

Àrea de Dret Civil
Universitat de Girona (Coord.)

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya



Materials de les Quinzenes
Jornades de Dret català a Tossa

25 i 26 de setembre de 2008

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya
(Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

EL NOU DRET SUCCESSORI DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

**MATERIALS DE LES QUINZENES JORNADES
DE DRET CATALÀ A TOSSA**

25 i 26 de setembre de 2008

**ÀREA DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE GIRONA
(Coord.)**

 **Documenta
Universitaria**
www.documentauniversitaria.com

Girona 2009

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya: Materials
de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa / Àrea
de Dret Civil Universitat de Girona (coord.). -- Girona :
Documenta Universitaria, 2009. -- 616p. ; 23,5cm
ISBN 978-84-92707-09-6

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil II. Jornades de
dret català (15es : 2008 : Tossa de Mar)
1. Herències i successions (Dret català) -- Congressos

CIP 347.65(467.1)(063) NOU

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comunicessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Primera edició

ISBN: 978-84-92707-09-6

Imprès a Catalunya

Girona, agost de 2009

Les Quinzenes Jornades han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Diputació de Girona

ÍNDIX

PRIMERA PONÈNCIA LA CODIFICACIÓ DEL DRET DE SUCCESSIONS

- Tradicció heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya 15
Josep Ferrer i Riba
- ¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de sucesiones del Código civil? (Un ejercicio de prospectiva) 33
Jesús Delgado Echeverría
- Llei aplicable a la successió: fenòmens migratoris i llei personal del causant 49
Emilio González Bou

SEGONA PONÈNCIA SUCCESSIÓ TESTAMENTÀRIA

- El testamento en el nuevo libro IV del Código civil de Cataluña 77
José Miguel Mezquita García-Granero
- La marmessoria 113
Josep-Delfí Guàrdia i Canela
- La ineficàcia dels actes i disposicions d'última voluntat 129
Joan Marsal Guillaumet

TERCERA PONÈNCIA LA SUCCESSIÓ CONTRACTUAL

- La successió contractual en el nou llibre IV del Codi civil de Catalunya 151
Ramon Pratdesaba i Ricart
- La successió en l'empresa familiar 181
Fernando Cerdà Albero

QUARTA PONÈNCIA
LA SUCCESSION INTESADA I LES ATRIBUCIONS LEGALS

La sucesión intestada incorporada al Código civil de Cataluña
(principios-innovaciones) 209
M^a del Carmen Gete-Alonso Calera

Relacions familiars i atribucions successòries legals.
Llegítima i quarta vidual al llibre IV del Codi civil de Catalunya..... 263
Albert Lamarca i Marquès

CINQUENA PONÈNCIA
ADQUISICIÓ DE L'HERENCIA

L'acceptació i la repudiació. El règim d'adquisició de l'herència..... 309
Anna Casanovas Mussons

Comunidad hereditaria y partición 325
José Luis Valle Muñoz

COMUNICACIONES

COMUNICACIONES A LA PRIMERA PONÈNCIA

La Influencia del Derecho Sucesorio Catalán en la Revisión
Puertorriqueña 375
Gerardo J. Bosques Hernández

COMUNICACIONES A LA TERCERA PONÈNCIA

Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa
familiar desde la perspectiva del Derecho interregional..... 403
Beatriz Añoveros Terradas

La sucesión contractual en la Compilación de Derecho Civil
de las Illes Balears. Factores determinantes de su renacimiento:
*la ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del impuesto
sobre sucesiones y donaciones; y los Protocolos Familiares* 421
María Pilar Ferrer Vanrell

Las disposiciones generales sobre pactos sucesorios en el Libro IV del Código Civil de Cataluña: apertura, innovación y alguna perplejidad 465

M^a Paz García Rubio, Margarita Herrero Oviedo

Algunas reflexiones sobre la causa en los pactos sucesorios en el nuevo Libro IV del Codi Civil de Catalunya..... 485

Núria Ginés Castellet

Pactos sucesorios y empresa ¿familiar? 499

Belén Trigo García

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

La sucesión forzosa en el Libro Cuarto: Incertidumbres en torno a su fundamento 515

Rebeca Carpi Martín

El ejercicio del derecho de legítima en la sucesión intestada en el Derecho civil de Cataluña 529

Neus Cortada

COMUNICACIONS A LA CINQUENA PONÈNCIA

L'acció de petició d'herència en el Llibre IV CCCat..... 547

Lídia Arnau Raventós

La regulación del heredero distribuidor en la compilación de derecho civil balear de 1990..... 561

Francesca Llodrà Grimalt

La col·lació al Llibre quart del Codi civil de Catalunya (Breus notes i aproximació crítica als articles 464-17 a 464-20)..... 601

Isabel Viola Demestre

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LAS ILLES BALEARS. FACTORES DETERMINANTES DE SU RENACIMIENTO: LA LEY BALEAR 22/2006, DE 19 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES; Y LOS PROTOCOLOS FAMILIARES

MARÍA PILAR FERRER VANRELL
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS

SUMARIO. I. LOS FACTORES EXÓGENOS DETERMINANTES DEL RESURGIMIENTO DE LOS PACTOS SUCESORIOS. 1. Los Protocolos Familiares y la sucesión contractual. 2. Las bonificaciones de las cargas tributarias y el resurgir de los pactos sucesorios. 2.1. Las reducciones impositivas en las transmisiones inter vivos a título lucrativo de la Empresa Familiar. 2.2. Título V de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. 2.3. La modificación del Título V de la Ley 22/2006, por Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y económico-administrativas. La falta de exactitud en el tipo adquisitivo. 3. El problema de los efectos adquisitivos derivados del pacto sucesorio, desde el prisma tributario. 3.1. Pactos de sucedendo. 3.2. Pactos de non sucedendo. 3.3. La cuestión del «título sucesorio» a efectos tributarios. 4. Los títulos adquisitivos de los bienes objeto de la donación universal (art. 8 CDCIB) y del presupuesto de la *diffinitio* (art. 50 CDCIB). II. LA DONACIÓN UNIVERSAL DE BIENES PRESENTES Y FUTUROS. I. La donación universal. Concepto. 2. Los bienes que se transmiten en la donación universal y el título adquisitivo. 2.1. ¿Qué significa «universalidad de la donación»? 2.2. Objeto de la donación. 2.2.1. Concepto de bienes presentes y futuros. 2.2.2. Los bienes presentes, sus clases. 2.2.3. Los bienes futuros. 2.2.4. Destino de la «reserva» de los bienes presentes y futuros. 2.3. Los títulos adquisitivos en la donación universal. La teoría del doble título. 2.3.1. El doble título. 2.3.2. Distinción de los conceptos «eficacia» y «efectividad» de la donación. 3. Los momentos adquisitivos en la donación universal y la Ley 22/2006. III. LA DIFFINITIO COMO TÍTULO SUCESORIO EN LA LEY 22/2006. 1. Aproximación a la institución de la *diffinitio*. 1.1. El presupuesto negocial: la constitución de dote o donación ob causam. 1.2. Objeto de la atribución patrimonial. 1.3. El presupuesto negocial y la cláusula de imputación o nexo de causalidad en el art. 50 CDCIB. 2 El negocio de *diffinitio*. 2.1. La naturaleza jurídica de la renuncia o *diffinitio*. Su interpretación histórica. 2.2. El

objeto de la *diffinitio*. Los derechos definidos. 3. La eficacia negocial. Quiebras a la *exceptio pactum de non petendo*. 4. El momento adquisitivo en la *diffinitio* en relación a la Ley 22/2006.

I. LOS FACTORES EXÓGENOS DETERMINANTES DEL RESURGIMIENTO DE LOS PACTOS SUCESORIOS

La actividad legislativa del Parlamento de las Illes Balears, en materia de derecho civil que es de su competencia exclusiva, ha sido casi inexistente. La Compilación se modificó por Ley 8/1990, de 28 de junio y Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el cual se aprueba el texto refundido. Esta escasa modificación tuvo como finalidad, principalmente, adaptar la originaria Compilación de 1961 a la Constitución, sin plantearse una reforma en profundidad.

De esta situación ha derivado la escasa utilidad de algunas de las instituciones propias por falta de adaptación a las necesidades sociales, empresariales y económicas actuales. En esta tesitura se encuentra la llamada «sucesión contractual», que es un modo de deferirse la sucesión permitido en el Libro I para Mallorca (art. 6) y en el Libro III para Ibiza-Formentera (art. 69) de la Compilación de las Illes Balears.

Tradicionalmente los pactos sucesorios fueron el mecanismo de cohesión de la explotación agraria familiar; la «donación universal de bienes presentes y futuros», junto a la definición de los derechos sucesorios futuros han sido los instrumentos de mantenimiento de la «Casa»,¹ evitando su fragmentación.

En realidad la regulación de estas instituciones en la Compilación podría utilizarse, actualmente, como sistema para organizar la sucesión en la Empresa Familiar,² a semejanza de la sucesión en la Explotación agraria familiar. En el derecho balear la designación irrevocable de heredero mediante la donación universal de bienes presentes y futuros (arts. 8 a 13 del Libro I y art. 73.3 del Libro III) no está ligado a los Capítulos matrimoniales, por lo que es un sistema más flexible, al no ser preceptivo contraer matrimonio, como ocurre en Cataluña. Tan sólo en el Libro III, para Ibiza-Formentera, era frecuente que si quiere pactarse heredamiento se formalizara en «espolits», como ha sido tradicional en Cataluña, aunque

¹ Entendida en su significado de «familia», Badosa Coll, Ferran, *Comentaris a les Reformes del Dret Civil de Catalunya*, Vol.I, Barcelona, 1987, pág. 392.

² López Burniol, J.J. comenta la utilidad de los heredamientos para la conservación de la empresa familiar en *La Resurrecció dels capítols matrimoniales*, discurso pronunciado con ocasión de su ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

el artículo 72 CDCIB permite otorgarse, también, fuera de capítulos, en escritura pública.

Sin embargo la sucesión contractual ha perdido la importancia que tuvo históricamente. Han sido factores externos a la propia regulación legal de la institución contractual de heredero y a la *diffinitio* de los derechos sucesorios futuros los que han propiciado su renacimiento, como son los Protocolos Familiares y la Ley balear sobre el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

- 1) El primer factor importante, aunque limitado subjetivamente ya que afecta exclusivamente a quienes son titulares de las participaciones de una Empresa Familiar,³ son los Protocolos Familiares, entendidos como los acuerdos entre los titulares de una Empresa Familiar que, de forma libre y voluntaria, pueden adoptar para regular la organización de las relaciones entre la Familia, el Patrimonio y la Empresa, entre las que puede destacarse el relevo generacional y, en particular, la sucesión *mortis causa* en la empresa.
- 2) En segundo lugar y de forma principal, el factor que ha propiciado el resurgir de los pactos sucesorios ha sido la exención impositiva propia de las transmisiones sucesorias y gratuitas; la *ley balear 22/2006, de 19 de diciembre de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones*, modificada parcialmente por *ley 6/2007, de 27 de diciembre de medidas tributarias y económico-administrativas*, ha suprimido, prácticamente, el impuesto que grava las transmisiones *mortis causa*, cuando estas transmisiones se causan entre determinados parientes (grupo I y II del art. 2); y también ha rebajado notablemente el impuesto de donaciones.

El Impuesto sobre sucesiones y donaciones, es un tributo que grava las adquisiciones gratuitas o lucrativas de las personas físicas y es de carácter directo y progresivo que se exige en todo el territorio español (excepción de los conciertos con el País Vasco y la Comunidad Foral Navarra). El hecho imponible es: 1) las adquisiciones por cualquier título sucesorio; 2) las adquisiciones a título gratuito *inter vivos*; 3) la percepción de los beneficios derivados de un seguro de vida.

³ En el Informe de la Ponencia sobre la problemática de la Empresa Familiar (Senado. BOCG num. 312. 23 de noviembre de 2001) la Empresa Familiar se definía por unos caracteres: 1) que la familia, por su participación, ejerza el control; 2) que los miembros de la familia participen en la gestión; 3) que se haya previsto la continuidad de la misma mediante la incorporación de las nuevas generaciones.

Este Impuesto es un tributo cedido a las CCAA, del que se hacen cargo por delegación del Estado, por lo tanto, es de aplicación la legislación estatal, pero las CCAA pueden regular determinados aspectos, por ej. la fijación de la tarifa y las reducciones de la base imponible de las adquisiciones *mortis causa*, entre otras; aún así están sujetas a las Respuestas a las Consultas Vinculantes a la SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos; también deben mantener las reducciones establecidas por el Estado aunque pueden crear otras reducciones añadidas propias de las CCAA. Esta es la situación que se ha producido en la CA de las Illes Balears.

1. Los Protocolos Familiares y la sucesión contractual

Los Protocolos Familiares son de tradición anglosajona (*shareholder's agreement*);⁴ en España en 2001 se constituyó la Ponencia de la Comisión de Hacienda del Senado para analizar la problemática que presentaban las Empresas Familiares,⁵ que emitió un Informe recomendando desarrollar la formalización de los Protocolos Familiares, al considerarse un instrumento capital para intentar armonizar Empresa y Familia. Finalmente se aprobó el Real Decreto 17/2007, de 9 de febrero, que regula la publicidad de los Protocolos Familiares.⁶ Unos años antes, la Disposición Final Primera de la ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, dio nueva redacción al párrafo segundo del art. 1056 del Código civil, con el fin de facilitar la sucesión en la Empresa Familiar.

Uno de los elementos importantes del contenido del Protocolo Familiar son los acuerdos sobre las medidas legales que se pactan con la finalidad de conservar la Empresa en manos de la Familia, porque uno de los problemas que surgen en la Empresa Familiar es establecer las reglas de sucesión entre los familiares para la continuidad de la Empresa; estas medidas se incluyen, por una parte, en las capitulaciones matrimoniales y por otra en el ámbito sucesorio, por testamento, o bien, en los derechos civiles territoriales que lo admitan, por pacto sucesorio.

En este sentido, uno de los compromisos que acostumbra a establecerse, tendente a que el Protocolo Familiar sea un instrumento eficaz para la

⁴ Según Vicent Chuliá el *Shareholders agreement de la Close Corporation* en EEUU es el equivalente al Protocolo Familiar, y consiste en un acuerdo entre los familiares, que son los titulares de la Empresa, y que acuerdan la gestión, organización y relaciones económicas y las profesionales entre la Familia y la Empresa. «Organización jurídica de la empresa familiar». *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º. 5. 2000-1. Aranzadi. pág. 38.

