

Joan Verger Garau  
c/ Baró de la Barre, 12 àtic

Barcelona, 2 abril 1990

Sr. Joan Nadal i Aguirre  
President de la Comissió d'Assumptes  
Institucionals i Generals.  
Parlament de les Illes Balears  
Palma de Mallorca

Distingit senyor:

Segons vam parlar divendres per telèfon, li envii en cinc fulls apart els suggeriments tècnics que he considerat oportuns fer a alguns articles del Projecte de Llei de Compilació del Dret Civil Balear.

Desitjant que els examinin per si poden ser d'utilitat pel nostre entra-nyable i perfeccionable Dret Civil Balear, rebí les meves salutacions cordials.



En relació a la invitació rebuda del Sr. Joan Nadal i Aguirre com a President de la Comissió d'Assumptes Institucionals i Generals del Parlament de les Illes Balears, per fer els suggeriments tècnics que consideri oportuns al text articulat del Projecte de Llei de Compilació del Dret Civil Balear, elaborat per la Ponència que hi ha treballat en el sí de la citada Comissió, m'hauré de limitar, per disposar de poc temps, a fer alguns suggeriments únicament quant als articles compresos entre el 14 i 24, perquè són els preceptes que em van correspondre redactar d'una manera més directa com a membre de la Comissió de Juristes que va preparar l'Avantprojecte de la citada Llei, i per altra banda aquests articles són també els únics de la Compilació vigent sobre els quals vaig escriure unes anotacions que formen part del llibre: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXXI, Vol. 1, dirigidos por M. Albaladejo. Madrid.1980, pags. 254 a 486".

1.- L'esmena de l'art. 17, que diu:"Mediante el codicilo se puede también <sup>asimismo</sup> complementar una donación universal de bienes presentes y futuros", me parèix molt adient, tenint en compte el que disposa el paràgraf primer de l'art. 11 del mateix Projecte de Llei, que diu:"No afectará a la universalidad de la donación la exclusión de determinados bienes presentes, asi como tampoco la reserva de la facultad de disponer, por cualquier título,de alguno de éstos o de todo o parte de los futuros". Per tant, la citada esmena relativa als codicils es un complement adequat del paràgraf transcrit.

2.- L'altra esmena acceptada en aquest art. 17, que diu:" En el codicilo puede establecerse una sustitución vulgar al legatario", també parèix adequada, ja que si això no es possible, com sabem, respecte a les institucions hereditàries, ho és quant als llegats i per consegüent parèix millor dir-ho expressament.

3.- El paràgraf segon de l'article 18 que diu: "El ~~-----~~ en cargo comprenderá las facultades de distribución y elección, salvo que la voluntad expresa del testador fuera limitarlo a una sola de ellas", dóna una millor redacció sintàctica al que ja deia el mateix paràgraf d'aquest article de l'Avantprojecte de la Llei.

4.- L'esmena de l'article 19, en el seu primer paràgraf relativa a la distribució o elecció que haurà d'efectuar el distribuïdor, "..... ya sea indicando expresamente que usa de dicha facultad, ya sea adoptando disposiciones que necesariamente impliquen el uso de tal facultad.....", me parèix també molt encertada, ja que certament es presenten alguns supòsits a la

pràctica en els quals l'hereu distribuïdor, pel que sigui, no ha fet constar expressament que usa de tal facultat d'elecció o de distribució, però que realment suposen haver fet ús de tal facultat, com per exemple quan ha disposat concretament a favor d'alguns parents de tots els béns immobles propis del causant, distribuïnt-los entre ells. No es necessari en conseqüència expressar formalment que es fa ús de la indicada facultat quan realment se n'ha usat de forma indubtable. Per tant, entenem que és molt adequada i oportuna aquesta esmena.

5.- Al contrari, segons el meu parer, no és adequada l'esmena que recull el segon paràgraf de l'art. 19 de diu: "Cuando el heredero distribuidor tenga el encargo limitado, exclusivamente, a la distribución de los bienes entre los parientes que se señalen en el testamento, la herencia debe deferirse para ellos al tiempo de la muerte del testador. En el caso de que tenga facultades de elección o elección y distribución al mismo tiempo", i correlativament l'esmena de l'art. 20 consistent en l'incís ".....sobreviviendo al distribuidor en el caso en que el encargo comporte elección,....", tampoc me parèix admissible, i per tant opin que s'hauria de tornar aquí a la redacció anterior de l'Avantprojecte, en relació al segon paràgraf de l'art. 19, i també s'hauria de suprimir l'incís indicat de l'art. 20, per les següents consideracions, entre d'altres:

a) Si l'herència, quant a la distribució dels béns entre els parents, s'ha encomanat a l'hereu distribuïdor, es deferís a favor d'ells, o sigui de tots els parents que existesquin en el moment de la mort del testador, es desvirtuarien gairebé sempre les finalitats pròpies de l'institució, les quals, si no es manifesta concretament en contra, vol aconseguir normalment, sens dubte, el testador. Aquest no sap moltes vegades, qui entre els seus parents, ordinariament els nebots o els fills, qui o quins entre ells, tindran més mèrits per haver cuidat o assistit, després de la mort del testador, l'hereu distribuïdor, o qui o quins seràn més capaços de gestionar, dirigir i conservar i incrementar el patrimoni familiar, i per això precisament el testador únicament determina genèricament un grup de parents, perquè l'hereu distribuïdor una vegada que sàpiga, passats els anys, qui té més mèrits o qui és més capaç, assigni tots els béns de l'herència a un d'ells o els distribueixi entre alguns dels parents que consideri que més ho mereixen (art. 18). Si el testador fes el nomenament en el testament, o el que es equivalent es deferís l'herència en el moment de la seva mort, a tots els parents, que no han pogut demostrar encara els seus mèrits o capacitat, el nomenament el faria a ulls clucs. Per això, quan no es volen fer pel testador nomenaments d'hereu d'aquesta categoria en el moment de la seva mort, quan els fills són

molt petits o els nebots no sap com respondran, pot nomenar un hereu distribuïdor. En conseqüència l'herència també en el cas d'hereu distribuïdor amb facultat únicament de distribució, no s'ha de deferir, o no convé que es defereixi fins que resulti efectuada la distribució, ja que si no es fa així no es podrien aconseguir moltes de les finalitats d'aquesta institució, com hem dit. (cfr. Ob.cit. pags. 337 i 383). Pensem, per exemple el supòsit que l'hereu distribuïdor, amb facultats limitades a la distribució, ha assignat, entre el grup de nebots indicat pel testador, tots els béns a un sol nebot, el qual pot ésser que no està ni concebut en el moment de la mort del testador. Si aquest no és l'únic hereu, perquè, conforme a l'esmena, s'ha deferit l'herència a tots els nebots existents en el moment de la mort del testador, s'haurà desvirtuat, evidentment, totalment la finalitat que volia el testador i que és pròpia i normal de la institució d'hereu distribuïdor. L'exemple també val respecte a la distribució dels béns de l'herència que faci l'hereu distribuïdor, no entre tots els nebots vius en el moment de morir el testador, sinó entre dos o més nebots els quals no existien en el moment de la mort del testador. Un altre cas, per exemple, es pot produir, quan l'hereu distribuïdor, amb facultats únicament de distribució, ha distribuït els béns de l'herència del testador entre dos fills del grup de tres que va deixar en morir el testador, ja que l'altre fill, al qual únicament se li va entregar la corresponent llegítima, va morir sense fills i casat i va nomenar, al seu testament, hereu el seu consort. Si l'herència, conformement a l'esmena, es defereix a la mort del testador resultarà que el consort del fill també serà hereu amb els altres dos fills del testador, ja que el fill difunt almenys li va transmetre al consort el "ius dilationis" (art.1006 del Codi civil). Però segons la distribució, i presumiblement la voluntat del testador i les finalitat pròpia i objectiva de l'institució d'hereu distribuïdor, els hereus únicament són, com es lògic, els altres dos fills.

b) No solament això és lògic, sinó també és el que resulta legal segons l'art. 23 de la Compilació vigent i el paràgraf segon de l'art. 23 del Projecte de Llei. Diu el vigent art. 23: "Los destinatarios de los bienes tendrán la condición de herederos del testador, aun cuando en la distribución se les asigne cosas determinadas.....". I el paràgraf segon de l'art.23 del Projecte de Llei disposa: "No sólo los parientes instituidos herederos en el fideicomiso de elección, sinó también el asignatario o los destinatarios de los bienes, en el fideicomiso de distribución, tendrán la condición de herederos del testador".

Es a dir, únicament són hereus els instituits o els destinataris dels béns, i no ho son els altres parents no elegits o <sup>adjudicataris</sup> adjudicataris dels béns, ~~En~~ definitiva, el fideicomís d'elecció i el fideicomís de distribució

són dues categories distintes conceptualment i jurídicament, però tenen o persegueixen les mateixes finalitats i, per tant, els hereus han d'ésser els mateixos, tant amb una com amb l'altra modalitat o categoria. Es a dir, es tracta de camins diferents que com a tals tenen un tractament propi, però tan per l'un com per l'altre s'ha d'arribar necessàriament a la mateixa meta, salvant sempre la voluntat en contra del testador, ja que aquest respectant les l·legítimes i les reserves legals gairebé pot fer-ho quasi tot inclús, <sup>desvirtuar</sup> en relació concreta a la seva propia herència, les institucions, cosa que no pot fer mai conscientment el legislador.

