

Universitat de València
Facultat de Dret
Departament de Dret Civil

**INCREMENTO DE LA VIABILIDAD
EN LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR
MEDIANTE LA FLEXIBILIZACIÓN DE ELEMENTOS
SUCESORIOS**



VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Programa de doctorado
“MODELO BÁSICO DE ATRIBUCIÓN DE BIENES Y SERVICIOS”

TESIS DOCTORAL

REALIZADA POR:
D. José Luis Baixauli Grancha

DIRIGIDA POR:
Prof.^a Dra. María José Reyes López

Valencia, octubre 2015

Al nuevo y joven Baixens: Abre al mundo bien los ojos y... ¡no los cierres!, ¡no los cierres!

*Como yo, aprende tú, profesional,
del buen hacer, lo más urgente.
Y diligente muestra a tu rival
tu gran obra, ejemplar, inteligente.
Proclama luego al mundo entero,
que fruto de tu afán y tu consciencia
lograste conseguir primero,
lo que no logró la competencia.
Mas, ¡ay!, nunca te jactes de proeza,
ni trueques en altivez tu energía.
Cuida que la cambista fortuna
jamás retorne a la pobreza,
Causa de mal para congoja mía,
y que al nacer heredé en mi cuna.*

Manuel Baixauli Pons

Este treball va dedicat a aquells éssers creadors dels que tan bé parlaven De la Concha, Necedal, Lausín o Moret: mon pare i ma mare. A ells els dec tot el que m'ha sigut possible fer en esta vida.

Agraïsc a Vanessa la seua paciència i companyia en este llarg viatge: Ella, millor que ningú, ha conegut els obstacles del camí.

Als meus germans Manolo, Mari Carmen i Àngel: el millor equip que mai he tingut, tant en allò personal com en allò professional.

Aunque Umberto Eco postula que no es correcto dedicar una tesis a su Director, debo arriesgarme a incumplir las normas de estilo y una vez más, para la Dra. María José Reyes López va mi más sincero agradecimiento. Por no abandonar el otro lado del correo electrónico y por sus indicaciones y aliento en los momentos de desacierto y de flaqueza moral.

A los notarios Isidoro Lora Tamayo, Antonio Ripoll y César Belda. Al registrador Luis Fernández y a los letrados Antonio J. Sánchez-Crespo y Rafael Bonmatí. A los profesores Javier Palao, Francisca Ramón, Vicente García y Francisco Millán. Ha sido un honor recibir su atenta, desinteresada y ágil asistencia.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES PRINCIPALES	10
CAPÍTULO I. LAS LEGÍTIMAS Y LA LIBERTAD DE TESTAR EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS DEL SIGLO XIX Y EN LA ACTUALIDAD	16
1.1 Sobre la pretendida libertad de testar	16
1.2 Referencias anteriores a la Codificación. Esbozo de la legítima civil en los textos legales y borradores presentes desde principios del siglo XIX hasta 1882.....	17
1.3 El Código Civil de 1889.....	22
1.4 Los Congresos de Jurisconsultos en España	24
1.4.1 El Congreso de Madrid de 1863	24
1.4.2 El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880	26
a. Las enmiendas de los Ponentes	27
i. La defensa del establecimiento de la reserva forzosa	29
ii. La defensa de la libertad de testar.....	31
iii. Una tendencia a la moderación	33
iv. El Dictamen de la Sección del Congreso.....	35
b. Conclusión del Congreso	38
c. El discurso de Joaquín Costa.....	39
1.4.3 Congreso Jurídico español de 1886	42
1.5 Las memorias de los representantes forales	44
1.5.1 Cataluña	45
1.5.2 Aragón.....	49
1.5.3 Navarra.....	53
1.5.4 Provincias Vascongadas.....	55
1.5.5 Mallorca	58
1.5.6 Galicia.....	61
1.5.7 Examen de conjunto de las principales opiniones de los miembros de la Comisión de Codificación	62
1.6 La libertad de testar en los debates parlamentarios del Código Civil. Desde 1885 a 1889	67
1.6.1 La cuestión de la cuantía.....	69
1.6.2 Concurrencia con las mejoras	75



1.6.3 El fortalecimiento de la autoridad paterna	77
1.6.4 Un estéril intento de acercamiento entre legislaciones con el fin de la unificación.	79
1.6.5 Algunas estadísticas esgrimidas en sede parlamentaria sobre la conveniencia de la reserva forzosa	92
1.6.6 La pretendida unidad en la legislación.....	93
1.6.7 El punto de vista del Ministro Alonso Martínez	96
1.6.8 Los factores morales, políticos y económicos aducidos en la defensa de la libertad de testar y del sistema de legítimas.....	101
a. La moral	102
b. Lo político, lo jurídico y las referencias a la aristocracia.....	104
c. El aspecto económico.....	108
1.6.9 Conceptualizaciones generales sobre libertad de testar y reservas forzosas en los debates parlamentarios del siglo XIX y la situación actual	111
1.6.10 El Derecho de propiedad.....	115
1.6.11 La actualidad de los derechos forales	123
a. La representación de la absoluta libertad testamentaria navarra	123
b. El sistema aragonés de legítima colectiva: la libre distribución dentro del grupo familiar	129
c. El cambio sustancial en el sistema legitimario gallego	135
d. El ordenamiento foral catalán: Debilidad legitimaria y moderación en el avance en la libertad de testar	142
e. La falta de conciencia foral en el Derecho sucesorio balear	149
f. La huida de la fragmentación en el Derecho legitimario vasco	157
g. El séptimo en discordia: La Comunidad Valenciana como territorio de Derecho foral	165
h. Breves reflexiones sobre el avance de los Derechos forales y la correlativa paralización del Derecho común	168
1.6.12 Conclusiones	170
CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN DE LOS LÍMITES EN LA DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE. MATICES EN FUNCIÓN DE PERÍODOS HISTÓRICOS EN ESPAÑA.....	176
2.1 Siglo XIX español. Período posterior a la promulgación del Proyecto del Código de 1851 y próximo al Código Civil de 1889.....	176
2.1.1 La sociología liberal europea en los sistemas sucesorios. Sistemas legitimarios, derecho de propiedad, familia, trabajo y matrimonio	180
a. Los sistemas familiares en Inglaterra y Francia	182



INCREMENTO DE LA VIABILIDAD EN LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR MEDIANTE LA FLEXIBILIZACIÓN DE ELEMENTOS SUCESORIOS

b.	La libertad de testar y la organización familiar en el último cuarto del siglo XIX pretendida para España	184
c.	La familia en el ámbito europeo como reducto ideal para el adecuado ejercicio del Derecho de propiedad y de la libertad civil.....	185
d.	El trabajo y la sucesión como principios cristianos y como origen de la propiedad en la España del siglo XIX.....	186
i.	La organización en el trabajo, su justificación para alcanzar la libertad de testar y el factor mercantil como alternativa desde una perspectiva general	188
ii.	El Derecho de propiedad en el trabajo y el libre ejercicio del reparto y disposición de este derecho en el entorno intelectual europeo decimonónico.....	189
2.1.2	El tratamiento del renacentista fenómeno aristócrata	192
a.	La aristocracia como impulsora de la libertad de testar	193
b.	La instauración de un régimen vinculador oculto en la libertad de disposición por causa de muerte.....	196
2.1.3	La autoridad paterna	198
a.	La legitimación de la libertad de testar por la autoridad paterna	199
i.	El origen divino de la autoridad paterna.....	200
ii.	La moralidad, precursora de la autoridad paterna.....	201
iii.	Autoridad paterna convertida en cariño hacia los hijos.....	202
iv.	El Derecho de propiedad ejercido por el padre y su autoridad emanada de la naturaleza dentro de las sociedades domésticas	203
b.	El mejor ejercicio de la autoridad paterna por medio de las legítimas.....	208
c.	El giro inesperado de Francisco de la Pisa Pajares: La crítica de un sistema, pero no de sus elementos integrantes legitimarios	210
2.1.4	El condominio.....	212
2.1.5	El Derecho de propiedad.....	214
a.	El Derecho de propiedad y defensa de la libertad de testar.....	214
b.	El Derecho de propiedad y la defensa del sistema de legítimas	216
2.1.6	La posición del Derecho natural	218
a.	La compatibilidad entre las legítimas y el Derecho natural	218
b.	La habilitación de la libertad de testar mediante la actuación del Derecho natural	219
2.1.7	La división de la propiedad y su relación con las normas legitimarias.....	221
a.	La consideración de los efectos perjudiciales de la división forzosa	222



b.	La negación de las consecuencias antieconómicas generadas por los sistemas legitimarios.....	231
2.1.8	Un medio de potenciación de las legítimas y por ello, igualmente criticado: las mejoras	238
2.1.9	El fundamento cristiano: un clásico promotor de la libertad de disposición	240
2.1.10	Algunos territorios forales	243
a.	Dos arquetipos con amplia presencia en la opinión doctrinal decimonónica: Cataluña y Aragón.....	243
i.	El tratamiento catalán de una libertad testamentaria parcial considerada como una absoluta libertad	243
ii.	El sistema foral aragonés y su embate al Proyecto de 1851	248
b.	La relativización de la época en el apoyo a la libertad de testar	251
2.1.11	Unidad en las legislaciones partiendo del referente de la libertad de testar.....	254
2.2	La caracterización de los sistemas legitimarios y de libre disposición en el siglo XX. Visión de conjunto.	255
2.3	Siglo XXI. Un nuevo planteamiento en las ideas sobre las legítimas y la libertad de testar	262
2.3.1	La necesidad de avanzar en la libertad de testar y la superación de obstáculos en un terreno con significativo arraigo de la legítima	263
2.3.2	La libertad de testar relativa y su combinación con los sistemas de alimentos.....	266
2.3.3	La figura necesaria de las legítimas en el ordenamiento jurídico	272
2.3.4	La búsqueda de la conciliación entre un sistema de libertad y de legítimas.....	274
2.3.5	Armonización de legislaciones europeas en materia legitimaria	280
2.3.6	Un apunte sociológico referido a la familia. La juvenilización como factor de regeneración de los lazos	283
a.	Perspectiva jurídica	284
b.	Perspectiva social	287
2.4	Conclusiones	292
CAPÍTULO III. LA EXPLOTACIÓN Y LA PROPIEDAD FAMILIAR. SU RELACIÓN CON LA RESERVA FORZOSA		294
3.1.	Introducción	294
3.2.	Los debates parlamentarios y la conservación de la empresa	295
3.3	La libertad de testar como factor integrador y unificador de la empresa familiar en el panorama agrario del siglo XIX	297



INCREMENTO DE LA VIABILIDAD EN LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR MEDIANTE LA FLEXIBILIZACIÓN DE ELEMENTOS SUCESORIOS

3.4 La conciencia de lo familiar en la tradición rural y su focalización en el mantenimiento de la unidad de explotación, frente a las imposiciones del Estado.....	302
3.5 La cuestión sucesoria en el denominado Derecho agrario	306
3.5.1 El debate sobre la autonomía en el Derecho agrario.....	306
3.5.2 Empresa y empresa agraria	312
3.5.3 El patrimonio familiar en la sucesión en el Derecho común y foral.....	317
a. El debate sucesorio actual sin sentido, en lo agrario	317
b. La idoneidad del Derecho común postulada por José Luis De los Mozos	319
c. Invitación a la moderación	322
d. El Derecho foral como solución.....	325
e. La plasmación en los ordenamientos jurídicos.....	331
3.5.4 Derecho sucesorio como consecuencia necesaria del Derecho agrario y patrimonio familiar como su objeto principal	332
3.6 Análisis de la evolución de los preceptos sucesorio-legitimarios en la normativa patrimonial agraria de mayor relevancia desde la segunda mitad del siglo XX	336
3.6.1 La ley de 15 de julio de 1952 por la que se regulan los Patrimonios Familiares creados por el Instituto Nacional de Colonización	337
3.6.2 La Ley 51/1968 de 27 de julio, sobre régimen de las tierras adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización o afectadas por sus planes	342
3.6.3 La Ley 118/1973 de 12 enero, de Reforma y Desarrollo Agrario.....	344
3.6.4 La Ley 49/1981 de 24 de diciembre del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes.....	347
3.6.5 La Ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias...	353
3.7 Un apunte sobre la ubicación y relevancia de la empresa en el ordenamiento civil sucesorio.....	359
3.8 El párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil	362
3.8.1 Notas introductorias	362
a. Redacción inicial.....	362
b. Redacción tras la Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa	363
3.8.2 Análisis comparativo	368
a. “El padre-el testador”	368
i. El padre.....	368
ii. El testador	369



b.	“En interés de su familia-en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia”	370
i.	El debate sobre la evolución del precepto	370
ii.	El punto de inflexión. Un comentario jurisprudencial significativo. La STS de 28 de mayo de 1958. La jurisprudencia actual sin tanta relevancia	373
c.	“...quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril-quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas”	381
d.	“disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos-disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados”	384
i.	Los demás hijos	384
ii.	Los demás interesados	386
e.	“A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario...”	387
3.8.3	Normas relacionadas con el artículo 1056 CC que permiten el pago en metálico. Aplicación a la explotación familiar y relación con la cuota legitimaria.....	389
a.	La reducción de legados inoficiosos. Artículo 821 CC.....	390
b.	La mejora en cosa determinada. Artículo 829 CC	390
c.	Facultades conferidas al cónyuge. Artículo 831 CC	391
d.	Una atenuación del abono en metálico a los no adjudicatarios. Artículos 841 a 847 CC	393
i.	Confrontación entre los artículos 841 y ss. y el artículo 1056.2 CC ..	393
ii.	Entrada en escena de artículos afines en el Código Civil	396
e.	La indivisibilidad cualitativa del bien y el alejamiento de la conservación dentro del círculo familiar. Artículo 1062.1 CC.....	397
f.	Fin de la norma. Entre lo jurídico y lo socio-económico	399
3.8.4	Las alusiones al pacto sucesorio	405
a.	Breve referencia al artículo 1271 CC	405
b.	Jurisprudencia relacionada	408
c.	Modificación del artículo 1056.1 CC. ¿un intento vano de recuperar el pacto sucesorio?.....	415
3.9	La trayectoria normativa europea en materia de transmisión de empresas familiares ...	416
3.9.1	Comunicación 94/C 204/01 de la Comisión, de 23 de julio de 1994, sobre la Transmisión de Empresas: Acciones en favor de las PYME.....	417
3.9.2	Recomendación 94/1069/CE de la Comisión, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas	418



INCREMENTO DE LA VIABILIDAD EN LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR MEDIANTE LA FLEXIBILIZACIÓN DE ELEMENTOS SUCESORIOS

3.9.3 Comunicación 98/C 93/02 de la Comisión, de 28 de marzo de 1998, sobre la transmisión de las pequeñas y las medianas empresas.....	419
3.9.4 Informe Final del Grupo de expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas. Mayo de 2002.....	420
3.9.5 Informe Final de la Comisión sobre el Informe del grupo de expertos (MAP 2002). Agosto de 2003	422
3.9.6 Armonización de normas europeas en el ámbito global: El Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos y la Comunicación de la Comisión sobre Transmisión de empresas y Continuidad mediante renovación (aplicación del programa comunitario de Lisboa para el crecimiento y el empleo), 14 de marzo de 2006.....	423
3.10 Conclusiones	426
CAPÍTULO IV. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR EN EL DERECHO VALENCIANO. ANÁLISIS DE LO QUE PUDO SER Y DE LO QUE, POR EL MOMENTO, NO HA SIDO	429
4.1 Justificación del tratamiento de la cuestión.....	429
4.2 La perpetua resistencia a la expoliación de la legislación foral	430
4.3 El factor de la prudencia en el restablecimiento de los Furs.....	437
4.4 La potestad para legislar en Derecho foral.....	438
4.4.1 El punto de partida: Las diversas sentencias del Tribunal Constitucional.....	439
4.4.2 Situación anterior a la modificación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en 2006.....	444
4.4.3 Situación posterior al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 2006.	449
a. Opiniones negacionistas o reduccionistas	449
b. Posturas a favor del desarrollo de un Derecho foral valenciano	453
i. Moderadas	453
ii. Progresistas	455
c. La inviabilidad de la costumbre	459
4.4.4 Un desequilibrio procedente de las posturas autonomistas. Apertura a otras variantes del problema.....	461
4.4.5 Posicionamiento: entre propósitos y obstáculos	463
4.4.6 La cuestión de la eficiencia en el Derecho civil foral valenciano.....	466
4.5 Antecedentes de los oficios en la Valencia foral y posterior evolución.....	471
4.5.1 El fenómeno vinculador en los Fueros: aristocracia y burguesía.....	475