⁵ Cabrera, M. K.; García Almeida, D. *La teoría de la empresa basada en conocimiento y la formación del sucesor en la empresa familiar*. *Esic Market*, Mayo-Agosto 2000, pp. 47-57.

⁶ Fernández Del Pozo, Luis, *El protocolo familiar, empresa familiar y publicidad registral*. Editorial Aranzadi. Madrid 2008.

continuidad de la Empresa sólo en manos de la Familia propietaria, es que los miembros de tal familia empresarial otorguen capitulaciones matrimoniales pactando el régimen económico de separación de bienes para regir las relaciones patrimoniales de los cónyuges, con la finalidad que las participaciones empresariales permanezcan siempre en el seno de la Familia, evitando la entrada del cónyuge en la propiedad de la empresa.⁷ Otro de los elementos convenidos en el Protocolo Familiar es la sucesión familiar en la Empresa,⁸ que se establece en el Protocolo mediante el compromiso de los miembros de la Familia para que otorguen testamento con el fin de mantener dentro de la Familia su propiedad, y especialmente se comprometen a designar la persona de la familia que sucederá en la Empresa, eligiendo así la que sea idónea para gestionarla, para lo cual se obliga a otorgar testamento en un determinado sentido. Al no tratarse de pactos sucesorios, no garantizan el sentido del testamento, (aunque este incumpliendo pueda tener sus consecuencias en el ámbito mercantil, art. 64 LSA y art. 32 LSL), porque se trata, simplemente, de una promesa de otorgar testamento que puede revocar, posteriormente, dado tal carácter en los negocios mortis causa.

Sin embargo estas cláusulas, de dudosa legalidad, presentan numerosos problemas, y así lo ha puesto de relieve la doctrina. El cumplimiento⁹ de estos acuerdos no puede exigirse judicialmente, sólo cabría exigirlos, si las partes que han firmado el Protocolo Familiar han acordado unas cláusulas penales para el caso de incumplimiento; pero nunca es exigible, por ser un acto personalísimo, que otorgue testamento en el sentido acordado en el

⁷ Gortázar Lorente, argumenta la importancia de incluir en las Capitulaciones las consecuencias de la ruptura en lo tocante a las compensaciones económicas, para que quede a salvo la EF, incluyendo en la nota 9 la opinión de la doctrina respecto al carácter dispositivo de estas cláusulas. *Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo*, Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa

⁸ Como dice Egea Fernández, J., haciéndose eco del Foro de Lille, «los pactos sucesorios permiten al empresario anticipar su sucesión y posibilitan la incorporación del elegido como sucesor en las actividades de la empresa, sin que éste pueda temer que la llamada resulte frustrada», *Protocolo familiar y pactos sucesorios La proyectada reforma de los heredamientos*, Indret 3/2007, pág.11 en: Indret.com.

⁹ Xavier Tua López., dice «el protocolo familiar no es una herramienta sino que como hemos visto a lo largo de esta exposición, es una caja de herramientas, cada una con su específico tratamiento en nuestro derecho positivo y que no pueden ser metidas todas en un mismo saco para darles validez o eficacia respecto a terceros por el mero hecho de que accedan al Registro Mercantil (nos planteamos si efectivamente en el caso de incumplimiento del protocolo familiar, por el hecho de estar depositado o inscrito en el Registro Mercantil sería de obligado cumplimiento para las parte, es decir vinculante para las mismas, nosotros creemos que sí, pero, no es menos cierto que los problemas que plantea la sucesión de una empresa familiar son complejos y van más allá de una regulación paraestatutaria o extraestatutaria de la empresa)», «La regulación de los protocolos familiares». *Noticias Jurídicas*, marzo 2007

Protocolo; ni exigir que convengan Capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes al que se comprometieron.

El problema que se plantea, en este punto, es el carácter revocable de los negocios mortis causa. Además la propia cláusula del Protocolo Familiar, comprometiéndose a testar en un determinado sentido, es contraria a un principio sucesorio romano de capital importancia, como es la libertad de testar, ya que la voluntad del testador debe ser mutable hasta su muerte y su traducción está en la propia revocabilidad del testamento. Este principio romano choca en el Libro I y III de la Compilación con la irrevocabilidad de los pactos sucesorios, cuyo origen está en el Derecho Municipal o Estatutario; porque en nuestro derecho balear conviven principios romanos con los principios de *iura propria*, que tuvieron su origen en el derecho feudal y así se han trasladado a la Compilación.

Este importante aspecto sucesorio¹⁰ del Protocolo Familiar, del que, en muchas ocasiones, depende la continuidad de la Empresa, puede obtener mejor resultado en el ámbito de los pactos sucesorios en los derechos civiles territoriales¹¹ que lo admiten, ya que están prohibidos por el Código civil (art. 1271 Cc).

La sucesión contractual es el elemento idóneo para facilitar la continuidad de la Empresa Familiar, al designar de forma irrevocable al sucesor, al margen del Protocolo Familiar. En concreto, las instituciones sucesorias propias de la Compilación balear sobre sucesión contractual son las adecuadas para conseguir los objetivos perseguidos. Me refiero a la donación universal de bienes presentes y futuros (art. 8 CDCIB) que permite nombrar de forma irrevocable al sucesor; y a la *diffinitio* (art. 50 CDCIB), como institución complementaria, que facilita la permanencia de la Empresa, al permitir la renuncia anticipada a sus futuros derechos legitimarios.

¹⁰ Gortázar Lorente, C, enumera unas pautas para lograr el buen fin de la sucesión en la Empresa Familiar, «En la práctica jurídica se ha constatado que algunas pautas jurídicas favorecen la consecución de los mencionados objetivos, siempre en coordinación con los Estatutos Corporativos. De entre ellas, y con carácter enunciativo, cabe mencionar las siguientes: 1. Utilización de la sustitución fideicomisaria como alternativa al derecho de usufructo o en caso de concurrir situaciones de incapacidad en algún sucesor. 2. Limitación en la administración y disposición de bienes heredados por menores e incapaces y nombramiento de administradores patrimoniales (art. 150 C.F.) con facultades de administración extraordinaria (artículo 153.1 C.F). 3. Nombramiento de albacea universal con funciones de interpretación de la voluntad testamentaria y de arbitraje en caso de conflicto. 4. Inclusión de la Cautela Socini (art. 360.2 CS)». *Derecho y empresa familiar...*, cit.

¹¹ Ver per.tot. Egea Fernández, J. *Protocolo familiar y pactos sucesorios...*, cit., Indret 3/2007.

Esta es una cuestión principal porque una de las causas de la disolución de las Empresas Familiares es la sucesión;¹² esta preocupación está plasmada en las Recomendaciones del Foro de Lille con el fin de que el empresario pudiera garantizar la transmisión de la Empresa Familiar, de forma irrevocable, a la persona más apropiada para gestionarla; incluso esta situación puede presentarse antes de su fallecimiento, ya sea por incapacidad temporal o definitiva del propio empresario.

Esta situación queda perfectamente resuelta mediante la donación universal de bienes presentes y futuros, regulada en el Libro I de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears, puesto que es una institución que en su origen fue concebida para dar continuidad a la «Casa», permitiendo la transmisión actual de la propiedad y la designación irrevocable del futuro sucesor (art. 8 CDCIB).

Precisamente en el citado Foro de Lille, que se celebró el 3 y 4 de febrero de 1997, se recomendó la supresión de las prohibiciones legales de los pactos sucesorios, por ser unos instrumentos que facilitan la continuidad de la Empresa Familiar. Estas Recomendaciones iban dirigidas a los Estados Miembros con la finalidad que tomaran las medidas legales oportunas para allanar el camino de la sucesión en la Empresa Familiar.

Las reformas del Código civil, en esta materia, han sido escasas, la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, en su Disposición Final Primera, modifica el art. 1056 en su segundo párrafo; el art. 1271 y el art. 1406,2 Cc. Estas modificaciones no allanan el problema de la revocabilidad de las disposiciones mortis causa, porque la modificación del segundo párrafo del art. 1271 no ha abierto la posibilidad a los pactos sucesorios.

Sin embargo, como después se explicará, la Ley balear 22/2006 posibilita unas deducciones impositivas muy importantes cuando se trata de donación de participaciones en la Empresa Familiar.

¹² Garrido Melero, M./Fugardo Estivill, J.M. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos* (7 Tomos), Editorial Bosch, Barcelona 2005. Ver el Tomo IV, sec. 2ª, 16, sobre la transmisión de la empresa familiar; y Tomo VI, sec. 6ª sobre la sucesión en la Empresa Familiar. También se puede consultar, Barbeito Roibal, S; Guillén Solórzano, E.; Martínez Carballo, M.; Domínguez Feijoo, G.; (2004); «Visión europea del proceso de sucesión en la empresa familiar»; *Boletín Económico de ICE*, nº2821; pp. 27-37. Gallo, Miguel Angel, *La sucesión en la empresa familiar*, Editorial La Caixa, Barcelona, 1998.

2. Las bonificaciones de las cargas tributarias y el resurgir de los pactos sucesorios

El otro extremo a tener en cuenta en el resurgimiento de los pactos sucesorios, es el aspecto tributario. Precisamente la Comisión europea formuló una Recomendación 94/1069/CE de 7 de diciembre sobre transmisión de pequeñas y medianas empresas, por la dificultad que entraña la transmisión de la empresa, principalmente *mortis causa*, y también en la Comunicación de 29 de junio de 1994 indicaba la necesidad de reducir la carga tributaria cuando el objeto de la sucesión o la donación fuese una Empresa Familiar.

Desde esta óptica e incluso más allá de la Recomendación de reducir la carga tributaria cuando el objeto de la sucesión o donación fuese una Empresa Familiar, es importante para Baleares hacer referencia a la reciente Ley del Parlamento de las Illes Balears 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cuyo Título V ha sido modificado por Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Económico-Administrativas. Esta ley tributaria ha supuesto, prácticamente, la eliminación del impuesto de sucesiones entre cónyuges, descendientes y ascendientes (art. 2). La Exposición de Motivos de la Ley 22/2006 (I,3) dice «así, dentro de estos límites, preside la clara vocación de no suprimir el impuesto (cuyo establecimiento compete al Estado), pero sí de rebajar sustancialmente la carga fiscal del mismo a un número significativo de contribuyentes, concretamente a aquéllos que son más próximos al causante (descendientes, cónyuge y ascendientes)».

También reduce, notablemente, el impuesto de donaciones entre los mismos parientes, y, específicamente, si el objeto es la Empresa Familiar.

Esta Ley ampara de forma explícita las instituciones que conforman la llamada sucesión contractual regulada por la Compilación de las Illes Balears (art. 6 y art. 69), en términos de la EM. II,6, dice: «en consecuencia, una reforma tendente a cumplir los objetivos anteriormente enunciados no podía dejar de lado el régimen aplicable a algunas de estas instituciones peculiares, tales como la definición o la donación universal, y el finiquito de legítima o los pactos sucesorios». La Ley 22/2006 enumera los pactos sucesorios regulados en la Compilación balear a los que atribuye la condición de «título sucesorio» y, en consecuencia son aptos para la aplicación de los beneficios fiscales propios de tales adquisiciones cuando cumplan los requisitos para su aplicación.

2.1. Las reducciones impositivas en las transmisiones *inter vivos* a título lucrativo de la Empresa Familiar

La Ley balear 22/2006 ha previsto un régimen tributario favorable cuando el objeto de la transmisión *inter vivos*, a título lucrativo, tenga por objeto valores sobre empresa de índole familiar.¹³

El art. 22 de la Ley 22/2006 prevé, para obtener la base liquidable, la aplicación de una reducción de la base imponible de un 95%, cuando la transmisión *inter vivos* a título lucrativo o gratuito se otorgue al cónyuge o a los descendientes, y siempre que en el objeto de la transmisión «esté incluido el valor de una empresa individual o de un negocio profesional a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre patrimonio».

Se aplicará esta misma reducción del 95% de la base imponible (art. 23) cuando en la transmisión lucrativa al cónyuge o a los descendientes «esté incluido el valor de participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre patrimonio».

Las deducciones que contemplan los citados artículos 22 y 23 están condicionadas a una serie de requisitos y al mantenimiento de la adquisición un tiempo determinado (previsto en el art. 24 de la ley).

Los requisitos de mantenimiento de la adquisición, son: a) que el donante tenga 60 años o esté en situación de incapacidad permanente; b) que, si ejerce funciones de dirección, las deje de ejercer y de percibir remuneración por este ejercicio desde la fecha de la transmisión; c) que el donatario mantenga la adquisición y tenga derecho a dicha exención en el impuesto sobre el patrimonio durante los cinco años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera en este plazo.

También se le prohíbe, al adquirente, realizar operaciones societarias o bien actos de disposición que puedan minorar sustancialmente el valor de la adquisición.

De no cumplir con lo exigido en la norma deberá pagar la reducción practicada y los intereses de demora.

Es evidente que la norma persigue la continuidad de la Empresa Familiar.

Además hay que tener en cuenta, el reciente Decreto-ley balear 1/2008, de 10 de octubre, de Medidas Tributarias para impulsar la actividad

¹³ El tema de la fiscalidad de la empresa familiar se puede consultar en el capítulo V del libro electrónico de Pérez-Fandón Martínez, *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, Edit. CISS, 2ª ed. Mayo 2008.

económica en las Illes Balears, y en particular su capítulo III, sobre el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que regulan el impuesto en los supuesto que se conserven los puestos de trabajo en los supuestos de transmisiones lucrativas, ya que estos beneficios son incompatibles (art. 7) con los artículos 22 y 23 de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

2.2. Título V de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

El Título V lleva la rúbrica «Aplicación del Derecho Civil de las Illes Balears», que dedica el Capítulo I al ámbito de aplicación; su art. 55 determina que «las normas del presente título han de aplicarse a las adquisiciones por causa de muerte y lucrativas entre vivos en las que el negocio jurídico que dé lugar al hecho imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones se rija por el Derecho Civil de las Illes Balears, y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sea competente para la liquidación del Impuesto».

El Capítulo II de este Título V, se dedica a las adquisiciones por causa de muerte y lucrativas entre vivos, y su artículo 56 que rubrica como «La donación universal, la definición y otros pactos sucesorios», dice: «La donación universal, la definición y los pactos sucesorios reglados en los artículos 8 a 13, 50, 51 y 72 a 77, respectivamente, de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, aprobada por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, tendrán el carácter de título sucesorio a los efectos del art. 11b) del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre sucesiones y donaciones, y en consecuencia, gozarán de todos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias cuando les sean aplicables».

