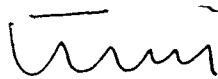


Ilustre Señor:

Atendiendo a su invitación a hacer sugerencias técnicas al texto resultante de los trabajos de la Ponencia, que, en el seno de la Comisión de su presidencia, ha informado el Proyecto de Ley de Compilación del Derecho Civil de Baleares y de otros temas relacionados con él, tengo el honor de formular las que se contienen en el documentó que adjunto.

Palma, 15 de marzo de 1.990



Fdo. Tomás Mir de la Fuente.

Don Joan Nadal i Aguirre, Presidente de la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales del Parlamento de las Islas Baleares. Ciudad.

La brevedad del plazo concedido para ha-  
cer llegar a la Comisión de Asuntos Institucionales y -  
Generales del Parlamento de las Islas Baleares sugerencias técnicas, en relación con el "texto articulado" -- (resultante de los trabajos de la Ponencia, que ha elaborado el informe correspondiente al Proyecto de Ley de Compilación del Derecho Civil de Baleares) especialmente en orden a las modificaciones introducidas sobre el texto inicial, solicitadas sin duda en consideración al hecho de haber sido Vocal de la Comisión Compiladora de Juristas de Baleares que redactó un anteproyecto, y el carácter colegiado de ésta, sólo me permiten, en este trámite, atendiendo a tan honroso requerimiento, formular algunas consideraciones, sobre determinados aspectos de la cuestión, sin perjuicio de las que, específicamente, se interesan sobre la cuantía de las legítimas - de los hijos y descendientes y una enmienda relativa al artículo 48, que lleva el nº 43.

#### Primera consideración.

Los Derechos de Familia y de Sucesiones - constituyen un sistema. Y los de un Derecho, como el Balear, un sistema que se justifica, no por sus excelencias teóricas, sino su utilidad práctica, y por su estabilidad y general aceptación. Por ello, reconociendo -- que tan bueno es un régimen matrimonial de separación, como otro de comunidad o participación, y que tan útil puede ser un sistema sucesorio de libertad de testar como otro de legítimas (sean largas o cortas y de cuantía fija o variable) las soluciones, en esta materia (sobre todo si la competencia que se ejercita, como es el caso, lo es para la "conservación, modificación y desarrollo" del Derecho civil, foral o especial), no pueden carecer de un fundamento relacionado con la tradición jurídica balear o de las islas y los principios generales que in forman la Compilación, como reconoce y acepta el artículo 1 del "texto articulado".

Pues bien, no responde a ella una legítima "del diez por ciento del haber hereditario por cada hijo hasta un máximo de tres, y una tercera parte si excediera de este número".

Podría estar en la línea del Derecho Romano justiniano, que inspira, como foral, todo el sistema sucesorio de Mallorca, una legítima de hijos y descendientes de un tercio, si los hijos son tres o menos

de tres, y de la mitad, si son cuatro o mas, por ejemplo pensando que, hoy, las familias son menos numerosas que en otros tiempos. Pero no lo está decir que la legítima de los hijos será de un tercio, si son cuatro o más (lo que supone, si son cuatro, el 8'33% cada uno, si son cinco, el 6'66% cada uno y, si seis, el 5'55%, etc), y, si son tres o menos, de una décima parte la legítima de cada hijo (o lo que es lo mismo, en conjunto, el 30%, si son tres, el 20%, si son dos, y el 10% si uno). Siendo parte de libre disposición, si hay cuatro o más hijos, dos terceras partes de la herencia (o sea el 66'66%), siete décimas partes (o sea el 70%) si hay tres hijos, ocho décimas partes (o sea el 80%) si hay dos, y nueve décimas partes (o sea el 90%) si hay uno sólo. De esto no hay precedente ni, acaso, modelo en el Derecho comparado.

### Segunda consideración.

Sobre la enmienda nº 43, al artículo 48, que supongo no es al "texto articulado" sino al "proyecto inicial", cabe señalar a cada uno de sus números: 1. Si la legítima es pars hereditatis o bonorum, o incluso pars valoris bonorum, pero no crédito frente a la herencia, como no lo es la legítima mallorquina, es obvio que no pueda el testador "imponer" el pago en metálico, sino autorizarlo.