4.5.2 Aproximación a un análisis de la transmisión del patrimonio familiar: evolución desde los Fueros valencianos	481
4.5.3 Pérdida del protagonismo en la primera mitad de siglo XVIII de la vía legitimaria y de la mejora como alternativa en la sucesión.....	484
4.5.4 Tipología de los testadores y maneras de testar en Valencia durante los siglos XVI y XVII	486
4.5.5 Dos formas de obtención del patrimonio: El mercado de la tierra y la transmisión dentro de la familia	489
4.5.6 Los cabreves valencianos: un instrumento valioso para analizar las transmisiones intrafamiliares	492
4.5.7 Polarización de la propiedad en Valencia. La no incompatibilidad del minifundio con la continuidad del patrimonio dentro de la familia. Diferentes medios para unos fines comunes	495
4.5.8 La dificultad para fijar una tendencia sucesoria. Habitualidad en la variedad.....	498
4.6 Aproximación introductoria a un estudio de una norma mortinata: la Ley Valenciana de Sucesiones	502
4.6.1 La puesta en escena política para la difusión de la futura Ley Valenciana de Sucesiones.....	504
4.6.2 El Anteproyecto de La Ley Valenciana de Sucesiones. La libertad de testar y la sucesión en la empresa familiar valenciana	510
4.6.3 Dos dictámenes que reconducirían la impulsiva posición legislativa del Consell.	515
a. La postura del Colegio Notarial de Valencia	516
b. La postura del Consell Jurídic Consultiu	523
i. La competencia para legislar y otros motivos para el descarte del Anteproyecto.....	523
ii. La referencia a la empresa familiar.....	525
c. La postura de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación .	528
4.6.4 Otro intento fallido: El Anteproyecto de Ley de Sucesión de empresas agrarias y familiares	532
4.6.5 Figuras jurídicas fundamentales.....	534
a. Los pactos sucesorios	535
b. El testamento mancomunado.....	537
4.7 Conclusiones	540



INCREMENTO DE LA VIABILIDAD EN LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR MEDIANTE LA
FLEXIBILIZACIÓN DE ELEMENTOS SUCESORIOS

V. CONCLUSIONES	545
CONCLUSIÓN I. La ampliación de la libertad de testar como fenómeno evolutivo y como posibilidad	545
CONCLUSIÓN II. La evolución hacia la libertad de testar hecha realidad en los territorios forales	547
CONCLUSIÓN III. La insuficiencia de preceptos civiles de flexibilización legitimaria en la transmisión de la empresa familiar.....	549
CONCLUSIÓN IV. Las instituciones europeas como mediadoras entre los Estados, en materia de derecho legitimario	551
CONCLUSIÓN V. La imposibilidad legal de igualación a otros territorios forales en materia de libertad testamentaria. Contrapartida en la persistencia	553
CONCLUSIÓN VI. La libertad de testar como una realidad instaurable a largo plazo en el Derecho común	556
VI. BIBLIOGRAFÍA	559



INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES PRINCIPALES

Nuestro primer propósito antes de comenzar a escribir –propósito que por cierto, poco después se convertiría en el verdadero escollo en el desarrollo de la presente tesis-, ha sido el de poner en relación diversas líneas de estudio encuadradas en distintos períodos temporales en el Derecho español y en sus coetáneos ordenamientos forales, que tendrán como temática principal el modo en que los legitimarios resultan afectados ante la apertura de la sucesión.

Un análisis no demasiado dilatado en el tiempo –hemos intentado establecer nuestro punto de partida en la mitad del siglo XIX- nos ha llevado a indagar en el pensamiento de los autores que reaccionaron ante el Proyecto del Código civil de 1851 y más si cabe, en el de los que fueron protagonistas en la Codificación de nuestro, más que centenario, Código Civil. Aunque dichos comentarios trataron el Derecho subjetivo relacionado con la institución legitimaria, en la forma, se presentaron más como disertaciones filosóficas y dialécticas típicas de la época que igualmente merecen el mismo estudio y tratamiento.

Es por ello que nuestra perspectiva en esta primera parte de nuestro trabajo no estará basada en la evolución de los textos antiguos y clásicos que conforman el origen de la institución legitimaria -aunque en ocasiones será necesaria la remisión a dichas referencias, relacionadas con dicho origen- sino que el objetivo principal atenderá al análisis de la fundamentación de la legítima, partiendo de la redacción y significado fijado en el Proyecto del Código Civil de García Goyena y en el seno de la Sección de la Comisión de 1889, así como de sus antecedentes inmediatos cuyo ámbito temporal abarcan casi la totalidad del siglo XIX.

Se tratará más bien de analizar qué motivos llevaron al legislador de la época a fijar el concepto de legítima tal y como hoy lo entendemos, y a realizar una reflexión sobre la materia que la Comisión de Codificación en 1889 propuso tanto al Congreso como al Senado, concluyendo si dicha institución, mantiene una vigencia y efectividad real, adaptadas a las exigencias e intereses de los testadores contemporáneos.



Así pues, hemos perseguido dirigir nuestro examen hacia la sucesión, no con excesivo ánimo de exhaustividad en materia de reservas forzosas y libertad de testar -debido a los abundantes tratados que versan sobre dicha temática- pero sí con el objeto de efectuar un debido contraste y verificación de las opiniones que actualmente someten a valoración a dicha institución, optando por su descarte o su continuidad.

La observación del Libro de Sesiones del Congreso y del Senado decimonónico, de las diferentes intervenciones de jurisconsultos a raíz de aquella iniciativa legislativa y de los pormenores referidos al sistema legitimario que finalmente quedaría referenciado en nuestro Código, han constituido un principio de investigación en el que además, hemos descubierto la relevancia atribuida al conjunto empresarial antiguo, como objeto de la sucesión.

Ello ha despertado nuestro interés, y por lo tanto ha motivado la investigación de la sucesión en la empresa familiar -entendida ésta como un bien integrante del caudal hereditario y que a su vez, será inevitablemente afectado por un sistema legitimario concreto- en esta etapa histórica, pretendiendo la conformación de un hilvanado coherente de la institución legitimaria en vigor con la transmisión de la explotación familiar existente en el momento de activarse la sucesión, así como de su distribución por parte del causante-empresario de antaño.

Para conseguirlo, entre la prolífica bibliográfica más moderna que aborda las relaciones entre familia, patrimonio y empresa, ha sido necesario llevar a cabo una tarea de cribado, dado que en ocasiones -las más- no se realiza el examen desde una perspectiva estrictamente jurídica, desviándose por ello de este modo de la finalidad perseguida y requerida para un trabajo de las presentes características.

En el momento actual, la transmisión de una empresa familiar de padres a hijos, se presenta como un fenómeno frecuentemente analizado por parte de la doctrina civilista y mercantilista. No en balde representa un interés prioritario en los padres empresarios, tras su fallecimiento, el tratar de encontrar un modo de encauzar hacia sus hijos el negocio fundado por los primeros. Ahora bien, cualquier hijo no es el más capaz, ni el más predispuesto, ni el que reúne los mejores requisitos para ocupar el puesto de su ascendente.



Ante esta situación, el padre empresario debe plantear su sucesión de la manera más diligente con la finalidad de transmitir la titularidad de la compañía al hijo -o hijos- que le ofrezcan las mayores garantías de una continuidad real, efectiva y beneficiosa al negocio familiar. En consecuencia, en el apartado correspondiente de este trabajo, nuestro objeto de análisis se basará -desde la perspectiva del Derecho español- tanto en el modo en que el padre puede conseguir dicho propósito, como en las cortapisas existentes en los mecanismos sucesorios vigentes que puedan defraudar sus expectativas en el momento de ejercitar sus opciones testamentarias.

En primer lugar, cabría preguntarse si el padre controla todos los aspectos de la sucesión respecto a los bienes cedidos en herencia, entendiendo como tales el conjunto de bienes y derechos que integran el meritado negocio familiar, dado que la libertad para ello se presenta de un modo relativo. Y hablar de libertad en este caso, consiste fundamentalmente en referirse a libertad de testar, tema profundamente debatido, pero no resuelto, en la vertiente de sucesiones de nuestro Derecho civil.

Tanto defensores como detractores de esta libertad han tenido la oportunidad de pronunciarse en una dilatada discusión, y los argumentos desarrollados en contra y a favor encuentran una razón de ser, susceptible de ser analizada, tanto desde un punto de vista jurídico como sociológico, aunque a menudo, ambos van estrechamente unidos.

Será valorada pues -en la referida conjugación de factores “libertad de testar-sucesión de empresa familiar”- la utilidad de dicha libertad como herramienta apropiada y útil en el ámbito de la transmisión empresarial a los descendientes legítimos y preferidos para dirigir el negocio, ahondándose en la cuestión de si, además de en este tipo de bienes, resulta tan necesaria la -anhelada en unos casos y vista con muchas reservas en otros- libertad de disposición o si dicha circunstancia debe venir a reforzarse con algún tipo de legislación específica que por otra parte, ya ha sido promovida por algunos legisladores en distintas épocas y países.

En segundo lugar, una vez examinadas las posibilidades del causante en la transmisión del negocio, hemos de analizar con la debida prudencia -tal y como ya hemos anticipado- los parámetros establecidos por el legislador para aportar medios flexibles de transmisión a la intangibilidad de nuestro sistema de legítimas, focalizando el análisis en el artículo 1.056.2 CC y dictaminando si dicho remedio normativo resulta suficiente y favorable para los mencionados intereses sucesorios de los progenitores.



Por otra parte, en la transmisión del negocio familiar no siempre se ha creado una relación de dependencia directa entre el destino de la explotación y la legislación general legitimaria, y ello ha sido debido –aparte de a la regulación especial del mentado artículo 1056.2 CC- a la existencia de normas que han contemplado soluciones específicas a dicha casuística también en ámbitos específicos, como el de la agricultura. En estos casos, a pesar de que la cuantía legitimaria no ha variado en su distribución, sí que se ha tenido en cuenta la posibilidad de que la satisfacción de la cuota a los herederos forzosos haya podido efectuarse en metálico, cuestionándose de este modo la inmutable intangibilidad legitimaria.

No obstante, la efectividad de dichas normas ha sido mermada debido a lo pretérito de su contexto, lo cual no es óbice para señalar la conciencia demostrada en este ámbito, sirviendo específicamente a los fines de transmisión de la empresa familiar. Distinta cuestión se presenta en los Derechos forales, donde sí que se acomete de manera más resolutiva, por lo flexible de su regulación inherente a su propio carácter – existencia de pactos sucesorios, testamentos mancomunados o mayor libertad en lo referido al *quantum* legitimario- una ordenación normativa más adaptada a la casuística concreta sobre la transmisión del negocio de familia.

Partiendo de dichas premisas se hacen necesarias las observaciones que nos permitirán analizar en correcta perspectiva la razón de ser de las aseveraciones formuladas, en connivencia con las imposiciones legitimarias en el marco de los distintos ordenamientos territoriales que enriquecen nuestra cultura jurídica, debiendo tener presente, por lo tanto, la ineludible obligación de recurrir a sus fuentes sucesorias. Dicho estudio comparado se acometerá en relación con las soluciones que en distintas Comunidades Autónomas se ofrecen al transmitir el negocio familiar, permitiendo que la titularidad de la misma permanezca en manos de los herederos más idóneos.

El abordaje de la materia foral nos obliga a volver la vista hacia la legislación histórica valenciana. Hablar de Derecho valenciano y de su relación con la legislación sobre sucesiones, y sobre todo, de su incompatibilidad con las normas constitucionales, para muchos especialistas es un asunto caducado que no reviste ningún interés y poca aplicación práctica, que tras haber sido debatido y descartado hasta la saciedad se ha considerado un debate cerrado y redundante.



De todos modos, nos hemos resistido a cerrar la puerta a esta vía de análisis dado que se vislumbra el interés que en la Comunidad Valenciana revestiría, por una parte, una legislación reguladora del fenómeno sucesorio con una mayor libertad de testar, reduciendo la legítima estricta en función del número de descendientes; y por otra, un modelo de organización familiar basado en las PYMES valencianas, para lo cual se elaboró en aquel Anteproyecto un tipo de norma específica que posibilitaba la transmisión indivisa de la empresa, haciéndola permanecer en manos de la familia. Parece descabellado revisar una ley que ha quedado apartada del tráfico jurídico y que ni siquiera ha ingresado en las Cortes Valencianas para su debida sanción, pero entendemos que pese a las críticas de los órganos consultivos y colectivos a los que se pidió opinión; merece un elogio el hecho de haber manifestado esta preocupación por el ejecutivo valenciano, al tiempo que tampoco representa un fenómeno legislativo aislado, dado que se ha actuado en connivencia con alguna decisión del legislador estatal -que también afecta de modo similar al cálculo del cómputo legitimario- así como también con otras Comunidades Autónomas, cuya actitud en este aspecto sí que vendría más justificada por su carácter de territorios forales.

Por último, tampoco debemos perder de vista la relevancia de esta materia en el ámbito europeo. Al igual que en el ordenamiento jurídico español, la poca movilidad legitimaria en los sistemas europeos -excepto en los cambios restrictivos de la libertad testamentaria hacia los que ha virado el modelo anglosajón- hace que nos abstengamos de emitir cualquier juicio de valor que apunte en una dirección optimista en el sentido de admitir que la institución legitimaria de cada país será capaz de contemporizar con el deseo de la facción que persigue una mayor libertad en el acto de testamentifacción.

En este sentido la armonía entre legislaciones nacionales está lejos de conseguirse, pero sin embargo no ha faltado el esfuerzo en la búsqueda de criterios comunes representada por la acometida en materia conflictual por el Reglamento 650/2012. Esto contrasta con la abundante actividad legislativa de las Comunidades Autónomas con clara tendencia hacia una mayor libertad en el acto de disposición por causa de muerte, debido a lo cual la dispersión española en un ámbito interno encuentra su réplica antagónica en el deseo unificador que ciertos sectores europeístas han reivindicado en la actualidad, más como un desiderátum que como un proyecto con verdadera viabilidad.



A ello debe añadirse el detalle fundamental de que, pese al ímpetu del *favor libertatis*, pocos ordenamientos jurídicos –sean nacionales o forales- apuestan por la completa libertad testamentaria como principio jurídico indiscutible a instaurar en sus sociedades, sino que se decantan por métodos instrumentales que atenúan los inconvenientes causados por los sistemas legitimarios. Tenemos un buen ejemplo de ello en el tantas veces aludido caso de las normas que rigen en el caso de la transmisión de la empresa familiar a un legitimario en detrimento del resto.

Con todo, y pese a las opiniones más derrotistas que parece que imperan como consecuencia de no alentarse cambio alguno en la legislación legitimaria, debe primar una visión de conjunto para interpretar la evolución que progresivamente se produce, primeramente, ya en la Codificación civil de 1889, donde se mejoró ostensiblemente el sistema el sistema de testar para con los legitimarios; y en segundo lugar, en las decisiones que en la actualidad toman las Comunidades forales en orden a avanzar en la misma libertad, que también resulta favorecida.

Parece pues que es éste un sistema de contrapesos en el que debe ascenderse con moderación: deben valorarse los criterios ejecutados por el legislador de turno en la materia a la luz de la evolución de los tiempos, de la mudanza de las costumbres y sobre todo, de las nuevas necesidades sociales, debiendo estar integradas dichas necesidades tanto por un aperturismo en la materia legitimaria -cediendo terreno a la libertad- como por un incremento en las posibilidades de la transmisión de la explotación familiar.

