



Roj: **STSJ BAL 1800/2001 - ECLI:ES:TSJBAL:2001:1800**

Id Cendoj: **07040310012001100004**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2001**

Nº de Recurso: **3/2001**

Nº de Resolución: **3/2001**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO FEDERICO CAPO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE BALEARES

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

Rollo 3/2001

Recurso de Casación

**SENTENCIA N° 3/2001**

Excmo. Sr.

Presidente

D. Angel Reigosa Reigosa

Ilmos. Sres

Magistrados

D. Francisco Javier Muñoz Jiménez

D. Antonio Federico Capó Delgado

D. Miquel Masot Miquel

D. Antonio Monserrat Quintana

En la ciudad de Palma de Mallorca a veinte de diciembre del año dos mil uno.

VISTOS por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, integrada por los Magistrados expresados al margen, el RECURSO DE CASACION interpuesto por la Procuradora Doña Margarita Jaume Noguera en nombre y representación de Don Jose Enrique contra la Sentencia N° 375 de fecha 4 de junio de 2001, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el Rollo n° 689/2000, que confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Palma en los autos Juicio declarativo de Menor Cuantía n° 404/99 que a su vez desestimó la demanda interpuesta contra Don Carlos Miguel , Doña Trinidad , Don Gaspar , Doña Antonieta y Don Lucas .

#### **I ANTECEDENTES DE HECHO**

I.- Ante el Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Palma fueron vistos los autos Juicio declarativo de Menor Cuantía n° 404/99 instados por la Procuradora de los Tribunales Doña Margarita Jaume Noguera, en nombre y representación de Don Jose Enrique , en cuya demanda se solicitaba que se dictase sentencia con el siguiente pronunciamiento: 1°- declarar la nulidad del negocio jurídico de **definición** de legítimas de su abuela Doña Marina , otorgada en la minoría de edad de mi mandante por su padre Don Carlos Miguel , según escritura autorizada por el notario de Muro Don Luis Pareja Cerdó, el día 28 de diciembre de 1979, ello por



las siguientes causas apreciadas conjunta o alternativamente (en este caso con carácter subsidiario) a) Por aplicación del art. 1255 del Código Civil, dado el carácter contractual de la **definición**; b) Por no poder actual el padre de mi mandante en condición de representate legal de su hijo, en base al art. 299 del Código Civil. c)- Por poder otorgar la **definición**, al tiempo en que se otorgó, sólo los hijos e hijas emancipados d)- Por someter la donación, base de la **definición**, a condición resolutoria, efectivamente materializada, sin haber obtenido mi mandante beneficio alguno de su abuela e)- Por someter la donación a condición resolutoria, no permitida, dado el carácter de heredero del legitimario, por los arts. 26 y 46 de la antigua Compilación Balear. 2°.- Declarar la nulidad total del testamento otorgado por su abuela, en fecha 20 de abril de 1998, así como cuantos testamentos anteriores hubiesen preterido a mi mandante como legitimario; y si hubiese sido preterido en todos los testamentos otorgados por Doña Marina , se proceda a la apertura de la sucesión intestada de la misma, lo que se determinará en ejecución de sentencia. 3°.- Subsidiariamente, se condene a la demandada Doña Antonieta , a pagar a mi mandante lo que por legítima le corresponda en la herencia de su abuela, Marina en representación de su madre Doña Isabel , a computar conforme los arts. 46 y concordantes de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, y a determinar en ejecución de sentencia. 4°.- Se condene a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a realizar cuantas actividades sean necesarias para la plena efectividad de lo dispuesto, incluida la obligación de comparecer al otorgamiento de las escrituras públicas, y demás documentos que fueran menester, imponiéndose las costas caso de que se opusieren a tales pretensiones.

II.- Dicha demanda fue contestada por la representación procesal de Doña Antonieta , allanándose a la demanda los codemandados don Carlos Miguel , Doña Trinidad y Don Lucas , y se declaró en rebeldía procesal a Don Gaspar . Tras la celebración de la comparecencia prevista en el art. 691 de la LEC., practicarse las pruebas propuestas y admitidas y formularse por las partes litigantes sus respectivos escritos de resumen de pruebas, el referido Juzgado dictó sentencia en fecha 5 de julio de 2000 cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: 1°.- Se desestima íntegramente la demanda. 2°.- El demandante soportará las costas del pleito.

III.- Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandante recurso de apelación que fue admitido; y, sustanciada la alzada, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2000, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " 1) Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Margarita Jaume Noguera contra la sentencia de fecha 5 de julio de 2000, dictada por Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 15 de Palma, en los autos de juicio de menor cuantía de los que trae causa el presente rollo, y, en consecuencia, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos. No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

IV.- Por la Procuradora Doña Margarita Jaume Noguera, en nombre y representación de la parte actora-apelante Don Jose Enrique , se formalizó recurso de casación por interés casacional, ante esta Sala de lo Civil y Penal.

V.- Por su parte el Procurador Don Sebastián Coll Vidal, en nombre y representación de Doña Antonieta , impugnó el recurso mediante escrito de fecha 12 de noviembre del corriente año, interesando que por esta Sala se dictara sentencia por la que se inadmita, o en su caso se desestime, totalmente el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

VI.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.711 de la LEC, se señaló vista pública para el día 4 de diciembre del presente año, en cuya fecha tuvo lugar; habiendo informado ante esta Sala para defender el recurso el Letrado Don Juan Alemany Garcías y para impugnarlo el Letrado Don Bernardo Garcías Vidal.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Antonio Federico Capó Delgado.

## II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, al preparar el recurso de casación, afirmó que la sentencia de instancia era recurrible en atención a que la resolución del recurso presenta "interés casacional" y ello porque "no existe jurisprudencia sobre las materias que versa el litigio", al reconocerse en sus fundamentos de derecho primero y quinto que "la doctrina jurisprudencial sobre el particular es muy escasa, y en cualquier caso porque se considera infringida la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 28 de mayo de 1992 y en el, por él denominado, "Auto de la extinta Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 11 de mayo de 1940".

Tras ser íntegramente admitido el recurso, por Auto de 25 de octubre de dos mil uno, el Procurador Don Sebastián Coll Vidal, que lo es de la recurrida Doña Antonieta , al evacuar el trámite previsto en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de conformidad con su párrafo segundo, planteó la cuestión de la inadmisibilidad del mismo y el recurrente, en el acto de la vista, estimó extemporánea esta actuación al entender que debió oponerse a la admisión del recurso " al comparecer ante el tribunal de casación", según el artículo 480.2 del mismo texto legal.