2. En la medida de que, hasta que no decidan los herederos, en virtud de autorización del testador (en el anteproyecto y texto inicial) o acuerdo de éstos si no lo prohíbe el testador (según el "texto articulado"), no hay crédito de metálico o cantidad de dinero, es lógica la afección de la herencia.

3. Si los herederos no están de acuerdo no hay pago en metálico. No hace falta decirlo.

4. El legitimario, si no hay pago en metálico, porque no se ha realizado en los plazos establecidos al efecto, no ha de poder exigir el pago en dinero, sino en bienes.

5. Si no se ha de pagar en metálico y -- hay afección de toda la herencia es lógico que se prevea la posibilidad de anotar la demanda en el Registro de la Propiedad (lo que no supone invasión de competencias exclusivas estatales en orden a la regulación de aquel, en la medida de que lo es, por aplicación de la misma Ley Hipotecaria). El precepto se aplica a este caso, precisamente. Al caso de que, por haber transcurrido el plazo, no le quepa al legitimario reclamar -- cantidad sino bienes de la herencia. Claro está, siempre que haya inmuebles y estén inscritos.

6. Una cosa son todos los bienes de la herencia y otra distinta los inmuebles inscritos en el Registro. Por esto, y porque sólo a éstos conviene la mención del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, está bien la conjunción adversativa. Siendo, en cualquier caso, necesario hacer referencia a este artículo, por-

que, por una parte, se refiere a los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana y, por otra, si en el "texto articulado" la autorización del testador para pagar las legítimas en efectivo ha desaparecido, respecto del anteproyecto, convirtiéndolo en "silencio", no cabe dentro del supuesto de "legitimario de parte - alicuota que no puede promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles", el -- que no está autorizado por el testador sino por la -- ley.

### Tercera consideración.

En cuanto al "texto articulado", resultante de los trabajos de la Ponencia, y tan sólo en relación con los artículos 53 y 55 a 63 (sobre los que tengo hechos comentarios, contenidos en el Volumen I - del Tomo XXXI, de la obra publicada por la Revista de Derecho Privado y dirigida por el Profesor Albaladejo García, titulado "Comentarios al Código Civil y las - Compilaciones Forales", y, precisamente, por esta circunstancia que me da la sola autoridad que su corrección merezca en esta materia), desde la perspectiva -- "técnica", se me aparece lo siguiente:

a) Que es correcta la introducción del - añadido, al artículo 53, de la expresión "y de lo previsto en el artículo 51". No así el resto de la innovación porque, gramaticalmente, si se ha dicho antes "en el artículo 45", se ha de decir, o "ambos de esta Compilación" o se ha de callar lo "de esta Compilación".

No obstante, con o sin referencia a la - Compilación, es conveniente dejar expresamente a salvo lo que se ha establecido, respecto de los efectos de - la definición (tanto la limitada a la legítima como la no limitada a ella, sino referida a los derechos sucesorios) para el caso de la sucesión intestada del causante.

b) Que, técnicamente, no son correctas - las modificaciones introducidas en los artículos 55 a 63, en los términos, y por lo que sigue:

1) Sin duda no lo es la del tercer párrafo del artículo 60, en cuanto desconoce el artículo - 149,1-8º de la Constitución Española sobre competencia exclusiva del Estado en cuanto a "ordenación de los registros e instrumentos públicos".

La anotación de oficio por el Registrador de la Propiedad de la prescripción es ordenación

del Registro de la Propiedad (que es un registro público) imponiéndole a un funcionario del Estado la realización de un asiento que no puede practicar, de oficio, por aplicación de la legislación estatal en la materia.

Esta deficiencia hace irrelevantes otras, gramaticales o institucionales, del mismo texto, como la relacionada con la clase de asiento, o las que resultan de su aplicación tanto a los censos como al alodio, y, sobre todo, la de que el Registrador de la Propiedad no puede, por una parte, en cuanto a alodio, conocer si durante el plazo de 5 años desde la inscripción de la última transmisión onerosa del dominio útil de la finca, se ha reclamado o pagado el laudemio o se ha efectuado acto alguno de reconocimiento, ni, por otra, en cuanto a los censos, si se han pagado o no las pensiones.