Si se consiguiera al menos el planteamiento de la regulación de una absoluta libertad, sobrarían métodos accesorios del modo en que se vienen proponiendo: se simplificarían entonces las circunstancias. Si no se aceptara el método de la libertad como viable, deberemos seguir conformándonos con esta suerte de “parches” y medidas parciales que no acaban de ofrecer las soluciones que se desearían en la materia testamentaria general y concretamente, en la empresarial. Pero habida cuenta de lo estudiado, es difícil que podamos ver convertida a la realidad esta propuesta, al menos en un corto plazo de tiempo. Por nuestra parte, esperanza y tenacidad es lo que podemos aportar para conseguirlo, para lo cual deberemos seguir contribuyendo con argumentos convincentes, que en nuestra opinión, se pueden contar por cientos.



CAPÍTULO I. LAS LEGÍTIMAS Y LA LIBERTAD DE TESTAR EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS DEL SIGLO XIX Y EN LA ACTUALIDAD

1.1 Sobre la pretendida libertad de testar

La disposición por causa de muerte no se puede entender dentro del Derecho castellano como una figura que haya experimentado notables variaciones en favor de la vertiente de la libertad.

A excepción de los territorios forales, en el ámbito del Derecho común, primaría un sistema legitimario estricto que, combinado con el tercio de mejora y un quinto de libre disposición, serviría para flexibilizar el estricto régimen pendiente de cambiar a finales de un siglo XIX español, repleto de turbulencias sociales y políticas. A la nombrada inestabilidad se acompañaron diferentes proyectos de Códigos civiles durante todo este siglo que guardaron, sin embargo como factor común, un espíritu tradicional en lo sucesorio, que en cierta medida relajaría sus postulados en la codificación definitiva de 1889 en favor de la libertad de testar.

La pretensión de la Codificación abarcaba todo el territorio español, pero la relajación de esta libertad de testar quedó sólo para el Derecho común en su afán de integrar el ordenamiento castellano con las leyes forales, que finalmente tampoco se consiguió. Se presentaba difícil la tarea, por cuanto las foralidades presentaban la mayoría de ocasiones un régimen legitimario mucho más transigente para con la libertad, exponente de su propia libertad civil.

A través del análisis de este recorrido en el que se pretendería la unificación legislativa en la materia alcanzamos el siglo XXI, donde nos encontramos, por una parte, con un Derecho nacional inmóvil y por otra, con otro Derecho foral con muchos avances referidos al progreso en la libre disposición testamentaria. En este recorrido comprobaremos los cambios acontecidos, valorando si dicho camino puede seguir su proceso de transformación en épocas venideras.



1.2 Referencias anteriores a la Codificación. Esbozo de la legítima civil en los textos legales y borradores presentes desde principios del siglo XIX hasta 1882

En Roma quedó evidenciada la existencia de la legítima desde finales de la República (sólo en relación con la sucesión necesaria formal), consolidándose dentro del período del Derecho Romano Clásico y nacido como limitación a una absoluta libertad de testar. Dicha institución, desde entonces, poco ha sido alterada en su rasgo característico y definatorio, entendiéndose por tal, la limitación de la facultad de disponer discrecionalmente de la totalidad de bienes propiedad del testador¹.

En la etapa temporal encuadrada como primer objetivo de nuestro estudio, se destacó la alternativa a la imposición legitimaria. No sería una opción tan indubitada la continuidad de aquella dilatada reserva incluida en la Novísima Recopilación y que prácticamente no dejaba opciones al testador, destacándose que “...la tesis favorable a la libertad de testar contó en España, especialmente en la época de codificación, con bastantes partidarios...”, originándose un debate que por lo tanto, “...dio lugar a que se suscitase una viva polémica sobre si debía seguirse ese sistema o mantener el de legítimas, que era el tradicional, o de Castilla. Prevalció al fin este último criterio aunque la cuantía de la legítima experimentó una notable reducción.”².

¹ SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M., “Naturaleza de la legítima y pago en metálico”, *Diario La Ley*, 1984, T. IV, p.997: “Esta libertad es total, en un primer momento, con la sola limitación de carácter formal, de que habiendo *sui heredes*, como secuela de la primitiva consideración de los mismos como sucesores natos, esa condición lleva inherente la expectativa de llegar a ser herederos en su día, que debía ser destruida por el testador mediante la desheredación expresa... Pero los abusos cometidos, frecuentemente por los padres que disponían de su patrimonio en perjuicio de sus propios hijos, instituyendo herederos a extraños (al amparo de la más absoluta libertad de testar), para lo cual no encontraban otra limitación que el cumplimiento del requisito formal de la *exheredatio* de los *sui*, propicia una fuerte reacción, empezándose a suponer que el padre que, sin justa causa, desheredaba a sus hijos, no se encontraba en su cabal juicio, concediendo a estos hijos el derecho a declarar el testamento írrito, por medio de la queja de su inoficiosidad. De esta suerte, se inicia un cambio en el concepto de la *exheredatio*, llenándola de contenido y estimando que sólo estaba justificada si se fundaba en motivos de ingratitud; de no existir éstos había que instituir a los parientes en el testamento, pues de lo contrario el testador infringía el *officium pietatis* que le impulsaba a dejar algunos bienes a las personas que estaban ligadas a él por estrechos vínculos de sangre. Es a partir de este momento cuando aparece el germen de la llamada herencia forzosa material...”. [Esta queja de inoficiosidad, que debía instarse ante el tribunal de los *centunviri* recibió el nombre de *querella inofficiosi testamenti*, y supuso la excitación de la institución legitimaria, por cuanto se atacaba el testamento como injusto, con la finalidad de anularlo y de que una parte de los bienes fuera atribuida al heredero reclamante].

² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “El principio de libertad de testar y sus limitaciones. La legítima (primera parte)”, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 2011, p.189.



En los diferentes esbozos de los anteriores códigos normativos civiles, no se omitirían referencias al Derecho territorial, pero en la práctica, la presencia de dicho Derecho no tuvo el protagonismo deseado, en muchas ocasiones considerado como un obstáculo molesto, susceptible de entorpecer una uniformidad legislativa pretendida en el país en esta tercera década del siglo XIX, de la que era partidario el régimen liberal recién instaurado por el general Riego, que no obstante, bien poco tardaría en sucumbir³. Así, en este mismo período, el Título Octavo del Proyecto de Código Civil de 1821 promovido por Nicolás María Garelly, poco trataría del aspecto de sucesiones, simplemente haciendo alusión a las “...peculiaridades que ofrecen sus diferentes provincias, en medio de la unidad de principios políticos. Navarra, las provincias vascongadas, Aragón, Cataluña e Islas Baleares, se diferencian de las Castillas en el particular, mucho más que en su clima y producciones.- La Comisión ha meditado detenidamente la materia, y aunque el artículo 258 –de la Constitución- la autorizaba para dictar modificaciones locales, creyó que no debía adoptar otra que la de toda reforma saludable: la de no dar un efecto retroactivo... la Comisión entiende que se debe aspirar a la uniformidad, puesto que existen máximas generales acomodadas a todo pueblo que desea de veras su prosperidad”⁴.

Del mismo modo, algún tiempo después, en el preámbulo del Proyecto del Código Civil de 1836, el aspecto estudiado por la Comisión relativo a la legítima de los hijos se manifestó en el sentido de fundarse “...en razones de justicia y conveniencia”. LASSO en una pormenorizada extensión sobre el particular, aludió a que:

³ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A.L., “El mandato de la unificación jurídica y la Constitución Española”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2012, núm. 34, p. 176: “La subsistencia de los ordenamientos territoriales o regionales se cuestionará, cuando empiece a tomar cuerpo la idea de codificar el Derecho español. La codificación se inspiraba en los postulados de la escuela racionalista del Derecho natural y en los principios de la Ilustración y se tomará como punto de partida para la formación del Estado moderno que había de instaurarse en nuestro país tras la Guerra de la Independencia. La ideología liberal de la época hará suyos estos postulados, que llevarán a propugnar la creación de un Estado centralista, en el cual la unidad legislativa se pondrá al servicio de la unidad política. Pero los principios políticos del liberalismo no son unánimemente aceptados por la sociedad española del siglo pasado, y este hecho influirá decisivamente en el proceso de la diversidad legislativa española en materia de Derecho civil”.

⁴ LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, T. IV-Vol. I, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, Madrid, 1970, p. 94, [citando el texto del Título Octavo redactado por la Comisión]. El mérito atribuido a dicho texto inconcluso, radicó más en la impulsión codificadora en sí que en los avances en materia de derecho sucesorio. Se ha destacado que los objetivos principales se basaron en la redacción de “...un texto uniformizador a través de una comisión formada exclusivamente por diputados, sin dar entrada a juristas o especialistas ajenos a las Cortes...” y en la compilación no sólo de materias de Derecho privado, sino de “...otras relativas a cuestiones procedimentales e incluso elementos propios del Derecho administrativo.” [FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A.L., “El mandato de la unificación jurídica...”, op. cit., p. 178].



...no hace falta encarecer aquí el interés de su argumentación. Cuando la potestad patria no tenía límites como en Roma, no se reconocía ese derecho, que se fue ampliando bajo Justiniano. En el derecho germánico fue recortada la libertad de los padres para disponer su herencia por el Fuero Juzgo que establece la legítima y las mejoras de tercio y quinto (Fro. Jgo., IV, 5, 1).

Los estrechos y sagrados vínculos que unen a los padres con los hijos, la obligación de asegurar la subsistencia de las personas a quien dieron el ser y la necesidad de que la ley proteja al débil, son otros tantos motivos para establecer la legítima en previsión de que haya padres desnaturalizados. Otras razones obvias aconsejaron a la Comisión «adoptar la ley antigua de Castilla, que estableciendo la igualdad entre los hijos, da sin embargo al padre, la facultad de mejorar a cualquiera de ellos en el tercio de la porción legítima que corresponde a todos». Así podrá premiarse al que lo merece y evitar la excesiva subdivisión de la propiedad que tanto perjudica a la agricultura, como su acumulación.

Respecto a la cuantía de la legítima de los hijos, dispone el proyecto: «el que tuviere un solo hijo legítimo, no podrá disponer a favor de otra persona más que del tercio de sus bienes, y si tuviere dos o más, solamente del quinto: el resto será en uno y otro caso legítima de los hijos y de los descendientes de éstos en representación de sus padres (art. 2.262)»⁵.

De este modo, la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Civil de 1836 se esforzó en compilar, en dos páginas, las directrices que serían utilizadas tiempo después, en la confección del Código Civil de 1889, no sin antes detenerse, en los más vetustos antecedentes de la institución legitimaria, citando ejemplos anteriores y posteriores a Justiniano⁶.

⁵ LASSO GAITE, J.F., op. cit., p. 147.

⁶ LASSO GAITE, J.F., op. cit., p. 128. El autor reprodujo la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil de 1836 que reflejaba el parecer sobre el sistema legitimario y en cuya época ya se atisbaban las presiones foralistas: “Una de ellas es si convendría dar al padre la facultad de testar como mejor le pareciere, sin obligarle a dejar a cada uno de sus hijos la porción que llamamos legítima. En los primeros tiempos de la República romana, los padres tenían aquella ilimitada facultad, como consta en una ley de las doce tablas, que decía: *pater familias uti legassit super familia pecuniave sua, ita jus esto*. No era extraña tal disposición en un pueblo..., donde la autoridad paterna era un verdadero despotismo. Modificada después esta misma autoridad, y algo mejor consultado el bien de los hijos, se estableció a favor de estos una pequeña legítima que consistía en la cuarta parte de todos los bienes del padre. Posteriormente la amplió el emperador Justiniano señalando el tercio de los bienes paternos cuando los hijos fuesen cuatro o menos, y la mitad llegando a cinco o pasando de este número...En virtud de los estrechos y sagrados vínculos que unen a los padres con los hijos, tienen aquéllos impuesta por la naturaleza misma de la obligación de asegurar la subsistencia de las personas a quienes dieron el ser; y la ley protectora de los débiles debe evitar las funestas consecuencias de un padre desnaturalizado por una pasión bastarda, o alucinado por otra causa pudiera disponer de todos o la mayor parte de sus bienes a favor de una persona extraña reduciendo a su hijo a una condición deplorable...¿Deberá repartirse igualmente entre todos, o convendrá dar al padre la facultad de señalar a unos más y a otros menos? Desde luego, parece esto último lo más acertado: ¿Quién conoce mejor que el padre el mérito respectivo de los hijos?... Por otra parte, los hijos han nacido con iguales derechos respecto de sus padres; la ley presume que el amor de éstos es igual para todos aquellos: luego debe serlo también la distribución de los bienes paternos [sin perjuicio de la facultad de mejorar, tal y como se sostuvo en el propio texto]...Hay otra razón poderosa de economía pública, y es que por este medio puede evitarse la demasiada subdivisión de los bienes raíces, señalando la mejora en éstos para que continúen unidos en una misma mano; por cuanto es indudable que la demasiada subdivisión de la propiedad perjudica a la agricultura acaso tanto como la excesiva acumulación...Al paso que se ha puesto a los padres el debido coto con el señalamiento de la legítima, se ha aumentado el haber disponible de aquéllos cuando no haya más que un hijo, en cuyo caso se les permite disponer a favor de otros parientes o personas extrañas, de la tercera parte de la herencia, y no del quinto, sólo como antes..., Las dos terceras partes restantes formarán la



Queda demostrado pues, que el esbozo de cada uno de los motivos a los que dieron uso los jurisconsultos en aquellos debates parlamentarios de finales de siglo XIX, ya estaban presentes en una época más temprana: la idea de que la legítima procedía del derecho natural –igual que mantendría García Goyena- la fatal posibilidad de la existencia de padres desnaturalizados, la fortificación de la autoridad del padre (nadie más apto que esta figura dentro de la familia para repartir los bienes, debido al superior conocimiento de cada uno de sus descendientes), la igualdad esencial de los hijos, la idea subsistente de la utilización de la mejora para establecer justas diferencias entre los hijos, el latente interés económico en la evitación de la dispersión de la propiedad mediante las referencias a la agricultura, las citas de países como Inglaterra y Francia, estados que representaron ejemplos paradigmáticos en los asuntos sucesorio-legitimarios -con y sin la libertad de testar- y el apunte a la institución de Cataluña y alusión a la institución del *hereu*.

El cierre del comentario al sistema de legítimas incorporó igualmente un debate discutido en las Cortes decimonónicas, representado en la apuesta decisiva de la adopción de un sistema de cuotas legitimarias variable en función de los hijos habidos, siempre en relación directa con el componente principal, consistente en el afecto de los padres hacia los hijos y a las obligaciones naturales que les unían, junto a su conciliación con el derecho de propiedad.

A pesar de que su redactor fue de vecindad navarra, el Proyecto de 1851⁷ intentaba cumplir con su cometido unificador, lo cual le restó sensibilidad en la

legítima del hijo; pero siendo más de uno, sólo podrá disponer del quinto a favor de extraños, porque no sería justo beneficiar a éstos con perjuicio de los descendientes legítimos, quienes si fuesen dos percibirán tanto como el extraño, si a éste pudiese dejarse la tercera parte, y menos que el mismo pasando de aquel número: lo cual sería contrario a equidad y al orden natural en la graduación de los afectos que es la base principal de las sucesiones”. [También Antonio Maura, años después, se referiría a los afectos como el impulso más poderoso de la voluntad humana].