En realidad el artículo 485 amplía las posibilidades del recurrido quien no sólo puede oponerse a la admisión del recurso en el momento de "comparecer" ante el tribunal de casación, en cuyo caso éste deberá resolver las causas alegadas en el correspondiente Auto de admisión o de inadmisión, sino también al formular el escrito de oposición en el que "se podrán alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal", que deberá resolverlas, en este caso, en la sentencia.

Procede, por tanto, estudiar, de modo prioritario, las causas de inadmisión planteadas.

En primer lugar el recurrido estima que es causa de inadmisión el incumplimiento, en el escrito de interposición, de los requisitos establecidos en el artículo 483,2,2º de la LEC, pues constituye "supuesto de interposición defectuosa el hecho de que no se presente el texto completo de las sentencias que se aduzcan como fundamento de interés casacional, mediante certificación íntegra expedida por el Secretario Judicial" y, en el caso, no aportó el recurrente la citada Sentencia de esta Sala; invocando, en apoyo de su tesis, el Acuerdo tomado por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en relación a los criterios que regirán para la admisión de los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal, Acuerdo que, dicho sea de paso, vincula, en su caso, únicamente a la Sala que lo adoptó

En el artículo 481.2 de la LEC se lee que "Al escrito de interposición se acompañarán certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional".

El artículo admite una interpretación finalista, según la que tanto la sentencia impugnada en casación como las sentencias aducidas como fundamento del interés casacional deben acompañarse al escrito de interposición del recurso por "certificación" -al no existir razón alguna para efectuar discriminación entre ambos supuestos y ser más exigible la certificación de las segundas por no obrar necesariamente en la causa, mientras la primera sí se encuentra en los autos originales que deben remitirse al Tribunal competente para resolver la casación, por lo dispuesto en el artículo 482.1 del mismo texto legal- y una interpretación meramente literal, en virtud de la cual bastaría aportar el "texto" de las últimas sentencias referidas.

La primera interpretación es más convincente, por ser más respetuosa con los derechos de los recurridos y dotar de mayores garantías al proceso, pero no puede llevarse al absurdo en un caso, como el de autos, en el que la sentencia de referencia obra en los archivos de esta Sala y en el que ambas partes la conocen en detalle y la invocan a su favor, pues de hacerse así se daría la paradoja de que una interpretación en origen garantista devendría estrictamente formalista.

En segundo lugar afirma que el mismo acuerdo de la Sala 1ª del Tribunal Supremo considera defectuosa la interposición, y por tanto causa de inadmisión, si no se manifiesta razonadamente la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estima infringida ( art. 481.3 LEC) y el recurrente no actúa de tal modo pues si bien invoca una frase de la sentencia recurrida en la que se dice que " la doctrina jurisprudencial sobre el particular es muy escasa ", silencia la siguiente en la que se lee " resaltando como relevante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de mayo de 1992".

No puede acogerse tal causa de inadmisión pues se invoca una sola sentencia de esta Sala y para estimar existente "doctrina jurisprudencial" es necesario que, por lo menos, existan dos resoluciones en el mismo sentido en relación a extremos que constituyan la ratio decidendi del asunto y no meros obiter dicta ( SSTs de 9 de marzo y 24 de mayo de 1999, entre otras muchas).

Por lo acabado de decir debe desestimarse, también, la tercera causa de inadmisión que se fundaba en que en el artículo 483 de la LEC se establece que " asimismo se inadmitirá el recurso en los casos del segundo párrafo del apartado 3 del art. 477, cuando el Tribunal Superior de Justicia correspondiente considere que ha sentado doctrina sobre la norma discutida o sobre otra anterior de contenido igual o similar".

Conviene resolver aquí, por ser de índole general, el tema de la competencia de esta Sala suscitado por el recurrido pues, al impugnar los motivos primero y segundo del recurso, la niega en base al artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y al hecho de que el recurso se funda no sólo en preceptos de nuestra Compilación sino también del Código Civil.

Este artículo no es contradicho, sino complementado, por el 478 de la LEC que soluciona en favor de esta Sala supuestos, como el presente, en que el recurso se funda en infracción de ambos derechos civiles, como ya hiciera el artículo 1730 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por la Ley 10/ 1992, de 30 de abril, aplicado, en el mismo sentido que ahora, por la sentencia de esta Sala 3/2000, de 3 de noviembre.

SEGUNDO.- El escrito de recurso contiene seis motivos, todos al amparo del artículo 477.1 de la LEC, y dos peticiones principales.



En la primera se solicita la nulidad del negocio jurídico de **definición** de legítimas de la abuela del recurrente, otorgada en la minoría de edad de éste, por su padre Carlos Miguel, según escritura de 28 de diciembre de 1979, y en la segunda, supuesta la nulidad de dicha **definición**, se suplica "la nulidad total o subsidiariamente parcial (del testamento de la abuela de 20 de abril de 1998) por preterición de heredero, con nulidad de cuantos testamentos la hubiesen efectuado."

En cuanto a los motivos es preciso, por imperativos lógicos, alterar el orden formulado por el recurrente pues, atendido el recurso, es prioritario estudiar si un **nieto** podía definir en la Compilación de 1961 y entrar, de darse respuesta afirmativa, en el tema de si podía hacerlo el padre en representación del hijo no emancipado, cuestiones planteadas en el motivo tercero, para luego, de superarse este nuevo obstáculo, abordar el contenido del motivo primero y ver si existió conflicto de intereses entre padre e hijo determinante de la necesidad de designar defensor judicial.

TERCERO.- Por lo dicho constituye un prius lógico jurídico el análisis del tercer motivo, en el que se sostiene la infracción del artículo 50 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares en la redacción que regía al efectuarse la escritura de **definición** de 28 de diciembre de 1979.

Este artículo, en tal fecha, rezaba: "Por la **definición**, los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres, en contemplación a alguna donación o ventaja que éstos le hicieren en vida", lo que hace concluir al recurrente que "no podía otorgar **definición** al no ser hijo sino **nieto** del donante, y además por no estar emancipado" y solicitar "la nulidad del negocio jurídico de **definición** de legítimas de su abuela, otorgada por su padre Carlos Miguel, en escritura de 28 de diciembre de 1979".

Es cierto que en el primitivo texto de la Compilación se habla de "hijos e hijas" y de "padres" y no de "descendientes" y "ascendientes", como se hace en el artículo 50 del Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, y también lo es que, históricamente, como se dice en el quinto Fundamento de Derecho de la Sentencia de esta Sala número 1/92, de 28 de mayo, quienes podían definir eran "Las hijas (en consideración a la constitución de la dote o donación) al contraer matrimonio, primero, los hijos e hijas que profesaban órdenes religiosas, después, y, posteriormente, los hijos varones que salían de la familia".

