo de todos o parte de los bienes, ya sea con las atribuciones ordinarias de todo

usufructuario o libre de hacer inventario y prestar fianza, y con facultad de gravar y vender sin necesidad de justificar o estableciendo en qué casos y cómo podrá enajenar y gravar.

E) *Lex Hac Edictali*:

Es la 6.ª, tit. IX, De sec. mupt., libro V, del Código justiniano.

Como excepción al principio de testamentifacción pasiva, regulado por el Código civil, se considera vigente dicha Ley, à virtud de la cual el cónyuge de segundo matrimonio no podrá recibir de su marido más de lo que éste conceda al que dé menos de los hijos del primer matrimonio. Se restringe esta Ley al cónyuge del hinubo, pero no se extiende a los hijos del segundo o posterior matrimonio. Es decir, que se aplica en sentido estricto y no en la forma como se aplica en Navarra, sin duda por la influencia del Derecho francés.

El artículo 39 del Proyecto de Apéndice de 1949, dispone: «El cónyuge que contraiga segundas o ulteriores nupcias, teniendo hijos u otros descendientes habidos en otras anteriores, no podrá favorecer a su consorte, directa ni indirectamente, en actos entre vivos o de última voluntad, sino en cantidad que no exceda de lo que deje al hijo menor favorecido de cualquiera de los precedentes matrimonios o en su representación al nieto o nietos. Si lo hiciere, el exceso deberá pasar por partes iguales a los hijos o nietos, en su caso, habidos de anteriores nupcias.»

(De la conferencia pronunciada el día 9 de diciembre de 1954 en el Ateneo Científico, Literario y Artístico de Mahón.)

(Continuará)

MARCIAL RIVERA SIMÓN

Registrador de la Propiedad