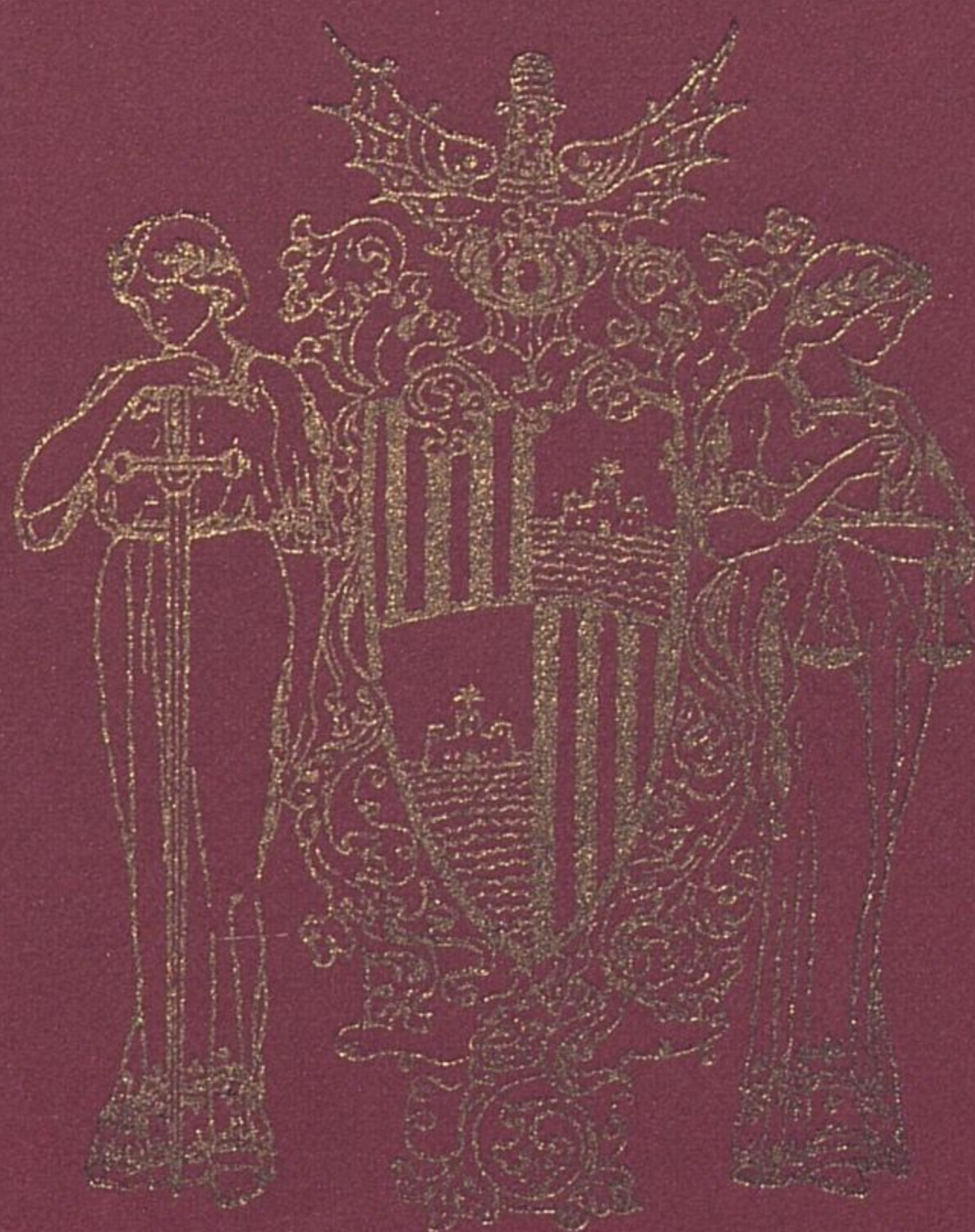


Leg. 20-1568

Juan Aguiló Valenti



Legítima foral de
los ascendientes
= en Mallorca =

UVA. BHSC. LEG 20-1 n°1568

23773K1214-1

LEGÍTIMA FORAL
DE
LOS ASCENDIENTES
SEGÚN EL DERECHO VIGENTE
EN MALLORCA

TESIS LEÍDA PARA OBTENER EL
GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

POR

JUAN AGUILÓ VALENTÍ



MADRID
LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ
48, CALLE DE PRECIADOS, 48

1913

HTCA
U/Bc LEG 20-1 n°1568
UVA. BHSC LEG 20-1 n°1568

1>0 0 0 0 6 1 1 4 6 8

Madrid.—Imprenta Clásica Española, Caños, 1.—Teléfono 4430

UVA. BHSC. LEG 20-1 n°1568



EXCMOS. SRES.:



El deber ineludible en que me hallo de someter a la elevada consideración de ese alto Tribunal un trabajo que siquiera pueda llamarse jurídico, es el único acicate poderoso a mover mi pluma y a formular desordenados conceptos. Exhausto de fuerzas y recursos intelectuales, careciendo de medios para conseguir el cumplimiento de aquel deber, me veo, más que nadie, necesitado de la reconocida benevolencia de ese elevado Tribunal, a la que acudo para que supla mi deficiencia, tan manifiesta en los actuales momentos.

No ha sido, no, tampoco, para el que expone,

la menor dificultad la elección del tema de la presente Memoria. Y lo que me ha movido a la elección anunciada, es la necesidad que siente Mallorca, mi pueblo natal, de una codificación conocida y determinada de muchas, o cuando menos, varias de sus disposiciones forales. Sabido es que Mallorca mantiene, después de la reforma codificadora de la legislación civil común, mantiene, digo, muchas de sus tradiciones forales, y varias de ellas recogidas y conservadas en forma ambigua, que producen lamentable confusión y crean allí a menudo graves conflictos, dada su indeterminación, a pesar de su importancia. No puedo menos de citar aquí, como constantes conflictos jurídicos que allí se producen, la indeterminación de la cuarta marital (1); el derecho de