El tema de si podían definir los **nietos** legitimarios en relación a la herencia de los abuelos había sido estudiado por los autores durante la vigencia de la versión citada del artículo 50 y así mientras uno optó por la respuesta negativa, en base a ser un derecho especialísimo y al tenor literal del precepto, otro lo hizo por la positiva, en atención a que "El T.S. en repetidas sentencias, y especialmente, en interpretación de testamentos ha considerado que en la palabra hijos se comprende a los **nietos**, a no ser éstos expresamente excluidos"; a que existe la misma fundamentación de la **definición** tanto se trate de hijos como de **nietos** y a que "La evolución legislativa lo ha sido en el sentido de generalizar los posibles supuestos personales de **definición**".

Más recientemente ha puesto de manifiesto una autora que en la Decissio de 22 Septembris 1.628, de la Real Audiencia de Mallorca, se interpretó que además del hijo o hija podían ser sujetos de la diffinitio los descendientes pues falló "... quod intelligit consentientibus maritis juxta Privilegium Sancū dato Perpiniāni 8 idus novembns 1319, horum privilegiorum dispositio etiam recipienda est in nepte respectu avi" y que PASSERINUS, en sus Commentaria in primum Librum Sexti Decretalium, escribe "ut dicitur de filia, verificatum etiam in filio et sic quod pactum a filio initum cum patre, vel a nepote cum avo, vel ab alio quocumque simili, si dotem, vel legitimae suscipiat firmatur juramento".

Esta Sala entiende que aún en la primitiva versión del artículo 50 de la Compilación caben los "descendientes" al aplicar al mismo los precedentes históricos citados; la identidad de razón existente en ambos supuestos; la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es muestra la sentencia de 30 de abril de 1981 según la que "la palabra hijos empleada en disposiciones de última voluntad comprende a todos los descendientes" y la progresiva ampliación observada en el devenir histórico de la institución que ha desembocado, en definitiva, en la vigente redacción del precepto, demostrativa de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma y, principalísimamente, atendido el espíritu y finalidad de la **definición** que, como señala la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1992, en su Fundamento de Derecho quinto, es indudable que hoy "puede rendir utilidad suma como medio de introducir un factor de seguridad en el fenómeno sucesorio por causa de muerte, evitando futuras y eventuales situaciones conflictivas".

En efecto, esta finalidad de la institución no se alcanzaría en el supuesto de existir descendientes legitimarios que no pudieran definir por no ser hijos del donante incrementándose, posiblemente, en estas circunstancias la necesidad de acudir a dicha técnica al ser mayor la inseguridad y posible conflicto en la sucesión por la concurrencia de personas pertenecientes a distintas generaciones, con la distinta proximidad del causante y la diversidad de intereses vitales que todo ello comporta.



El recurrente alega también, sin profundizar en el tema, que el artículo 50 de la Compilación no autoriza a otorgar **definición** a los "no emancipados".

En la sentencia de instancia se reconoce que el recurrente, en la época de la escritura, era menor de edad, al tener diecisiete años (letra A. del primer Fundamento de Derecho) y en el tercer Fundamento de Derecho se dice que " el escueto art. 50 de la Compilación de 1.961 (ni tampoco los artículos 50 y 51 tras la reforma) no se refiere a la cuestión, ni lo autoriza expresamente ni lo prohíbe. Sobre este aspecto la Sala considera que en ausencia de limitación alguna en el citado artículo, no se aprecia óbice alguno para aplicar supletoriamente las normas generales de los contratos, y considerar que un padre, en el ejercicio de la patria potestad y de la facultad de representación del menor del artículo 154 y concordantes del Código Civil, puede otorgar dicho pacto sucesorio en nombre de su hijo".

Al otorgarse **definición** el hoy recurrente era menor de edad al no haber alcanzado los dieciocho años, exigidos por el Real Decreto Ley de 16-11-1978 y por el artículo 12 de la Constitución Española, y, por tal motivo, su padre tenía la patria potestad sobre aquel ( artículo 154 del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo) y, al no estar emancipado, tenía el deber de "representarlo en el ejercicio de todas las acciones que pudieran redundar en su provecho" ( art. 155, en idéntica redacción ).

El artículo 50 de la Compilación aprobada por Ley 5/1961, de 19 de abril, no es taxativo ni exhaustivo pues, como acabamos de ver, admite que en el mismo se incluya a los **nietos** y tampoco se refiere, por ejemplo, a los mayores de edad que, indiscutiblemente, pueden definir sin ser necesario decirlo expresamente.

El tema que hay que resolver es determinar si un legitimario no emancipado puede otorgar **definición** representado por su padre, actuando en el ejercicio de la patria potestad y en provecho de aquel, supuesto al que no se refiere expresamente el artículo citado, sin que ello sea extraño dado que éste no contiene un numerus clausus de personas que puedan definir y dada la alta singularidad del caso .

No soluciona la cuestión la Disposición Final Primera de la Compilación en virtud de la que el contenido de ésta sustituye a "Las normas del Derecho Civil especial balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación", pues aún reconociendo la sustitución operada por dicho artículo éste, por lo dicho, no es concluyente y debe ser interpretado y para ello, en virtud del artículo 2 del mismo cuerpo legal "se tomarán en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas Leyes, costumbres y doctrina de que aquellos de derivan".

En los precedentes históricos más remotos se aprecia, como han enseñado los autores estudiosos del tema, la posibilidad de definir de determinadas personas menores de veinticinco años, es decir menores de edad, pero en edad de contraer matrimonio, a quienes se permitía hacerlo mediante un complemento de capacidad.

En el Privilegio concedido por el Rey Don Jaime en Lérida, el 12 de los idus de marzo de 1274, se estableció que "la hija casada, de edad legal, con el consentimiento del marido, al verificar **definición** de legítima no podrá ir contra su padre ni contra sus herederos, por causa de legítima, en vida del padre, ni después de su muerte intentar petición o demanda, antes bien, la legítima efectuada en dicha forma tendrá plena validez siempre que el marido de aquella no fuera demente". Surgieron dudas acerca de cual era la mencionada "edad legal" y por ello en el Privilegio de Perpiñán, del 8 de los idus de noviembre de 1319, Sancho I de Mallorca estableció que " sean valederas y escrupulosamente observadas las **definiciones** que harán a su padre o madre, consintiendo el marido y que la edad es de doce años", y en la misma fecha, por privilegio del citado monarca se consignó que "los hijos e hijas de catorce y doce años, podían usar de igual derecho al ingresar en religión, sin que ni ellos ni los Monasterios a que perteneciesen pudieran reclamar nada a la muerte de sus padres, por legítima ni por herencia"; exigiendo la práctica notarial "el consentimiento de la Madre Abadesa, y toda la Comunidad de religiosas profesas" y el Concilio de Trento "la autorización de la Autoridad eclesiástica para definir, que, a falta de la autorización del Obispo, ésta era emitida por su Vicario General ".