El artículo 58, añade «La donación universal a que se refieren los artículos 8 a 13 y 73 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears y los pactos sucesorios a que se refiere el libro III de este mismo texto, tendrán el carácter de título sucesorio y, en consecuencia, gozarán de todos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias cuando le sean aplicables».

Esta regulación ha suscitado varios problemas que determinaremos más adelante. Alguno de ellos se ha intentado paliar mediante la modificación del Título V de esta Ley.

2.3. La modificación del Título V de la Ley 22/2006, por Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y económico-administrativas. La falta de exactitud en el tipo adquisitivo

Como hemos advertido, la llamada Ley de Acompañamiento de los Presupuestos (Ley 6/2007) para la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, aprovechó para modificar «algunas deficiencias» de la Ley 22/2006, como se explica en la EM en estos términos: «Para finalizar con la regulación de los impuestos directos, la sección 4.^a dedica el artículo 11 a la modificación de algunos preceptos de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, con la finalidad de solucionar algunas deficiencias puntuales advertidas en el texto vigente y aclarar el alcance de determinados pactos sucesorios, así como de reducir el importe de la reducción prevista para las donaciones dinerarias de padres a hijos y otros descendientes para la adquisición de su primera vivienda habitual».

En lo que nos interesa, advertimos que la modificación producida pretende deslindar los distintos negocios jurídicos que son «título sucesorio». Por una parte el art. 56 y 58 de la Ley 22/2006, es reiterativo y no queda claro lo que pretende clasificar.

Por un lado el art. 56 menciona la donación universal, la definición y los pactos sucesorios regulados en los artículos 8 a 13, 50, 51 y 72 a 77, respectivamente, de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears. En esta nominación sólo se determinan los institutos del Libro I: la donación universal (8 a 13), la *diffinitio* (50-51), y las instituciones del Libro III las engloba en los pactos sucesorios de los arts. 72 a 77, determinando que son títulos sucesorios a efectos de aplicarles los beneficios fiscales. Más adelante, el art. 58 repite las instituciones que tienen la consideración de título sucesorio para aplicarles los beneficios fiscales, y bajo el epígrafe: «La donación universal y los pactos sucesorios», menciona la donación universal citando los art. 8 a 13 y el 73, y los pactos sucesorios del Libro III, que debe referirse a los arts. 72 a 77. Este artículo no se comprende bien, porque repite el anterior «a la baja», ya que no cita la *diffinitio* (art. 50-51 del Libro I), y sin embargo cita el art. 77 que es el «finiquito de legítima» del Libro III (que equivale a la *diffinitio* del Libro I). Por otro lado al citar la donación universal (arts. 8-13) del Libro I, no precisa que el art. 73 del Libro III debe referirse al párrafo 3º.

En realidad la redacción no es correcta y es reiterativa.

La reforma por Ley 6/2007 no ha mejorado totalmente la redacción, a pesar de que ésta era la intención manifestada en la EM. El art. 56, bajo el epígrafe «donación universal y definición», determina que «La donación

universal y la definición a que se refieren los artículos 8 a 13, 50, 51 y 73 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears...» son títulos sucesorios con el fin de otorgarles los beneficios fiscales que sean inherentes a estas instituciones sucesorias. Se olvida el artículo del 77 del Libro III, que se refiere al finiquito de legítima o «*diffinitio*»; tampoco puntualiza que el art. 73, del Libro III, debe referirse sólo al párrafo 3º, porque los demás se incluyen en el art. 58. Este artículo tampoco ha logrado la correcta redacción del art. 58 de la Ley 22/2006, aunque la mejora, ya que en este artículo seguramente se quería incluir los demás pactos sucesorios del Libro III, como reza en el epígrafe «otros pactos sucesorios». Determina que son títulos sucesorios «Los pactos sucesorios regulados en los artículos 72 a 77 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears», por lo que les atribuye los beneficios fiscales propios. Queda incluido en esos pactos sucesorios, «el finiquito de legítima» del art. 77, que debería incluirse, con el fin de ordenar la regulación, en el art. 56; y la donación universal, que al no haber precisado que se refería al párrafo 3º del art. 73, en el art. 56, en este artículo 58 es reiterativo.

La redacción confusa de los artículos 56 y 58 de la Ley 22/2006 no ha quedado totalmente subsanada con la nueva redacción dada por Ley 6/2007.

Sin embargo, el problema radica en otro aspecto de estas instituciones, que no se ha resuelto con la modificación del Título V de la Ley 22/2006 de los dos artículos anteriores, porque se sigue atribuyendo a los pactos sucesorios la cualidad de títulos sucesorios y por ello se determina la aplicación de los beneficios fiscales propios de estas adquisiciones cuando les sean aplicables, olvidándose que tales adquisiciones pueden ser también a título *inter vivos*, como se verá más adelante.

En efecto, los pactos sucesorios que se enumeran en la ley tributaria son títulos sucesorios desde la perspectiva civil, aunque hay que tener en cuenta que las transmisiones patrimoniales que derivan de tales pactos pueden generar transmisiones *inter vivos*.

3. El problema de los efectos adquisitivos derivados del pacto sucesorio, desde el prisma tributario

Es evidente que la «donación universal» y otros pactos sucesorios que describe la ley tributaria, a efectos civiles, son títulos sucesorios. Es por ello que a los títulos sucesorios desde la perspectiva tributaria se les aplica la normativa de las adquisiciones *mortis causa*, y, en consecuencia, los beneficios tributarios derivados de las adquisiciones sucesorias. Pero no podemos olvidar que la «donación universal» regulada en la Compilación

comparte una doble naturaleza, ya que despliega los efectos adquisitivos *inter vivos* propios de la donación; y por ser título sucesorio, comparte los efectos adquisitivos *mortis causa*.

Esta cuestión, desde el ámbito tributario ha tenido repercusión porque, patrimonialmente se produce una transmisión en vida del donante y del donatario, o del que firma definición.

En esta situación, a efectos tributarios, sería necesario distinguir no sólo la naturaleza del negocio sino el momento en que se producen los efectos adquisitivos, es decir, las transmisiones y correspondientes adquisiciones e incrementos patrimoniales.

Los beneficios que otorga la ley tributaria balear están concebidos desde la perspectiva de adquisiciones derivadas por la muerte del causante ya que los califica como títulos sucesorios; sin embargo, al tener la donación universal una doble naturaleza se producirán transmisiones patrimoniales *inter vivos*, por tanto adquisiciones lucrativas para el beneficiario antes del fallecimiento del causante de la sucesión. Este mismo efecto se produce en la *diffinitio* porque es esencia del negocio, al tratarse de una renuncia anticipada a los futuros derechos sucesorios en contemplación de una atribución patrimonial a título lucrativo, que puede ser, incluso, muy anterior al momento del otorgamiento del negocio de *diffinitio*, al actuar como presupuesto negocial.

Esta cuestión que deriva de la propia naturaleza del negocio ha provocado desde el prisma tributario que se hayan planteado cuestiones sobre estas transmisiones a efectos de liquidación del impuesto.

Una interesante consulta que se ha planteado, sobre la Ley 22/2006, a la SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, núm. de consulta: V1691-07, en su Respuesta concluye: «(...) La institución del Derecho Civil de Baleares denominado “donación universal” es un pacto sucesorio. Los pactos sucesorios son títulos sucesorios a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por lo tanto, el tratamiento que debe darse a los pactos sucesorios en este impuesto es el que corresponde a las adquisiciones *mortis causa*. Segunda: En principio, en los pactos sucesorios resulta aplicable la regla general de las sucesiones *mortis causa*, según la cual el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o (...) conforme al artículo 196 del Código Civil. Tercero: No existirá ganancia o pérdida patrimonial únicamente en el caso de transmisión por causa de muerte».

De la Respuesta a esta Consulta al Órgano SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, la primera cuestión a tener en cuenta, a efectos tributarios, es que si existe una transmisión patrimonial en vida del donante

que genera un incremento patrimonial queda sujeta al Impuesto de sobre la Renta de las Personas Físicas, porque como se advirtió, las Respuestas a estas Consultas tienen efecto vinculante para las CCAA.

Según la Respuesta a la Consulta vinculante parece que exonera de imposición por IRPF, pero de una correcta lectura la interpretación debería ser la contraria, ya que, en la conclusión tercera dice: «no existirá ganancia o pérdida patrimonial únicamente en el caso de transmisión por causa de muerte»; el término «únicamente» indica que si la transmisión no es por causa de muerte debería estar sujeta al impuesto. Si acudimos al artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que establece: «33.3. se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...) b) Con ocasión de las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente.»

Por lo que, cuando la transmisión lucrativa es por causa de muerte, no dará lugar a la Imposición por IRPF. ¿Acaso puede mantenerse que la atribución lucrativa con efectos en vida del donante, o la atribución patrimonial, presupuesto de la *diffinitio*, que la ley califica como título sucesorio, son adquisiciones *mortis causa*?

En principio, en estos supuestos de adquisiciones patrimoniales a título lucrativo, como ocurre en la *diffinitio* (art. 50 CDCIB), o en las transmisiones en vida del donante, en la «donación universal de bienes presentes y futuros» (art. 8 CDCIB), se producirán dos imposiciones, una a cargo del donatario universal, de acuerdo con la ley balear que califica estos negocios jurídicos de títulos sucesorios («tendrán carácter de título sucesorio», art. 56, Ley 22/2006); y siempre que se cumplan los requisitos personales (grupo I y II del art. 2), deberían tributar como título sucesorio con una bonificación muy importante, ya que la Tasa es el 1%; y si se califica el Hecho Imponible como donación *inter vivos*, la Tasa bonificada es del 7%. La otra, que es a cargo del donante, siempre que se produzca un incremento patrimonial en el momento de la transmisión *inter vivos* respecto del valor que tenía en el momento de la adquisición, deberá tributar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Pero si la transmisión es como título sucesorio, que es la ficción de la Ley 22/2006, en este caso se le debería exonerar de la imposición por IRPF; aunque como se deduce de la Respuesta del SG, no se finge que es título sucesorio sino transmisión *inter vivos*, según los términos de la respuesta a la Consulta V1691-07 que dice: «En el caso de que, como consecuencia de dichos pactos sucesorios, se produjese una transmisión de bienes en vida del donante, no resultará aplicable lo dispuesto en el citado precepto por lo que si se generase una ganancia patrimonial estaría sujeta al impuesto».

En consecuencia, debido a la doble naturaleza del negocio, la cuestión se complica, porque, para el donatario, estaremos ante una atribución patrimonial, que aún siendo una adquisición *inter vivos*, la Ley 22/2006 la califica de título sucesorio; por lo que puede ampararse, a la hora de tributar, por la tasa bonificada del 1%, y no del 7% como donación. Sin embargo para el donante la cuestión es distinta, según la Respuesta Vinculante de la SG del Ministerio de Hacienda, ya que dice, expresamente que si hay transferencia de bienes *inter vivos*, deberá tributar si hay incremento patrimonial entre el momento de la adquisición y el de la donación, por concepto de IRPF. En este caso, con fin impositivo, han decidido no considerar que es «título sucesorio».

En definitiva, esta cuestión es importante en la llamada sucesión contractual, porque en los pactos de suceder y de no suceder siempre hay transmisión de bienes *inter vivos*:

3.1. Pactos de sucedendo

En los llamados pactos de *succedendo*, plasmado en la denominada «donación universal de bienes presentes y futuros» en el Libro I de la Compilación, siempre debe existir transmisión actual de bienes (art. 8.1 y 11.1 CDCIB) que adquiere el donatario universal a título de donatario, aunque, a la muerte del donante pueda adquirir los bienes de residuo, que éstos si tienen carácter de adquisición *mortis causa*, porque el título adquisitivo es el de heredero. Por el contrario, en el Libro III, ya que en el Libro II para Menorca la sucesión contractual está prohibida, los llamados «pactos de institución» pueden implicar simples llamamientos o contener la transmisión actual de todos o parte de los bienes, por lo que si se estipulan como simples llamamientos no existirá transmisión actual de bienes.

Es importante esta cuestión tributaria, porque aún calificando a los pactos sucesorios de título sucesorio, las adquisiciones derivadas de estos negocios, deberán tributar como si de una adquisición *mortis causa* se tratara; sin embargo, por los efectos vinculantes de esta Respuesta a la Consulta a SG es conveniente determinar el momento en que se produce la adquisición de los bienes que incluye la «donación universal», porque dependiendo del momento adquisitivo la tributación será más o menos gravosa; y dado que en la donación universal existen bienes presente y futuros del donante, que transmite al donatario, nos conduce a determinar si tales bienes se adquieren a título de donatario o bien a título de heredero, ya que de esta institución nace el doble título, como se analizará más adelante, y en función del momento adquisitivo se producirá la tributación por IRPF.

3.2. Pactos de *non succedendo*

En los llamados pactos de *non succedendo*, que en el Libro I para Mallorca regula la *diffinitio* los arts. 50 y 51, y para Ibiza-Formentera, el «finiquito de legítima», art. 77 del Libro III, y que prohíbe el Libro II para Menorca, la adquisición de bienes se produce siempre *inter vivos*, por lo que al producirse un incremento patrimonial *inter vivos*, siempre se producirá la doble tributación: a cargo del donatario como título sucesorio, con Tasa bonificada por la ley balear al 1%, y a cargo del donante como incremento patrimonial por Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En todo caso, en los pactos de no suceder parece difícil mantener la naturaleza sucesoria del negocio de atribución patrimonial, ya que el título lucrativo de la adquisición puede ser, incluso anterior al otorgamiento de la *diffinitio* (art. 50 CDCIB).

Sin embargo, en una Consulta vinculante a la SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos; núm. de consulta: V0508-05, que responde el 23/03/2005, aún siendo anterior a la Ley 22/2006, se puede aplicar ya que reproduce la misma tesis que la anteriormente citada sobre «donación universal», que es posterior a la ley 22/2006; la Respuesta dice: «La *institución del Derecho Civil de Baleares denominado “finiquito de legítima” es un pacto sucesorio. Los pactos sucesorios son títulos sucesorios a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por lo tanto, el tratamiento que debe darse al “finiquito de legítima” en este impuesto es el que corresponde a las adquisiciones mortis causa; y ello, tanto en lo referente a la aplicación de las reducciones (consulta planteada) como en lo relativo a todos los demás elementos del impuesto (hecho imponible, base imponible, base liquidable, tipo de gravamen, deuda tributaria, sujeto pasivo, devengo, etc.)».*

Como se analizará, la adquisición a título lucrativo, presupuesto de la definición, es siempre una adquisición intervivos (art. 50 y art. 77 CDCIB).