(1) Se discute la existencia de la cuarta marital, y, en su caso, su cuantía y si ha de detraerse del total de los bienes hereditarios, o si de éstos, deducida ya la porción legítima de los hijos. Se afirma que la viuda concurre a la sucesión con los descendientes de su marido, bien procedan de su matrimonio con aquél, bien de otro matrimonio anterior, y que concurre cuando ella carece de medios para vivir, según su estado y condición, recibiendo una cuarta parte de la herencia cuando los hijos no son más de tres, y una porción viril si dichos hijos de su marido excedieren

los hermanos germanos a la impugnación de testamentos inoficiosos (1); el derecho de los sobrinos, en el caso de que concurran éstos solos a la

de este número. Mas, aun bajo tal supuesto, no es bastante para determinar de qué haber debe detraerse dicha cuarta, ni aun siquiera queda precisa, con seguridad, la llamada porción viril. Nosotros nos permitimos opinar que dicha cuarta marital, cuya vigencia puede pretenderse, debe ser detraída del haber hereditario antes de descontar la legítima de los descendientes, porque, precisamente, la viuda es llamada con sus hijos a la sucesión del difunto, no antes ni después (*et hujusmodi uxorem cum filiis vocari*); mas esto, no obstante, no deja de ofrecer el asunto serias dificultades. Por lo que respecta a la condición que seguirían los bienes en la cuarta marital, parece indiscutible que vienen a gozar en su caso la calidad de reservables. (Véase la Novela LIII de Justiniano, cap. VI.)

(1) Según la legislación romana (ley 27 del lib. 3.º, título XXVIII del Código justiniano, que inserta la Constitución de Constantino dada en Sirmio en Abril de 319, podían impugnar los testamentos, por inoficiosos, los hermanos, el testamento de su hermano germano o consanguíneo, cuando los herederos instituidos están manchados con la nota de infamia o liviandad o de nota leve. No sabemos que de hecho se haya aplicado jamás tal institución en el Derecho foral mallorquín; mas teniendo en cuenta que está en vigor, en Mallorca, el Derecho romano, en materia de sucesiones, cabe pretender quizás la aplicación de aquel precepto.

sucesión intestada (1); el conocido privilegio de la institución de herederos casi por comisario que

(1) La Novela CXVIII, de Justiniano, al señalar el orden de suceder intestado, establece, en segundo lugar, a los ascendientes, hermanos germanos e hijos de éstos; y sabido es que, si concurren todos los antedichos, heredarán los primeros *in lineas*, los segundos *in capita* y los terceros *in stirpes*. Si concurren sólo los ascendientes o los hermanos, o unos y otros, seguirá cada grupo igual condición; mas no se puede asegurar cuál criterio debe seguirse cuando concurren sólo los sobrinos. Hay quien sostiene que en tal caso se distribuirán los sobrinos entre sí la herencia *in capita* y otros afirman que deberán, igualmente, repartírsela *in stirpes*. Nuestro Código civil opta por la primera solución. El Derecho romano no la determina, y tampoco está determinada en la jurisprudencia de los Tribunales, y por ello se siguen defendiendo los dos criterios. Según nuestra humilísima opinión, y respetando muy mucho la contraria, nos inclinamos a que, en tal caso, sucedan los sobrinos *in stirpes*, por entender que el derecho de éstos está sancionado, como sustitutos de sus respectivos padres, y no les coloca el legislador en el cuarto orden de suceder, que hace referencia a los demás colaterales no hermanos ni sobrinos, que, como es sabido, heredan siempre *in capita*. (*Si vero neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscujusque gradu praerogativam, ut viciniore gradu, ipsi reliquis praeponantur. Si autem plurimi ejusdem gradus*

a menudo se concede al cónyuge sobreviviente (1); las teorías acerca de la prescriptibilidad

inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur, quod in capita nostrae leges appellant.)

(1) Ha habido, y existe todavía, en Mallorca costumbre de instituir en algunos casos el testador heredero propietario a su cónyuge, con la obligación empero de haber de disponer de los bienes de la herencia, a favor de uno o más de los hijos del matrimonio de ambos, en la forma y distribución que bien le parezca al heredero; y en otros casos designa el testador heredero usufructuario a su consorte con el derecho de poder disponer de los bienes hereditarios, en la propia forma que antes se ha indicado.

Con tal motivo se ha discutido vivamente si el heredero instituído podía disponer *mortis causa* una o más veces, como si fueran bienes propios, de los bienes procedentes de su causante, y si bien no existe todavía criterio ni jurisprudencia suficiente para ello (sólo hay, que sepamos, las sentencias de 22 de Octubre de 1864 y 31 de Marzo de 1876, del Tribunal Supremo de Justicia), nos permitimos avanzar, como opinión de distinguidos jurisconsultos baleares, la de que en el caso de que el testador hubiere empleado la primera de las dos fórmulas que se dejan mencionadas, podrá disponer el heredero, cuantas veces le plazca, en actos de última voluntad, de dicho bienes, y será válido y eficaz el último acto de tal clase que otorgare, teniendo en cuenta para ello la calidad de heredero propietario que el causante le otorgó en su día; y si hubiere empleado el testador la segunda fórmula, entonces

o imprescriptibilidad de los censos (1); la peculiar institución de Mallorca denominada el *es-*

se entiende que el heredero sólo puede disponer una sola vez de tales bienes, y será eficaz solamente el primer acto en tal sentido que dicho causahabiente realice. Esto, no obstante, la tendencia de los jurisconsultos es la de ir a parar siempre a la libertad de testar del instituido, y en tal sentido se indicaba en cierto proyecto de apéndice al Código civil, que se formuló y que no ha llegado aún a tener realización.

(1) La institución de los censos es tan importante en Mallorca, que no bastaría una Memoria para compendiar toda la materia. Permítasenos, pues, decir aquí que hay jurisprudencia en Mallorca, en sentido de la prescriptibilidad y en el de la imprescriptibilidad de esos derechos reales y que no hay todavía jurisprudencia del Tribunal Supremo que haya decidido tal discordia. Quien cita disposiciones de Derecho foral, como la conocida ordinación de Pelay Uniz, cuya autenticidad y eficacia no ha dejado de ser discutida, por la cual se pretende inferir la imprescriptibilidad, y quien pretende que ha de someterse esta institución a los preceptos generales del Código civil común, y se establece, por tanto, la prescriptibilidad de aquel Derecho. La tendencia general, aunque no uniforme, es la de la imprescriptibilidad de los censos, en razón principalmente al Derecho consuetudinario, que lo ha venido así reconociendo y confirmando, y a la común creencia que han tenido siempre censualistas y censatarios de la existencia de este privilegio, al amparo del cual se creó y con-

tatje (1); la porción legítima de los ascendientes, y tantas otras que, si bien no producen las serias dificultades que las precedentes materias ofrecen, no obstante, no conceden al ánimo recto del jurisconsulto la seguridad de juicio y la norma de criterio, tan necesarios al que ha de aplicar profesionalmente el *suum cuique tribuere* de los romanos.