Con el paso del tiempo la institución evolucionó y se implantó el requisito de la emancipación a la vez que se extendieron los privilegios a las personas de ambos sexos que entraran en religión y así en la Memoria de Ripoll y Palou se lee que "...por igualdad de razón fue extendido por antiguos usos y práctica general a los varones, siempre que por cualesquiera de los medios legales hubiesen quedado fuera de la patria potestad, y por consiguiente emancipados" y en el artículo 10 del texto articulado en el que se contenían las instituciones forales vigentes, la recogió del siguiente modo " Los hijos, mientras hayan salido legalmente de la potestad de sus padres, pueden otorgar a favor de éstos el finiquito de sus legítimas y derechos hereditarios, interviniendo el marido en los que se otorguen por la mujer casada " y en el informe que el Ilustre Colegio de Abogados de Palma emitió el 2 de junio de 1921, suscrito por su Decano, Don Ramón Obrador, se dice que "es... recomendable nuestra costumbre -llamada **definición**- de que los hijos salidos ya de la patria potestad puedan otorgar a favor de sus padres el finiquito de sus legítimas y derechos hereditarios", leyéndose, en el artículo 35 del Proyecto de Apéndice al Código Civil, que " Los hijos que hayan salido legalmente de la potestad de sus padres pueden



otorgar a favor de éstos el finiquito de sus legítimas y derechos hereditarios. Si se otorgase por mujer casada será precisa la intervención del marido".

El Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de 11 de junio de 1940 invocado por el recurrente como infringido recayó en el recurso interpuesto por un Notario de Palma de Mallorca, autorizante de la escritura de 15 de junio de 1939, contra la denegación efectuada por el Registrador sustituto de Inca y se limitó a resolver la cuestión de " si los usos antiguos y la práctica general extendieron el privilegio aludido (el que el Rey D. Jaime I expidió en Lérida en cuatro de los Idus de marzo de 1274) a los varones que por los medios que la ley establece hubiesen obtenido la emancipación", que recibió respuesta afirmativa al concluirse que " la costumbre ha confirmado la subsistencia en estas Islas, antes y después de la publicación del Código Civil del privilegio expedido por el Rey D. Jaime en cuatro de los Idus de Marzo de 1274 vulgarmente llamado **Definición** y también que este privilegio aunque en su origen se concedió a las hijas salidas de la patria potestad por el matrimonio, se extendió, sin duda por idénticas causas o razones, a los hijos varones emancipados por alguno de los medios que la ley establece"

El requisito de la emancipación fue, finalmente, recogida en el Proyecto de Apéndice de 1949 y en los dos textos, sucesivos, del artículo 50 de la Compilación.

El recorrido histórico efectuado no permite afirmar que los precedentes prohiban terminantemente al padre otorgar **definición** en representación del hijo no emancipado.

En realidad, ocurre que la Compilación no prevé el supuesto, al ser extraordinario, y por ello conviene acudir a las normas generales del Código Civil vigente en la época de la **definición**, ya que de conformidad con la Disposición Final Segunda de la Compilación en lo no previsto en ésta "regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella"

Si se disecciona el negocio jurídico de **definición** efectuado y se distingue por una parte la " donación " y por otra la "renuncia " se observa en primer lugar que el recurrente no podía aceptar donaciones " condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes" ( artículo 626 del Código Civil), es decir, en el caso, sin la intervención, precisamente, de su padre, por haber fallecido su madre Doña Isabel , y, en segundo lugar, que el padre hubiera podido, por ejemplo, en representación de su hijo no emancipado, repudiar una herencia a la que éste hubiera sido llamado, en relación a la que la doctrina y jurisprudencia entendieron que en la versión del Código Civil aplicable el 28 de diciembre de 1979, día en que se efectuó la **definición** por ser la Ley modificadora de fecha 13 de mayo de 1981, no era necesaria la autorización judicial para que el padre pudiera efectuarla, pues "había que acudir al principio general de representación del antiguo artículo 155 del Código Civil" y ello " por no ser aplicable a la renuncia del derecho hereditario el artículo 164, que ha de interpretarse restrictivamente y nunca extensivamente" ( STS de 12 de junio de 1906 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 1911, 18 de noviembre de 1921, 25 de agosto de 1925, 25 de noviembre de 1942 y 25 de septiembre de 1943).

Así las cosas puede concluirse que en el momento en que se efectuó la **definición**, no en el actual en el que sería de aplicación el artículo 166 del CC en la redacción efectuada por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, pudo hacerse como se hizo al no prohibirlo expresa o tácitamente la Compilación y al permitirlo el Código Civil, pues si éste autorizaba lo más - repudiación de la herencia de un menor por su padre en base a su poder de representación - no se ve obstáculo para que se entienda que el Ordenamiento Jurídico autoriza lo menos - finiquito de las legítimas en base a las donaciones realizadas-

Nuestro caso es, en sí mismo, demostrativo de la practicidad de la técnica utilizada que permitió efectuar una compleja **definición** y benefició a múltiples personas, en cuanto evitó conflictos en la sucesión de padres y abuelos, e, incluso, benefició al propio recurrente quien, de hecho, viene así a reconocerlo al no impugnar la **definición** de la herencia de su abuelo, aunque esto no sea definitivo, en derecho, dado el carácter indisponible de lo relativo a la capacidad de las personas.

Llegados a este punto y antes de entrar en el resto del tercer motivo de recurso conviene estudiar el primero, y ello por las mismas razones lógicas indicadas.

CUARTO.- En el primer motivo de recurso se estima infringido el artículo 299 del Código Civil que dispone, en la versión transcrita por el recurrente, que "Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos: 1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores... y sus representantes legales".

Esta versión procede de la redacción efectuada por Ley 13/1983, de 24 de octubre y no estaba en vigor el día 28 de diciembre de 1979, fecha en que Don Carlos Miguel en representación de su hijo, hoy recurrente, otorgó la escritura de **definición** de constante referencia.



En esta fecha regía el artículo 165 del CC., redactado conforme a la Ley de 24 de abril de 1958, en el que se leía que "siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él".