2) Que sea o no correcta, técnicamente - hablando, la reducción, respecto del anteproyecto, de los plazos de prescripción extintiva, es cuestión más difícil, porque hay que distinguir el hecho mismo de la prescriptibilidad, del tiempo que se establece.

Sentada la prescriptibilidad, de lo que históricamente ha sido imprescriptible, no parece que sea imposible establecer libremente el plazo. Ahora bien, esta libertad ha de tener un fundamento que, de no ser puramente voluntarista -en cuyo caso conviene - se exprese (lo cual no consta se vaya a hacer, pues nada se dice de la Exposición de Motivos)-, obliga a distinguir el derecho, de sus facultades (y, por ello, el censo y el alodio de las facultades que integran el contenido del poder en que consisten, entre ellas, respectivamente, la de cobrar la pensión y el laudemio) - así como diferenciar el derecho de la acción, el no uso de la prescripción, y las acciones reales de las personales.

Si se establecieron en el anteproyecto - plazos de 30 años y 5 años para el derecho y las facultades, fue por exigencias derivadas de la naturaleza real inmobiliaria de los censos y el alodio y la posibilidad de reclamar por acción personal y real las pensiones y el laudemio, así como por la evidencia de que el laudemio es, de hecho, en el alodio, la casi totalidad del dominio directo, mientras que, en el censo enfitéutico, una mera facultad, y no la más importante, y de que si hay pensión en los censos no lo hay en el alodio.

Si los plazos 30 y 5 años tienen fundamento en la historia, que plasma el Código Civil, en los artículos 1620, 1623, 1659, 1963, 1966 y 1970, no lo tienen, por lo menos, en nuestra tradición jurídica, los que se establecen en el "texto articulado", de 5 y 3. Cinco para el derecho, o "capital", del censo o el alodio y tres para las pensiones.

En cualquier caso los plazos de prescrip

ción se han de relacionar con otros plazos, incluso -- del Código Civil, si, por imperativo del artículo 55, se aplica, supletoriamente. Y el Código establece el derecho al reconocimiento, equivalente a la "cabrevación", cada 29 años en el censo enfitéutico. Así como el plazo sobre el estado posesorio, justificado en la falta de comiso, en favor de dueño directo, por impago de pensiones, y esta falta, a su vez, en la imprescriptibilidad histórica del censo.

3) La reducción a un laudemio y dos tercios de laudemio del precio de redención del alodio, salvo justificación de abaratamiento, no la tiene técnicamente. O, por lo menos, no la tiene mayor que la de los dos laudemios y dos tercios de laudemio de la Compilación, y, siguiendo sus huellas, del anteproyecto. En este punto puede ser útil para rechazar lo compilado, lo que, sobre la historia, dije en las páginas 910 y siguientes de los Comentarios a que me referí.

De todas formas no parece lógico que la redención del alodio, que se extingue (y, con ello, la posibilidad de cobrar laudemio en cada transmisión onerosa), le produzca al dueño directo poco más que una so la transmisión onerosa y poco menos que dos. Por esto, los representantes en las Cortes de Baleares, cuando se proyectó la Compilación en vigor, propusieron la redención de acuerdo con lo establecido en el título de constitución y, en su defecto, por el 2% del valor de la finca no mejorada y además un cuarentavo del valor del laudemio por cada anualidad desde la última transmisión, hasta un máximo de dos laudemios.

4) La reducción al 1% del tipo de laudemio, en caso de no haberse convenido otro, tampoco tiene justificación técnica, ni histórica. Y, desde -- luego, es menor que la que tiene el tipo presuntivo -- del 2%, que la tiene, además de en el Código Civil (artículo 1644), en el 309 de la Compilación de Cataluña.

En este punto puede tener interés lo que recogí en las páginas 917 y siguientes de los citados Comentarios.

5) La modificación del segundo párrafo -- del artículo 62 no es congruente con el artículo 58, que, como aquél, en la Compilación (y los Proyectos de Apéndice que le precedieron y en los que se inspiró) -- responde a la necesidad de evitar, lo que dijo Ripoll, en su Memoria, a saber, que se pueda intentar cesar en la prestación de censos satisfechos de antemano con toda religiosidad, bajo el frívolo pretexto de que se les justifique el derecho activo a la percepción, poniendo de este modo en grave conflicto al censualista, por ser muchas veces esta justificación de mayor importancia que el censo disfrutado. Añadiendo que, afortunadamente, nuestros jurisconsultos han resistido, hasta donde llega el límite de su acción, estas tentativas, que son muy parecidas a los despojos que se persiguen por la vía del interdicto, pero, toda vez que es--

to no basta y "existe sobre el particular un derecho - consuetudinario respetable", importa mucho recoger que el censatario no pueda cesar por su voluntad en el pago de las pensiones bajo el pretexto de que se justifique el derecho a la percepción u otro cualquiera.