Como quiera que me es imposible recoger en este mi modestísimo trabajo tanta complejidad de materias como acabo de indicar, por ello me

solidó en tal forma esta institución, que representa, para Mallorca, una de las más importantes rentas. La reforma de 21 de Abril de 1909, de la ley Hipotecaria, ha sido, en tal materia, un golpe de gracia que habrá producido la desaparición de grandes capitales constituidos en esta forma.

(1) El *estatje* en Mallorca es el derecho de utilizar las habitaciones o dependencias de una casa o edificio y servirse de ellas en cuanto las necesitare el que tuviere tal derecho, sin perjuicio del más amplio del propietario o del usufructuario. El que goza de tal derecho no puede enajenarlo ni cederlo bajo ningún concepto, se extingue por los mismos modos que el del usufructo. Es un derecho especialísimo, singular, que puede dar lugar a graves dificultades: no es ni el de usufructo, ni el de uso, ni el de habitación, regulados por nuestro Código civil ni por el Derecho romano, y no está determinado en ninguna ley ni en forma alguna.

he permitido escoger un tema de los antes mencionados, al solo efecto, no de aportar ni siquiera un grano de arena á la labor legislativa del Derecho foral mallorquín, ni con el propósito de resolver el conflicto ó dificultad que se suscita, sino con el deseo de hacer patente una vez más la imperiosa necesidad de resolver antinomias jurídicas, de consolidar instituciones y de determinar los respectivos derechos.



DESDE luego sabido y reconocido, y no discutido ni negado por nadie, es que en Mallorca rige, en materia de sucesiones, el Derecho romano. Derecho así admitido y confirmado por los Tribunales de Justicia de aquel país y por el pueblo, que viene consagrando en ley tan antigua tradición, y que el Tribunal Supremo de Justicia también tiene sancionado en diversas sentencias, entre otras, las de 12 de Octubre de 1868, 12 de Noviembre de 1872 y 21 de Marzo de 1883 (1).

(1) Dice la sentencia de 12 de Octubre de 1868: «Considerando que la ley 4.^a, tít. II, Partida 1.^a, se limita a definir qué cosa es costumbre e cuántas maneras son de ellas sin determinar ni tasar la prueba con que deban justificarse las legislaciones especiales, además que, tratándose de

Claro es que la vigencia de tal Derecho afecta solamente al fondo de la institución, a la peculiar organización de la misma, constituida en dicho Derecho romano, y así es que, indiscutiblemente, están en vigor en Mallorca los conocidos

una localidad como la de *Mallorca, en que rigen las leyes romanas en materia de sucesiones testamentarias*, no era necesaria prueba alguna sobre este particular».

La sentencia de 12 de Noviembre de 1872, establece: «Considerando que la ley 3.^a, tít. II, lib. 3.^o de la Novísima Recopilación, publicada, como todas las de Toro, en el año 1505, no tuvo por objeto suprimir ni suprimió las legislaciones especiales que regían y se observaban en diversas provincias y reinos de España y que con posterioridad á dicha ley han continuado y aun continúan vigentes, señaladamente en el orden civil.

»Considerando que una de esas legislaciones especiales, derivada en su mayor parte del Derecho romano, es la del antiguo reino de Mallorca, la cual recibió nueva confirmación por el decreto llamado de Nueva Planta, expedido por el Rey Don Felipe V en 28 de Noviembre de 1715, que forma la ley 1.^a, tít. X, lib. 5.^o del mencionado Código, estableciendo que en todo lo que no está comprendido en el mismo, se observen todas las pragmáticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la isla y reino de Mallorca, menos en las causas de sedición y crimen de lesa majestad; así como por otro igual decreto, publicado por el mismo Monarca en 16 de Enero de 1716, respecto de la Audiencia de Cataluña, o sea la ley 1.^a, tít. IX, mandó

requisitos romanos de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, la necesaria designación de heredero para que el testamento sea válido, la frase famosa de *semel heres, semper heres* y demás; también lo está probablemente la

se observasen las Constituciones que antes había y que aun siguen rigiendo en aquel territorio.

»Considerando que la *ley 61 de Toro, peculiar de la legislación castellana, no forma parte de la de Mallorca*, y que, por consecuencia, no siendo aplicable al caso de autos, la Sala sentenciadora que ha resuelto éste con arreglo a la legislación especial vigente en su territorio, no ha infringido la mencionada ley 3.^a, título II, libro 3.^o que en su caso habría sido derogada por la ley 1.^a, título X, libro 5.^o ni la indicada 61 de Toro y jurisprudencia á su tenor establecida por este Supremo Tribunal».

Y la sentencia de 21 de Marzo de 1883 repite: «Considerando que rigiendo como *rige en Mallorca el Derecho romano en materia de sucesiones testadas e intestadas y de partición de herencia*, según tiene declarado este Tribunal Supremo, etc.

Y lo propio añade el mismo Tribunal en sentencia de 8 de Marzo de 1879, al decir: «Considerando, por tanto, que la sentencia recurrida, al absolver al heredero de la citada testadora de la demanda contra él presentada por los del legatario entablada para la entrega del referido legado, infringe la ley 5.^a, título LIII, libro 6.^o del Código (justiniano) puesto que el *Derecho romano, en materia de sucesiones, rige en las islas Baleares*.

vigencia de la conocida cláusula codicilar, mas no puede referirse en modo alguno aquella vigencia á las formalidades o solemnidades extrínsecas de tales testamentos, que, precisa y necesariamente, habrán de acomodarse a la legislación común, y así será admisible en Mallorca, por ejemplo, el testamento ológrafo del Código civil, pues otra cosa sería, además de absurdo y de ridículo, dada la esencial modificación en la manera de ser de la sociedad, imposible en su concreta realización, no tan sólo en cuanto a las formas antiguas de *in calatis comitiis*, *in procinctu* o *per aes et libram*, derogadas tiempo hacía en la legislación justiniana, sino ni siquiera las formalidades establecidas por aquel Emperador.