La doctrina ha señalado que tras las reformas de 1981 y 1983, la contraposición entre padre e hijo no tiene que ser, como antes, exclusivamente patrimonial, pero tal cambio no afecta a lo que ahora interesa, que es determinar si ambos textos son equivalentes en su núcleo.

La respuesta ha de ser afirmativa pues no se ve diferencia esencial alguna entre la antigua expresión, "interés opuesto", y la nueva, "conflicto de intereses" y ello permite el estudio del motivo pese al error en la cita del precepto infringido.

La doctrina y la jurisprudencia destacan, en relación al texto de 1958, que los intereses opuestos han de ser propios o personales del padre y del hijo y, además, patrimoniales correspondiendo "a las ventajas del uno el daño de los otros", requiriéndose que el conflicto "sea actual y efectivo, o aunque potencial y futuro, ciertamente verificable y no meramente hipotético", ya que el carácter excepcional de la representación legal del Defensor Judicial "no autoriza a ampliar el concepto de intereses opuestos hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos", como se dice en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 27 de enero de 1987.

Así la STS de 6 de noviembre de 1934 requiere para su existencia que la decisión normal de un asunto "recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo"; la STS de 9 de mayo de 1968 afirma que la "contraposición de intereses entre padre o madre e hijos se presenta desde el momento que uno de ellos, para proveer a la defensa de sus intereses, se ve compelido a limitar la participación útil del otro, porque entonces puede perder el padre o madre la ecuanimidad necesaria para tutelar, a nivel de los suyos propios, los intereses de sus hijos"; la STS de 7 de julio de 1978 la estima "cuando el beneficio patrimonial de una parte sea en perjuicio de la otra en expresión de la sentencia de 30 de noviembre de 1961" y la STS de 19 de mayo de 1995 proclama que hay que acudir a un defensor judicial "cuando los intereses de los sujetos a la patria potestad son contradictorios con los de quienes la ejercen", apreciándolos en el caso en el que el interés patrimonial que el padre perseguía era incompatible con los intereses de sus hijos "como herederos de su abuelo", ante lo que aquel "no desarrolló su autoridad paterna con espíritu de imparcialidad, sacrificando si es necesario, como declaró la sentencia de 30 de noviembre de 1961, en aras de los deberes para con sus hijos, sus intereses propios".

La casuística es abundante y muestra de ella es la siguiente: siendo fiduciario el padre y fideicomisarios los hijos que él pueda tener, no pueden estar éstos representados por aquel (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1929); la adquisición por el padre de los derechos hereditarios pertenecientes a un heredero, coloca a éste en el puesto de interesado directamente en la herencia, y origina la incompatibilidad prevista en el artículo 165 del Código, incapacitándole para repudiar en nombre de sus hijos la herencia a que éstos son llamados (RDGRN de 18 de noviembre de 1921); dadas las íntimas relaciones de los esposos, las exigencias de la vida común, y la indeterminación de los respectivos derechos en la sociedad de gananciales, hay incompatibilidad de intereses entre el padre y sus hijos menores que precisan de un defensor judicial en la partición de bienes del otro progenitor, cuando hay que liquidar la sociedad de gananciales, aunque el cónyuge superviviente renuncie a su cuota hereditaria (Resoluciones DGRN de 10 de enero de 1894, 25 de mayo y 5 de octubre de 1906, 30 de abril de 1908, 17 de julio de 1915, 13 de mayo de 1916 y 25 de enero de 1928); existe, también, oposición de intereses si el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (RDGRN de 12 de octubre de 1895); en la división de la herencia si el padre y el hijo son coherederos (Resoluciones de 10 de diciembre de 1910, 31 de enero de 1913 y 21 de junio de 1917 y Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1927, 25 de enero de 1928 y 18 de febrero de 1969) si el padre es heredero y el hijo legatario (STS de 6 de noviembre de 1936); si sobre la base de un testamento por el que el causante, de vecindad civil catalana y casado en el régimen de gananciales, instituye herederas a sus dos hijas y deja el usufructo a su esposa y ésta, por sí y en representación de aquellas, menores de edad, inventaría los bienes del patrimonio conyugal y se adjudica la propiedad de la mitad indivisa de todos ellos más el usufructo de la otra mitad con ciertas facultades de disposición respecto de ciertos bienes, quedando la nuda propiedad de esta mitad indivisa para las dos hijas, también y entre ellas de forma indivisa (RDGRN de 11 de agosto de 1989); si se practica división de la cosa común en la que se adjudica a un copropietario, abonando su parte en metálico a los demás, entre los que hay menores representados por la madre, viuda, que es usufructuaria de la cuota correspondiente a sus representados (RDGRN de 27 de noviembre de 1986).

Por el contrario, no se da contraposición de intereses si entre los esposos rige el régimen de separación de bienes y se procede a la adjudicación de, en realidad, un único bien, mediante la creación de una cotitularidad en proporción a las cuotas hereditarias de cada adjudicatario (RDGRN de 6 de noviembre de 1998) y tampoco en el caso de una viuda, en régimen matrimonial de separación de bienes sometido a nuestra Compilación, cuya



actuación se limita a la aceptación de la herencia y la adjudicación de dos fincas hereditarias en las mismas cuotas indivisas que se corresponden con la proporción fijada por el testador ( RDGRN de 27 de enero de 1987).

Si desde la visión general del tema se pasa a los fundamentos del motivo de recurso se observa, en primer lugar, que el recurrente invoca el artículo 1259 del CC. que lejos de vedar la actuación de su padre la posibilita, pues éste tiene conferida, por Ley, su representación legal y, en segundo lugar, que en trance de indicar cual sea el "conflicto de intereses" entre ambos lo centra, por una parte, en algunos hechos recogidos en la sentencia como son, el segundo matrimonio de su padre con su tía Trinidad , donataria pura y simple en la escritura de donación; la existencia de hijos de este matrimonio; el que nunca entró en posesión de los bienes donados por su abuela; el que en la escritura de donación no existiera, para sus tíos, cláusula como la que permitió a su abuela vender la finca donada a un tercero y, por otra parte, en otros hechos que no figuran en aquella, por lo que no pueden ahora ser admitidos, y así, el que desde la fecha de la escritura de donación las fincas vinieron siendo utilizadas por su padre, su segunda esposa y las hijas de ambos, hermanas suyas por vía paterna, y el paralelismo entre la venta de la finca donada por su abuela y la compra de un piso, en la Vía DIRECCION000 de esta ciudad, por su tía Antonieta ; sosteniendo, en definitiva, que la necesidad de Defensor Judicial " no requiere para su apreciación una confabulación, como dice la Audiencia Provincial, sino que es suficiente acreditar una situación de perjuicio para el menor, en este caso clara respecto de sus tíos, y siendo evidente que un defensor judicial hubiera podido luchar para conseguir una donación idéntica a sus tíos, situación a la que su derecho de representación conducía".