⁷ En el prólogo al Tomo I de la obra de García Goyena, el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Ventura González Romero, señala que “La Sección del CÓDIGO CIVIL formada con arreglo al artículo 1.º del real decreto de 11 de setiembre de 1816, se dedicó desde luego á discutir y aprobar cada una de las disposiciones que comprende esta obra. En toda ella ha procurado dirigirse por los principios que acordó la comisión general, creada en 19 de agosto de 1843, y suprimida en 31 de julio de 1846; y ha tenido presente las discusiones habidas y los trabajos hechos por los señores don Manuel Cortina, don Manuel Pérez Hernández, don Domingo Ruiz de la Vega, don Manuel Setas Lozano, don Domingo Vila, don Manuel García Gallardo, don Manuel Ortiz de Zuñiga, don Cirilo Álvarez y don Tomás María Vizmanos. Sin perder de vista estos antecedentes, la actual Sección compuesta de los que suscriben ha formado el PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL que tengo la honra de pasar á manos de V. E. Con esta ocasión creo que tengo el deber de manifestar á V. E., que simultáneamente con el CÓDIGO ha formado el señor don Florencio García Goyena una obra que contiene la historia, el examen comparado y los motivos de cada uno de los artículos, interpretando y resolviendo en el espíritu de los mismos algunas cuestiones que



perspectiva territorial, acudiendo al derecho castellano como premisa, y por lo tanto, quedando estipulado en el artículo 640 del Proyecto del Código de 1851⁸ que “llámanse herederos forzosos aquellos á quienes la ley reserva en bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin justa causa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima”. LASSO, al referirse a la cuota legitimaria establecida en el artículo 642 de dicho Proyecto, señaló en su obra que “siguiendo al derecho de Castilla hace novedades al señalar las legítimas. La legítima de los hijos y descendientes es de cuatro quintos, y si fuese uno solo el heredero será dos tercios...”⁹, haciendo igualmente referencia a la legítima del cónyuge viudo y de los ascendientes. Del mismo modo y respecto al artículo 642, García Goyena se refirió a la posibilidad de mejorar, al atribuir los dos tercios en el caso de quedar un solo descendiente¹⁰ y, en comentario del artículo 640, en su comparación de identidades a los códigos Bávaro, Holandés y Austríaco, defendió que “la legítima es debdo natural, *debitum naturale*, según la expresión de las leyes 17, título 1, 7, título 11, Partida 6, y la 56, párrafo 2, título 28, libro 3 del Código”¹¹, reflejándose de manera más evidente su opinión en el Apéndice Número 7 de la misma obra, donde sostuvo que, al entrar en competencia el derecho castellano y los derechos forales, entre la tesis que postula la absoluta libertad de testar foral y la que comprende la legítima, debe otorgarse prioridad a la segunda¹², siempre basando sus

probablemente se suscitarán en su aplicación.” [GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852.].

⁸ LASSO GAITE, J.F., op. cit., p. 201: Refiriéndose a la dificultad de manejar las actas anteriores al anteproyecto de 1849, aclara que “Complemento valioso de las actas son en todo caso las *Concordancias* de Goyena, que explican o amplían el monólogo de aquéllas.”

⁹ LASSO GAITE, J.F., op. cit., p. 203.

¹⁰ GARCÍA GOYENA, F., op. cit., p. 93: “Sobre los motivos de este artículo vé el proemio. *Quedando un solo hijo, etc.*: porque en este caso queda embotada en manos del padre el arma del duplo ó doble porción del artículo 654 [regulador de la mejora] y quedaba antes la del tercio. Pero cesará esta disposición, cuando el mismo hijo tenga otro ú otros hijos, nietos del testador, según lo dispuesto en el mismo artículo.”. Con ello, el autor, lo que quiso significar en sus mismos comentarios al artículo 654 [p.102 de su misma obra] fue que “El quinto, propuesto por mí, y el antiguo tercio se redujeron á la mejora de una parte igual á la legítima de cada uno de los hijos, por manera que en todos los casos se ha de suponer un hijo mas [sic]. Si hay dos, la mejora será de un tercio; si tres, de un cuarto, si cuatro, de un quinto, y así en los otros casos... la mejora decrece cuanto mayor es el número de hijos, y esto parece muy equitativo.”

¹¹ GARCÍA GOYENA, F., op. cit., p. 92.

¹² GARCÍA GOYENA, F., op. cit., p. 332: “Se ve pues, que en aquellos siglos, que miramos con una desdeñosa presunción, la utilidad pública fue la que preponderó en el señalamiento de la legítima, aunque también se hizo mérito de la piedad, ú obligación natural de los padres”, continuando a renglón seguido con su exposición, e indicando que “Así al asentar los modernos que la legítima es de derecho público, no han hecho mas [sic] que espresar [sic] con otras palabras un pensamiento antiquísimo, una máxima del primero de nuestros Códigos. Opino, por lo tanto, que en la inevitable alternativa de haber de optar entre la absoluta libertad de los padres, según los Fueros, y el señalamiento de la legítima, según las leyes de Castilla, debemos decidimos por las segundas. Los padres de familias de las provincias Forales, se acostumbrarán poco á poco al nuevo sistema, cuando toquen por experiencia [sic] que en la amplitud de las mejoras tienen un equivalente de su antigua libertad, para continuar realizando los mismos fines loables que hasta aquí.”.



afirmaciones en la pretendida unificación de legislaciones¹³ y en la opción del bien legislativo común, manifestando que un alejamiento de las posturas sucesorias forales no sería sinónimo de ataque o menosprecio a las mismas.

1.3 El Código Civil de 1889

Dentro del marco codificador en el cual se gestó nuestro Código Civil, se localiza el tratamiento de la institución legitimaria fundamentalmente en la discusión y trámite de las bases insertas en el Proyecto de Ley de Bases de 22 de octubre de 1881, en el seno de la Sección Civil de la Comisión de Codificación.

Así, en el acta de la sesión del día 9 de septiembre de 1881¹⁴, presidida por Alonso Martínez, se transcribió el esbozo de dicho Proyecto, que, concretamente hablaba de las intenciones legitimarias en su Duodécima Base:

Se reducirá la cuota hereditaria de los descendientes y se establecerá a favor de los padres la libertad de disponer de la parte que no constituya legítima de los hijos, fijando la cuantía de una y otra, de modo que satisfaga los justos derechos de éstos y puedan los padres cumplir sus deberes de reconocimiento y justicia, y premiar y castigar según los méritos de sus herederos. En la misma proporción, pero con la distinta medida que exige el caso, se disminuirá la legítima de los ascendientes.

En dicha sesión quedó reflejado que “Aceptadas las bases novena, décima y undécima, lo fue también la duodécima, manifestando el Sr. Ygón que cree muy conveniente acercarse algo a las legislaciones forales en el punto de las legítimas. El Sr. García Goyena añadió que las legislaciones forales y la general se van acercando en este particular porque Cataluña acepta un término medio entre su legislación y la de Castilla, y Aragón acepta la que hoy rige en Cataluña...”¹⁵.

¹³ GARCÍA GOYENA, F., op. cit., p. 325: “Esta cuestión de tan alto interés social, bajo cualquier aspecto que se la mire, es precisamente la que más divide la legislación Foral de la Castellana. Sin embargo, nosotros no podemos prescindir de la unidad de Códigos por ser un artículo constitucional, y punto debatido ya, y resuelto en la Comisión General. Habremos, pues, de optar entre una u otra legislación, sin que esta alternativa inevitable excluya [sic] algún temperamento ó término medio para suavizar el cambio recíproco de las dos legislaciones, conservando en lo posible el espíritu de ambas, comunicando sus ventajas, y facilitando la continuación de ciertas prácticas, tan antiguas como queridas; lejos de mí el sacrificar en este, ni en otro punto una legislación á otra, ni reconocer supremacía de la Castellana sobre la Foral, ó al contrario: vamos á proponer leyes que han de regir á todos los españoles, y no debemos consultar en su redacción sino lo mejor, ó lo bueno para todos.”.

¹⁴ LASSO GAITE, J.F., op. cit., p. 386.

¹⁵ LASSO GAITE, J.F., op. cit., p. 388.



Los trazos ideados por García Goyena en su proyecto anterior, referentes al sistema legitimario, se difuminaban, y se alcanzaba a descubrir un acercamiento -siquiera, en lo referido a la voluntad de diálogo- entre posturas castellanas y forales, que se erigiría en protagonista de los debates parlamentarios de este período en dicha materia. Este punto de partida supondría la escenificación de un nutrido debate, traducido en una aproximación de enriquecedoras opiniones dentro del coloquio desarrollado en el seno de Comisión de Codificación, además de en las propias Cámaras Parlamentarias.

Bien pronto, en la sesión de 13 de septiembre de 1881, se acordaría que: “Leída la base 12ª, fue también aceptada, ya por la conveniencia de su precepto considerado en absoluto, ya como un medio muy conveniente de aproximar la legislación castellana a la de las provincias aforadas, y de atender al deseo de muchos que de algún tiempo a esta parte defienden la conveniencia de la libertad de testar”¹⁶.

Finalmente, en la sesión de 16 de septiembre de 1881, tras aprobar la base 12ª, se suprimió la 13ª y quedó sembrado el terreno en el que germinaría la semilla de la libertad de testar y de las legítimas en la porción en la que actualmente se las conoce¹⁷.

Igualmente, se pronunció Manuel Alonso Martínez en sus comentarios referentes a las discusiones con los representantes de los territorios forales en la Comisión General de Codificación.¹⁸ Su postura -si bien no tan aferrada a los deberes políticos uniformadores de cariz castellano que García Goyena entendía de inexcusable cumplimiento- seguía pretendiendo la conveniencia de un sistema de legítimas genérico y común. No obstante, reconociendo que el arraigo de la libertad de testar en los sistemas forales supondría una materia no reconducible, que pocas cesiones y modificaciones otorgaría en su regulación, supo conciliar ambos sistemas, otorgando a

¹⁶ LASSO GAITE, J.F., op. cit., p. 390.

¹⁷ LASSO GAITE, J.F., op. cit., p. 392.

¹⁸ ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2ª ed. (al cuidado de José Castán Tobeñas), Plus Ultra, Madrid, 1947, p. 145 y ss.: “Soy además, partidario de las legítimas, y definiéndolas con el ardor de la convicción...”, “por lo mismo que definiendo el sistema de legítimas como más filosófico, moral y adecuado a los fines sociales que el de la libertad de testar...”, pero igualmente aludió a la necesaria conciliación de los intereses con las provincias forales, siendo de hecho éste, el espíritu de su Proyecto de Ley de Bases: “Educados Aragón, Navarra y Cataluña en un sistema legislativo determinado, sobre él se han ido formando sus costumbres de un modo paulatino y natural, y si ahora se introduce bruscamente un sistema opuesto o profundamente distinto, lo probable es que por falta de preparación en el pueblo se produjeran hondos trastornos en la organización de la familia y de la propiedad. Cataluña, Aragón y Navarra no tienen los mismos hábitos que Guipúzcoa y las montañas de Santander; y lo que en estas provincias no estorba a su prosperidad, podría ser en aquellas causa de lamentable ruina.”.



cada uno de ellos un ámbito competencial y postulando el criterio foral atestado de validez, por cuanto representaría el ejercicio de unas costumbres seculares cuyo fundamento residiría en la convicción respectiva de testadores y sucesores, pero sobre todo, en una confianza depositada a lo largo de los años, en la que entendían era su mejor práctica hereditaria.

1.4 Los Congresos de Jurisconsultos en España

1.4.1 El Congreso de Madrid de 1863

En el I Congreso de Jurisconsultos Españoles que se celebró en Madrid los días 27 a 31 de octubre de 1863 se trató con especial interés en materia de sucesiones, si sería preferible el sistema de legítimas o el de la libérrima facultad del testador, planteándose en el primer caso, qué porción de herencia debía constituir la legítima, y en el segundo, cómo se podría conciliar la libertad del testador con los deberes naturales respecto a los descendientes¹⁹.

Los pronunciamientos a favor y en contra de la legítima anticiparían las opiniones enfrentadas en años posteriores. Las diferentes exposiciones a favor de la figura de la reserva forzosa, estuvieron basadas en una prevención de la peligrosidad de las vinculaciones de bienes *ad infinitum*. Defendían que se estaría otorgando una licencia a conductas de refuerzo de comportamiento por parte de los hijos, quienes, lejos de relajar su actitud leal para con los padres al saberse necesariamente heredados, fortalecerían su vínculo paternal en señal de agradecimiento y de justa contrapartida al caudal de bienes entregado por el padre en la sucesión²⁰.

¹⁹ “Congreso de Jurisconsultos de Madrid, 28-31 junio 1863”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. XXIII, pp.273-308. El título de este tema, tratado en el Congreso, fue planteado en forma de pregunta: “*En materia de sucesiones, ¿es preferible el sistema de legítimas ó el de libérrima facultad del testador? En el primer caso ¿Qué porción de herencia debe constituir la legítima? En el segundo, ¿cómo se conciliará la libertad del testador con los deberes naturales respecto a los descendientes?*”.

²⁰ El ponente Aragón se situó en esta postura, planteando que “...lo que se pretende conseguir con su abolición [refiriéndose a la de la legítima] es el restablecimiento del vínculo, del mayorazgo que aísla al individuo y que desmoraliza las costumbres por la falta de cumplimiento de ciertos deberes”, combatiendo los motivos económicos de otros ponentes (“mayores esfuerzos hará...para lograr esa prosperidad y ese engrandecimiento el que sabe de una manera positiva que ha de obtener una gran parte de esas ventajas”), el de que favorecía la soltería (“... compárese ese inconveniente con el que resulta de la libérrima facultad de poder dar el padre toda la herencia á un hijo adulterino con perjuicio de los



Otros argumentos esgrimidos por los defensores de las legítimas serían de tipo ético-social y de raigambre matrimonial o económica, de manera que acusaban a los defensores de la libertad, que buscaban la solución en evitar el matrimonio, por prejuicios contra la descendencia a través de la familia –forma en la que necesariamente habría lugar a una distribución de bienes- y en relación con el reparto de los bienes, entendiéndolo como perjuicio principal que era consecuencia de ello, aquel consistente en la fragmentación de los bienes familiares, por mor del reparto legitimario.

En el sentido contrario a estas opiniones se manifestaron otros intervinientes²¹ con contraargumentos de todo tipo; desde la primacía del buen criterio paterno y aquella razón natural a la que no se le podía oponer en modo alguno una imposición legal; hasta la enumeración de los nefastos instrumentos que para paliar los igualmente torticeros efectos de la técnica legitimaria, se proponían, en forma de mejora.

Del lado de esta postura también se arguyeron diferentes motivos implícitos, de los que, si bien no se desarrolló de manera exhaustiva una postura concluyente, sí podría colegirse una inclinación también a favor de la libertad de testar²².

legítimos,...”) y el de que provocaba desavenencias sobre el reparto de la herencia (“...si esta solo hubiera de conseguirse con la herencia, esa no puede ser familia, esa será asociación mercantil”) [“Congreso de Jurisconsultos de Madrid...”, op. cit., pp. 282-283]. Martos, también señaló, junto al ponente anterior, que la ley debía sancionar el deber de los hijos a la legítima paterna, argumentando que la supresión de las legítimas derivaría en los mayorazgos, además de que perjudicaría a los que no tuvieran fuerza suficiente para el trabajo [“Congreso de Jurisconsultos de Madrid...”, pp. 287-288].

²¹ Concretamente, los ponentes Morayta que expresó que “...no hay derecho para exigir del padre que deje á sus hijos una porción de bienes con el nombre de legítima..., desde el momento que el padre sepa que la ley no se le opone...aparece el padre rodeado de la aureola de la justicia, dando á quien crea que debe dar, y privando a quien conozca que debe privar...debe darse amplia libertad al testador”, impugnando también las mejoras porque “aunque corrigen los perjuicios que las legítimas causan, son al fin una desviación de los principios de equidad que deben regir en este punto”, [“Congreso de Jurisconsultos de Madrid, 28-31 junio 1863”, op. cit., p.283-284]; Adame, que se pronunció a favor del derecho de alimentos, pero sosteniendo que, del padre, era la “única exigible por ser legal, pues todas las demás son meramente morales o de conciencia” [“Congreso de Jurisconsultos de Madrid...”, op. cit., p.285] y Permànyer, que tras volver sobre las razones morales (“el deber de dejar los padres bienes a sus hijos... es un deber de la naturaleza, y por tanto ilegislable”), sociales (“el sistema de legítimas...propende a aumentar el número de las personas que disfrutan de sus bienes por haberlos adquirido por transmisibilidad, sin trabajo ninguno de su parte”) y económicas (“¿es o no verdad que la sucesión forzosa hace que al cabo de algunas generaciones sea enteramente molecular el capital que haya de partirse?”), en base a las cuales se erigió como claro detractor del sistema legitimario, en fin se mostró partidario de una postura transaccional (“... transijamos restringiendo la absoluta libertad de testar, hagamos lo que Cataluña siguiendo el precedente de Roma, dejemos reducida la legítima á la cuarta parte y concedamos al padre la libre disposición de las otras tres.”) [“Congreso de Jurisconsultos de Madrid...”, op. cit., pp.286-287].