No obstante ser tan indiscutible, como se acaba de indicar, que está en vigor en Mallorca, en materia de sucesiones, el expresado Derecho, no faltan empero quienes se atrevan a afirmar la falta de razón positiva de su aplicación legal después de la publicación del Código civil, que al informar nuestra legislación, respetó solamente los derechos consagrados por fueros y tradiciones auténticas y debidamente constituídas. A los que tal suponen, creo puede contestárseles que,

aun haciendo caso omiso de las sentencias del Tribunal Supremo que antes hemos indicado, bastantes por sí solas para formar jurisprudencia, prescindiendo asimismo de las manifestaciones y doctrinas de todos los jurisconsultos baleares que han hablado o escrito de nuestro Derecho con anterioridad al Código civil, omitiendo también la famosa Compilación que de orden de los jurados de Mallorca confeccionaron en 1622 los doctores Pedro Juan Canet y Antonio Mesquida, en la que se hace constar la ordenación y régimen de las franquicias y privilegios del reino de Mallorca, y se añade, textualmente, «que en los casos no dispuestos se atendiere al Derecho canónico, y a falta del mismo, al Derecho común», que a la sazón era el romano; dejando aparte, igualmente, la conocida Compilación de Arnaldo de Eril, de 29 de Julio de 1344, que contiene legislación especial mallorquina; aun prescindiendo de que los fueros de los mallorquines datan desde la reconquista de Mallorca por el gran Jaime I, que los otorgó, y que Pedro III, en 22 de Julio de 1365, concedió los fueros catalanes a los mallorquines, respetando ya a éstos su legislación común, haciendo caso omiso de los Decretos de

Felipe V, de 28 de Noviembre de 1715 y 16 de Enero de 1716 (1), que reconocen y confirman el Derecho foral de Mallorca, el primero de los cuales forma la ley 1.^a del título X, del libro 5.^o, de la Novísima Recopilación (2); aun prescindiendo de tantas y tan auténticas y poderosas razones, es lo cierto que, desde hace muchísimos años, viene siendo consagrado por el pueblo y sancionado por los Tribunales de Justicia; es indudable que desde hace muchísimos años, cuyo origen se pierde en los albores de la Reconquista, todos los testamentos, todos los documentos, todas las instituciones, han venido siempre confirmando el

(1) Este Decreto forma la ley 1.^a del título IX, del libro 5.^o de la Novísima Recopilación, y da disposiciones relativas a la Audiencia de Cataluña, estableciendo luego la misma disposición en cuanto al Derecho foral de ese territorio que la establecida anteriormente en cuanto a Mallorca.

(2) Dice el párrafo 13 de este Decreto: «En todo lo demás, que no está comprendido en este Decreto, es mi voluntad y mando se observen todas las reales pragmáticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la isla y reyno de Mallorca, menos en las causas de sedición y crimen de lesa magestad, y en las cosas y dependencias pertenecientes a Guerra quedará, por ahora, todo libre á la disposición de mi Comandante general».

modo de ser de la sociedad familiar mallorquina, afectando, esencialmente, a la organización interna de la misma, y es, por tanto, un caso elocuentísimo, cuando menos, de Derecho consuetudinario, establecido anteriormente al Código civil, que éste ha respetado como todo verdadero y auténtico derecho (1), y que no puede ofrecer discusión ni dificultad alguna al jurisconsulto.

Por tanto, bien se puede afirmar que para cuanto haga relación a la porción legítima de los ascendientes en Mallorca, no puede ni debe acudir más que al mismo Derecho consuetudina-

(1) El art. 5.º de la ley de 11 de Mayo de 1888 fijando las bases para la publicación del Código civil, dice: «Las provincias y territorios en que subsista Derecho foral, lo conservarán, por ahora, en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código que regirá como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos, y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.ª, relativa á las formas de matrimonio.»

rio y buscar en el mismo y en el Derecho romano el punto de apoyo de nuestras disquisiciones, resolviendo según ellos la conclusión práctica que es necesario establecer y determinar con absoluta seguridad para la garantía de tal derecho y tranquilidad y paz del hogar doméstico.

Tres son las teorías que se han sustentado para solucionar problema tan complejo. Por unos se afirma que la porción legítima importa la cuarta parte del *as* hereditario, para otros representa una tercera parte del mismo, y otros sostienen que debe estimarse como tal la tercera parte de lo que al ascendiente le hubiera correspondido *ab intestato* (1).

(1) Muy variables han sido y son las legislaciones históricas y actuales respecto a esta materia, como puede verse a continuación: La ley 1.^a del tít. XIII de la Partida 6.^a establece: «Mas si acaesciese que el padre non ouiesse fijo legítimo, e ouiesse otro pariente de los ascendientes, assí como padre o abuelo, estonce dexando a estos ascendientes su parte legítima, que es *la tercera parte* de lo suyo».

La ley 1.^a, tít. XX del lib. 10 de la Novísima Recopilación señala en las *dos terceras partes* del haber del hijo la legítima de los padres o ascendientes legítimos.

El proyecto del Código civil de 1851 adoptó igual criterio en su art. 642, siempre que los ascendientes fueran

Los que sostienen la primera opinión la fundamentan en el Derecho romano, considerando subsistente y no derogada por Justiniano en cuanto a los ascendientes la antigua cuarta Falcidia,

dos o más, y redujo dicha porción legítima a la mitad de los bienes, si hubiere un sólo ascendiente.

El Código civil vigente ha señalado en el art. 809 dicha porción legítima en la mitad del haber hereditario de los hijos o descendientes.

En Cataluña, cuando el testador no deja descendientes, la ley defiere la cuarta parte de sus bienes a sus ascendientes (Constituciones catalanas, Const. 2.^a, tít. V, lib. 6.^o, volumen 1.^o).

En Aragón y en Navarra no tienen los ascendientes porción legítima; y en Vizcaya es la de los cuatro quintos, y puede escoger el testador el ascendiente que quiera, salvo en los bienes raíces que, como son bienes troncales, han de ir a la línea de donde procedan.

En Francia y en Bélgica, según el art. 914 del Código francés y el 915 del de Bélgica, es la porción legítima la mitad de los bienes si existen uno ó varios ascendientes en cada una de las dos líneas paterna y materna, y una cuarta parte si quedan ascendientes en una sola línea.

En Italia, el art. 817 del Código, dice que si el testador no deja hijos ni descendientes, pero sí ascendientes, no podrá disponer más que de los dos tercios de sus bienes.