Si se analiza tal planteamiento a la luz de la jurisprudencia y doctrina reseñadas se concluye que el recurrente no imputa a su padre un interés propio, personal y patrimonial, que choque con el suyo y que le proporcione efectivamente y a su costa beneficio cierto alguno; lo que equivale a decir que, técnicamente, no existe el invocado "conflicto de intereses" o, lo que es lo mismo, un "interés opuesto" entre ambos.

Tan claro es lo anterior que, como hemos visto, el "perjuicio" no lo relaciona el recurrente con su padre al escribir que le parece evidente que "un defensor judicial hubiera podido luchar para conseguir una situación idéntica a la de sus tíos".

Para refutar esta idea hay que decir que se basa en una mera hipótesis; que en el negocio jurídico intervinieron múltiples personas, por lo que no cabe sobrevalorar la eventual intervención de una sola de ellas; que descartado en el padre un "interés opuesto" al hijo, su intervención podrá ser más o menos afortunada pero será siempre neutral, al no estar condicionada por tal interés, y que, en definitiva, como recoge la sentencia de instancia, tres de los tíos no recibieron nada de su madre, la abuela del recurrente, y que todos, salvo éste, pese a recibir, en la escritura, la plena propiedad de las fincas donadas, " en documento privado firmado el mismo día volvieron a ceder el usufructo a sus padres y se obligaron al pago de una pensión mensual a calcular según una fórmula recogida en tal documento".

Hay que destacar, finalmente, que en último párrafo del Fundamento de Derecho tercero de la misma sentencia se indica expresamente que " en confesión en juicio el actor, su padre y su tía" negaron la "confabulación del padre con la madrastra en perjuicio del actor"

Todo lo anterior determina la desestimación de este motivo de recurso

QUINTO.- En el tercer motivo de recurso se sostenía, además de lo visto, que existía infracción del artículo 50 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, vigente al efectuarse la escritura de **definición**, y se consideraba, en todo caso, infringida la doctrina de esta Sala contenida en la Sentencia 1/92, de 28 de mayo, que "alude a la controversia existente en la doctrina sobre si la **definición** cabe considerarse como un negocio oneroso o gratuito, inclinándose la posición mayoritaria (con dos votos particulares) por la onerosidad".

Sobre el tema de la **definición** se ha pronunciado esta Sala y en la referida sentencia la concibe como " un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados- el acto de liberalidad y la renuncia- y que se verifican el uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona", lo que hace que tal negocio complejo devenga oneroso, aún siendo gratuita la causa de, por una parte, la donación y por otra la renuncia. El hecho trascendente, según la sentencia, es que "la causa de la atribución lucrativa que realiza el ascendiente, radica en el común propósito de las partes de imputar dicha atribución al pago adelantado de los derechos legitimarios o, en su caso, sucesorios, que corresponderán al descendiente, de manera que éste, dándose por satisfecho con cuanto ha percibido, se comprometa a no reclamar nada por tales conceptos en el futuro".

Si se une lo escrito por el recurrente a lo dicho por la sentencia que estima infringida, podría pensarse que la argumentación, implícita, del mismo se basa en que la **definición** de la legítima de su abuela no fue onerosa, ya que nada percibió de ésta.





El obstáculo ante el que nos encontramos, para acoger esta tesis, es insalvable pues parte, y no puede hacerlo, de la idea de que estamos ante dos contratos separados de **definición**, como se afirmaba en la sentencia de primera instancia, ya que, por el contrario, en la sentencia de apelación se concluye que "nos hallamos ante un solo pacto sucesorio de **definición** que incluye la herencia de ambos ascendientes, y no de dos contratos separados", insistiéndose en que "nos hallamos ante un único contrato en el que se realiza una **definición** de dos herencias, llegando hasta el extremo que tres hijos renuncian a los derechos hereditarios respecto de la herencia (de la abuela del recurrente), y los tres restantes únicamente del padre o abuelo".

A esta calificación del contrato hay que estar por no haber sido, en rigor, expresamente recurrida y por ser Jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que "la función calificadora del contrato es competencia de la Sala( de instancia), cuyo criterio debe prevalecer salvo que sea "ilógico", o "contrario a la Ley", o "manifiestamente equivocado" ( SSTS de 7 de febrero de 2000, 8 de febrero de 1999, 14 de mayo de 1998, 18 y 23 de junio de 1997 y 9 de abril de 1991, entre otras muchas).

La calificación indicada no adolece de los vicios referidos pues se apoya en los datos fácticos contenidos en el primer Fundamento de Derecho de la sentencia de instancia, en el que se destaca que el día 28 de diciembre de 1979, los consortes D. Romeo y D<sup>a</sup> Marina con sus hijos D<sup>a</sup>. Gaspar , D. Lucas , D<sup>a</sup> Trinidad y D<sup>a</sup> Antonieta , y con su **nieto** de diecisiete años, D. Jose Enrique ( hijo de la ya entonces fallecida D<sup>a</sup>. Isabel ), representado en aquel acto por su padre D. Carlos Miguel , concertaron un contrato de donación de diversos inmuebles rústicos, acompañado de **definición** de los hijos y **nieto** en sus derechos hereditarios; que dichas fincas rústicas fueron 23, de los cuales 21 eran propiedad del padre y abuelo y dos de la madre y abuela; que al recurrente se le otorgaron las fincas referidas con los números 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 23 de la enumeración de dicho documento público, de las cuales todas, excepto la última eran propiedad del abuelo"; que en la escritura se hizo constar que " sus abuelos otorgantes le donaban la nuda propiedad y se reservaban la facultad de disponer inter vivos y mortis causa, a título oneroso o lucrativo de dichas fincas"; que tres de los hijos no recibieron finca alguna de su madre; que al aceptar la donación los donatarios otorgaron **definición** de todos los derechos hereditarios, tanto en la herencia de su padre y abuelo, como en el de su madre y abuela; que Don Romeo falleció el 12 de diciembre de 1989, sin disponer de ninguna de las fincas donadas a su **nieto**; que sus hijos y **nieto** aceptaron su herencia en escritura de 5 de junio de 1990 y que el **nieto**, en fecha que no consta, entró en posesión de las fincas donados por el abuelo, denominadas DIRECCION001 .