²² Este fue el caso de Figuerola, cuya actuación se resumió en que “Hizo notar los argumentos de las provincias forales, mayores en todos o casi todos los ramos del saber á los de Castilla, y debidos á la mayor libertad que en este y otros puntos disfrutaban...” [Congreso de Jurisconsultos de Madrid,...”, op. cit., p. 289:].



En la votación de la sesión del 31 de octubre de 1863, los argumentos favorables al establecimiento de una mayor libertad en la disposición de bienes no tuvieron el suficiente calado como para inclinar la balanza en favor de los asistentes más progresistas, y en lo concerniente a sucesiones, la opinión mayoritaria reprobó la libérrima facultad de testar²³. De las conclusiones pro-libertad, parecía desprenderse un tono moderado, reflejo de una menor representatividad del voto favorable a las legítimas, que se impuso por amplia diferencia²⁴. Y no significa ello que dicha aproximación a las opiniones de ambos sectores fuera decisiva e influyente de cara a una sucesiva reforma de la norma, pero desde luego, supuso un buen indicador del criterio que posteriormente regiría en esta materia, sobre todo, por la época en que se realizó dicha ponderación, a caballo entre la codificación de 1851 y la contemporánea – la nacida en 1889- que daría comienzo poco tiempo después, con la presidencia en el Ministerio de Gracia y Justicia de Saturnino Álvarez Bugallal.

1.4.2 El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880

El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880 aportó más al concepto de la legítima de lo que se podría haber esperado en un principio.

No se trató simplemente de un esbozo en el que se fijaron las líneas maestras de la reforma del derecho aragonés, sino que sirvió como tanteo útil para constatar la evidente confrontación de intereses y opiniones con las instituciones legitimarias de origen castellano.

²³ “Congreso de Jurisconsultos de Madrid...”, op. cit., p. 304: “...decidió en Sr. Presidente fuese leído el redactado por el Sr. Figuerola en defensa de la libérrima facultad de testar, y luego el del Sr. Aragón, favorable al sistema de legítimas ó de sucesión forzosa. Dada cuenta al Congreso de ambos informes, y acordada para ellos la votación nominal por el Sr. Pacheco, que ya á esta sazón ocupaba el sillón presidencial, obtuvo el primero sesenta votos y ochenta y uno el segundo.”.

²⁴ “Congreso de Jurisconsultos de Madrid...”, op. cit., p. 306-307: La Conclusiones 6ª y 7ª, emitidas por la primera comisión compuesta por Gómez de la Serna, Moreno Nieto y López Sánchez decían en este tímido tono:

-“6ª:... convendría al lado de disposiciones generales, colocar otras especiales que dejaran en libertad sobre puntos determinados, para poder seguir la ley antigua de cada provincia hasta que el legislador creyera suficientemente preparada la opion [sic] para adoptar la ley general”

-“7ª: “Que los puntos respecto á los cuales debería dejarse en esta prudente libertad, pueden ser el sistema dotal, el de la sociedad legal y la materia de sucesiones”.

Por su parte, la segunda comisión formada por Figuerola, Morayta, Aragón y Martos, de forma más contundente, convino en sus Conclusiones 1ª, 2ª y 3ª que: “1ª: No debe tener el padre libérrima facultad de testar”, “2ª: No debe tener derecho de llamar al disfrute de su herencia á uno de sus hijos con exclusión [sic] de todos los demás”, “3ª: No basta la legítima ó simbólica ó ineficaz que á los hijos excluidos [sic] de la herencia por el llamamiento preferente de uno de sus hermanos asignan las legislaciones forales de Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya” .



A la vista de lo estudiado y no obstante la evidencia de opiniones contrarias²⁵ sostenemos lo fructuoso del debate, basándonos en las abundantes referencias encontradas, al derecho de Castilla y a otros sistemas legitimarios no relacionados estrictamente con el de Aragón.

Además, las ponencias de cada uno de los intervinientes acreditaron la presencia de rasgos y testimonios idénticos, de los que se sirvieron los distintos miembros de las Cámaras durante el decenio codificador, con el objeto de comparar ordenamientos y defender los posicionamientos respectivos en el debate sobre la libertad de testar.

Desde esta perspectiva, ante la similitud de los argumentos y sobre todo, en virtud de la extrapolación de premisas en ambos foros, hemos de avalar las conclusiones del ámbito más reducido aragonés, utilizadas en favor de la libertad de testar, que podrían sostenerse igualmente válidas en una esfera de ámbito estatal.

a. Las enmiendas de los Ponentes

En lo sucesivo se discutirían las enmiendas de los diferentes ponentes, que estuvieron dotadas de un significado diverso, siendo una representación de ello las que mostraron la identidad de la validez de la disposición de los bienes de modo *inter vivos* y *mortis causa*, ensalzando los valores cristianos frente a legislaciones anteriores y refiriéndose al condominio como una medida justificativa de igualdad entre todos los hijos. Las disposiciones aragonesas trataban la materia legitimaria de un modo laxo en favor de descendientes, pero de todos modos, se postularía como una posibilidad su derogación, con la finalidad de llevar a cabo su sustitución por una absoluta libertad de

²⁵ *Actas de los Sextos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Noviembre, 1996)*. Respuesta del Ponente Daniel Bellido ante la pregunta de un asistente: “Todo este Congreso... que se planteó, ¿tuvo luego alguna repercusión a la hora de elaborar el Código Civil, o se quedó en un simple trabajo manuscrito?... Sí, en el Código Civil Español verdaderamente la influencia que haya podido tener este congreso yo creo que es teóricamente mínima. Lo que sí que consiguió, y por ello la gente que participó, es que al menos no se cediera a una tentación que sí que existió, y es dejar fuera del orden civil a las singularidades forales. Lo cierto es que los aragoneses estaban mejor preparados, al momento de la celebración...al momento de la promulgación del Código Civil para soportar cualquier embate... de los castellanistas... O sea, que el Congreso, repito, aunque no tenga un traslado directo a lo que es la codificación general, sí que sirvió después de base para que la legislación que se contiene en el apéndice, ya en el siglo XX, o lo que ha sido la legislación contemporánea foral, tuviera base en el mismo.”



testar, que otorgaría aún mayor poder de decisión a los padres, del mismo modo que en Navarra o Inglaterra²⁶.

Contrariamente, tampoco faltaron las enmiendas que giraron en torno a la temática ampliamente tratada a lo largo de todas las sesiones del Congreso, y que consistió en la definición de la fortificación de la autoridad paterna dentro de la familia, entendida como el núcleo donde no debía penetrar el espíritu del legislador, por ser poco aptas sus facultades y criterio para distribuir los bienes con equidad entre los herederos²⁷.

Dicha tesis se respaldó partiendo de las premisas de Bigot de Prémeneu, de De la Concha Castañeda y de Barzanallana, así como de los ponentes del Congreso de Jurisconsultos de 1863, Morayta y Figuerola, aludiendo a la génesis del privilegio de Daroca como justificación de la libertad de testar aragonesa y lamentando la paradoja de las ventajas del recién nacido sistema legitimario castellano, junto a la limitación más restrictiva, que planteaba el Congreso aragonés respecto a la libertad de testar aragonesa, condicionando la discrecionalidad del padre en el reparto de los bienes al número de hijos habidos –en base a una desafortunada regla aritmética de la Sección- y al reparto de los bienes exclusivamente dentro de la familia. Navarra sería la presentación del exponente claro de libertad, destacándose su supremacía sobre Aragón. Sería necesario aprovechar las herramientas del sistema aragonés, entendiendo como una de las más relevantes la del derecho histórico como base de la libertad testamentaria aragonesa²⁸.

El grupo contrario de opiniones estuvo basado en la defensa de una necesaria cuota legitimaria, lo cual dio lugar a un ataque basado en el reproche a un relajado y amplio sistema sucesorio aragonés. Debido a ello, sería respaldado un método

²⁶ Moscoso fue el responsable de defender esta enmienda.

²⁷ Enmienda en este caso, sostenida por Ibáñez.

²⁸ COSTA MARTÍNEZ, J., “Sucesión testamentaria. Libertad de testar”, *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses*, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, p. 405: El ponente Ibáñez propondría la siguiente conclusión, en la cual estarían implícitamente comprendidas las cuatro conclusiones de la Sección. Su propuesta tuvo como resultado este voto particular: “Los padres, de conformidad con lo dispuesto por el fuero único de testamentis civium et aliorum hominum Aragonum hecho en las Cortes de Daroca en 1311, reinando don Jaime II, pueden instituir herederos a uno ó más de sus hijos, dejando a los demás lo que fuere de su agrado; sirviéndose el Congreso, por consecuencia, desestimar las conclusiones 2.^a y 3.^a, duplicada y 4.^a del dictamen de la Sección 3.^a referentes al tema 1.^o del capítulo IV del Cuestionario”.



testamentario más paternalista, capaz de velar por los intereses de los descendientes, alejándose de los libérrimos deseos de los causantes.

i. La defensa del establecimiento de la reserva forzosa

En esta discusión repetidamente se volvió sobre la sinopsis del planteamiento del sistema legitimario aragonés²⁹, apuntando sus inconvenientes y defectos frente al ventajoso sistema castellano. Con base en este régimen legitimario, se defendió la autoridad paterna, pero desenfocada de la perspectiva aragonesa, la cual, se apartaba del fundamento cristiano, generando agravios comparativos entre los hijos e incapaz de conciliar los intereses entre éstos y la autoridad y libertad paternas. El ecléctico sistema aragonés fue objeto de duras críticas, porque suponía el establecimiento de un régimen desequilibrador de las relaciones entre hermanos, con umbral en los mayorazgos y no en la tantas veces mencionada autoridad paterna. Se dirigió parte de la censura al parecido sistema legitimario catalán y a su fijación exclusiva sobre el *hereu*; excusando al sistema vizcaíno, cuya atribución del patrimonio a un único heredero típica de dicho régimen, se justificaba por la necesidad del sustento de la familia.

Por estos motivos, se consideraría desaconsejable la libertad de testar aragonesa conocida hasta entonces. Se suponía necesaria una libertad aragonesa mesurada, justificándose en el apoyo de la defensa de la libertad civil, que constituía el motivo por el que, dentro de unos justos cauces de justicia formal y moderación podía haber lugar a esta libertad³⁰.

Las líneas maestras de la tradición familiar cristiana sustentarían algunos de los argumentos defensivos legitimarios más recurrentes³¹. La familia representaba la esencia de la estabilidad y del patrimonio indisoluble, preservado por instinto innato en los padres. Así lo tradujo en sus fueros el legislador aragonés, amparándose en el

²⁹ Efectuada por Moscoso.

³⁰ Moscoso finalizó su turno de palabra con un resultado inesperado, sobre todo, tras los ataques vituperados al sistema hereditario aragonés: “El argumento que más a menudo sale en este Congreso es el de la libertad: el fuero está basado en ella, se dice, y todo lo que sea atentar contra ella, es herir en su raíz el fuero. ¡Libertad! También yo la quiero, pero la quiero regulada por ley, para que no degeneren en tiranía; quiero libertad para el padre, pero sin que en ningún caso pueda redundar en daño del derecho sagrado de los hijos... Por esto debemos poner límites a la legislación foral...; además, ciertas instituciones que tuvieron su razón de ser cuando se introdujeron hace siglos, no tienen posible defensa en nuestro tiempo.” [COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 412].

³¹ Defendidas en este caso por Ibarra y con crítica por su parte del ponente Isábal.



modelo de la familia cristiana, que mantenía su unidad en la autoridad del padre, que ocupaba el lugar jerárquico en la cúspide de la pirámide familiar, pero basando esta autoridad, no en un totalitarismo ni en la inflexibilidad, sino en el cariño y la orientación hacia el amor de los hijos. Siendo así, germinaban las relaciones morales de los hijos para con los progenitores, basadas en unos cimientos cuyo componente principal era la deferencia, la consideración y el respeto.

Estos elementos fraguaban en una fuerte unidad y se convertían en la garantía de los derechos de la familia y en la de los individuos que la componían.

Por ello el establecimiento de la libertad de testar absoluta suponía un absurdo³², porque el uso y aplicación de dicha libertad no podría configurarse racionalmente. Sería preceptivo que el legislador mediara entre las relaciones paterno-filiales, previniendo así el hecho cierto de la existencia de padres desnaturalizados y por lo tanto, generándose un riesgo en lo referente a la gestión de la herencia bajo su control discrecional.

Podrían destacarse otras tendencias de tipo intermedio, reaccionarias a la completa libertad, pero tampoco partidarias del establecimiento de una férrea intervención legislativa. Así pues, como ejemplo, debería limitarse la libertad absoluta de testar, propia de Navarra, región en la que debía moderarse el uso completamente facultativo, aun siendo el gobierno paternal referenciado el principio protegido por la Sección que suponía el respeto natural que sometía el hijo al padre y que otorgaba la competencia para la equitativa distribución de bienes entre los hijos.

Se contempló por este motivo la total imposibilidad e inviabilidad de la instauración de la libertad de testar absoluta³³, lo cual se apoyó en evidencias concluyentes de que la misma no había sido alcanzable ni en países, ni en regiones con una apariencia plena libertad de testar³⁴. La libertad debía ser encerrada en los límites que los mismos individuos aceptaban, al constituirse en sociedad.

La prueba irrefutable de que este sistema no debía prosperar era de que la libertad de testar absoluta ni siquiera era practicada ni en países en los que, aparentemente, tenía esta vigencia. A pesar de ello, no habiéndose registrado caso alguno en el que los bienes

³² Se esperaba así, la desestimación de la enmienda de Costa, que pretendía todo lo contrario.

³³ Defendida por Moner y contra la enmienda de Costa.

³⁴ Países ya referenciados, como Navarra o Inglaterra. Martón, contendiente frente a Moner en un lance anterior, vino esta vez a sostener que el hombre, tras su entrada en la familia, perdía su independencia. De este modo, la enmienda de Costa debía perder virtualidad y no ser aceptada.



se hubieran dejado en manos de extraños en el uso de la meritada libertad, y cuya postura inevitablemente conducía al establecimiento de vinculaciones³⁵, debía verse la libertad de testar como una herramienta que en sí misma destacaba por su facultad de autorregulación, fruto de una actuación cautelosa de los padres con origen en el propio cariño hacia los hijos.

ii. La defensa de la libertad de testar

Los argumentos anteriores fueron replicados³⁶, ensalzando el sistema aragonés y reiterándose en el convencimiento de la solidez del criterio del *quantum placuerit*, reforzador por excelencia de la autoridad paterna y detentado por el padre aragonés, que seguía siendo el mejor juez y legislador dentro de la familia³⁷.

La defensa del sistema aragonés contra la pretendida imposición del sistema de legítimas castellano sería una constante³⁸. Este último, no advertía la importancia de la familia aragonesa en la que se basaba el fundamento de las instituciones elementales³⁹. Así, se combatieron las afirmaciones de que el sistema aragonés, con sus legítimas, pretendía el restablecimiento de las vinculaciones⁴⁰; atacando de este modo el sistema de mejoras castellano, que lejos de suponer un sistema ventajoso, debía tacharse de instrumento que "...pone límites al cariño de los padres y a las necesidades de los hijos..." y como unas figuras que "...complican en sistema, convirtiendo en una especie de ecuación matemática, ajustando las afecciones de los padres a un molde invariable dentro de cierta proporción".

³⁵ Así pues, tanto el voto ultraliberal de Ibáñez, como la enmienda de Costa, debían rechazarse.

³⁶ Ibáñez fue el promotor de esta defensa.

³⁷ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 413: Ibáñez aludiría a que "... se robustece la autoridad más augusta que existe sobre la tierra, la autoridad de los padres..., no surgen disensiones entre los hermanos, porque saben que en la voluntad del padre está distribuirles sus bienes como mejor les parezca..., en Aragón la ley no se opone, como en Castilla, enfrente del padre ni sobre él; y por eso, lo que reciben los hijos, lo agradecen más que la liberalidad de la ley, independiente de la voluntad paterna... en materia de legítimas, no hay mejor juez ni mejor legislador que el padre, porque además de conocer las circunstancias peculiares de cada uno de los individuos que componen esa pequeña sociedad, como no las conoce ninguna otra persona ni autoridad, el cariño despierta en él un espíritu de previsión a que la ley no alcanzará jamás."