Portugal ordena en el art. 1.786 del Código que la legítima de los padres sea la de dos tercios de la herencia, y

por las razones que luego indicaremos, y más que esto, citan especialmente en su apoyo una *Ordinación Nova* contenida en la Compilación hecha por los Dres. Canet y Mesquida en 1623, que antes hemos indicado. Dice esta Ordinación: «*Per tolra tos dupte statuim é ordenam que la llegitima dels atsendants sia també, la quarta part de asso que succeirian abintestat*» —o sea— «Para resolver toda duda, estatuímos y ordenamos que la legítima de los ascendientes sea también la cuarta parte del haber que represente el *ab intestato*. Mas, si bien respetamos tan autorizada opinión, que ha sido sostenida por algunos tratadistas, considerando

según el art. 1.787, la legítima de los demás ascendientes sea de la mitad.

En Uruguay, el art. 862 del Código civil, establece que si hay un solo hijo legítimo, la mitad será su legítima; si hay dos, dos terceras partes; si hay tres o más, tres cuartas partes, y no habiendo hijos legítimos ni descendencia, la legítima será la mitad, que se dividirá en cuatro partes, tres para los ascendientes y la otra para los hijos naturales, y si faltan hijos naturales la mitad íntegra forma la legítima de los ascendientes legítimos.

En Méjico, en su art. 3.568 de su Código, señala como legítima de los padres los dos tercios de la herencia, y la de los ascendientes de otros grados la mitad.

vigente en Mallorca la referida disposición (Bravo, pág. 107), nos permitimos, empero, impugnarla siguiendo elevados criterios de jurisconsultos baleares (1), afirmando que la referida Ordenación, como las demás llamadas Novas, no tuvo nunca sanción legal, ni consta en documento alguno que fuera llevada a la práctica por el grande y general Consejo que había encargado aquella Compilación, ni luego por los demás Tribunales de Justicia, pudiendo concluirse que las *Ordinaciones Novas* habían sido, sí, respetables opiniones de los referidos autores que habían tratado de convertirlas en disposición legal, mas ni por su misma privada autoridad, ni por el carácter meramente compilador de aquella obra, pues tal Ordenación no consta que tuviera precedentes en privilegio alguno conocido de monarca mallorquín, no creemos que pueda dársele á dicha Or-

(1) Los Sres. D. Pedro Ripoll, D. Pedro Sampol, don Miguel Ignacio Font, D. Manuel Guasp, D. José Socías y D. Enrique Sureda, en la notable Exposición y preámbulo al proyecto de apéndice al Código civil que formularon, en cumplimiento de lo ordenado en el art. 5.º del Real decreto de 17 de Abril de 1899 y en el de 24 de los mismos mes y año.

dinación la suficiente trascendencia positiva legal, máxime no contando luego con el apoyo de la costumbre y de la práctica de los Tribunales, de tanta eficacia en el Derecho mallorquín que presenta, como hemos dicho, tantos caracteres de consuetudinario.

Otros distinguidos jurisconsultos afirman (I), y quizás también la mayor parte de publicistas que tratan de esta materia y comentan este caso, pues muchos no lo resuelven; que la porción legítima de los ascendientes está constituida por el tercio del haber hereditario del descendiente, y éstos fundan su autorizadísima opinión en un precepto legal, que a primera vista parece eficaz e irrefutable. Recuerdan, los que así opinan, que la Novela XVIII, de Justiniano, señala en su cap. I la reforma que él establece respecto a la porción legítima de los descendientes, diciendo que cuando éstos fueran uno, dos, tres o cuatro hijos, o descendientes de igual número, la porción legítima de todos ellos fuera la de un tercio del haber

(I) Entre otros, el Ilmo. Sr. D. José Alcover, Presidente que ha sido de la Diputación provincial de las Baleares y distinguido jurisconsulto.

hereditario y la mitad si excediere de cuatro el número de dichos hijos. Y añade además aquella disposición del Derecho justiniano: «*Hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est*». Debiendo observar esto respecto a todas las personas en cuanto a las que se decretó desde un principio por la ley sobre el testamento inoficioso la porción de la antigua cuarta (1).

(1) Por la importancia que reviste esta disposición, insertamos el prefacio y cap. I de dicha Novela: «Constitutiones XVIII. Del tercio y de la mitad de la herencia, y de las sucesiones de los hijos y de los nietos naturales, etc. *Praefatio. Jam quidem magnae huic et, ut ita quis dicat, bene a Deo constitutae reipublicae (dicimus Romanorum) plurima de testamentis disposita sunt, et pleni legum codices de talibus consistunt, et non solum sapientes antiqui haec scripserunt aut priorum potestas imperatorum, sed etiam a nobis jam non aliquo priorum principum minus legisationes prolatae sunt. Deum vero semper considerantes, et quatenus ei placiti videamur et aliquid bonorum dignum in nobis agamus, nitimur aliquid adjuvenire semper et naturae consequens, et quod possit priora corrigere. Frequenter igitur et alia vice mirati sumus, quomodo legitimis et benevolis filiis, quibus agunt gratias parentes, quibusque quod relinquitur jam etiam debitum vocant, solum triuncium definierunt ex necessitate relinqui, reliquum vero jacet in voluntate*

Sabido es que se había reconocido derecho a impugnar el testamento como inoficioso; 1.º, a los descendientes, naturales el testamento de sus as-

parentum, et capiunt quidem cognati omnia, et extranei, vel cum libertate servi; filii vero, licet multi consistent, etiamsi nihil offender-int parentes, confunduntur, et triuncium dividunt solum, vel si decem forte aut amplius fuerint, et pauperes erunt filii patris, donec vixerit, idonei.»

«Cap. I. Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despicere semper erubescences, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater, aut duorum vel trium, vel quatuor, non triuncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem, hoc est uncias quatuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quatuor habuerit filios mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo, et hoc non sub injusta circumstantia rerum (forsan enim hic etiam alii injustitiam patiuntur, aliis quidem meliora, aliis vero deteriora percipientibus), sed quod contigerit unumquemque per omnia aequum esse in qualitate et quantitate, sive quis illud institutionis modo, sive per legati (idem est dicere et fideicommissi) relinquat occasionem. Licebit enim ei reliquum octuncium forte aut sexuncium habere, et largiri sicut voluerit filiis ipsis aut cuilibet extraneorum, et natura primo curata competenter sic ad extraneas largitates accedere. Hoc observando

cendientes paternos y maternos; a los adoptivos el de su padre natural si era menos plena la adopción, y el del adoptante si era plena; a los espú-