Según lo anterior en el negocio jurídico de **definición** efectuado la nuda propiedad recibida por el recurrente se hallaba sometida a una condición puramente potestativa positiva resolutoria que, a su vez, le otorgaba la expectativa de devenir pleno propietario de las fincas donadas por su abuelo y por su abuela de fallecer sin haber hecho uso de las facultades que se reservaban.

Al morir el abuelo, el 23 de diciembre de 1989, el **nieto** adquirió la plena propiedad de las nueve fincas donadas por éste y de las que no había dispuesto en uso de las facultades que se había reservado, mientras que en relación a la finca de la abuela perdió la nuda propiedad que se le había transmitido y las expectativas dichas, pues ésta utilizó la facultad reservada y la vendió el día 26 de mayo de 1989.

Ahora bien, ello no significa que el negocio jurídico total de **definición** no consiguiera su fin pues, en su unidad y en el momento de la consumación, su causa subsistía: se definieron las legítimas de dos herencias recibiendo el recurrente como contraprestación nueve de las diez fincas donadas, pese a la existencia de la condición analizada.

El tercer motivo, por todo lo dicho, no puede prosperar.

SEXTO.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción, al no aplicarlo, del artículo 1256 del Código Civil, precepto que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, "no sirve de apoyo a una causa casacional" ( STS 19 de noviembre de 1997), pues "... por su carácter genérico, sancionador de la fuerza vinculante del contrato, no puede servir para fundar en él un recurso de casación si no es en conexión con los correspondientes artículos que lo desarrollan" ( STS de 29 de noviembre de 1997), doctrina que, por sí sola, basta para desestimar el recurso.

Si, con el mismo fin, nos adentramos en escrito de interposición se observa que en éste, para intentar fundarlo, se dice que nos hallamos ante una **definición**, calificada tanto por esta Sala como por el Tribunal Supremo como " negocio jurídico complejo" de carácter bilateral, con la concurrencia de un acto de liberalidad con otro de aceptación y renuncia por lo que, en aplicación de la teoría general de los contratos, es claro que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; mientras que, en el caso, "la sola voluntad de la abuela, bastó para dejar de cumplir el negocio jurídico, sin que tan siquiera haya una referencia a la necesidad de vivir, típica de las donaciones a los descendientes", añadiendo que "las consecuencias del acto de enajenación, unilateral, de la abuela alterando el negocio sólo se pueden calibrar después de producirse la



apertura de la sucesión, en este caso testamentaria y con preterición de mi mandante. Este es el momento de la perfección del negocio jurídico".

Para argumentar de este modo se vuelve a partir de la tesis no admitida, como sabemos, por la sentencia de instancia de que " en todo caso habría un instrumento único, no negocio jurídico único".

No es cierto, en particular, que la sola voluntad de la abuela bastara para "dejar de cumplir el negocio jurídico " y que este no se perfeccionara hasta después de producirse la apertura de su sucesión testamentaria.

El negocio se perfeccionó el día de la firma de la escritura, el 28 de diciembre de 1979, y las expectativas de toda índole por él creadas se fueron transformando en el modo y forma vistos en el anterior fundamento de derecho, hasta que, al morir los causantes, se llegó al momento final del negocio en el que se realiza el fin perseguido por éste.

En este momento se consolidó la causa de las atribuciones realizadas en pago de ambas legítimas que se concretan, en el caso del recurrente, en la adquisición de la plena propiedad de las nueve fincas donadas por el abuelo, sin que el no recibir, en definitiva, bien alguno de la abuela sea algo extraño en el negocio jurídico realizado ya que, como hemos destacado, tres hijos definieron la legítima paterna y materna sin recibir, tampoco, bien alguno de esta última procedencia.

La abuela, en contra de lo que afirma el recurrente, no podía, por su sola voluntad, dejar de cumplir el negocio jurídico ya que éste era susceptible de lograr el fin perseguido según el plan y proyecto de todas las partes, aunque aquella utilizara, como hizo, la facultad que se había reservado y que se ceñía a la posibilidad de dejar sin efecto la donación de la nuda propiedad de la finca número 23 y de poner fin a la expectativa del recurrente de devenir pleno propietario de la misma, pues la utilización de tal facultad si bien disminuyó el "quantum" de lo percibido finalmente por éste a causa de la **definición** efectuada, no privó al total negocio de su carácter oneroso.

No es posible, en estas circunstancias, pedir la nulidad de la **definición** de la legítima de la abuela olvidando el conjunto del negocio realizado en el que intervienen múltiples partes y se definen las legítimas de dos herencias; es decir, invocar la operatividad del artículo 1256 del Código Civil para solicitar únicamente la nulidad de parte del negocio y pretender, a la vez, dejar subsistente el resto pues como se lee en la sentencia del TS de 1 de noviembre de 1987, no es viable jurídicamente la declaración de nulidad parcial de un negocio jurídico " fuera de los casos autorizados expresamente por la Ley o en los que el defecto de la nulidad recaiga sobre un elemento accesorio, o que no alcance a la médula de la causa contractual " pues de lo contrario se "conmovería el equilibrio de voluntades que es base de la institución contractual ( artículos 1256 y 1258 del Código Civil)" y tendría consecuencias contrarias al espíritu y finalidad de lo concertado por las partes, vulnerándose el "principio de indivisibilidad de la nulidad", al que se refiere la sentencia de instancia.

El recurrente sostiene, además, en este motivo de recurso que no estamos ante una "globalización de patrimonios sino ante una donación de fincas rústicas".

Es cierto que hubo donación de fincas rústicas, pero no sólo ésto sino algo más, una auténtica **definición**, pues en contemplación a lo donado se renunció y dio finiquito a las legítimas paterna y materna y para ello se utilizaron aquellas sin importar su procedencia e, incluso, como se ha repetido, tres hijos otorgaron **definición** de ambas legítimas sin recibir finca alguna de procedencia materna.

Se podrá utilizar o no el término "globalización" para aludir a tal hecho, pero hay que reconocer que es expresivo de una realidad y que ésta tiene tradición en la práctica notarial mallorquina, en la que no sólo se conoce la donación en pago de las legítimas paterna y materna y **definición** de las mismas sino también la donación en pago de la legítima y demás derechos en las herencias paterna y materna aunque algún ó algunos donatarios no adquieran bienes de una línea y otros adquieran escasos bienes de la restante.