³⁸ Junto a Ibáñez, Ripollés se enfrentó a Moscoso en este alegato.

³⁹ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 415: "Para el legislador aragonés, la familia ha sido un santuario digno de respeto y veneración; ha entendido que el derecho positivo debía entenderse ante los umbrales del hogar doméstico en la mayor parte de los casos, sin caer en el error en que incurrió el proyecto del Código civil español, que halla aceptable hasta el recurso ante la autoridad judicial contra ciertas irrespetuosas manifestaciones de los hijos."

⁴⁰ Las cuales vinieron de la mano de Moscoso.



Frente a las afirmaciones basadas en el riesgo que suponía que los padres aragoneses abusaran de la libertad preconizada en Aragón, se esgrimieron motivos defensivos, con apoyo en la automática, perfecta y natural regulación de la familia aragonesa⁴¹.

Se categorizaría de manera absoluta la potestad de los padres como titulares de la libertad para distribuir los bienes entre sus hijos con un criterio que nadie más sería capaz de detentar⁴². La potestad de distribución de los bienes no podía ser otra que la preceptuada por cánones ancestrales que dictaban las normas de convivencia dentro del grupo familiar, dentro del cual el padre era, y debía ser gobernador y director absoluto de la estrategia empleada, con el fin de que la transmisión de los bienes a sus hijos revistiera un diseño infalible y de que, al mismo tiempo, otorgara una garantía en su atribución e igualmente, una muestra de una correlativa efectividad y acierto.

El principio de libertad se representó como crucial y por lo tanto, aquella libertad que sancionaba el derecho legitimario aragonés, representada por el fortalecimiento de la autoridad paterna, sería entendida como el bastión inquebrantable mediante el que se defendió la pertinencia de este derecho sucesorio, así como su atemporalidad.

Además, las fatales consecuencias que podía tener la derogación del sistema aragonés, en el caso de que se llegara a imponer la unidad civil nacional, se traduciría en la abolición de las libertades políticas.

Quedaba claro entonces que el “reinado del padre dentro de la familia”⁴³ era el mejor medio para regular las relaciones entre padres e hijos, como terreno de acotación infranqueable al dominio del legislador castellano⁴⁴.

⁴¹ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 418: “...nuestro fuero... regula la libertad de la familia, pero sin llegar a reglamentarla como si fuere una sociedad anónima. No repara S.S. en el exceso de reglamentación de ese sistema castellano complicadísimo, difícil, expuesto a mil sutilezas y ofensivo para la autoridad paterna. El sistema aragonés es, por el contrario, sencillo, accesible a todos, de aplicación inmediata, respetuoso con los padres y perfectamente armónico con la familia...., Es el derecho natural en su sencilla expresión.”

⁴² Ripollés no dudó en litigar de manera continua contra los detractores del sistema aragonés como mejor exponente de la libertad.

⁴³ Así denominado por Ximénez de Zenarbe.

⁴⁴ Se volvía repetidamente sobre la norma de Castilla, que con la legítima que postulaba, coadyuvaba a que algunos hijos fueran rebeldes a la autoridad paterna y se propagara la falta de motivación, por merecer injustamente los bienes del padre a recibir en herencia: “En Castilla, los hijos pueden ser rebeldes a la autoridad paterna; pueden levantar empréstitos sobre su legítima en esperanza, para alimentar sus vicios, amargar a sus padres la vida y anticiparles la muerte impunemente, porque mientras no cometan alguno de los actos graves taxativamente señalados por la ley, están seguros de recibir una parte del



La libertad de testar del sistema sucesorio aragonés se asentaba en la tradición⁴⁵, en la conciliación de los derechos de padres e hijos y en la fortificación y unificación de la familia. Fueron objeto de alabanza estas grandes ventajas del sistema de libertad de testar, así como también de correlativa crítica, la distinción hereditaria castellana - perturbadora del orden familiar- y el sistema legitimario catalán.

La concesión de la libertad de testar absoluta supondría el triunfo definitivo de la propiedad dentro de la familia, por el contrario, el hecho de aceptar un sistema legitimario impregnado de los matices castellanos, abocaría al debilitamiento de la autoridad paterna y a la evolución hacia una anarquía familiar, así como a la imposición déspota de un sistema legitimario, que supondría una traba al derecho de propiedad del padre.

A ello se añadió la crítica del cálculo numérico del dictamen de la Sección⁴⁶, atacando el establecimiento de la regla que regía con criterios de proporcionalidad directa, en tanto que al fijar la parte de la que podía disponer el padre en favor de extraños, se debería haber establecido una disposición de una porción menor de bienes, ante el aumento de número de hijos.

iii. Una tendencia a la moderación

Repitiendo el planteamiento que formularían unos años después otros ponentes de la Comisión del Senado, se respaldó el Dictamen de la Sección⁴⁷, que relativizaba la libertad de testar en Aragón, constatando la existencia de la mera facultad discrecional

patrimonio conocida de antemano, por cuanto no han de deberla al padre, sino que se la tiene tasada y reservada el legislador desde el nacer ya, cuando aún no se sabe si al tiempo de causarse la habrá merecido o la necesitará, ni si habrá otros que la merezcan o la necesiten más.” [COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 423]. La postura de Moscoso, ante tal acoso de sus colegas y el rechazo general de los letrados intervinientes, se nos revela en este acto, incluso merecedora de la tacha de medrosa, dado que propuso la retirada de la misma y su justificación como instrumento activador de tan necesario debate. Isábal, con justo motivo, forzó, no obstante, la votación del parecer del Congreso en el que se expresara el rechazo unánime de la enmienda

⁴⁵ Moner intervino en esta ocasión para defender a Ibáñez de las acusaciones de Martón, con lo que iniciaría una contienda de réplicas y dúplicas con este jurisconsulto.

⁴⁶ También por Moner.

⁴⁷ Por Guillén.



del testador para distribuir sus bienes entre sus descendientes, enfocándose la discusión en el Congreso bajo un terreno histórico, práctico y positivo⁴⁸.

El debate se prolongaría en la Sección. La dureza con que se atacó el sistema legitimario aragonés -al calificarlo de tiránico⁴⁹- fue respondida con determinación por sus defensores, con el argumento de que dentro de la familia, tenía el padre la potestad para disponer de sus bienes, lo cual se debía valorar como una de las más excelentes libertades. A pesar de ello, la libertad de testar debía relativizarse, puesto que no regía plenamente en ningún país, por este motivo, la elección de la implantación de cualquier sistema hereditario requería una realización meticulosa.

Debería configurarse el sistema sucesorio deseado por medio de una estrategia realista⁵⁰: en la práctica, un sistema de libertad absoluta de testar no podría madurar convenientemente, lo que lo convertiría en un sistema débil, posición ésta que sostendrían las escuelas conservadoras⁵¹. En cualquier caso, los ponentes proclives a la libertad de testar absoluta, tampoco serían partidarios de una autodeterminación sucesoria indisciplinada, sin orden ni concierto. Por este motivo dichas opiniones fueron contrarias a que la ley regulara la facultad omnímoda de testar del padre, entendiéndose en definitiva, la libertad absoluta de testar como un fin a alcanzar, pero no realizable en el corto plazo.

Otras posiciones basadas en la convicción de los perniciosos efectos de la legítima se sostuvieron con fundamento en la teoría del condominio de bienes de los padres con los hijos⁵². Con ello ya se advertía la poca conveniencia de los sistemas legitimarios basados en la solidaridad intergeneracional⁵³.

⁴⁸ Esta postura tendría una réplica inmediata entablada por Moner: “El espíritu de nuestros fueros no es la restricción, como ha querido demostrar el señor Guillén, sino la libertad; sobre esta base está organizada la familia aragonesa, cuya síntesis es libertad en el pacto, libertad en el testamento.” [COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 448:]

⁴⁹ Isábal replicó la enmienda de Costa, pese a decir estar de acuerdo en lo esencial de la misma.

⁵⁰ Isábal, pese a ser partidario, como Costa, de la absoluta libertad, presentó estas objeciones. Afirmó, no obstante, en contra de las alegaciones de Guillén, que “no me propongo sostener que el derecho vigente en Aragón es la libertad absoluta de testar [que Costa defendió, según Isábal, en su discurso], aunque sin temeridad puede defenderse la tesis, sino hacer ver tan sólo que esa libertad no repugnan las tradiciones jurídicas de Aragón”.

⁵¹ Desarrollándose la idea de que, en la sociedad no existiría nada que tuviera un carácter absoluto, aun relacionado con las libertades civiles o políticas.

⁵² Cuya portavocía correspondió en este caso a Amoribieta.

⁵³ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 473: “Pero una cosa es que el padre haya de crear a sus hijos una posición o ponerlos en camino para creársela, y otra muy distinta el que haya de destinarles forzosamente el líquido que le quede de sus economías una vez pagada esa deuda de la naturaleza: lo primero es de



Así pues, debía diferenciarse la importancia de la familia -de donde partía dicha teoría del condominio-, contrapuesta al protagonismo del individuo y desde donde se pergeñaba el principio de libertad. Siendo así, sería necesario que el rechazo de las legítimas de Castilla por el Congreso acompañara también al rechazo del fuero aragonés, según el cual, el patrimonio entero de la familia sería legítima de los hijos. Debería secundarse pues, el principio de libertad que “se alza con el imperio absoluto del derecho positivo”.

Algunas consideraciones fueron partidarias de tener a la libertad de testar como una consecuencia indeclinable de la facultad de disponer⁵⁴, pero el hito verdaderamente significativo se centraría en el rechazo de la enmienda de Costa –el más firme partidario de la libertad absoluta de testar- concediéndose capital significación a la aprobación del sistema de *testamentis civium*⁵⁵.

iv. El Dictamen de la Sección del Congreso

El Dictamen de la Sección del Congreso ante la pregunta planteada en el cuestionario⁵⁶, quedó redactado tal y como se muestra en estas líneas:

justicia eterna; lo segundo, una accidentalidad histórica, llamada fatalmente a desaparecer. Y sobre ella ha calcado la Sección su dictamen! El mejor juez de la familia es el padre: nadie con más conocimiento de causa puede apreciar lo que cada hijo necesita y lo que cada hijo merece. Si uno de ellos ha desenvuelto sus facultades y adquirido un capital igual o mayor que el de su padre, antes de la muerte de éste, ¿a título de qué se le ha de adjudicar una parte igual que a los demás hermanos, que acaso están aún en su período de crecimiento, en su menor edad? Y si el padre tiene la fortuna de ver a todos sus hijos en una posición brillante y desahogada, y por otra parte, ha recibido de personas extrañas servicios extraordinarios, superiores tal vez a los que sus hijos mismos le prestaron, ¿por qué ha de atársele las manos o poner límite a su agradecimiento y a su liberalidad, como si los servicios recibidos, acaso la vida rescatada o el honor salvado, no pudieran valer más ni en más pudiera graduarlos el favorecido que en la quinta parte de su patrimonio?...”.

⁵⁴ El ilustre Gil Berges, aunó su postura con la de Costa y de manera similar a lo postulado por Amoribieta, expuso su planteamiento. Gil Berges expresó el decir de Costa mediante la siguiente frase: “Si el padre rico no tiene obligación de hacer ricos a sus hijos en vida, puesto que es libre de empobrecerse a sí propio, puesto que la ley no le restringe la libre disposición de los bienes entre-vivos, a pesar de que algunos abusan de su derecho causando perjuicio a sus hijos, no existe motivo racional para que la ley limite la libertad testamentaria de los más, que es de derecho natural, por temor al abuso que puedan cometer individualidades aisladas. Son contados los casos en que el padre priva de la sucesión a su prole de un modo irracional o torpe; y no seamos tan suspicaces que, para corregir un limitado número de desheredaciones fruto de algún extravío, hagamos imposibles las demás, y privemos a la inmensa mayoría de ciudadanos honrados del uso legítimo de su propiedad, por prevenimos contra el acto de algún padre desnaturalizado.” [COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 485.].

⁵⁵ Voto particular, defendido por Ibañes.

⁵⁶ ¿Debe sostenerse en lo fundamental el derecho vigente en Aragón para disponer de los bienes por testamento? Caso afirmativo, ¿sería conveniente introducir algunas reformas y adiciones?.



La Sección, después de amplia discusión y detenido estudio...propone las reformas y adiciones que a su juicio conviene introducir en nuestro derecho vigente, condensándolas en las conclusiones que siguen:

...

2ª El testador que tuviere hijos legítimos deberá instituir herederos a todos ellos, a no haber sido desheredado alguno por causa legal, y tendrá facultad para distribuir sus bienes entre ellos, dando a cuál más, a cuál menos, según le pareciere [sic] no prejuzgándose en esta conclusión lo que se decida al tratar del tema sobre el suplemento de legítima...

3ª No obstante lo dispuesto en la anterior conclusión, el testador que tuviere hijos legítimos podrá disponer en favor de extraños de una porción de bienes equivalente a la que señale el hijo menos favorecido, cuando el número de éstos no baje de tres; de la mitad de aquella porción, cuando fueren dos los hijos, y de una quinta parte de la misma, cuando dejare uno solamente.

3ª duplicada. Los testadores que tengan hijos legítimos podrán disponer libremente, en legados, hasta el quinto de su herencia, pero sin dar a un legatario más que a un hijo...

...

5ª De la propiedad de esta mitad, del pleno dominio de la otra mitad restante y de los bienes que hubiere adquirido el testador con su trabajo o industria, podrá disponer libremente.

Sobre todo, la Sección del Congreso recomendaría la libertad de los padres para repartir sus bienes en sede testamentaria, pero siempre debiendo transigir y equiparar a todos los hijos, resultado del cariño paterno y de una voluntad en la continuidad del núcleo familiar⁵⁷, rechazando la desigualdad de unos hijos frente a otros causada por las reservas, para lo cual se debería huir del “deficiente sistema castellano”.

La Sección advirtió que sería respetuosa y proclive con la libertad de testar, pero que rechazaría igualmente la idea de la institución hereditaria de un hijo en detrimento de los demás, tal y como establecía entonces el Fuero de Aragón. Ésta fue la muestra más clara que indicaría los cauces por los que discurriría el coloquio del Congreso: la impugnación del nombramiento de herederos fuera del círculo familiar. Siendo así, difícil cabida tendría, no ya el mantenimiento del sistema hasta entonces vigente en

⁵⁷ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit., p. 386: “...la Sección ha tenido que reconocer como altamente razonable lo fundamental de nuestro derecho vigente en la parte que nos ocupa, porque, de acuerdo con la filosofía del derecho más progresiva, hace que los padres, pudiendo disponer de su patrimonio, tengan facultad de conciliar el afecto a todos sus hijos con la necesidad de conservar a la familia el hogar en que se perpetúe su vida colectiva y los bienes de toda clase que sirvan de alimento a la actividad de las generaciones sucesivas; pues en la familia, en los sentimientos que el hombre adquiere en ella cuando está organizada según sus leyes naturales, como sucede en Aragón, hay recuerdos, hay enseñanzas, hay costumbres que deben incorporarse al hogar, al taller y a la tierra, para que, perpetuando la tradición, adquiera la familia estabilidad y firmeza.”.



Aragón, sino la evolución del pensamiento de la Sección hacia derroteros más progresistas⁵⁸.

No obstante, la Sección reconoció la flexibilidad con la que había de tratar la inclusión de extraños en el *quantum* hereditario⁵⁹, proponiendo distintas formas de materializar dicha potestad en la práctica, limitación que debía practicarse en la atribución de los legados a extraños, que deberían ser igual, como máximo, a lo heredado por el hijo menos favorecido y circunscribiendo la parte de libre disposición a un quinto.