¿Quina diferència hi ha pràcticament i jurídicament entre que s'ha-gi distribuït tots els béns de l'herència entre dos fills, menys un fill al qual se li ha entregat sols la l·legítima, o elegir igualment per l'hereu distribuïdor dos fills, els quals institueix directament hereus i s'ha entregat sols la l·legítima a l'altre fill ?. Quant als resultats finals pràctics i també jurídic (cfr. art. 15 i 23 de la Compilació i del Projecte de Llei) no hi ha cap diferència. Distribuïnt els béns de l'herència indirectament s'institueixen hereus.

La Compilació únicament es refereix expressament al fideicomís de distribució (cfr. art. 18 a 23 vigents) si es va incloure també a l'Avant-projecte el fideicomís d'elecció, supós va ésser simplement per recollir una altra modalitat possible de la mateixa institució.

La jurisprudència del T.S. en algunes sentències (cfr. ob. cit. pags. 365) va entendre que l'hereu distribuïdor podia també elegir i nomenar hereus, però alguns autors i algunes sentències (cfr. Sentència de 3 de juliol 1923) van entendre el contrari, que si el fiduciari havia estat facultat sols per distribuir els béns de l'herència del causant, no tenia pròpiament facultats per nomenar hereus. Per resoldre aquestes qüestions és de suposar que l'Avant-projecte indicat inclou, salvant la voluntat contrària del testador, tant el fideicomís d'elecció com el de distribució, com a mitjans els dos per aconseguir les mateixes finalitats.

c) La institució de l'hereu distribuïdor, tant en la modalitat de fideicomís d'elecció, com en la de fideicomís de distribució, implica evidentment un fideicomís de substitució o sigui una substitució fideicomissària (cfr. ob. cit. pag. 356) i de caràcter condicional (art. 27 de la Compilació i del Projecte de Llei i 16 p.2 d'aquest). Quant l'hereu distribuïdor encara no ha determinat d'una manera definitiva, mort ja el testador, qui o quins seran els hereus d'aquest, perquè no ha elegit l'hereu o hereus, o perquè encara no ha distribuït els béns de l'herència entre els parents, cap d'aquests ni individualment ni el grup d'ells, es poden qualificar jurídicament d'hereus del testador, ja que tenen únicament una esperança o una expectativa

d'heretar-lo. Expectativa que de cap manera es pot considerar un dret subjectiu. Aquesta expectativa està marcada per dues condicions o incerteses (cfr. ob. cit. pag. 391) que l'afecten decisivament. No es sap, si hi ha dos o més parents qui d'ells el distribuïdor elegirà definitivament hereu o com distribuirà l'herència de manera concloent entre ells i si n'exclourà algú o alguns. L'altra condició o incertesa ve determinada per ésser necessari que, en el moment de la delació, el parent a qui s'ha instituït hereu o assignat els béns per el distribuïdor, sigui en aquest moment una persona viva i capaç (cfr. art. 27 de la Compilació i del Projecte de Llei i art. 744 del Codi civil).

Durant aquesta fase no hi ha encara designació d'hereu i per tant no hi pot haver jurídicament vocació, ni tampoc en conseqüència delació successòria, per conseqüent en aquests moments no pot deferirse l'herència, per això si mor algun parent durant aquest període com sigui que no ha adquirit cap dret a l'herència, ja que no ha estat cridat, no l'ha pogut transmetre als seus propis hereus.

Després d'aquesta primera fase es pot passar a una segona si l'hereu distribuïdor es decideix a elegir un hereu o uns hereus, o a assignar els béns a un parent o distribuïr-los entre ells, ja sigui per actes intervius o per actes mortis causa, els primers de forma definitiva i els segons de forma revocable (art. 19 de la Compilació). Si ho fa de manera definitiva, per acte intervius es produeix en aquest moment la delació i el parent o parents cridats podran acceptar l'herència o repudiar-la. Si l'elecció o distribució dels béns es fa per testament, això no té rellevància jurídica de cap classe fins l'obertura de l'últim testament o sigui quan mori l'hereu distribuïdor, fins aquest moment no es deferirà l'herència, que podrà també ser acceptada o repudiada per l'hereu o hereus del causant (cfr. ob. cit. pag. 395).

Si l'hereu distribuïdor mor sense haver usat de les seves facultats, ja sigui d'elecció o de distribució, en aquest moment es quan se sabrà que definitivament no podrà usarles i en conseqüència no es pot produir fins aquest moment la vocació i la delació a favor dels qui resultin cridats subsidiàriament hereus, segons el que s'hagi previst en el testament del causant o a falta d'aquestes disposicions supletòries, a favor dels parents i per això es necessari també que siguin vius i capaços en aquest moment, o sigui que hagin sobreviscut al hereu distribuïdor, degut a que la seva delació, com totes les altres indicades, també es de caràcter clarament condicional (cfr. ob. cit. pags. 446 i 449).

Per tot això, la meua opinió és, com he dit abans, que s'haurien de suprimir les dues esmenes indicades en aquest n.º 5.

Joan Verger Garau  
Barcelona, 2 d'abril de 1990.