3.3. La cuestión del «título sucesorio» a efectos tributarios

Queda, por último, cuestionarse si para alguna de estas instituciones en particular la «donación universal de bienes presentes y futuros» y la *diffinitio*, o aquellos pactos sucesorios en los que hay transmisión de bienes *inter vivos*, deben tributar como títulos sucesorios, es decir, como adquisiciones *mortis causas* por tanto a la Tasa bonificada del 1%, o bien, como donación *inter vivos*, al 7%, de acuerdo con la Ley balear 22/2006.¹⁴

¹⁴ Siempre que sea aplicable (art. 2, grupo I y II, Ley 22/2006).

Al determinar la Ley balear que son «títulos sucesorios» la tributación por las adquisiciones derivadas de estos títulos debería ser al 1%, aún existiendo incrementos patrimoniales derivados de estas adquisiciones lucrativas *inter vivos*, por determinarlo así la ley.

Ahora bien, si la adquisición de bienes por el denominado «título sucesorio» por la Ley 22/2006, lo ponemos en relación el art. 3 (Hecho Imponible) y éste con el art. 24 (Devengo) de la Ley 29/1987 de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al decir el art. 3. 1. Constituye el hecho imponible: a). La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. b). La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, *inter vivos* (...); si tenemos en cuenta el art. 24 sobre el devengo, ya que sin devengo no nace la obligación tributaria, que dispone: «1. En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo. 2. En las transmisiones lucrativas *inter vivos* el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre el acto o contrato. 3. Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan».

Estos artículos determinan que la obligación tributaria nace con el fallecimiento o con el contrato. Por lo que parece, que, aún calificando los contratos sucesorios de «título sucesorio», a efectos impositivos lo que determina la obligación tributaria es la adquisición lucrativa al tiempo de la celebración del contrato; o bien al tiempo del fallecimiento. Esto se traduce en una adquisición que denominamos *inter vivos* (al tiempo del contrato), o bien en una adquisición *mortis causa*, si se produce al tiempo del fallecimiento.

¿También implica que la adquisición que se produzca *inter vivos* tributa por la Tasa bonificada del 1%, ya que esta adquisición se califica como título sucesorio, aunque el momento del devengo es la celebración del contrato; o bien por la menor bonificación del 7% para las donaciones?, y a este impuesto a cargo del donatario ¿se debe añadir, la tributación del donante, en caso de existir incremento patrimonial por IRPF, (art. 33.3.b Ley 35/2006), cuando la transferencia es *inter vivos*?, de acuerdo con la Respuesta la Consulta Vinculante VI691-07.

Desde la perspectiva del derecho civil, son títulos sucesorios y así lo reconoce la ley tributaria, aunque también comparten la naturaleza de donación *inter vivos*, por lo que, las adquisiciones que provengan de estos negocios que supongan una transmisión de bienes *inter vivos*, a título gratuito, deberían tributar como donaciones a la Tasa bonificada del 7% de acuerdo con la ley balear. De otro modo, no entiendo ¿cómo puede simularse que estamos ante una adquisición *mortis causa*, cuando se produce la transmisión de ciertos bienes en vida del causante a título de donación, ya sea como presupuesto de la *diffinitio*, ya sea por «donación universal»? Todo ello nos conduce a tener que delimitar, de acuerdo con la Compilación balear, tanto en la «donación universal de bienes presentes y futuros», como en la *diffinitio*, cuando se producen las adquisiciones patrimoniales, y cuál es el título adquisitivo del donatario universal y del definido de los bienes que integran estos negocios, porque, como ocurre en la «donación universal» se producen dos momentos adquisitivos, unos bienes se adquieren a título de donatario y otros a título de heredero.

Sólo analizaremos estas dos instituciones que corresponden al Libro I de la Compilación, dedicado a Mallorca; aunque este estudio, a efectos tributarios, se puede extender analógicamente al Libro III, dedicado a Ibiza y Formentera, porque el art. 65 CDCIB excluye los pactos sucesorios para el Libro II aplicable a Menorca, donde la sucesión tiene sólo dos fundamentos: el testamento y la ley. Para el Libro III podemos aplicar, como regla general, el párrafo segundo del art. 73 «los pactos de institución pueden implicar simples llamamientos a la sucesión o contener transmisión actual de todos o parte de los bienes»; donde se determina, claramente que existen dos momentos adquisitivos, unos por título *inter vivos*, y otros por título *mortis causa*. También podemos aplicar, analógicamente, a lo dispuesto para el «finiquito de legítima» en el art. 77, del Libro III, el estudio de la *diffinitio*, regulada en el Libro I, por los arts. 50 y 51 CDCIB; ya que la adquisición de bienes siempre se produce *inter vivos*.

4. Los títulos adquisitivos de los bienes objeto de la donación universal (art. 8 CDCIB) y del presupuesto de la *diffinitio* (art. 50 CDCIB)

Debería ser importante delimitar el momento adquisitivo de los bienes que ingresan en el patrimonio de un sujeto por donación universal de bienes presentes y futuros (art. 8-13 CDCIB), o derivado del presupuesto de la *diffinitio* (art. 50 CDCIB), a efectos de determinar el momento del devengo respecto de estos bienes, como hemos apuntado anteriormente.

El estudio de los momentos adquisitivos de los bienes fundamentados en estos negocios es esencial, o debería serlo, en relación al nacimiento de la obligación tributaria.

II. LA DONACIÓN UNIVERSAL DE BIENES PRESENTES Y FUTUROS

El negocio jurídico que sirve de fundamento para la adquisición de los bienes, que transmite el donante al donatario, es la «donación universal».

La donación universal de bienes presentes y futuros, que regula la Compilación balear, en su Libro I (Mallorca) está colocada, sistemáticamente en el Capítulo II, del Título II, dedicado a las Sucesiones. Esta colocación sistemática concuerda, en principio, con la calificación de la Ley Tributaria como título sucesorio. En efecto, la donación universal es un fundamento sucesorio (art. 6 CDCIB); ahora bien, el problema que plantea este negocio deriva del doble carácter de la Institución que, por una parte se trata de un fundamento de deferirse la sucesión, permitido en el Derecho civil de Baleares, (art. 6 CDCIB); y por otra, se trata de un negocio *inter vivos* e irrevocable, art. 8.2 CDCIB, por tanto, de naturaleza distinta a los actos de última voluntad, que son esencialmente revocables.

1. La donación universal. Concepto

La donación universal¹⁵ es un negocio *inter vivos*, y no de última voluntad, porque es válida de «presente» (art. 8.2 CDCIB), es de eficacia inmediata (art. 8.1 in fine; art. 9.1 CDCIB «de presente»), y es irrevocable,¹⁶ art. 8.2

¹⁵ Para un estudio pormenorizado ver, Masot Miquel, Miguel, *El contrato sucesorio en el derecho foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros*, Gráficas Miramar. Palma de Mallorca 1978. Morey Umbert, Jaime, «Un punto de vista sobre las donaciones universales. Utilidad actual de la Institución». *Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Baleares*, nº 3, de 1973, pág. 92. Ferrer Vanrell, M.Pilar, «La problemàtica del doble títol de la donació universal de béns presents i futurs en el Dret Civil de Mallorca». *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa*. 1992, págs. 301-320.

¹⁶ Válida de «presente» es la expresión para indicar la eficacia inmediata. Vid. nota siguiente de Serra i Maura; la fórmula de «donación universal» dice:«presenti valitura». Don Pedro Ripoll i Palou explica: «la palabra valedera de presente, significativa del verdadero pacto entre vivos, ha dado siempre a estas donaciones el concepto y carácter de irrevocables; y la efectividad aplazada para después de la muerte del donante o de su mujer, ha sido equivalente tan sólo a la reserva del usufructo». *Memoria sobre las Instituciones del Derecho civil de las Baleares*. En Biblioteca judicial, *Legislación Foral de España. Derecho civil vigente en Mallorca*. Se puede consultar de Ferrer Vanrell y Munar Bernat *Materials Precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears*, Palma 2002. También el artículo 8.1 de la Compilación de 1961: «La donación universal de bienes presentes y futuros, valedera de presente y efectiva a la muerte del donante o de su consorte, será irrevocable».

CDCIB; y sabemos que la revocabilidad es de esencia en los negocios de última voluntad.

La donación se califica como contrato, (así los arts. 6 y 7 utilizan el término sucesión contractual). Sin embargo, la donación no es un contrato, es un modo de adquirir la propiedad que no requiere tradición; ahora bien, en la Compilación, la donación universal se configura como un contrato, arts. 6 y 7 CDCIB; y el art. 8.1 CDCIB remarca la «cualidad de heredero contractual», aunque el título de donatario es suficiente para adquirir los bienes donados sin necesidad de tradición.¹⁷

Cuando el art. 8.1 CDCIB habla de «heredero contractual», y lo mismo en el art. 7 CDCIB, la palabra «contractual» quiere decir bilateral e *inter vivos*, esto es, un medio distinto de deferirse la sucesión, admitida en nuestro Derecho de Mallorca, porque no hay que olvidar que la donación universal se regula en el Capítulo Segundo, del Título II De las Sucesiones, y que la propia Compilación atribuye al donatario la cualidad de heredero, art. 8,1 CDCIB, cualidad que le viene dada *ex lege*, y no negocialmente, es decir, *ex voluntate*.

El problema que se presenta, a efectos adquisitivos, es de la esencia del propio negocio; la donación, como negocio *inter vivos*, tiene una eficacia transmisiva que se agota en un sólo momento, por ello, la adquisición por parte del donatario sólo alcanzaría a los bienes presentes no a los bienes futuros, ni a los «excluidos» que ha previsto la Compilación (art. 11.1). Ni el negocio, ni el título de donatario, como tales, serían suficientes para la posterior adquisición de los otros bienes que se configuran en la donación;

¹⁷ En este sentido Serra Maura, Miguel, cita una Sentencia de la Real Audiencia de 1646, en la que se dijo: «donatio iurium facto una de presenti valitura (al igual que el párrafo 2 del art. 8 CDCIB), et effectum post obitum sortitura, et alia fiat postea de eiusdem iuribus incontinenti valiturum priorem preferri fuit iudicatum quia solum convectione iura transferrent». *Decisiones Majoricensis super diversos variosque, tum Canocicae tum Civilis Jurisprudenciae*, D ante O, nº 6. BCC, Manuscritos N°558. En esta Decisión, cuyo Relator fue Feresona, se contempla el supuesto de dos donaciones sobre los mismos bienes: 1) la primera donación, la eficacia de presente, es la transmisión de la nuda propiedad sin posesión, porque el donante retiene el usufructo *post obitum*; así la efectividad surgirá *post mortem*, que será cuando se consolidará la plena propiedad. 2) La segunda donación, es ineficaz, aunque haya transmisión inmediata de la plena propiedad; porque tiene preferencia la primera donación, ya que los derechos se transfieren por el sólo «acuerdo», sin tradición: «quia solum convectione iura transferrent»; así el donante es un *non domino*, porque ya no tenía la propiedad, sino que tan sólo se reservó el usufructo. El mismo autor, también cita, en el mismo sentido, una Decisión de 30 de Octubre de 1668, cuyo Relator fue Mora, en la que se falló: «donatio facta de re particulare de presenti licet effectum sortitura post mortem donantis, ad clausula constituti, operatur perfectam traditiones traslationes dominii et possessionis ad impediendum ne donator rem donatam possit obligare quam operatur vera realis et actualis traditio». *Decisiones Senatus Majoricensis*, Donatio, nº 38. BBM, 102-III-22.

nos referimos a los bienes «excluidos» por el donante (art. 11.1 CDCIB), y los bienes futuros. Estos bienes quedan configurados como de residuo, y el donatario los adquirirá a la muerte del donante (arts. 9.2 y 11.3 CDCIB), que no puede ser a título de donatario, sino de heredero (art. 8.1 CDCIB)

2. Los bienes que se transmiten en la donación universal y el título adquisitivo

El art. 11, en su párrafo 1º CDCIB, comienza diciendo: «no afectará a la universalidad de la donación la exclusión de determinados bienes presentes...», y añade que, tampoco afectará la «reserva» de la facultad de disponer sobre estos bienes, y sobre parte o sobre todos los futuros.

De esta dicción se deduce que pueden existir bienes que no formen parte del contenido de la donación universal, y a pesar de ello, la donación se sigue calificando como universal. Nos referimos a los bienes presentes «excluidos» de la donación; y otros bienes que el donante se «reserva» la facultad de disponer, ya sea sobre parte de los presentes, ya sea sobre parte o sobre todos los futuros.

Tres son las cuestiones a analizar: 1) en primer lugar, que se entiende por «universalidad de la donación», que es el elemento que la hace distinta a la donación simple; 2) la segunda cuestión será determinar cuál es el objeto de la donación, definiendo que se entiende por bienes presentes, ya sean reservados o excluidos; y cuales son los bienes futuros. 3) La tercera cuestión se centrará en delimitar cuál es el título por el que se adquieren dichos bienes.

Resueltas estas cuestiones, tendremos que analizar como concuerdan los títulos adquisitivos que determina la Compilación, en relación a los títulos adquisitivos previstos en la *Ley* (tributaria balear) 22/2006, de 19 de diciembre de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones, modificada parcialmente por ley 6/2007, de 27 de diciembre de medidas tributarias y económico-administrativas.

2.1. ¿Qué significa «universalidad de la donación»?

La universalidad de la donación alcanza a los bienes futuros que, necesariamente, tienen que formar parte de la donación. La *Tratadística mallorquina*¹⁸ mantuvo, respecto a la inclusión de los bienes futuros en

¹⁸ Serra Maura, Miguel dice: «Donatio omnium bonorum mobilium et immobilium, que tunc habebat donator, non es universalis, sed particularis et bona futura non comprehensit. Ita decisio in R.A. referente Mora, 8 Junii 1671». *Decisiones Majoricenses super diversos variosque, tum Canonicae tum Civilis Jurisprudentiae, Palma Balearium 1715*, D ante O, nº

la donación, que si no se incluían en ella, ésta no se podía calificar de universal.