La Sección justificó la redacción del Dictamen⁶⁰ con firme parecer. El derecho de testamentifacción no procedía exclusivamente del derecho natural –lo cual dotaba de un dogmatismo manifiesto al mismo concepto- ni del derecho civil –porque en este caso la propiedad quedaría reducida a un mero usufructo- sino que dicho derecho, se configuraba un sistema jurídico de carácter mixto y relativo⁶¹. Se rechazó con vehemencia el sistema de sucesión forzosa, responsable de la “liquidación moral del honor de las familias”, optando por “pequeñas legítimas, sin llegar a ser imaginarias o simbólicas”, de modo que el resultado fue un sistema legitimario híbrido o de “libertad paterna limitada con legítimas prudentes y proporcionadas”. No era acertada pues, la libertad absoluta, que al fin y al cabo no regía ni en Castilla, ni en ninguna de las provincias forales, ni en la nación que estuvo en boca de todos los ponentes, citándose

⁵⁸ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 386: “Una pequeña modificación se ha creído necesario introducir en lo fundamental del expresado fuero: éste facultaba al padre para que, de entre sus hijos, nombrara a uno heredero, y lo que dejaba a los restantes, parecía tener el carácter de legado y de legatarios los que lo recibían. La Sección ha entendido que esta disposición respondía a la organización política de la época en que se dictó, pero que hoy no puede explicarse ni está conforme con lo preceptuado en otros fueros, puesto que no existe razón para sean desiguales los hijos entre sí...”.

⁵⁹ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 389: “... si éste [el testador] no ha satisfecho todas las necesidades de su espíritu y si obligaciones ineludibles, deberes sociales, deudas de conciencia y afecciones del corazón le impulsan a hacer partícipes de su liberalidad a personas que no son herederos suyos necesariamente, la Sección ha decidido que debiera sancionarse el principio consignado en las conclusiones tercera y quinta, esto es, que el padre y el hijo, una vez satisfechos los deberes que la naturaleza les impone, puedan mostrar su gratitud disponiendo en favor de extraños de una parte de la herencia.”.

⁶⁰ Opinión encabezada por Martón.

⁶¹ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 426: “La testamentifacción, como el trabajo y la propiedad, son de origen natural, pero ejercitados tales derechos dentro de la sociedad, esto es, derivados de la libertad, limitados para fines sociales y domésticos que debe cumplir todo ser moral y racional que vive en una especie de condominio con su familia, y moderados por la coexistencia de otros seres, más independientes pero no menos libres en las sociedades primitivas que en las civiles..., y la libertad establece relaciones, están limitadas por la razón y la conciencia. De que la facultad dispositiva de nuestros bienes se derive del derecho natural, no se desprende que sea absoluto su ejercicio...”.



tantas veces como ejemplo de la libertad de testar en Europa, durante el transcurso de las 47 sesiones del Congreso⁶²: Inglaterra.

Se podría sostener que se trataron de conciliar los intereses para elaborar un sistema legitimario que organizaba la testamentifacción, declarando que el padre tenía libertad para disponer de sus bienes, aunque dentro de la familia, autorizando a su vez para disponer en favor de extraños alguna cantidad, para otorgarles libertad absoluta de disponer de determinados bienes en el caso de carecer de descendientes, y para suprimir el peligro y vaguedad del principio *quantum placuerit* “bajo unas bases de libertad y de equidad, tan equidistantes de la tiranía romana como de la anarquía castellana”⁶³. Quedaba claro pues el esbozo de la Sección, amparado bajo las consideraciones morales relacionadas, las justificadas teorías de libertad y propiedad, la entente alcanzada con el principio de la libertad de testar, el respeto al principio igualitario y la expulsión de las desheredaciones sin causa.

b. Conclusión del Congreso

La conclusión alcanzada en el Congreso en materia de sucesiones fue que “quedó desechada la conclusión 2.^a del dictamen y fueron retiradas asimismo las 5.^a, 6.^a y 7.^a y reformada la 8.^a, que se discutió en la sesión de 16 de marzo”⁶⁴. Se rechazó así, el sistema de libertad de testar lata y se mostró predilección por el sistema de libertad restringida que ya regía en Aragón por aquel entonces. En definitiva, se mantuvo invariable el *statu quo* y la filosofía de libertad limitada, vigente en el sistema aragonés de sucesiones legitimario.

Igualmente se discutió, la posibilidad de incluir un cuarto de libre disposición⁶⁵, con el objetivo de superar el quinto castellano, que atribuía al heredero esta misma facultad⁶⁶.

⁶² Actas de los Sextos **Encuentros** del Foro de **Derecho Aragonés** (Noviembre, 1996) cit., pp. 14 y 15.

⁶³ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 431.

⁶⁴ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 486.

⁶⁵ En este caso por Moscoso, Moner, Ibañes e Ibarra, con adiciones de Naval (no citadas en el documento).

⁶⁶ Obcecado por el hecho de mejorar la legislación vigente de Castilla, la enmienda de Moscoso fue retirada, por haber sido discutidas con anterioridad las facultades de libre disposición y no poder volver sobre ello bajo la propuesta de forma de parte alícuota.



En Aragón ya regía un sistema legitimario que cumplía con las formalidades conservadoras afines, por lo demás, a la opinión mayoritaria de la Sección, que permaneció enfrentada a propuestas de carácter más reformista, las cuales, sin conseguirlo, promovieron a través del sentir representativo de Costa, una mayor libertad de acción en las cuestiones sucesorias.

c. El discurso de Joaquín Costa

En el discurso de Costa en la Academia de Legislación y Jurisprudencia, el 22 de abril de 1881 -pocos días después de haberse clausurado el Congreso- se añadieron conceptos que vinieron a complementar las ideas allí esbozadas.

El espíritu latente del Congreso, fue calificado por él de “intermedio conciliador”, y a pesar de que se mostró ferviente paladín de la libertad absoluta de testar, reconoció, en la misma línea de opinión que Alonso Martínez en su obra⁶⁷, la imposibilidad de generar un cambio drástico en una sociedad que no tenía asimilada la instauración de esta institución, y que por lo tanto, tampoco estaba preparada para recibirla, sino de manera calmosa y progresiva⁶⁸.

Nuevamente y reiterando la enmienda propuesta en el Congreso de Jurisconsultos, esgrimió las teorías que servirían de piedra angular a los sistemas legitimarios, a las cuales trató de encontrar sus inconvenientes más destacados.

Contra la fundamentación de los que sostenían la legítima en la obligación impuesta por la naturaleza, consistente en alimentar y educar a los hijos, no debían confundirse los deberes de paternidad -basados en la obligación de dar alimentos a los hijos- con los derechos de dominio -basados en las obligaciones legitimarias-, ello en la medida que las legítimas no fueron creadas para perpetuar la obligación de alimentar a

⁶⁷ ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus relaciones...* op. cit.

⁶⁸ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 499: Con la cita previa de Domat, reseñó que, según este autor “...aparece ya planteado ese justo medio que tan amable, y aun simpático, debía hacerse para los espíritus débiles y de no firmes convicciones, que caminan entre la penumbra de dos luces que se encuentran, la luz de la razón y la luz de la Historia, viendo el error o la injusticia en lo existente, pero faltándoles arte y aliento para romper de una vez con hábitos arraigados de muchos siglos en el corazón de la humanidad, atreviéndose sólo con la mitad, o con una parte mayor o menor. Le duele a la Humanidad soltar la vieja piel de las primitivas edades, y se va desprendiendo de ella por pedazos, a la manera como nosotros dejamos el traje de invierno y nos vestimos el de verano, no en un día y de una vez, sino por partes, hoy una prenda, mañana otra, hasta que la sustitución queda completa. El sistema de las legítimas, pues, podrá carecer de justificación ante la razón, pero de explicación en la Historia, no; que nada viene obra del azar a la vida.”.



los hijos después de la muerte. La aceptación de esta teoría, conduciría a consecuencias acordes con el propio fundamento de la institución alimenticia, como que: a) No se debería legítima a los hijos mayores y menores, en el caso de que éstos tuvieran bienes para sustentarse; b) Se debería la legítima a todos aquellos para con los cuales se guardara una obligación de alimentos; y por último, c) Que las referencias a la fortuna del padre en la legítima quedarían vacías de contenido y restringidas únicamente a lo que fuera necesario dar a los alimentistas en concepto de alimentos. En definitiva, la legítima era una institución de desconfianza que “se acuerda de cortar las alas a su albedrío en el preciso momento en que en ellas no le queda ya ninguna pluma”⁶⁹.

En segundo lugar, la teoría del fideicomiso tácito debía combatirse, invirtiéndose el sentido de su significado. Según dicha teoría, la vinculación de los bienes patrimoniales adquiridos en la familia troncal, derivaba en la perpetuidad de la familia en el tiempo. En ese caso, esa perpetuidad -de la que eran responsables las familias virtuosas, que podían hacer evolucionar el patrimonio, haciendo fructificar sus rendimientos- debía tener el trato de favor del legislador “dejando de oponer a las familias el grave impedimento de las legítimas, que constantemente está estorbando su gestación”. Así pues, con la libre testamentifacción, morían los individuos, pero no las familias. Con el establecimiento de las legítimas, las familias perecerían y se dispersarían sus miembros.

La tercera línea de defensa de los valores de los sistemas legitimarios representada por la teoría que sostenía la copropiedad de la familia, también debería ponerse en duda.

El hijo se hacía copropietario desde el momento que el padre adquiría los bienes en medio de la familia y con el concurso del resto de los hermanos. Esos bienes devendrían comunes, consolidándose el sentimiento compartido de copropiedad. No obstante y debido a que el padre trabajaba en mitad de muchos elementos que habían podido contribuir a la adquisición de un bien, se podría desarrollar un argumento en contra, que se revistió de matices hiperbólicos, de modo que igualmente deberían

⁶⁹ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 503: “si dejáis en libertad al padre para los actos entre vivos, dejadle libre también el testamento; si, por el contrario, imponéis límites y condiciones al testamento por razón de lo que suponéis ser derecho de los hijos, imponed iguales trabas y limitaciones a los actos entre vivos. O tened fe en los padres siempre, en el curso de la vida y en el trance de la muerte, dejándoles suelto el albedrío, o desconfiad siempre de ellos, interviniéndoles todos los actos, convirtiendo en pública su vida privada, secuestrándoles entera su libertad.”.



tenerse en cuenta multitud de factores que coadyuvarían a dar efectividad a dicha tesis de la copropiedad, concluyéndose que el principio de copropiedad de la familia, o bien era una fantasía, o bien se debería resolver en un principio de copropiedad de la humanidad entera.

No obstante, en el caso poco probable de que la teoría de la copropiedad se hubiera mantenido, dicha tesis no hubiera tenido cabida en los sistemas legitimarios europeos, debido a la existencia de los sistemas de mejoras y de libre disposición, mecanismos por excelencia, que desigualaban a las personas llamadas a heredar y que no eran sino, sistemas híbridos y artificios inservibles con lo que se pretendía contentar a todos⁷⁰. Por este motivo el mejor juez para decidir el destino de los bienes, sería, sin lugar a dudas, el padre, pleno concedor de las circunstancias de los hijos.

Junto al nombrado parámetro de la fortificación de la autoridad paterna se reflexionó sobre un punto generalmente atacado por los detractores de la libertad de testar: el daño que podría causar un sistema basado en las vinculaciones, consecuencia necesaria de la libertad testamentaria. Este flanco sería reforzado recurriéndose al argumento esgrimido antes e igualmente, con fundamento en que las costumbres en el reparto de los bienes de la herencia reconducían los bienes a un buen destino, y que la consecuencia de ello era que las grandes fortunas se repartieran por igual entre los hijos; y que las pequeñas, fueran objeto de un heredamiento universal voluntario, que ayudaría a la evitación de la división. En este sentido, los mayorazgos servirían, en consecuencia, a un buen fin. Podemos comprobar cómo se desarrolló el mismo planteamiento que Durán y Bas en la Memoria presentada ante la Comisión de Codificación, en relación con la defensa de la figura del *hereu* y los segundogénitos.

Así, las ventajas económicas de la libertad de testar basadas en la tantas veces nombrada fortificación de la autoridad paterna, sanarían todos los males procedentes del nocivo sistema legitimario, revistiera éste un carácter castellano o no.

⁷⁰ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit, p. 517. No obstante, de manera, a nuestro entender, contradictoria, el autor en líneas posteriores afirma algo que no coincide con esta tesis: “ El sistema aragonés no es la libertad, puesto que el padre no puede disponer por testamento de su patrimonio entre extraños, pero al menos le deja con la autoridad necesaria para formar a su arbitrio lo que llamaríamos las hijuelas, para dar más al hijo que más necesite o más merezca, para perpetuar la familia conservando, sin desmembrarlos los inmuebles patrimoniales”.



1.4.3 Congreso Jurídico español de 1886

La tendencia doctrinal basada en entender como necesario el sistema de sucesión forzosa sería refrendada en el Congreso Jurídico Español de 1886⁷¹.

Ocupó las sesiones de este Congreso de los días 4 y 5 de diciembre, la discusión sobre la necesidad de la legítima⁷². La defensa del sistema legitimario, en este caso, sería señalada, destacándose el favoritismo hacia los instrumentos tradicionalmente anejos a este sistema: la mejora y la libertad de testar⁷³. De forma paralela a este posicionamiento, destacaría la igualdad, igualdad en este caso basada en la libertad⁷⁴, aunque escasos fueron los pronunciamientos en favor de la misma⁷⁵.

La prueba de ello la tendríamos en los sucesivos juicios basados en el rechazo de la libérrima libertad del testador⁷⁶, complementados a través de actitudes de diferentes ponentes, orientadas a un reconocimiento realista de la limitación de dicha libertad⁷⁷.

⁷¹ “Congreso Jurídico Español de 1886”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 69 (1886), pp. 435-447, 565-645; T. 70 (1887), pp. 37-60, 626-628.

⁷² “Congreso Jurídico Español de 1886”, op. cit., T. 69, p. 597: concretamente, el título del tema Séptimo se denominó “Sucesión testamentaria é intestada- Sistema de legítima: ídem de libertad de testar: sistemas mixtos.-Cuál debe adoptarse en España.- Orden de suceder ab intestato”

⁷³ “Congreso Jurídico Español de 1886”, op. cit., T. 69, pp. 597-598: Se presentaron sendos dictámenes por parte de Rodríguez Sampedro y García Alonso, en los que se defendió el reconocimiento de las legítimas, del tercio en concepto de la mejora y del otro tercio en concepto de libre disposición. Propusieron los ponentes en tres de sus bases, lo siguiente: “BASE 4ª: La porción legitimaria de los hijos la constituirá la tercera parte de la herencia, divisible entre ellos por porciones iguales.; BASE 5ª: La porción de libre disposición del padre entre los hijos en concepto de mejora, la constituirá la otra tercera parte de la herencia.; BASE 6ª: La porción de libre disposición del padre, ya entre los hijos, ya en favor de extraños, la constituirá la otra tercera parte de la herencia.”, defendiendo además en su Base 1ª que “Tanto la sucesión testamentaria como la sucesión ab intestato son de derecho natural,...”.

⁷⁴ “Congreso Jurídico Español de 1886”, op. cit., T. 69, p. 600: Morales Gómez, mantuvo su habitual posición en la defensa de la libertad de testar “... porque el sistema más sencillo, más fecundo en ventajosos resultados, que más estrecha los lazos de familia, que es más conforme con la libertad natural, que crea hogares más fijos y estables y clases más respetables é independientes, organiza la propiedad más convenientemente y engendra más amor al suelo natal y á la patria, entiende que es, sin duda alguna, el de la libre disposición de los bienes, así por actos inter vivos como por testamento.”; op. cit., p. 611: “...el sistema de absoluta libertad de testar ha existido siempre, á pesar de existir opiniones contrarias...la moral debe presidir en la libertad de testar,...”. Además, Rodríguez Sampedro indicó que “en la transmisión de bienes por la herencia debe predominar la absoluta igualdad, símbolo de la justicia; pero que la igualdad no es la nivelación, sino que para que sea justa es menester que se condiciones, teniendo presente que las sucesiones son de derecho natural” [op. cit., T. 69, p. 610].

⁷⁵ Tal y como se refleja en las enmiendas de los distintos ponentes a cada uno de los dictámenes, tan solo Peña y Bárcenas se mantuvieron de acuerdo con la libre disposición de bienes por parte del testador [“Congreso Jurídico Español de 1886”, op. cit., T. 69, p. 605].