in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.» (Prefacio. Muchas disposiciones se dieron ya ciertamente sobre los testamentos para esta gran república, como alguno dirá, bien constituida por Dios (nos referimos a la de los romanos), y llenos de ellas están los libros de las leyes: y no solamente las escribieron los antiguos sabios o la potestad de piadosos Emperadores, sino que también por nosotros, no menos que por alguno de los anteriores príncipes, se han promulgado ya leyes. Mas nosotros, considerando siempre a Dios, y para parecerles gratos, y hacer alguna cosa digna de los beneficios que nos dispensa, nos empeñamos en hallar siempre algo que sea consiguiente a la naturaleza, y que pueda corregir lo anterior. Así, pues, con mucha frecuencia nos hemos maravillado de que a los hijos legítimos y bien intencionados, a quienes hacen favor sus padres, y respecto de los cuales lo que se les deja algunos lo llaman también cosa debida, hayan determinado que por necesidad se les dejen solamente tres onzas, y que lo demás quede a la voluntad de los padres, y que ciertamente los cognados y los extraños, o los esclavos con libertad, lo adquieran todo; pero que los hijos, aunque sean muchos, y aun cuando en nada hayan ofendido a sus padres, queden contundidos y se dividan solamente las tres onzas, aun si fueren acaso diez o más, y

reos el de la madre de ellos; 2.º, a los ascendientes el testamento de sus descendientes, y 3.º, a los hermanos el testamento de su hermano, de-

sean hijos pobres de un padre rico, mientras vivía).

(Cap. I. Estas cosas nos movieron a corregir la ley, y a no desatenderla siempre para que nos avergüence, y a determinar sobre el caso de tal modo, que si verdaderamente el padre o la madre lo es de un solo hijo, o de dos, o de tres, o de cuatro, no se les dejen a éstos solamente tres onzas, sino también la tercera parte de los propios bienes, esto es, cuatro onzas, y que esta sea la cuantía definida hasta el susodicho número. Pero si uno tuviere más de cuatro hijos, déjeseles la mitad de todos los bienes, de suerte que sean seis onzas lo que en todo caso se les debe, dividiéndose entre ellos por igual las cuatro o las seis onzas, y esto no con sujeción a injustas circunstancias de las cosas (porque acaso también con esto sufrirán algunos injusticia, recibiendo unos ciertamente las mejores y otros las peores), sino de modo que lo que a cada uno le correspondiere enteramente igual en calidad y en cantidad, ya si alguno dejara aquello por modo de institución, ya con ocasión de legado (y lo mismo es decir que con la de fideicomiso). Porque le será lícito tener acaso las ocho o las diez onzas restantes y hacer liberalidades, según quisiere, a los mismos hijos o a cualquier extraño, y atendida en primer lugar convenientemente la naturaleza proceder así a hacer liberalidades a los extraños. Debiéndose observar esto respecto a todas las personas en cuanto a las que se decre-

biéndose sujetar aún los hermanos a dos requisitos: 1.º, que únicamente podían querellarse los hermanos germanos y los consanguíneos, mas no los uterinos (1), y 2.º, que aun aquéllos sólo tenían derecho a formular dicha querella cuando los instituidos eran personas degradadas. Bien es verdad que fué luego modificado por la legislación justiniana el procedimiento de la antigua *querela inofficiosi testamenti*, y fué reemplazado por la más lógica acción *Expletoria* o *ad Suplementum*, merced a la cual pudo el pariente que por cualquier título hubiere recibido del causante algunos bienes completar la cuarta Falcidia aun sin la voluntad expresa del finado. Por ello, para ir a buscar el origen histórico y fundamental de la citada disposición de Justiniano, preciso es recordar que primeramente la ley de los decenviros otorgaba libertad de testar (2); que después para evitar el

tó desde un principio por la ley sobre el testamento inoficioso la porción de la antigua cuarta).

(1) Véase la nota pág. 2.^a

(2) *Pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto*. (Lo que el padre de familia hubiere dispuesto referente a sus bienes, así como de la tutela sea cumplido.

sin número de testamentos destituidos por la repudiación del heredero se dictó la ley Furia (1), que restringió los legados, estableciendo que no pudieran exceder el valor de éstos de mil ases; después se publicó la ley Voconia (2), que ordenó que no pudiera dejar al legatario más de lo que se dejase al heredero, y como ni la una ni la otra fueron eficaces al objeto propuesto, establéciese luego la ley Falcidia (3), que otorgó el derecho a la cuarta parte de los bienes del testador a favor de los herederos testamentarios del mismo. Posteriormente Antonino Pío hizo extensiva a los herederos *ab intestato* la facultad de reclamar dicha cuarta, y ya hemos visto como de este modo, por la querela pretoriana, vino luego a otorgarse la referida acción expletoria.

Con tales antecedentes, no es extraño que los partidarios de la opinión que desarrollamos sostengan su tesis con empeño y pretendan que el último párrafo de la Novela XVIII, de Justiniano, que hemos insertado, es argumento legal bastan-

(1) El año 571 de la fundación de Roma.

(2) El año 585 siguiente.

(3) El año 714 de Roma.

te para justificarla. Reconocemos nosotros la exactitud de tales aseveraciones, mas las antinomias jurídicas que de la aceptación de esta teoría habrían de resultar, la incongruencia de disposiciones legales casi simultáneamente dictadas por el mismo Emperador y el preciso y concreto concepto de aquella decisión nos hace desistir de esta teoría y casi iríamos a concluir a la no existencia de Derecho positivo respecto a tal materia si no fuera por la terminante Novela CXV del mismo Emperador que vamos a extractar. Dícese en ésta en su cap. IV (1): «Mas nos ha parecido

(1) *Fustum autem perspeximus et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione dispo-
nere. Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos
praeterire, aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent
testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas
enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominave-
rint, etc.*

*Si tales igitur causas, vel certas, vel unam ex his liberi
suis testamentis inscripserint, et scripti ab eis heredes aut
omnes, aut certas, aut unam ex his probaverint, testamen-
tum in sua firmitate manere praecipimus. Si autem haec
non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum,
quantum ad institutionem heredum, habere sancimus, sed
rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem de-*

justo disponer también por el contrario respecto a los testamentos de los hijos esto mismo con alguna distinción. Así, pues, mandamos que no les sea lícito a los descendientes preterir a sus ascendientes o de algún modo hacerlos completamente extraños a los bienes, sobre los que tienen facultad de testar, a no ser que hubieran designado especialmente en sus testamentos las causas que enumeraremos, etc. (causas de desheredación) y acaba el capítulo diciendo: Si pues los hijos hubieren consignado en los testamentos sólo causas, o algunas o una sola de ellas, mandamos que el testamento subsista en su vigor. Mas si no se hubiere observado esto, mandamos que los testa-

functi vocantur, res ejus dari disponimus, legatis videlicet, vel fideicommissis, et libertatibus, et tutorum dationibus, seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem pro legatis, sive fideicommissis, aut libertatibus, aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt; si quae autem ex his inter crimina reputantur, earum actores etiam alias poenas sentiant legibus definitas.