No tiene naturaleza de «donación universal» la donación que no incluye los bienes futuros. Sobre los bienes futuros no hay disponibilidad al momento del otorgamiento de la donación, ni están en el patrimonio del donante, ni se sabe si estarán; pero deben formar parte del objeto de la donación (arts. 8.1 y 11.1 y 2 CDCIB). El donante, mientras vive, será el titular pleno, art. 8.3 CDCIB, y tendrá sobre ellos el poder de disposición *ex lege*; son bienes «reservados» por mandato legal, que hace inútil la cláusula de reserva por parte del donante (ex arts. 11.2 y 9.2 CDCIB), excepto que la «reserva» lo que haga es limitar la facultad de disposición que tiene *ex lege*. Así, el donante, tanto por actos *inter vivos* (art. 11.2 CDCIB), como por actos *mortis causa* (art. 9.2 CDCIB), podrá disponer de ellos. A su muerte, el donatario adquirirá el residuo de dichos bienes; esto es, los que el donante no haya dispuesto.

Del artículo 11.1 CDCIB se puede colegir que no admite la «exclusión» de los bienes futuros; de admitirse, la donación universal no llevaría aparejado el título de heredero (art. 9.2 CDCIB); sólo cabe que el donante se reserve la facultad de disponer sobre tales bienes futuros (art. 11.2 CDCIB).

Podrán existir bienes que no formen parte del objeto de la donación universal, como ocurre con las cláusulas de «exclusión» de bienes presentes; incluso se permite que existan cláusulas de «reserva» de la facultad de disposición sobre los bienes presentes incluidos en la donación, y aún así seguirá calificándose de universal (arts. 11.1 en relación con el 11.3 y el art. 9.2 CDCIB). Es un principio general de Derecho sucesorio, la exclusión de «res certa» no elimina la universalidad del título.

En la donación, como objeto de adquisición por parte del donatario, se incluye todo el residuo de los bienes presentes «excluidos» y no dispuestos, y el residuo de los futuros, que adquirirá al fallecimiento del donante a título de heredero.

25. BCC, Manuscritos nº 558. En otra obra, comenta una Decisión de 18 de Mayo de 1649 y dice: «donatione universalis comprehendit omnia bona etiam quod citra ipsam donanti obvenerunt» *Decisiones Senatus Majoricensis*, Biblioteca Bartolomé March, (Sig.102-III-22) Donatio nº2. En los Protocolos notariales consultados, que se conservan en el Arxiu del Regne de Mallorca, en la donaciones universales siempre se atribuyen los bienes futuros.

2.2. Objeto de la donación

Son objeto de la donación universal los bienes presentes que se transmiten en el acto de la donación y los bienes de residuo, que queden en el caudal relicto del donante-causante, de los «excluidos de presente y de los futuros.

2.2.1. *Concepto de bienes presentes y futuros*

Son bienes presentes, aquéllos respecto de los cuales el donante es titular actual, porque forman parte de su patrimonio. Los bienes futuros, sólo se puede saber a posteriori, es decir, serán aquellos bienes que existirán al tiempo de su fallecimiento en el patrimonio del causante; los que conformarán el caudal relicto del donante universal.

El concepto de bienes presentes y futuros, en la donación universal, lo pondremos en relación al otorgamiento del negocio.

2.2.2. *Los bienes presentes, sus clases*

Son bienes presentes, aquéllos que son de titularidad actual del donante (art. 9.1); son los bienes existentes al tiempo del otorgamiento de la donación, ya sean bienes «incluidos» en la donación, art. 8.1 CDCIB; ya sean bienes «excluidos» de la donación, art. 11.1 CDCIB.

La Compilación, en su art. 11.1 CDCIB, enumera dos clases de bienes presentes: bienes que se «reserva» el donante ; y bienes «excluidos» por el donante.

Es así que al momento de la donación existirán: 1) los bienes presentes que se transmiten por la donación, de los que se puede reservar la facultad de disponer de parte o todos los donados (art. 11.1 CDCIB); y los bienes presentes que puede excluir de la donación (art. 11.1 CDCIB).

Los bienes «excluidos» de la donación, son bienes presentes respecto al momento del otorgamiento de la donación que no se transmiten al donatario, quedando en el patrimonio del donante.

En cambio, los bienes presentes «reservados» por el donante, son bienes incluidos en la donación y se transmiten al donatario, es decir, entran en el patrimonio del donatario, si bien el donante «se reserva», sobre ellos, la facultad de disponer. Precisamente esta «reserva» de disponer presupone que los bienes han sido adquiridos por el donatario, si bien tiene limitado su poder de disposición, como consecuencia de la «reserva»; si dispone de ellos, haciendo uso de su poder de disposición, salen del contenido de la donación. La reserva de la facultad de disponer sólo puede interponerse sobre algunos de los bienes donados, porque si existiera la reserva sobre

todos, atacaría, directamente, a la irrevocabilidad de la donación, art. 8,2 CDCIB.

Estos bienes se configuran como los del art. 639 Cc., aunque incurre en un error,¹⁹ como el art. 11.3 CDCIB, al disponer «que el donatario los adquirirá como heredero» a la muerte del donante, porque ya los ha adquirido al tiempo del otorgamiento de la donación, a título de donatario, si bien con el poder de disposición limitado por la facultad dispositiva que se ha reservado el donante.

A efectos transmisivos, el donatario adquiere los bienes presentes que le transmite el donante, incluso aquéllos sobre los que se ha reservado el poder de disposición, al tiempo de otorgarse la donación. El título adquisitivo de estos bienes es el de donatario universal.

2.2.3. *Los bienes futuros*

Serán bienes futuros los que el donante haya adquirido después del otorgamiento de la donación y al tiempo de su fallecimiento conserve en su patrimonio, sin haber dispuesto de ellos por negocio *mortis causa* (ex arts. 9.2; 10 y 11.2 CDCIB).

Los bienes futuros están, necesariamente, incluidos en la donación universal, (art. 8.1 CDCIB); son objeto de la donación. Los bienes futuros no se pueden excluir totalmente, porque lo impide el art. 8.1 CDCIB; y el art. 11.1 y 2 CDCIB tampoco lo permite. El donante sólo se puede «reservar» la facultad de disponer sobre estos bienes, art. 11.2 CDCIB; reserva que es inútil, porque la facultad la tiene *ex lege*, tanto por actos *mortis causa*, art. 9.2 CDCIB, como por actos *inter vivos*, art. 11.2 CDCIB.

2.2.4. *Destino de la «reserva» de los bienes presentes y futuros*

La cláusula de «reserva» de bienes presentes puede ser en concepto de alimentos del donante y para testar y disponer de ellos a su libre voluntad (art. 11.1); en este segundo caso puede afectar no sólo a los bienes presentes, sino a los futuros (art. 9.2 y art. 11.2 CDCIB).

¹⁹ El art. 639 dispone que si fallece el donante sin hacer uso del derecho a disponer, «pertenece» estos bienes reservados al donatario. Ya le pertenecen, por esto el donante se ha reservado la disposición. Al morir decaerá la cláusula de reserva que pesaba sobre un bien que adquirió por donación el donatario.

La cláusula de «reserva» en concepto de alimentos del donante siempre tiene que existir²⁰ si la donación es efectiva en vida del donante (art. 13.4 CDCIB), y no afecta a la universalidad de la donación.

Si la cláusula de «reserva» es, 1) para el pago de legítimas²¹ (que son debidas por Ley), la cantidad reservada no vuelve a la herencia, ya que siempre se adjudicará a los legitimarios, salvo que premuera. 2) Si la cláusula de «reserva» es para testar y disponer a su libre voluntad,²² tampoco afecta a la universalidad de la donación. En el caso que el donante no ejercite la

²⁰ La Exposición de Motivos del Proyecto de Apéndice de 1903 dice: «Las donaciones que se otorgan en este país, por más que no difieren en su naturaleza de las admitidas y reglamentadas por el Derecho común, no quedan limitadas como éstas a los bienes presentes, sino que por uso constante en estas islas pueden extenderse a los bienes futuros y comprender la totalidad de los bienes, mientras se reserve el donante en propiedad o usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias. La donación comprensiva de los bienes presentes al mismo tiempo que los futuros es frecuentísima en el territorio balear».

²¹ Esta «reserva» la encontramos en Sentencia del TS de 14 de Noviembre de 1887, (Resultando segundo) dice: «... hizo gracia donación pura, perfecta e irrevocable, en sanidad entre vivos valederos de presente y efectiva después de la muerte del donante... bajo los pactos, reservas y condiciones, entre otras... que se reservaba el donante la legítima espectante a sus hijos doña Francisca, doña Antonia, D. Jaime y demás póstumos que tuviese, y la veintena parte de los bienes quedaba para disponer de ella a su voluntad, y si no disponía de la misma, quedaría comprendida en esta universal donación...».

²² En los Instrumentos de Donación Universal de los *Manuales* de Notaria, en siempre existe la reserva. En el *Formularium Gasparis Almaxor. Notarii.*, siglo XV, se dice: «retentis tamen (x) libris de quibus possim meas facere omnimodas voluntates», folio 45. Arxiu Regne de Mallorca, Códice nº 183. En otro Formulario, *Artis Notariae*, siglo XVII, se dice: «retineo tamen michi ab hoc universalis donatione, centum libras monete majoricarum de quibus possim testari et meas facere omnimodas voluntates», folio 16. Arxiu Regne de Mallorca, Códice nº14. Esta misma reserva, también se encuentra en los Protocolos notariales. Así, en el Protocolo de Juan Odón Socias, dice: «In primi, retineo michi ad testandum et meas facere voluntates, sex mille libras monete maioricarum», folio 1v. Año 1605, Arxiu del Regne de Mallorca, S-895. En otro Protocolo de Jerónimo Roselló, dice: «retineo tamen michi 20 libras de quibus possim testari». Folio 5, Año 1661. Arxiu del Regne de Mallorca, Protocolos-R. 105. Ya, posteriormente, en el Protocolo de José Villalonga, de 1814, dice: «me reservo de la present universal donacio cinch sous moneda de Mallorca per tota part heretat y llegalitima (es la reserva para el pago de legítimas) en mos bens expectant a Magdalena Bestard me filla, y altre sinch sous per quisqu de mos infants posthumos y de vuy en avant naxedors... Item es pacte y me reservo de la present universal Donacio vint lliuras de dita moneda, para fer de ellas a mes liveras voluntats (esta reserva es de libre disposición), y en cas de no dispondrer de las referidas vint lliuras, vull servescan per mon enterro...». Folio 7, Arxiu del Regne de Mallorca. Protocolos-V-333. En otro documento, del mismo notario, de 1818, se reserva una cantidad para el pago de legítimas, y se añade: «Tertio, es pacte que me reservo de la present universal Donacio, cinchcentas lliuras de dita moneda para dipondrer de ellas a mes liberas voluntats, y en cas de no dispondrer de las matexas vull vegem compresas ab la present universal Donacio, con tal pero que deuren pagar tot el gasto de el mon enterro, funeral y obra pia conforme nostron stament». Folio 183v., Arxiu del Regne de Mallorca. (Protocolos- V-334).

facultad de disponer sobre estos bienes que tiene reservada, se extingue la cláusula de reserva del poder de disposición.

2.3. Los títulos adquisitivos en la donación universal. La teoría del doble título

El título de donatario universal, único que consta en la donación, lleva implícito el de designado heredero²³ contractual, arts. 8.1 y 10.2 CDIB. Así se desprende de una *Ordinació nova* recogida en la *Recopilació de Canet* de 1622.²⁴ Esta *ordinació nova* dice «el donatari es verament universal successor».

El contenido del negocio de donación universal abarca todos los bienes del donante, ya sean los de presente y los de residuo que incluyen los restantes de los presentes «excluidos» y de los futuros.

La donación agota su eficacia transmisiva en un solo acto, y tenemos unos determinados bienes que se incluyen en la universalidad de la donación que no pueden transmitirse en el acto de otorgamiento de la misma: a) los bienes de futuro, porque falta la disponibilidad de los mismos; y b) el residuo de los bienes presentes excluidos. En consecuencia debemos averiguar cuál será el fundamento de la adquisición de dichos bienes, ya que están incluidos en la donación.

2.3.1. El doble título

Los arts. 9.2 y 11.3 CDCIB dicen que los bienes que se incluyen en la universalidad de la donación y que no pueden transmitirse en el acto de otorgamiento de la misma, el donatario los adquiere como heredero del donante.

²³ Ripoll i Palou justifica en *la Memoria* que se equipara «en la práctica...tales donaciones a los testamentos y el donatario al heredero universal, hasta el punto de aceptarse aquéllas como títulos eficaces y legítimos para abrir el juicio de testamentaría por las disposiciones de la vigente ley de Procedimientos judiciales». Se puede consultar en *Materials Precompilatoris del dret Civil...*, cit, pág.47, preparado por Ferrer Vanrell, M.P. y Munar Bernat, P.

²⁴ La *Ordinació nova* dice: «Com en las donacions universal de bens presents y esdevenidors ab retensio de quantitat o, cosa certa lo donatari es verament universal successor y lo hereu puís no succeïex en cosa universal sino certa y es mes conforma a dret que lo donatari universal sostenga las actions y drets actius y passius que lo que es instituit hereu de la cosa certa en la donatio retinguda statuim e ordenam que lo donatari universal de bens presents y esdevenidors ab retentio particular sia tingut e obligat fer inventari dels bens del donador comsi verament fos hereu y com a tal puga esser conuingut per los creditors salvat al donatari universal dret si lin compatex contra al hereu de cosa particular». *Recopilatio de las Franquesas y Dret Municipal de Mallorca*. (Conocida por la Recopilación de Canet) 1622, pág. 104 v. Archivo del Reino de Mallorca, (sig. Códice 33).

De estos artículos y de los arts. 8.1 y 3, y el 13 CDIB, parece deducirse que en la donación universal existen dos títulos a nivel adquisitivo: a) el de donatario, y b) el de heredero.

- a) El fundamento o negocio del título de donatario, es la donación. La donación es un negocio de disposición que tiene por objeto los bienes «presentes» disponibles por el donante (los «incluidos» en la donación). La donación, como negocio *inter vivos*, otorga el título de donatario pero no el de heredero, que es propio de los negocios de última voluntad. La donación agota su eficacia transmisiva en un solo acto; así el título adquisitivo de los bienes presentes puede ser el de donatario; pero faltaría el fundamento de la adquisición de los bienes de residuo: sean los presentes «excluidos» o los futuros. El título de donatario no es apto para transmitir o adquirir el residuo de los bienes de futuro, porque no existían al tiempo de la donación, ni para adquirir el residuo de los excluidos...
- b) El título de heredero. La donación universal ex art. 8.1 CDIB, conlleva ex lege la «cualidad de heredero contractual del donante». Este título de designado irrevocablemente heredero universal del donante, no surge del negocio, no es un efecto ex voluntate, sino que lo atribuye la Ley.²⁵

La donación universal es el fundamento para la adquisición de los bienes de presente y de residuo (presentes excluidos y futuros), y de este negocio surgen dos títulos: 1) uno *ex voluntate*, de presente, el de donatario universal, que despliega unos efectos inmediatos, la adquisición de bienes presentes; 2) y, otro, *ex lege*, el de futuro heredero universal nombrado irrevocablemente, que desplegará sus efectos a la muerte del donante. Y por este título de heredero adquirirá todos los bienes de residuo (de los presentes excluidos y los futuros).