Esta Sala, en su sentencia 1/92, ya reconoció tal técnica al decir que la **definición** "... puede ofrecer gran utilidad práctica como instrumento posibilitador de la distribución global y simultánea de los patrimonios de ambos progenitores en vida de éstos y entre todos los hijos, de manera equilibrada y equitativa, procediendo todos de común acuerdo... sobre todo cuando la respectiva composición de cada una de las masas patrimoniales no permite una cómoda satisfacción de las legítimas que pesarán sobre ellas, anticipando, de tal suerte, un resultado que en otros territorios ha de demorarse hasta el fallecimiento del segundo de los padres, permaneciendo, entre tanto, indivisa la herencia del primero"

Solución distinta merecería el caso si, como pretende el recurrente, la **definición** de la legítima de la abuela fuera negocio jurídico totalmente distinto de la **definición** de la legítima del abuelo, pues entonces sería absolutamente anormal que aquella, mediante la utilización de la referida condición puramente potestativa positiva resolutoria, dejara lo realizado sin contenido patrimonial alguno para el **nieto**, con lo que éste habría



definido sin recibir algo a cambio, supuesto en el que el negocio complejo realizado dejaría de ser oneroso y devendría falto de causa ( arts. 1261.3 y 1275 del CC).

SEPTIMO.- En el cuarto motivo de recurso se afirma la infracción del artículo 50 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, en la versión vigente al otorgarse la **definición**.

El recurrente parte de la base de que, según la regulación actual, la **definición** ha de ser "pura y simple" y tras invocar la exposición de motivos de la Ley 8 del 90 - en la parte que afirma que respecto a la **definición** procede a precisar su concepto, naturaleza y requisitos (personales, reales y formales) - y tras concluir que ello es muestra de que no pretende innovar en la materia, se formula la pregunta de si en la anterior regulación cabía la donación condicional y le parece que la respuesta negativa es clara.

Tal argumentación no es de recibo ya que el actual artículo 50 de la Compilación al decir, en su párrafo cuarto, que la **definición** deberá ser "pura y simple", se refiere a la **definición** en el sentido de "renuncia", es decir al "pacto sucesorio" en virtud del cual " los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieren corresponderles en la sucesión de sus ascendientes de vecindad mallorquina", siendo, por tanto, esta especial renuncia la que tiene que ser "pura y simple" y no, necesariamente, la " donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad".

Otro aspecto del motivo se funda en lo que denomina "condición de legitimario del heredero", lo que le lleva a escribir que " no cabe la donación condicional en materia de **definición** o que al menos la perfección de la **definición** se produce en el momento de fallecimiento del donante, de no haberse ejercitado la condición resolutoria".

Ya se ha dicho anteriormente cual fue el momento de perfección de la **definición**, por lo que no es preciso volver sobre el tema, y a partir del mismo era obligatoria e irrevocable, salvo por acuerdo de todas las partes no perjudicial para terceros.

El recurrente en virtud de la **definición** realizada perdió toda expectativa a la legítima futura y, en definitiva, extinguió su derecho a la misma.

Para concluir el motivo se lee en el escrito que "no cabe vía **definición** la preterición de un heredero o su sometimiento a condición resolutoria aunque ésta sea impropia al depender de la sola voluntad del condicionante".

La **definición** evita tanto la preterición formal, pues no puede haber sido preterido quien expresamente da finiquito de su legítima, cuanto la preterición material, ya que aquella es negocio jurídico aleatorio.

Hay que subrayar, en fin, que no es lo mismo someter a condición la donación efectuada en el ámbito de un negocio jurídico de **definición**, que someter al heredero a condición resolutoria, extremo, éste, no admitido por el artículo 16 de la Compilación, que recoge el principio Romano "semel heres semper heres".

El motivo ha de desestimarse.

OCTAVO.- Igual suerte desestimatoria merece el quinto motivo de recurso por infracción, al no aplicarlos, de los artículos 46 y 16 de la Compilación, pues parte del supuesto de la nulidad de la **definición** efectuada y ello es inadmisibles por todo lo dicho.

El recurrente ni fue heredero de su abuela ni tenía, en su cualidad de legitimario, necesariamente que serlo (art. 48 de la Compilación de 1961 y 47 de la actual) y por ello no rigen para él los preceptos por él citados.

Tampoco es nulo, por preterición, el testamento de la abuela del recurrente, de fecha 20 de abril de 1998, en el que, como se dice en la sentencia de instancia, " nombró heredera universal a su hija D<sup>a</sup> Antonieta , haciendo constar la **definición** otorgada", ya que en éste no fue preterido, precisamente por estar definido.

Incluso en la hipótesis, negada, de que, como sostiene el recurrente, fuera nula la **definición** de la legítima de la abuela, el testamento de ésta no sería nulo por preterición ya que en el artículo 46 de la Compilación, en la redacción que regía tanto al efectuar el testamento como al morir aquella, se lee que " La preterición de un legitimarlo no anulará el testamento, quedando a salvo al preterido el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda".

NOVENO.- El último motivo de recurso fue interpuesto por infracción, al no aplicarlo, del artículo 50 de la Compilación Balear vigente.

Entiende el recurrente que " la **definición** que nos ocupa se perfeccionó al fallecer la abuela en el año 1998" y que " el actual art. 50 prohíbe expresamente el condicionante en la **definición** que ha de ser pura y simple".



Ambos temas ya han sido resueltos anteriormente en el sentido de que la **definición** se perfeccionó el día de la firma de la escritura, el 29 de diciembre de 1979, y de que es la renuncia la que debe ser pura y simple.

No es de aplicación, por último, la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, ni el actual artículo 50 de la Compilación que, en cuanto a los efectos de la **definición**, es, en lo que ahora importa, equivalente al anterior.

El motivo es improsperable.

DECIMO.- Al haberse desestimado totalmente el recurso de casación procede imponer las costas al recurrente, de conformidad con el artículo 398 .1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no existir razones que aconsejen lo contrario.

### III PARTE DISPOSITIVA

En atención a todo lo expuesto La Sala, EN NOMBRE DEL REY,

HA DECIDIDO:

1º Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Margarita Jaime Noguera en nombre y representación de Don Jose Enrique contra la Sentencia de fecha 4 de junio de 2001 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad.

2º Imponer a la parte recurrente las costas procesales causadas en el presente recurso.

Líbrese a la citada Sección Quinta la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del Rollo de Apelación remitidos.

Notifíquese esta sentencia a las partes. Y una vez que lo haya sido, remítanse las actuaciones, dentro de los cinco días siguientes, a la Audiencia de donde proceden para que disponga el curso legal.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, Lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Angel Reigosa Reigosa.- Francisco Javier Muñoz Jiménez.- Antonio Federico Capó Delgado.- Miquel Masot Miquel.- Antonio Monserrat Quintana.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Magistrado Ilmo. Sr. D. Antonio Federico Capó Delgado, Ponente que ha sido en este trámite, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe. Palma de Mallorca a veinte de diciembre de dos mil uno.