mentos no tengan validez alguna en cuanto a la institución de herederos, sino que disponemos que rescindido el testamento se les den los bienes del difunto a los que *ab intestato* sean llamados a la herencia de él, teniendo por supuesto su valor los legados o los fideicomisos y las libertades y los nombramientos de tutores o los demás capítulos, según se ha dicho más arriba. Pero si respecto á los legados o fideicomisos o libertades u otros cualesquiera capitulos se hallase en otra ley alguna contraria a esta constitución, queremos que de ningún modo tenga ella validez. Y estas son ciertamente las penas de desheredación o preterición que han de estar establecidas contra susodichas personas, en cuanto a las causas de ingratitud. Mas si alguna de ellas son contadas entre los delitos, sufran sus autores las otras penas establecidas en las leyes.

Lo propio se observa en otras fuentes de dicha constitución, entre ellas en el cap. V (I), que

(I) «*Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus inssi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi*

trata de la porción legítima que *compete a padre e hijos* recíprocamente, y es indudable, por tanto, que estuvo en el ánimo del Emperador el conservar y mantener la porción legítima del ascendiente, que ésta necesariamente ha de subsistir dados tales antecedentes y que falta solamente determinar y concretar cual deba ser el importe de la misma (1).

praecipimus, quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. (Mas hemos dispuesto esto para librar de injuria en los testamentos *así a los padres como a los hijos*. Pero si algunos hubieren sido nombrados herederos, aunque se les hubiere ordenado que se contentaran con ciertos bienes, mandamos ciertamente que de ningún modo se invalide el testamento en este punto, pero que todo lo que se les haya dejado de menos que su porción legítima se les complete por los herederos con arreglo a nuestras otras leyes.)

(1) También lo demuestra la Novela LXXXIX, capítulo XII, pár. 3.º al decir: «*Si vero habuerint hi, quos praediximus, aliquos ascendentium, legitimam eis relinquant partem, quam lex et nos constituimus, reliquam vero totam in naturales filios habeant relinquendi licentiam. Et haec dicimus super iis, qui in scriptis et legitimis voluntatibus disponunt suam substantiam*». (Pero si los que antes hemos dicho tuvieren algunos ascendientes, déjenles la porción

Claro es que la aplicación textual del párrafo último del cap. I de la Novela XVIII, que hemos copiado, parece ampliar a otras personas que no sean las de que ha tratado anteriormente el mismo capítulo, y hace, por tanto, concebir, cuando menos, una duda racional de que puede ser aplicable a los ascendientes lo que antes ordena respecto a los descendientes. Mas tampoco no deja de ser extraño que encabece Justiniano el capítulo con el epígrafe «*De legitima portionis liberis reliquenda*», que hace referencia, única y exclusivamente, a los descendientes; y sobre todo que admita, en cuanto a los ascendientes, una combinación que sólo puede tener lugar entre los descendientes, pues sabido es que no pueden ser más de cuatro el número de dichos ascendientes. Y así hay quien afirma que dicha Novela XVIII no puede tener ni tiene aplicación alguna en cuanto a la porción legítima de los ascendientes, y que para conocer a ésta hay por ello que acudir al derecho

legítima, que la ley y nosotros hemos constituído, y tengan licencia para dejar todo lo demás a sus hijos naturales. Y esto lo decimos en cuanto a los que disponen de sus bienes por escrito y en legítimos testamentos.)

anterior a Justiniano, con lo que viene a parar a la solución de la ley Falcidia, o sea a la detrac-
ción de la cuarta parte del *as* hereditario.

No nos atrevemos nosotros a negar la aplica-
ción legal de dicha Novela, antes bien, entende-
mos que bien puede admitirse su aplicación, mas
no en el taxativo sentido en que se acaba de ex-
poner, sino armonizándola con las demás dispo-
siciones del propio Emperador.

La Novela CXVIII de este Emperador señala
el orden de la sucesión intestada. Establece cua-
tro órdenes distintos, regulando que nunca podrá
ingresar en la sucesión un individuo de orden
posterior mientras subsista alguno de otro orden
anterior. En el primer orden figuran los descen-
dientes; en el segundo, que a nosotros especial-
mente nos interesa, son incluídos los ascendien-
tes, hermanos germanos e hijos de éstos; en el
tercero, los hermanos unilaterales e hijos de éstos,
y en el cuarto, los demás colaterales. Es decir, que
los ascendientes son equiparados en cuanto a la
sucesión intestada a los hermanos germanos, y so-
brinos hijos de hermanos germanos, concurriendo
los ascendientes *in lineas*, los hermanos germanos
in capita y los sobrinos *in stirpes*. Por tal motivo,

y consecuencia de ello, no tienen desde luego derecho alguno los ascendientes en el caso de que existan descendientes que pertenecen al primer orden, y de ello bien puede concluirse también, y así lo afirman sin discusión alguna todos los autores, que sólo tendrán los ascendientes porción legítima en Mallorca en el caso de que no existan descendientes legítimos, cosa que desde luego está muy conforme al derecho y al sentir común de los tratadistas y coinciden también con ellos todas las demás legislaciones positivas actuales e históricas que hemos tenido la satisfacción de examinar. Mas nótese también que, como hemos dicho, concurren los ascendientes juntamente con los hermanos germanos y establezcamos, por ejemplo, el siguiente caso: A. fallece dejando sobrevivientes a su padre B. y a sus hermanos germanos D., E., F. y G. No ha sobrevivido a A. ascendiente alguno materno, ni tiene otros hermanos germanos previamente fallecidos. Según la legislación positiva de Justiniano deberá dividirse la herencia en cinco partes iguales y corresponderá al ascendiente B. una quinta parte, no pudiendo privar a los demás herederos *ab intestato* de su respectiva quinta parte hereditaria. Ahora bien, si

la porción legítima hubiera de o pudiera consistir en una tercera o cuarta parte del haber hereditario, según las dos teorías que antes hemos relacionado, habría de ocurrir la siguiente antinomia legal: o el padre renunciaría a su porción intestada y reclamaría su porción legítima, y otorgada que le fuere se verían privados los hermanos germanos de la parte de su porción intestada, o vendiendo éstos en juicio vendría a ser ilusoria para el padre la porción legítima de la tercera o cuarta parte del haber hereditario que la ley hubiera establecido. Tiene tal consistencia este argumento, que refuta, desde luego, por sí solo, las dos teorías del tercio o la cuarta parte del *as* hereditario; las hace lógicamente imposibles, so pena de haber de impugnar la Novela CXVIII que regula la sucesión intestada y la señala en tal extremo con toda claridad y precisión.