Esto implica que los momentos adquisitivos son dos, dilatados en el tiempo, porque de otra manera no podría fundamentarse la adquisición de los bienes de residuo.

²⁵ En la Memoria del Colegio de Abogados de Palma de Mallorca de 1880-1881, en la Sesión del día 1º de diciembre de 1880, se acordó: «Estando admitida la donación universal sería conveniente q. se declarase fuese considerada como un título sucesorio». *Actas de la Comisión General de estudio del Derecho Civil de Mallorca del Ilustre Colegio de Abogados de Palma*, 1880-1881. Las recoge, Zaforteza De Corral, Luz, en *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*. Palma 1992, pág. 65.

2.3.2. *Distinción de los conceptos «eficacia» y «efectividad» de la donación*

Por la donación universal se atribuyen, al donatario, los bienes presentes «incluidos» en la donación, que adquiere a título de donatario, aunque sobre algunos de ellos, el donante se haya «reservado» la facultad de disponer.

El párrafo segundo del art. 13 CDCIB dice, que la donación podrá ser «efectiva» a la muerte del donante, o a la de éste y su consorte; o contener cualquier cláusula que aplaze su «efectividad». Como también puede ser efectiva de presente.²⁶

La «eficacia» del negocio es siempre inmediata al otorgamiento de la donación. En tanto que la «efectividad» puede ser: de presente (art. 9.1 CDCIB), al otorgamiento de la donación (13.2 in fine CDCIB). O puede tener efectividad aplazada: ya sea *post obitum* (del donante, o del donante y su consorte); o *post termini* (art. 13.2 CDCIB).

Respecto de los bienes presentes «incluidos» en la donación que se transmiten en el acto de otorgamiento del negocio, la «eficacia» y la «efectividad» pueden ir unidas o separadas:

- a) Si van unidas «eficacia» del negocio y «efectividad», estaremos ante la donación «efectiva en vida del donante» (art. 13.2 in fine CDCIB), y en el acto de otorgamiento de la donación se transmitirá la plena propiedad de los bienes presentes (art. 13.3 y 4 CDCIB).
- b) Si «eficacia» del negocio y «efectividad» van separadas (art. 13.2 CDCIB), la «eficacia» será inmediata al otorgamiento del negocio, sin «efectividad», que consistirá en la transmisión al donatario de la nuda propiedad de los bienes donados de presente, (art. 13.3 CDCIB). Y la «efectividad» surgirá *post obitum* del donante o de éste y de su consorte; o cuando llegue el término (art. 13.2 CDCIB), y en este momento se consolidará la plena propiedad, con la entrega de la posesión, por extinción del usufructo.

²⁶ El art. 8 de la Compilación de 1961, decía que la donación universal: «valedera de presente y efectiva a la muerte del donante o de su consorte será irrevocable». La doctrina se planteaba si la donación universal quedaba suspendida o no de su eficacia hasta la muerte del donante; o hasta la de éste y su consorte. Morey i Umbert, Jaime, decía al respecto que la Compilación no trata de las donaciones universales, «sino de una clase de donaciones universales, de aquellas donaciones universales efectivas al fallecimiento del donante y de su consorte. No trata, pues del género, sino de la especie, con lo cual arroja fuera de su marco, las donaciones universales que sean efectivas de presente». «Un punto de vista sobre las donaciones universales»..., cit pág.92.

La donación «efectiva» *post obitum*, es la que se encuentra reflejada en los Protocolos notariales,²⁷ y también en los Manuales de Notaría.²⁸

La Tradadística mallorquina dice que, cuando en los documentos notariales se interpone la palabra *post obitum*, debe entenderse que el donante se «reserva» el usufructo de los bienes donados;²⁹ y siempre hay transmisión de los bienes en nuda propiedad, sin posesión.

3. Los momentos adquisitivos en la donación universal y la Ley 22/2006

A modo de recapitulación es necesario constatar las diversas fases adquisitivas y también sus modalidades, para encajarlas con el momento del devengo tributario.

La ley 22/2006 califica la donación universal como título sucesorio, y no entraré nuevamente en su análisis sino que me remito a lo expuesto al inicio, sólo recordar que si es título sucesorio el devengo debería efectuarse al fallecimiento del causante, en consecuencia, lo recibido a título de heredero, que ya se ha dicho que era el residuo de los bienes excluidos y de los futuros. ¿Cuándo y por qué título debe tributar la adquisición a título de donatario?; nos referimos a los bienes presentes que recibe al tiempo de la donación. Sin embargo surgen mas dudas: ¿Cómo debe tributar la adquisición de bienes presentes a título de donatario, cuando el donante se reserva el poder de disposición?; ¿cómo debe tributar los bienes presentes donados, cuando la «efectividad» es aplazada?.

La ley lo «despacha» calificando la adquisición por donación universal de «título sucesorio».³⁰

²⁷ En los Protocolos notariales se formula con la frase: «dono ab donacio pura, mera, simple e irrevocable, que se diu entre vius y de present valedora, son efecte (equivale a la "efectividad" según la CDIB) pero sortidor, después de la mia mort", o del donante y su consorte. Incluso, he encontrado casos, que la donación se aplaza la efectividad a la muerte de la madre de la donante». Vid. Nota 1, Ripoll i Palou

²⁸ La frase de estilo es: «dono, donatione videlicet pura, mera, simplici et irrevocabili, inter vivos, ac de presenti valitura, post tamen obitum meum suum effectum sortitura et non antea». Esta frase de estilo, que se repite en los Manuales de Notaría, es importante, ya que las palabras «sortire effectum» no es la «eficacia» de la CDIB, sino la «efectividad»; y al decir «de presenti valitura» se refiere a la «eficacia» inmediata de la CDIB. Lo mismo se puede decir de la nota 12.

²⁹ Serra Maura, Miguel, dice: «in donatione universali per illa verba post tamen obitum nostrum et non antea censerri reservatum usufructum» (aquí la «efectividad es *post mortem*). *Observationes iuridicae*. Primer tomo, Biblioteca Casa Cultura, (sig. Manuscrito nº 555), D ante O, nº67.

³⁰ Estas cuestiones han quedado expuestas en el epígrafe 3 y ss., de la primera parte.

III. LA *DIFFINITIO*, COMO TÍTULO SUCESORIO EN LA LEY 22/2006

Hemos indicado, anteriormente, que es esencial, o debería serlo, la determinación de los momentos adquisitivos de los bienes fundamentados en la donación universal de bienes presentes y futuros y en la *diffinitio*, en relación al nacimiento de la obligación tributaria.

En el tema que ahora nos ocupa el estudio se centrará, particularmente, en la atribución patrimonial que constituye el presupuesto negocial de la *diffinitio*, porque es esta adquisición lucrativa la que va a provocar la obligación de tributar, aunque la ley 22/2006, determine que se hará a la tasa bonificada del 1%, ya que califica a la *diffinitio* de título sucesorio. Se cuestiona si, efectivamente, esta atribución patrimonial está siempre bonificada al 1%, o más bien existirán supuestos que en el momento del devengo no pueda tener la calificación de título sucesorio y deba tributar como donación a la tasa, también bonificada, del 7%.

1. Aproximación a la institución de la *diffinitio*

La regulación de las instituciones civiles de derecho propio no pueden interpretarse sin el preceptivo engranaje en la tradición jurídica balear (art. 1.2 CDCIB).

La *diffinitio*³¹ que regulan los artículos 50 y 51 de la Compilación, tiene su precedente histórico-legal en el *Privilegi del Rei Jaume I* de 1274; si bien la institución fue practicada en todo el ámbito de recepción del Derecho Romano.³²

Las fuentes legitimadoras de la *diffinitio* o renuncia fueron: a) El derecho municipal o estatutario, en definitiva, los iura propria. b) El Derecho canónico, por el Cap. II, del Tit. XVIII del Sexto de las Decretales de Bonifacio VIII, que legitima la renuncia de la hija, dote contenta, a la futura sucesión de su padre dotante, siempre que se preste juramento.³³

³¹ Por razón de extensión de este trabajo, para un estudio más documentado de la institución ver Ferrer Vanrell, María Pilar, *La diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca*. Ediciones UIB, Palma 1992; donde pueden consultar su completo tratamiento histórico; sus antecedentes legislativos y su plasmación en la Compilación balear.

³² Los estatutos municipales legitimaron una institución que se practicaba en toda el área de penetración del DR (contraria a sus principios) y que debía mantenerse porque respondía a los principios feudales: evitaba la disgregación de los patrimonios que estaban amenazados por el sistema legitimario romano. El fin económico y social de tal práctica, en la Edad Media, era mantener la riqueza en unas solas manos, al objeto de ponderar «el lustre y prestigio de la Casa» que se obtenía a través de la agnación, y, más concretamente, se unía el privilegio de masculinidad junto al de primogenitura.

³³ El juramento fue utilizado por los canonistas para dar validez a los actos prohibidos por las leyes civiles

c) El Derecho consuetudinario. En estas regiones de «costumbres» la recepción del DR fue más tardía que en las de «droit écrit».³⁴ Las regiones con mayor influencia romanista trataron de adecuar la institución a la técnica romana.³⁵

En Cataluña y Mallorca, las fuentes legitimadoras son distintas. Cataluña se regía por la renuncia «dote contenta» legitimada por la Decretal de Bonifacio VIII; y en Mallorca por Derecho Estatutario, la institución se reguló por el *Privilegi de Jaume I*³⁶ de 1274 y dos *Privilegis* posteriores de *Sanç I*, ambos de 1319.

La estructura negocial de esta institución podemos extraerla de los *Privilegis* otorgados por los Reyes de Mallorca y de las escrituras notariales;³⁷ de esta interpretación podemos colegir que la institución se compone por dos elementos:

- 1) Un presupuesto negocial, que era la constitución de dote, esto es, una atribución patrimonial a título lucrativo,³⁸ porque el padre estaba obligado a dotar, imputándola a sus futuros derechos sucesorios de origen legal.
- 2) Y un negocio unilateral: la declaración de la dotada que manifiesta sentirse satisfecha con la dote recibida, por lo que define a su padre sus futuros derechos sucesorios y se compromete a no reclamar nada más.

³⁴ En Francia se regían por Estatuto y por «costumbre». En Italia por Estatuto.

³⁵ El primer Estatuto de derecho civil que se tiene constancia son las disposiciones sobre sucesión feudal que Federico Barbaroja envía al obispo de Avignon en 1161; se encuentra en unas disposiciones legislativas en materia sucesoria del siglo XII, es el Estatuto de Guillaume II de Forqualquier de 1162, sobre la exclusión de las hijas dotadas. Tales prácticas recibieron refrendo legislativo por lo que pervivieron, como derecho municipal, junto al Derecho Romano. Salvo estas excepciones, no se legisló en derecho civil hasta entrado el siglo XIII; incluso los Condes de Provenza, que eran de los más poderosos, no legislaron en materia civil hasta finales del siglo XIII

³⁶ El *Privilegi* dice que, si la hija casada, de edad legítima y con el consentimiento de su marido, firma definición a su padre, no puede actuar cualquier petición o demanda en vida contra los bienes de su padre, ni a su muerte contra sus herederos por razón de legítima, porque la definición es firme, salvo que su marido sea incapaz.

³⁷ El tratamiento de los documentos notariales puede también en Ferrer Vanrell, «*La diffinitio...*», cit., pág. 41 a 54. El primer documento encontrado es de 1251, catalogado en el Archivo Reino de Mallorca (sig.PRPA-XIII-27); Esponsalicio de Elisenda, hija de Arnaldus de Gerundia y su esposa Ermensendis con Arnaldus de Sala de Ilerda; de 2 Kalendas Marcii, MCCLI.

³⁸ Era un título lucrativo en cuanto suponía un enriquecimiento para la hija, pero no era una liberalidad, por la obligación de dotar.

Esta estructura de la *diffinitio* es la que se ha mantenido a lo largo del derecho intermedio, hasta que se plasmó en el art. 50 de la Compilación de 1961, con unos términos no excesivamente afortunados.

1.1. El presupuesto negocial: la constitución de dote o donación *ob causam*

La atribución patrimonial, presupuesto de la *diffinitio*, se localizaba, históricamente, en la constitución de dote. Su efecto dispositivo se fundamentaba en la *causa solvendi*, por la obligatoriedad que pesaba sobre el padre de dotar a su hija; y su efecto adquisitivo era de carácter lucrativo porque no existía contraprestación.

Este resultado económico del efecto jurídico de la dote o de la donación en contemplación de matrimonio (según se otorgara a la hija o al hijo), producía un enriquecimiento en sus patrimonios por título lucrativo. Y era este efecto económico el que el padre dotante o donante imputaba a los futuros derechos sucesorios del descendiente, que pudiera tener en su sucesión, por medio de la cláusula de imputación, que era una propuesta de *diffinitio*, que el descendiente aceptará o no. Esta cláusula de imputación responde a la frase que el art. 50, de la originaria CEDCB, añade con los términos «en contemplación de», frase que se ha mantenido en el reformado art. 50 CDCIB.

La tratadística mantuvo que las donaciones fundamentadas en causa gratuita no se imputaban a la legítima, salvo que el padre así lo dispusiera. Ahora bien, las donaciones *ob causam* se imputaban a la legítima; y se consideraban *ob causam* todas las que el padre incluía expresamente en ellas la cláusula de imputación «*pro parte sua*».