Precisamente por esto, el "texto articulado", aunque reduzca el plazo de dos años, se refiere al estado posesorio. Como todos los proyectos de Apéndice y la Compilación misma proclamaron que el estado posesorio se pierde por el transcurso del tiempo sin - satisfacerse pensión, y, precisamente, por esto, durante este período, el censatario no puede cesar por su - voluntad en el pago, bajo el pretexto de que se justifique el derecho a la percepción (sin perjuicio de com pelerle hacerlo en juicio) y, después de dicho plazo, el censalista deberá justificar la obligación (en juicio o fuera de él) si el censatario se niega a hacerlo.

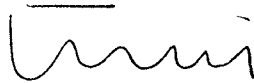
El texto articulado cambia la situación radicalmente, sin modificar el resto del articulado, - que se inspira en todo lo contrario. Si el censalista puede obligar al censatario a que le dé "firma" de pago, en escritura pública a su costa, al tiempo de cobrar la pensión, sin perjuicio de otorgarle recibo a - éste, (y, como se ha establecido en el anteproyecto y el propio "texto articulado", el dueño directo, en el censo enfiteútico y, por aplicación del artículo 55,2, en el alodio, tiene frente al adquirente "análogo de-- recho", en cuanto al pago del laudemio), no tiene sentido que se disponga, en el párrafo 3º del artículo 62 en el "texto articulado", que el cesatario pueda, para pagar, exigirle al censalista que justifique su derecho de percepción, y además disponga una presunción de título por razón del estado posesorio de la cobranza, como la del párrafo 3º del mismo artículo.

6) Las innovaciones que, respecto del anteproyecto, introduce el "texto articulado" (aunque no mayores que las del anteproyecto respecto de la Compilación) en su conjunto exigen una justificación expresa (que no resulta del mismo) para la que no sirve la de la Exposición de Motivos del anteproyecto, porque, sumadas todas, no suponen, como las de éste, una mera modificación, exigida, como se dijo, por la opinión - explícitamente reiterada por los juristas mallorquines, a través de retoques técnicos y, aún, reformas sustanciales, sino la puesta en marcha de un proceso que (por la vía de reducir plazos de prescripción y estado posesorio, modificar tipos de laudemio y precio de redención e introducir normas poco congruentes con la -- esencia de la institución y las soluciones legales y - doctrinales propuestas para resolver su problemática ) puede llevar a resultados inciertos, en cuanto a eficacia, al necesitarse -vista la imposibilidad "constitu-- cional" de ordenar cancelaciones registrales de oficio-- sentencias judiciales para declarar la prescripción, e imprevisibles consecuencias, en cuanto a la equidad, -

por el distinto interés, y presumible desigual respuesta de los censualistas y dueños directos del alodio (según sea mayor o menor, de acuerdo con los títulos - constitutivos) para evitar que la prescripción se produzca.

Por esto en la Exposición de Motivos se hacía una llamada expresa a una posible futura Ley del Parlamento de las Islas, para abordar la problemática de estos derechos (que no se dudó en calificar de "evidente anacronismo") con una profundidad superior a la propuesta (para la que se tuvieron en cuenta los documentos números 5, 5 bis, 23, 24 y 25 del Legajo que, - con el libro de Actas de la Comisión Compiladora, se entregó el día 30 de noviembre de 1.986 al Jefe de la Asesoría Jurídica de la Comunidad Autónoma, nombrado - Coordinador con la Comisión), que responde a las exigencias técnicas de las figuras y las necesidades del momento, (parcialmente, atendidas, en lo más urgente, por la Ley 3/85 de 11 de abril) ponderando las exigencias constitucionales de "igualdad, justicia y respeto de la propiedad privada".

Palma, 15 de marzo de 1.990



Fdo. Tomás Mir de la Fuente.