Y no es sólo éste el único motivo de impugnación de las dos referidas teorías. La porción legítima creemos que no debe ni puede ser jamás más que una parte de la porción intestada; pues de otro modo, habría de surgir constantemente el conflicto que hemos indicado. Así ocurre con la porción legítima de los descendientes, que si son

más de cuatro representa la mitad del intestado, y un tercio si no exceden de aquel número. Y como los ascendientes no pueden ser nunca más de cuatro, pues heredan *in lineas*, parece que por la misma congruencia, estableciendo la misma base que regula la sucesión legítima de los descendientes, admitiendo la lógica y única posible interpretación del último párrafo del cap. I de la Novela XVIII, de Justiniano, debe ser también el tercio de lo que al ascendiente le hubiera correspondido en el *ab intestato*, recordando que la Novela CXVIII incluye sólo a los descendientes en el primer orden, y en cambio en el segundo concurren con los ascendientes los hermanos germanos e hijos de éstos.

Así entendemos que quedan satisfechos los principios legales, y éstos armonizados en su posible y lógica realización práctica. Así se justifica la definición que muchos tratadistas dan de la porción legítima diciendo que es «*portione portionis debita ab intestato*» (La porción de la porción concedida en el *ab intestato*); así queda justificado también que dijera el Digesto, por ejemplo, en el fragmento 6.º de la ley 8.ª, tit. II, lib. 5.º: «*si quis mortis causa filio donaverit quartam partem ejus, quod*

ad eum esset perventurus, si intestatus pater familias decessisset, puto secure eum testari», (Si por causa de muerte, alguno hubiera donado a su hijo la cuarta parte de lo que le hubiera de corresponder, si el padre de familia hubiera fallecido intestado, opino que éste testa con toda seguridad), y en tal sentido pudo decir siquiera no con tanta inexactitud Justiniano, como de otro modo resultaría, en su Novela LXXXIX, cap. XII, que la legítima de los ascendientes había de ser «*partem quam lex et nos constituimus*»; así parece haberlo consagrado también el general sentir de los jurisconsultos mallorquines, no sin que empero existan asimismo autorizadísimas excepciones, y así fué la aspiración del Colegio de Abogados de Palma de Mallorca, cuando al tratarse de la obra codificadora hubo de presentar una exposición y una propuesta de Apéndice al Código civil, en el cual Apéndice se continuaba en el art. 34, lo siguiente: «Constituye la legítima de los ascendientes la tercera parte de lo que a ellos les hubiera correspondido en caso de haber fallecido el descendiente intestado».



OR todo lo dicho, bien creemos que podemos recordar lo que decíamos al principio de este humildísimo trabajo. La necesidad que siente Mallorca de una determinación precisa y concreta de su legislación foral, no porque tal legislación no esté arraigada hondamente en el pueblo mallorquín en íntimos enlaces con la organización total de la familia mallorquina, sino, y precisamente, para evitar los conflictos que su indeterminación, en muchos de sus detalles, puede ocasionar. La manera de ser de aquella Sociedad, patriarcal y secular en muchas de sus instituciones, creemos que merece el respeto de toda honrosa tradición. La conservación de sus fueros, en materia regional, en nada afecta ni empece a los entusiasmos que siente a la

vez como tierra siempre española, y quiere a su amada España con el mismo entusiasmo con que quiere y ama todo lo que conoce y sabe que es íntimamente suyo, como ama y quiere a sus tradiciones forales. Bien es verdad que necesitan éstas una norma reguladora, una fijación concreta, necesidad cada día más sentida en aquel territorio balear; mas no vaya por eso a interpretarse que tales dificultades lleguen a producir continuos pleitos y contiendas jurídicas. Siguiendo su manera de ser, como antes hemos dicho, eminentemente patriarcal, resuelve a menudo sus diferencias por modo convencional y los pactos y la armonía jurídica van supliendo lo que la ley taxativa y claramente no determina. Buena prueba de ello es que la cuestión o problema que acabamos de presentar, como también otras que al principio hemos enumerado, no han sido aún objeto de controversia que haya llegado a dilucidar el Tribunal Supremo de Justicia, a pesar de los muchos años que éste lleva de existencia. Es que el pueblo mallorquin, al sentir apego a sus tradiciones forales, siente también hondo y constante apego a la tranquilidad del hogar doméstico, a la paz de la familia, a la sumisión a las Autoridades inmediata-

mente por Dios constituídas y somete a tales procedimientos sus ambigüedades y sus dudas, mas no por esto deja de ser menos necesario resolver tales dificultades, pues más vale prevenir que curar, y así el que expone, que tiene ya la honra de ser contado, aunque en ínfimo lugar, entre los que visten la honrosa toga del Colegio de Abogados de Mallorca, no puede menos de formular la presente expansión de ánimo, teniendo asimismo muy en cuenta que las entidades a quienes tiene la inmerecida honra de dirigirse son acaso las más indicadas por su claro y elevadísimo criterio, por su talento y reconocida competencia jurídica y por el lugar elevado que ocupan en el Foro español, en la Escuela, en la Tribuna o en el Palacio de las Cortes, para prevenir y resolver tales conflictos y colaborar en forma como ellos solos saben y pueden hacerlo, a la elevada misión de coadyuvar al orden, al progreso y a la paz de la familia, fundamento de toda sociedad y piedra angular de toda civilización.

Madrid 30 de Septiembre de 1912.—*Juan Aguiló Valentí.*

UVA. BHSC. LEG 20-1 n°1568

La presente tesis fué leída el día 9 de Noviembre de 1912 ante el Tribunal, compuesto por el EXCMO. SR. D. FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Presidente*; EXCMO. SR. D. TOMÁS MONTEJO, SR. D. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO y SR. D. ALFONSO RETORTILLO, *Vocales*, y actuó de Secretario el SR. Don MANUEL MARTÍN VEÑA, quienes la calificaron de Aprobado.

UVA. BHSC. LEG 20-1 n°1568

UVA. BHSC. LEG 20-1 n°1568



UVA. BHSC. LEG 20-1 nº1568