- a) La cláusula de imputación que se incluye en las donaciones *ob causam* lleva implícita la propuesta de *diffinitio*. Quedará aceptada como propuesta con la aceptación de la dote o la donación; por lo que se acepta como dote o como donación y a la vez como anticipo de legítima, no como *diffinitio*, ya que requiere un negocio unilateral de la dotada o donatario manifestando su voluntad de nada más pedir. Será el posterior negocio unilateral de *diffinitio* el que delimite el ámbito de los derechos que se definen comprometiéndose mediante el *pactum de non petendo*.
- b) La cláusula de imputación tiene un doble valor: 1) el reconocimiento de la cualidad actual de pariente y futura de legitimario o heredero intestado. Es decir, este reconocimiento de la cualidad de futuro legitimario, es suficiente para evitar la preterición y otorgar el

honor del *nomen*. 2) Pretende ser pago anticipado de un derecho patrimonial futuro de origen familiar, esto es, ser pago de los futuros derechos sucesorios de origen legal.

1.2. Objeto de la atribución patrimonial

El objeto de la atribución patrimonial, históricamente era la dote. La cuantía de la dote debía ser congrua,³⁹ para ello existían unos parámetros, unos criterios para su congruencia. Artigues⁴⁰ equiparaba «la obligación de dotar» con «dote congrua»; será congrua la dote que sea suficiente para contraer matrimonio, sea superior o inferior a la legítima; de no serlo tenía acción para reclamar su complemento.

Cuando no hay exclusión automática,⁴¹ sino que la constitución de dote es el presupuesto negocial del negocio de renuncia o *diffinitio*, en este caso, el concepto de «dote congrua» cambia por el de «dote contenta». Por lo que requiere un segundo negocio unilateral de la dotada declarándose contenta, satisfecha, y por ello define sus futuros derechos sucesorios.

Tanto el *Privilegi de Jaume I*, de 1274, para el Reino de Mallorca, como otros Estatutos Municipales medievales, así como la Decretal de Bonifacio VIII, que siguió Cataluña, atienden al concepto «dote contenta».

El presupuesto de la *diffinitio*, de acuerdo con sus antecedentes históricos, debe producir un lucro en sentido jurídico, como consecuencia del nexo causal existente entre el empobrecimiento del patrimonio del disponente y el enriquecimiento del patrimonio del atributario, futuro definidor.

SERRA MAURA,⁴² comentando una decisión de la Real Audiencia de 22 de enero de 1634 dice que la obligación de dotar es del padre y si prometen conjuntamente (padre y madre) dotar a la hija es necesaria la entrega efectiva, no basta la imputación, sino que tiene que ir acompañada de un efectivo desplazamiento patrimonial a la hija. Relata dos Decisiones de la

³⁹ Ver el estudio de los conceptos «dote congrua»- «dote contenta», según la tratadística y los protocolos notariales de Mallorca, en Ferrer Vanrell, M.Pilar, *La diffinitio en el derecho civil...*, cit. págs. 90 y ss.

⁴⁰ «Y siempre baxo estas voces: obligación de dotar se entiende dote congrua». *Alegación sobre la dote congrua en pleito planteado por Raymundo Fortuñy y Gual de Rueste, García y de Olezacon Dña. María Cotoner vda. Y heredera usufructuaria (...) sobre la dote congrua de Dña. Violante Gual Zaforteza, mujer de D. Jorge Fortuna, con Decreto Provisional dado por la Real Audiencia de 18 de febrero de 1721* (en Biblioteca Bartolomé March).

⁴¹ La dote congrua tenía una excepción en aquellos Estatutos Municipales en que la exclusión no es automática por la dotación (ej el Estatuto de Borgoña era automática)

⁴² *Decisionum Regii Senatus Minorumque Tribunalium Majoricarum* Tomo I, (Manuscrito. BBM Sig. 102-III-23) folio 226v.

Real Audiencia que interpretan el Privilegi de 1274, una de 8 de noviembre de 1638 y otra de 6 de junio de 1629, en las que claramente se exige la recepción de la dote como presupuesto para la validez de la *diffinitio*. Por la falta del presupuesto negocial la *diffinitio* es ineficaz.⁴³

1.3. El presupuesto negocial y la cláusula de imputación o nexo de causalidad en el art. 50 CDCIB

La Compilación ha seguido el precedente histórico del presupuesto de *diffinitio*, al determinar que lo será una atribución patrimonial como efecto adquisitivo, es decir un resultado económico que suponga el aumento del activo o la disminución del pasivo de su patrimonio, porque siempre tiene que tener plasmación patrimonial.

El presupuesto debe producir un lucro en sentido jurídico, como consecuencia del nexo causal existente entre el empobrecimiento del patrimonio del disponente y el enriquecimiento del patrimonio del atributario, futuro definidor.

El título lucrativo se manifiesta siempre como un resultado, y debe ser consecuencia de un negocio de disposición *inter vivos*, sea atributivo o extintivo. No son aptos los negocios *mortis causa*, porque la propia dicción del art. 50 no lo permite, al decir «reciban o hubieren recibido». Ni es apto cualquier efecto lucrativo que su fuente esté en la ley (por ej. Art. 610 Cc., ni el art. 366).

La CDCIB no utiliza los términos «donación, atribución o compensación»⁴⁴ en sentido jurídico. Sólo el término «donación» tiene naturaleza jurídica; el término «compensación», jurídicamente significa encontrarse dos personas en las posiciones acreedoras y deudoras recíprocamente (art. 1195 Cc); y «atribución» es un concepto económico.

La relación de causalidad entre enriquecimiento-empobrecimiento de ambos patrimonios puestos en relación (ascendiente-descendiente, que sean futuros legitimarios) tiene que venir determinada por la imputación. Históricamente la determinaba la cláusula de imputación que se incluía en el negocio de constitución de dote. Hoy la cláusula de imputación

⁴³ Bassa, Joseph, dice: «pater ipsi constituerit etiam adjecta clausula tam paternis quam maternis bonis, de paternis dumtaxat signifians dotare videtur cum filias dotare sit officium pater (...) Quinimo nec renuntiatio facta a filia juxta multum sententiam materna sucesiones valida est etiam si jusjurandi vinculum accésit quasi sine causa facta». *Iuridicae Observaciones Variis Regni Majoricensis Senatus Decissionibus illustratae et alphabetico ordine digeste*. 1700 (sig., Manuscrito n° 553, BCC), folio 40

⁴⁴ Ver una explicación más detallada en Ferrer Vanrell, M.P. *La diffinitio...*, cit., págs. 207 y ss.

ha desaparecido y se ha sustituido por los términos «en contemplación de», que no es más que la relación causa-efecto entre enriquecimiento-empobrecimiento de ambos patrimonios.

Este nexo de causalidad se pone de manifiesto por la aplicación de las normas de computación en el patrimonio del atribuyente, y las normas de imputación en el patrimonio del atributivo, (arts. 47.3 y 48.7 CDCIB)

También se ha modificado la iniciativa. En la Compilación la iniciativa parte del descendiente futuro legitimario, respecto de su ascendiente. Históricamente la iniciativa partía del ascendiente que imputando el efecto lucrativo del objeto de la dote hacía una propuesta de definición, que el descendiente concretaba en el negocio de *diffinitio*.

El grupo parlamentario PSM-EEM presentó una enmienda (nº 61) al art. 50 vigente⁴⁵ proponiendo la supresión de los términos «en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad». Era acorde con la propuesta que también interpuso de supresión de legítimas. Ahora bien, ajeno al negocio de *diffinitio*, en su carácter histórico.

El vigente art. 50 prevé que la atribución patrimonial («donación, atribución o compensación») sea coetánea al negocio de *diffinitio*, o bien sea deferida en el tiempo; pero siempre anterior al negocio de *diffinitio*. Es el significado de los términos legales «que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad» (art. 50 CDCIB).

Precisamente son estos términos los que dificultan el entendimiento de la Ley tributaria de las Illes Balears 22/2006.

2. El negocio de *diffinitio*

Existente la atribución patrimonial del padre o ascendiente, que es el presupuesto del negocio de *diffinitio* en sentido estricto, y hasta que se produzca la manifestación de voluntad unilateral del descendiente, que debe ser un futuro legitimario, no es más que un anticipo de legítima. La cláusula de imputación sólo es una propuesta de definición, que aceptará o no.

Para que se produzca la exclusión en la futura sucesión del ascendiente, es necesario un segundo negocio, la *diffinitio*, que es la manifestación de entenderse satisfecho, pagado, por lo que se compromete a nada más reclamar en la sucesión de su padre (*pactum de non petendo*). No es una renuncia, sino que define por estar satisfecho.

⁴⁵ En su tramitación parlamentaria a la reforma de la Compilación de 1990.

Los sujetos que intervienen en el negocio son los «descendientes, legitimarios y emancipados»; es decir, no son legitimarios, porque no lo serán hasta que cause la sucesión, lo que está diciendo el art. 50 es que por la relación actual de parentesco está colocado en el lugar de futuro legitimario, respecto de la sucesión a la que se renuncia y respecto del que ha recibido una atribución patrimonial, que es el presupuesto negocial.

Tiene que reunir dos condiciones, línea, siempre recta y grado, que debe ser en primer grado.

La capacidad de los sujetos, históricamente, se exigía según el aforismo «*habilis ab nuptias, habilis ac pacta nuptialis*», que era la capacidad para matrimoniar; pero tratándose de hija, requería el consentimiento del marido como complemento de capacidad, porque tenía que aceptar la cuantía de la dote.

El art. 50 de la Compilación del 1961 requería la emancipación. El vigente art. 50 exige, también, la emancipación por lo que vuelve a coincidir con la capacidad para matrimoniar, (por la modificación en 1981 del art. 46.1 CC).

La vecindad civil de los sujetos, al tiempo del otorgamiento de la definición debe ser la local (15.4 Cc) mallorquina (art. 50 CDCIB), o ibicenca o formenterense (art. 77 CDCIB). No cabe la vecindad civil menorquina (art. 65 CDCIB).

Por el contrario, el negocio productor del efecto lucrativo, que es el presupuesto de definición, no requiere la vecindad civil mallorquina, ibicenca o formenterense, ya que no se exige que sea coetáneo.

Es un negocio formal por lo que debe formalizarse en escritura pública (art. 50.4).

2.1. La naturaleza jurídica de la renuncia o *diffinitio*. Su interpretación histórica

La *diffinitio* es un negocio jurídico unilateral por la que el descendiente, que se entiende satisfecho por los futuros derechos sucesorios de origen legal, renuncia a tales derechos.

Varios son los problemas que se plantearon los Doctores del Derecho Intermedio, porque a la recepción del Derecho Romano chocaron con las prácticas que estaban prohibidas por las leyes romanas de renunciar a una sucesión no deferida y por el principio de igualdad de todos los hijos en los derechos sucesorios de origen legal.

La Tradadística⁴⁶ se planteó dos cuestiones sobre esta práctica; una de validez y una cuestión de eficacia del negocio.

- 1) La cuestión de validez se fundaba en el objeto del negocio; porque el objeto de la *diffinitio* se entendía que era un derecho irrenunciable, por la naturaleza sucesoria ya que las leyes romanas no permitían renunciar a una sucesión no deferida por ser «contra *bonos mores naturales*» e inducía al «*votum captandae mortis*». Además, tratándose de un derecho futuro, el objeto del negocio era indisponible, lo que choca con la renuncia que es esencialmente dispositiva.
- 2) La otra cuestión que se planteó era un problema de eficacia, que surge por la falta de firmeza del negocio; porque la renuncia, al ser unilateral, se entendía que era revocable.

Para salvar estas cuestiones,⁴⁷ las soluciones a estos obstáculos que dan los postglosadores, los comentaristas y posteriormente toda la tradadística son:

- a) El problema de eficacia lo salvan mediante la renuncia «*per modum pacti*», porque el pacto lo hará irrevocable.
- b) La cuestión de la validez, por el mismo pacto, cuyo objeto puede ser futuro, al tratarse de un negocio obligacional y no dispositivo como es la renuncia; además, siendo «*pacto de non petendo*» crea una excepción de modo que no extingue la obligación y no requiere una disponibilidad actual, sino que queda obligado a no reclamar en el futuro.

En el fundamento de estas cuestiones, la teoría del pacto, está el motivo que ha llevado a la doctrina balear⁴⁸ contemporánea a calificar el negocio, a mi entender erróneamente, de contrato, interpretando una falsa naturaleza del negocio, como se verá. Esta cuestión quedó zanjada, definitivamente,

⁴⁶ Ver todo el tratamiento de esta cuestión, en mi anterior citada obra «*La diffinitio...*», págs. 103 a 149.

⁴⁷ El tratamiento que hace la Tradadística del Derecho Intermedio sobre estas interesantes cuestiones puede verse, también, más extensamente explicado, Ferrer Vanrell, M.P. *La diffinitio...*, cit. págs. 106 a 145.

⁴⁸ Entre otros, lo califican de contrato oneroso, Pascual González, L. *La definición, institución de derecho sucesorio contractual*, Impr. Guasp. Palma 1962, Ferrer Pons. J. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T. XXXI, vol.1º, com. Art. 50. Mir De La Fuente, T. *La definición del Derecho Civil especial de Baleares y los conflictos de leyes*. Cuadernos de la Facultad de Derecho, núm.2. Palma 1982.

por la voz autorizada de GALLERATUS⁴⁹ al decir «tamen renuntiatio sive sit simplex, sive fiat per pactum semper habet eadem naturam, et semper dicitur renuntiatio. Pactum etenim solum addit renuntiationes obligationis robur. Unde renuntiatio alioquin revocabilis, cum fit per pactum, non potest revocari».

Los términos del art. 50 CDCIB son confusos, ya que en sus términos iniciales dice «por el pacto sucesorio conocido por definición...»; y, como se advirtió respecto de los términos del presupuesto negocial, aquí tampoco se utilizan los términos en estricto sentido jurídico. El término pacto sucesorio corresponde a la calificación de la institución dentro del ámbito de la sucesión contractual, fundamento sucesorio permitido en Mallorca (art. 6 CDCIB); pero en modo alguno nos permite determinar que estemos ante un contrato, porque, ni lo permite la interpretación de la letra del propio artículo; ni lo permite su preceptiva interpretación histórica (art. 1.2 CDCIB).

¿Cómo puede entenderse que la mal llamada «contraprestación» por la doctrina que lo califica como contrato, que es la atribución patrimonial, coetánea o anterior, pueda mantenerse si decae el negocio de *diffinitio* en sentido estricto? Podemos poner un ejemplo; si un descendiente futuro legitimario recibe una atribución patrimonial y define sus futuros derechos sucesorios, y, posteriormente, fallece antes que su padre donante, la donación es firme e irrevocable, y ésta atribución queda en el patrimonio relicto del hijo, (cuestión distinta es si se verá afectada por la reversión del 812 Cc., como ocurrió en el caso que se cita a continuación). Por la premoriencia nunca llegó a ser legitimario. Es el supuesto de la Sentencia del TSJIB de 28 de mayo de 1992, que D. Guillermo falleció en 1983, premuriendo a su madre Dña. Ana, propietaria del bien donado como presupuesto de la *diffinitio*. La donación atribuida, con anterioridad, es irrevocable, aunque decaiga una posterior *diffinitio* por no llegar a ser

⁴⁹ *De Renuntiationibus Tractatus*. Tribus Tomis Distinctis. Genevae, Johannis Hernán Widerhold 1678. Lib IV, Cap. III, núm.13. En este sentido, Galleratus, siguiendo a Bolognetus, aclaró las cuestiones que, respecto al negocio de renuncia, se fueron suscitando desde la Glossa. Distingue, según la Glossa entre renuncia y pacto, en cuanto a sus efectos, «renuntiatio simplex est consensus permisivus, pactum vero est consensus obligativus», en consecuencia la firmeza del negocio difiere «quod simplex renuntiatio potest quodcumque revocari antequam alter jus apprehendat, et idem cum fit animo, ut alteri queratur, ut non adquiratur» (*De Renuntiationibus...*, cit, Lib. IV, Cap. III, núm.9 y Cap. II, núm.8). Sin embargo Galleratus mantiene que no hay razón para exigir el pacto «quoniam tanta potestas renuntiationis liceo pendeat ab unius voluntate tantum, ut ipsius pacti in quo intervenit duorum consensus» (*De Renuntiationibus...*, cit. Cent. I Ren. XVII, núm.32).

legitimario. Estas cuestiones son insalvables dentro de la teoría de los contratos, para quienes lo califican como tal.⁵⁰

La *diffinitio* o renuncia a la legítima o a los futuros derechos sucesorios, en consecuencia es un negocio unilateral otorgado por el que el descendiente legitimario que renuncia a los futuros derechos sucesorios. El descendiente declara estar satisfecho por sus futuros derechos sucesorios, por entender que lo imputado por el ascendiente es suficiente. Esta es la interpretación que latía en el originario art. 50, en los términos «renunciar y dar finiquito». No es una renuncia simple, sino por haberse satisfecho el derecho futuro que se renuncia.

Presupuesto y supuesto de hecho conforman el tipo negocial. Sin embargo, la inexistencia del negocio de *diffinitio* supone el mantenimiento del presupuesto negocial.

El negocio de *diffinitio* en sentido estricto se manifestará en el momento en que el descendiente, dada la existencia del presupuesto negocial, declare su voluntad de renunciar a sus derechos sucesorios y desde entonces será irrevocable.

2.2. El objeto de la *diffinitio*. Los derechos definidos

El objeto de la *diffinitio* alcanza al ámbito de los futuros derechos sucesorios que se renuncian. Históricamente, el objeto abarcaba el complemento de dote y los futuros derechos sucesorios de origen legal, esto es, el suplemento de legítima, en su caso (porque había recibido su anticipo), y la sucesión intestada, salvo que se reservara ésta y no existieran varones, «*renuntiatio facta a filia dote contenta ovni juris sibi competenti in haereditatis patris, reservata successione ab intestato, operat caso quo patri descendenti aba intestato supervivat filius masculus qui non renuntiaverit, nam tunch non obstante reservatione, solus filius ad haereditaem patris abintestato admittat*».⁵¹

La Tradadística mallorquina,⁵² siguiendo a los autores del *ius commune*, mantiene la regla de interpretación restrictiva de los derechos definidos. ARTIGUES⁵³ dice al comentar la Decisión de 19 de diciembre de 1674 que

⁵⁰ Ver nota 48.

⁵¹ Así se pronuncia Artigues, *Liber Exemplaris*, Palma 1716 (sig. Manuscrito 102-III-17. Biblioteca Bartolomé March), folio 244, núm. 78, y la Tradadística, ver mi estudio en «*La diffinitio...*», cit., págs. 63 a 68 y 162 a 176.

⁵² En opinión de Serra Maura, *Decisiones Senatus Majoricensis*, (cit)olio 271v.; Artigues i Suau, *Liber Exemplaris*, cit., folio 239 Y 239V., núm. 32; Fiol I Flor, *Exemplaris Antiquae Regiae Audientiae BCC* (sig. Manuscrito, n1 567), folio 381.

⁵³ *Liber Exemplaris* cit., folio 238, núm.28.

fue declarado «*renuntiatio facta ex una causa non extendit ad jus competens ex alia causa, quia es stricti juris, et non comprehendit nisi quod est expresum*»; mantenía que las cláusulas amplias y generales no valen, salvo que expresen, inequívocamente, la voluntad de definir, tan ampliamente, sus derechos; pero incluso en este caso, no se entendían incluidos los derechos sucesorios voluntarios como cualquier otro derecho desconocido al tiempo de la *diffinitio*, porque atentaría contra el principio romano de libertad de testar. Incluso no afecta a la *diffinitio* si el testamento en que instituye a la hija es anterior a la definición ya que provenía «*ex nova causa*», porque toda la Tratadística entendió que si el padre murió sin cambiar el testamento era por que no había cambiado su voluntad de instituirlo; así se declaró en la Decisión de 19 de septiembre de 1628 «*filia renuntiaverit omnia jura paterna haereditatis, seu in bonis paternis spectantibus, in favorem patris aduch viventis; si ab isto antecedente fuit cum aliis haeres Instituta, et pater postea decedat, non mutata voluntate, habebit ipsa partem haereditatis in quam repperet Instituta, renuntiatione no obstante*».⁵⁴

En la renuncia se entendía que, ya sea expresa o tácitamente, estaba incluida la cláusula «*rebus sic stantibus*»; era *communis opinio*, y así lo afirma GALLERATUS⁵⁵ al decir «*amplia modo preadicta procedit etiamsi renuntiatio esset iurata, quia juramentum non facti ut renuntiatio comprehendat jus futurum ex nova causa (...) Habet sane juramentum tacitam clausulam rebus sic stantibus*» Por tal razón no podía interponerse la «*exceptio pactum de non petendo*» ante la eventual acción de reclamación de tales derechos.⁵⁶

En el originario art. 50, el objeto de la *diffinitio* abarcaba «la legítima y demás derechos sucesorios». La interpretación de los derechos renunciados en el derogado art. 50, a la luz de la tradición jurídica balear, debía entenderse que no podía extenderse a los derechos sucesorios voluntarios, además sería contrario al principio de libertad de testar.

El vigente art. 50 contempla dos modalidades de *diffinitio* que implica dos ámbitos en su objeto: 1) definición de legítima, o bien 2) definición a «todos los derechos sucesorios». Si no se fija el alcance se entiende el menor

⁵⁴ Esta Sentencia la comenta Serra i Maura, *Decisiones majoricensis Super diversos variosque, tum Canonica tum Civiles Jurisprudentiae*, Palma Balearium, anno salutis 1719, BCC(sig.Manuscrito núm. 558) F ante I, núm. 71.

⁵⁵ *De Renuntiationibus...*, cit., Cent I, Ren. XVII, núm.35

⁵⁶ De esta opinión comenta Molinus, F. «*tum etiam iuramentum tacitam in se habet conditionem, rebus scilicet in eodem statu permanentibus (...) unde cum mutatus fuerit status morte fratrum, consequenter filia successione poterit*». *Tractatus Celebris, et insignis de Ritu Nuptiarum, et Pactis in matrimonio conventis*. Ex. Typografía Laurentii Deu, iuxta domum Regiam. Barcinone 1618, Lib.III, Sect.V., Quaestio LXXXII, núm.24.

gravamen «sólo a la legítima» (art. 50 CDCIB). Es acorde con la tradición jurídica que decía que debía interpretarse restrictivamente.

Sin embargo, el nuevo art. 51 CDCIB, es de una redacción y casuismo muy farragoso, al distinguir: 1) La definición de los derechos legitimarios. El art. 51.1 CDCIB dice que «deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del descendiente»; no es más que, como mantuvieron los Doctores, la plasmación de la prohibición de detraer dos legítimas de una misma sucesión. En realidad lo que está diciendo el párrafo primero es que si la definición alcanza sólo a la legítima, no cabe la *actio ad supplendam* y permite la acción de petición de los derechos sucesorios voluntarios sea cual fuere la fecha de otorgamiento del testamento. 2) Si la definición es amplia, alcanza a todos los derechos sucesorios; del pár. 2º del art. 51 se deduce que tampoco cabe la *actio ad supplendam*; además determina que no tiene acción para reclamar los derechos sucesorios otorgados en testamento anterior a la definición, por lo que da a la definición el carácter de mecanismo de revocación de cláusula testamentaria, en contradicción a la tradición jurídica ya que los derechos sucesorios voluntarios nunca se entendieron renunciados. La única excepción que permite es la sustitución vulgar del renunciante que fuere hijo único. El renunciante, tiene acción para reclamar las disposiciones testamentarias dispuestas por el ascendiente, si el testamento es posterior a la definición. 3) La sucesión intestada. Si el causante no ha otorgado testamento,⁵⁷ el párrafo 3º dispone que el definido es llamado a la sucesión intestada cuando el ámbito de la definición alcanza sólo a la legítima. Si la definición es amplia, el definido no es llamado, sin embargo lo serán sus descendientes salvo en dos supuestos: a) que del pacto resulte lo contrario, b) que existan otros descendientes no renunciantes o estirpes de ellos.

3. La eficacia negocial. Quiebras a la *exceptio pactum de non petendo*

El efecto negocial es el que determina el Privilegi de Jaume I⁵⁸ «*ex tunc non possit agere contra patrem sui vel boni ipsius vel contra haeredes eiusdem*», y los posteriores del Rey Sanç I se pronuncian en el mismo sentido. Es la «*exceptio pactum de non petendo*», por la que cualquier reclamación o pretensión que se interponga sobre los derechos definidos, los beneficiarios del negocio, que son los herederos, pueden paralizarla interponiendo la

⁵⁷ La existencia de definición presume un futuro causante interesado en regular su futura sucesión, por lo que, presumiblemente, existirá testamento

⁵⁸ Se puede consultar el texto íntegro en el *Llibre den Pere de Sant Pere* en el Archivo del reino de Mallorca (sig. Códice nº 2, folio 6, primera columna). Su transcripción se puede consultar en Ferrer Vanrell, M.P. *La diffinitio*, cit., pág.31.

excepción. No es tanto un efecto negocial abdicativo, sino la facultad de paralizar la acción de reclamación.

La eficacia de la *diffinitio* tiene su plasmación en el ámbito procesal, el beneficiario (los herederos) podrá paralizar la acción de reclamación sobre los derechos definidos.

Entre los distintos supuestos de quiebra de la eficacia del negocio,⁵⁹ la Tradadística centró su estudio en dos: 1) la inexistencia del presupuesto del negocio, que era la atribución patrimonial que se entregaba por dote; 2) la ineficacia de la imputación legitimaria, por faltar la cualidad de legitimario debida a la premoriencia del descendiente al ascendiente, por lo que decaía la cláusula de imputación y posterior definición.

Vamos a detenernos en el supuesto primero en el que falta el negocio atributivo, presupuesto de la *diffinitio*. La Tradadística mantuvo que si falta el presupuesto negocial, no prosperaba la paralización de la acción mediante el *pactum de non petendo*, por lo que «...*pater tamen et hoc argui quod nulla dote filiae assignata pactum per quod filia se excludit a successione paterna non valeat*».⁶⁰ Si falta el presupuesto negocial no hay negocio, aunque el negocio de *diffinitio* en sentido estricto haya sido celebrado válidamente; no se trata de un problema de validez del negocio, sino de eficacia, la renuncia no produce efectos.

4. El momento adquisitivo en la *diffinitio* en relación a la Ley 22/2006

A efectos del momento en que surge el devengo en la *diffinitio*, que la Ley 22/2006 califica de título sucesorio, con esta calificación el devengo debería efectuarse al fallecimiento del causante. En consecuencia, ¿cómo se organiza la tributación respecto a la atribución patrimonial recibida como presupuesto de la *diffinitio*?. Difícil cuestión a resolver. Si la atribución patrimonial es coetánea al negocio de *diffinitio* en sentido estricto, el problema sólo se refiere a calificar de «título sucesorio» una donación o una condonación, o cualquier «atribución o compensación» (art. 50 CDCIB), que son títulos *inter vivos*, por una parte, y que en modo alguno el devengo está ligado con el fallecimiento del donante o condonante o atribuyente,

⁵⁹ Ver su enumeración y estudio en Ferrer Vanrell, la «*La diffinitio...*»,cit., pags. 185 y ss.

⁶⁰ Dice Ancharanus, Petrus, *Comentaría super Sextum Librum Codicis Iuris Pontificii atque Caesarei*, MDXLIII, Vicente de Portonaris, C,6,20,3 n° 23; como dice Benedictus, «quia ceta qualitatis requisita a statuto, scilicet dotatio, igitur cessare debet statutum»,*Repetitioin Capitulo Raynuntius, extra de Testamentis*. Apud Bartholomaeum Vicentium, Ludugni MDCLXXXII.

respecto de cuya sucesión se declara satisfecho el descendiente, futuro legitimario.

Pero este no es el mayor problema; la cuestión de difícil solución es el tratamiento tributario que se dará a la atribución patrimonial, que estando permitida por la Compilación, se haya efectuado con anterioridad (art. 50 CDCIB). Es decir, en el momento de otorgarse la «donación» estamos ante un negocio *inter vivos* que no tiene el concepto de presupuesto negocial de la *diffinitio*; este carácter lo adquirirá a posteriori, esto es, cuando «en contemplación de» esta atribución recibida con anterioridad declare definir sus futuros derechos sucesorios.

¿Acaso esta atribución patrimonial estará exenta de tributación a la espera de que, con posterioridad, llegue o no a ser el presupuesto de *diffinitio*?, en cuyo caso tributará a posteriori por la tasa bonificada del 1%, por ser calificado por la ley tributaria como «título sucesorio», con la duda de que no llegue a serlo. ¿O más bien tributará como una donación, a la tasa bonificada del 7%?, que es la naturaleza jurídica que tiene en el momento de la atribución patrimonial y donde existe la duda de si posteriormente se convertirá en presupuesto negocial de la *diffinitio*. De ser así, ¿se le podrá pedir la devolución del diferencial a la Agencia Tributaria?, cuestión más difícil aún, además a esta dificultad se une la posibilidad de que hayan pasado los plazos de prescripción.⁶¹

⁶¹ Estas cuestiones han quedado expuestas en el epígrafe 3 y ss., de la primera parte (I).