⁷⁶ García Amado fue partidario de la necesaria regulación de la propiedad y en contra del argumento económico que abogaba por que el sistema de legítimas contribuye a la fragmentación de la propiedad. Liñán y Eguizábal se posicionó en términos eclécticos, aduciendo que “...no es aceptable ningún sistema absoluto [“Congreso Jurídico Español de 1886”, op. cit., T. 69, p. 607].



Pese a los años transcurridos desde el Congreso de 1863, no se representaría en las conclusiones de sus asistentes una evolución significativa en cuanto a la tendencia mayoritaria, ya que, tanto en la mayoría de conclusiones principales, como sobre todo, en las antitéticas, se optó por el sistema de sucesión testamentaria mixto⁷⁸, quedando el recuento de los votos de cada una de ellas, del siguiente modo⁷⁹:

	A favor	En contra	Abstenciones	Total
Segunda	93	278	34	405
Antitéticas	A 33	116	56	405
	B 12	136	57	405
Tercera	271	73	61	405

De ello se infiere que un total de 68,6% abogó por el sistema legitimario, con un porcentaje del 22,96% de votos en contra.

Respecto de las conclusiones antitéticas de la letra A, el 57,5% se pronunció a favor de las legítimas, frente a un 28,6%, que lo hizo en favor del sistema de libertad de testar.

Respecto de las conclusiones antitéticas de la letra B, el 52,3% se pronunció a favor de las legítimas, frente a un 33,5%, que lo hizo en favor del sistema de libertad de testar.

⁷⁷ Comas, fundando su oposición a las legítimas “Niega que exista en ninguna parte del mundo la libertad de testar, ni aun en las legislaciones forales... en Cataluña ha de ser para los hijos una cuarta parte la herencia, en Aragón toda, y en Vizcaya los cuatro quintos” [“Congreso Jurídico Español de 1886”, op. cit., T. 69, p. 608]. Este planteamiento es al que hemos hecho alusión en el comentario de las Memorias presentadas por cada uno de los Vocales forales a excepción de Navarra y Aragón: la constante defensa de la libertad, encorsetada en la obligatoria porción para los herederos forzosos.

⁷⁸ “Congreso Jurídico Español de 1886”, op. cit., T. 70, p. 48: Las conclusiones alcanzadas fueron las siguientes en lo relativo a la libertad de testar fueron las siguientes: “CONCLUSIÓN ANTITÉTICA: se conservarán los diversos sistemas de sucesión testamentaria que actualmente existen en las diferentes regiones de España sujetas a distinta legislación civil; SEGUNDA: la uniformidad de la sucesión testamentaria tendrá por base la libertad de testar, aunque el testador fallezca dejando hijos; CONCLUSIONES ANTITÉTICAS: A. ...la sucesión testamentaria tendrá por base el sistema mixto, en virtud del cual, los padres deberán distribuir forzosamente una parte de sus bienes por igual entre los hijos y repartir los restantes libremente entre los mismos, salva [sic] la parte que la ley les reserve para disponer libremente, B. La uniformidad de la sucesión testamentaria tendrá por base el sistema de legítima. TERCERA: El sistema de legítima de hijos... se regulará con sujeción á las bases siguientes: 1ª: La porción legitimaria...la constituirá la tercera parte de la herencia divisible entre ellos por porciones iguales., 2ª: La porción de libre disposición del padre entre los hijos en concepto de mejora, la constituirá otra tercera parte de la herencia., 3ª La porción de libre disposición del padre, ya entre los hijos, ó ya a favor de extraños, la constituirá la otra tercera parte de la herencia.”

⁷⁹ “Congreso Jurídico Español de 1886”, op. cit., T. 70, p. 627.



Por último, la conclusión Tercera -la más importante, por suponer la recapitulación más explícita y cercana al contenido del *quantum* sucesorio que se reproduciría poco después en el Código Civil- fue votada a favor por el 66,9% de los asistentes, teniendo en contra una tímida oposición del 18%.

Por lo tanto, a pesar de las aparentes reivindicaciones de la libertad de testar por parte de un importante sector, no se puede verificar de los datos extraídos -tanto de este Congreso como del de 1863- la suscripción en la práctica por un número tan elevado de adeptos. Pero tampoco se puede perder de vista el hecho de que cada Congreso podría no haber albergado un *quorum* lo suficientemente representativo, debido a la incomparecencia de individuos partidarios de cada postura⁸⁰.

1.5 Las memorias de los representantes forales

Si bien no marcaron una pauta las nombradas Memorias -porque en la Comisión del Senado y del Congreso habría tiempo para cuestionar la esencia de sus disertaciones y para considerar las de otros participantes de Parlamento y Gobierno- merece la pena detenerse en su análisis.

Tras el restablecimiento de la Comisión General de Codificación por el Real Decreto de 10 de mayo de 1875, por el Ministro Francisco Cárdenas, el por entonces también ministro de Gracia y Justicia en 1880, Saturnino Álvarez Bugallal, inició de nuevo los trabajos para acometer un nuevo intento de redacción del Código Civil mediante el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, reorganizando la Sección Primera, agregando a ella un Vocal representante de cada territorio foral⁸¹.

⁸⁰ “Congreso Jurídico Español de 1886”, op. cit., T.69, p. 435. Aunque en su prólogo se pone de manifiesto que “Iniciado por la Junta de gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el pensamiento de celebrar un Congreso de Jurisconsultos, se encargó una Comisión, nombrada al efecto, de hacer la propaganda y las invitaciones, lo que realizó por medio de una circular dirigida á todos los Colegios de Abogados y Notarios, Academias, Ateneos, Tribunales y demás Corporaciones o entidades jurídicas, y jurisconsultos distinguidos, cuyo concurso estimaba de gran importancia, ...”.

⁸¹ La pretensión fundamental en el nuevo Proyecto sería la de considerar los derechos regionales, aunando posturas y rectificando una de las directrices que hizo fracasar el Proyecto de 1851. En el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, publicado en la Gaceta de 7 de febrero del mismo año, se destacó con clarividencia esta intención: “¡Y cuántas ventajas no ofrecerá á la vez, la codificación del derecho civil presentada en la forma que acaba de indicarse! Con ella se conservarán las instituciones forales dignas de respeto, en vez de arrancarlas de raíz; que es la amenaza constante á que hoy las tiene sometidas la tendencia niveladora é igualitaria que en orden á la codificación civil prevalece en las corrientes filosóficas del siglo. Con ellas se generalizará su conocimiento y se las apreciará en lo que valen; dándose ocasión á que si su mérito las hiciese aceptables para el resto de España, la legislación común las podría acoger andando el tiempo entre



El comentario de estas Memorias en materia de legítimas resulta interesante, por cuanto las mismas aportan los elementos necesarios para vislumbrar la línea divisoria conceptual entre la denominada legítima castellana, contrapuesta a las instituciones sucesorias forales, que en algunos casos, no contemplarían dicha institución.

Aunque su fecha de publicación fue, en algunos casos, bastante posterior a la de su redacción, las Memorias fueron anteriores a la deliberación de las bases en la Sección de Codificación –que simultaneó el debate de las bases y de la confección del articulado del Código Civil asignado a cada vocal-, siendo por ello, que el respeto al orden histórico-cronológico nos obliga primeramente a estudiar la ubicación de la legítima en dichos volúmenes.

1.5.1 Cataluña

DURÁN Y BAS defendería el sistema legitimario catalán, tachándolo de sistema de auténtica libertad, pese a que la legítima constituía la cuarta parte de los bienes en lo referido a reserva forzosa, argumentando que “considerase el sistema legitimario de Cataluña como una de las formas de libertad de testar... que sin duda más interesa conservar si en ella no han de introducirse novedades”⁸²:

... ni existe en la legislación catalana el derecho de primogenitura, pues el testador puede nombrar libremente heredero en las tres cuartas partes de sus bienes á los parientes ó a los extraños, á los hijos ó á los demás deudos, á los varones ó á las hembras, al primogénito ó á los segundos géritos, á una o a muchas personas, é imponer al heredero, menos en su

las suyas, viniendo á convertirse en general algo de lo que hasta hoy sólo tiene carácter regional o local (...), concluyendo en este aspecto su Exposición de Motivos que “Para conseguir este fin, y con objeto de que terminada que sea por la Sección primera la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil, que tiene ya muy adelantada, pueda dedicarse con toda asiduidad al estudio y mejora del proyecto de Código civil publicado en 1851, parece de indispensable conveniencia que formen parte de la Comisión general de Codificación, con el carácter de miembros correspondientes un letrado de reputación por su ciencia y práctica por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, las Provincias Vascongadas, Galicia y las Islas Baleares; Individuos que no estarán obligados á residir en Madrid, y que habrán de redactar, dentro del término que se les señale, una Memoria en que consignent y razonen su opinión acerca de los principios e instituciones del derecho foral, que por tener un robusto apoyo en sentimientos profundamente arraigados y tradiciones dignas de respeto, ó afectar de un modo grave á la constitución de la familia ó de la propiedad deban incluirse en el Código civil, como excepción respecto á cada cual de dichas provincias de las disposiciones generales sobre las mismas materias; y también sobre aquellas otras, de que ya por inconvenientes, ya por innecesarias, ya por haber caído en desuso, sea dable prescindir.”.

⁸² DURÁN Y BAS, M., *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña: escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta de la Casa de la Caridad, Barcelona, 1883, [Reimpresión facsímil por Analecta Editorial, Navarra, 2003, Colección de Derecho, serie Derecho Foral, Estudios, p. 197].



porción legítima, todas las condiciones o gravámenes que autoriza el derecho; por manera que así por esta razón como por la cuantía de los bienes que quedan de libre disposición del testador, se justifica que el sistema legitimario de Cataluña entre en el que es conocido con el nombre de libertad de testar.”⁸³.

El discurso del jurisconsulto descansó en los cuatro pilares fundamentales que a su entender, legitimarían la libertad de testar, consistentes en:

...el derecho privado, el derecho político, el del interés moral y el del interés económico de las sociedades humanas... En el terreno del derecho privado la libertad de testar afecta al de propiedad y al de familia. Al primero, respecto á la libre disposición de los bienes, al segundo, en cuanto al fin interno de nuestro de nuestro patrimonio con relación á la naturaleza propia de las relaciones morales y jurídicas que nacen de la existencia de la familia y al cumplimiento de los deberes que el fin de ésta impone...” indicando que “lo que la obligación nos presenta como positivo y real es el orden de deberes y el orden de afectos que de esas relaciones nacen; consistiendo los primeros en dirigir las facultades del sér para el desarrollo de su vida moral y social; y caracterizándose los segundos por las condiciones de todo amor que lleva á la identificación con el sér amado, y por consiguiente a las dos grandes manifestaciones con que se presenta siempre, á saber, la previsión y el sacrificio, con las cuales buscamos desinteresadamente el bien del otro sér... El derecho, pues, ó sea la coerción inherente á la libertad en su ejercicio, que es su carácter en sentido objetivo, debe limitarse á lo que impone el deber, dejando á la libertad que dé expansión á los afectos; y la experiencia enseña que en el orden de las relaciones de familia nada hay que á ellos exceda en energía y fecundidad⁸⁴.

Bajo el punto de vista político, la libertad civil, entendida como fundamento de la libertad de testar, sería el pertrecho adecuado para que el padre de familia pudiera ejercer su autoridad de manera consciente y responsable:

...la libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres”. Los derechos políticos, no son sino, su garantía...”, “la libertad de testar favorece uno de los sentimientos que son más propios de los pueblos libres; el sentimiento del individualismo en el sentido recto de la palabra, ó sea el valor del hombre como hombre que es la base de la dignidad personal, y la libre dirección de sus fuerzas como condición de su responsabilidad en el cumplimiento de su destino.”. “Las leyes...al regular la libertad en su ejercicio forman las costumbres. Con la libertad de testar aprenden los padres el uso de la autoridad, odiosa y repugnante cuando es arbitraria, acatada y bendecida cuando es justa...”

La vertiente político-social hacía ver que la libertad de testar no extinguiría los deberes y afectos que de las relaciones de familia nacía, puesto que:

...no se endurece con ella la conciencia del padre; no se desvían con ella los sentimientos de su corazón. La gran ventaja de la libertad de testar consiste en que el padre cumple sus deberes por un acto de su voluntad libre, y satisface sus sentimientos con compleja espontaneidad, con toda su fuerza de expansión... la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente á seres desiguales; y esta libertad no impide que donde hay bienes

⁸³ DURÁN Y BAS, M., op. cit., pp. 204 y ss.

⁸⁴ DURÁN Y BAS, M., op. cit., pp. 206-218.



fácilmente divisibles, donde no existe un patrimonio en inmuebles, en lugar de nombrar un heredero se distribuya la herencia por igual entre todos los hijos⁸⁵.

La referencia al interés moral se desarrolló en un argumento más de tipo filosófico que empírico, aduciendo la existencia del régimen de la sucesión forzosa en países con menos densidad de población, porque “...bajo el aspecto moral la mayor ó menor fecundidad de los matrimonios representa los grados de moralidad de un pueblo...”, condicionando una mayor proliferación de los miembros de las familias en las naciones de libre testamentifacción:

...por la fecundidad de los matrimonios todas las naciones que disfrutaban de la libertad testamentaria, contribuyen diversas causas á hacerlos estériles en pueblos sometidos al yugo de la división forzosa” y “no es de extrañar que...el espíritu de previsión se resuelva por la esterilidad en los matrimonios”⁸⁶.

Al aspecto económico dedicaría una mayor extensión. En virtud de este motivo, “debe defenderse también la libertad de testar como favorable al desarrollo de la producción”, y poniendo en contraposición los ejemplos de Francia e Inglaterra, concluyó que “no legitima la oposición á ella el peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos, porque igualmente “aparecen indudables efectos de la división á que el sistema de sucesión forzosa conduce”; además de que “la sucesión forzosa restringe considerablemente el uso del crédito territorial”, que “no podrá ser utilizado con gran provecho por los propietarios de muy reducidas suertes” y de que “el sistema de sucesión forzosa, bajo el punto de vista económico, ofrece un inconveniente de gran cuantía, y consiste en que los gastos que la división ocasiona, cuando no hay acuerdo entre los herederos, absorben gran parte del valor de la herencia...”⁸⁷.

La libertad de testar en este caso se defendería bajo un matiz de relatividad. Esta defensa a ultranza de dicha libertad, se encasilló bajo la premisa de que el sistema catalán albergaba un sistema legitimario similar al denominado sistema castellano, no en el porcentaje de cuartos, pero sí partiendo del antecedente necesario de la ley general, que incluía los herederos forzosos y su distribución en tercios, propia del Código civil⁸⁸.

⁸⁵ DURÁN Y BAS, M., op. cit., pp. 218-227.

⁸⁶ DURÁN Y BAS, M., op. cit., pp. 227-228.

⁸⁷ DURÁN Y BAS, M., op. cit., pp. 228-234.

⁸⁸ DURÁN Y BAS, M., op. cit., p. 235. Así quedó dicho en su propio texto en el cual explicó que al testador “puede serle superior sin duda el sistema de libertad testamentaria absoluto; pero... no proponemos ninguna innovación por dos razones, que nos parecen decisivas: primera, porque arraigada la



En cuanto a la razón jurídica “aboga también por la conservación del sistema legitimario de Cataluña...” y afirmó que:

Es indudable que las instituciones jurídicas deben estar en armonía con las ideas morales y sociales de que se nutre la conciencia de los pueblos; y el principio de libertad en todos los actos de la vida civil es una de las ideas de que la conciencia del pueblo catalán se alimenta...” [refiriéndose a estos actos como la contratación, la asociación y la testamentifacción].

La libertad testamentaria responde en Cataluña á esta idea del patrimonio con relación á la familia; y la supresión ó la extremada limitación de esta libertad, que es lo mismo, contrariaría una idea que alimenta una tendencia común y es el elemento generador de un concepto jurídico general⁸⁹.

La cuestión social se abordaría defendiendo la costumbre frente a la ley como la vía que encauzaría naturalmente las relaciones testamentarias entre padres e hijos, explicando como un hecho testamentario habitual basado en los usos de la familia, la distribución igualitaria del patrimonio entre los hijos, alejado en muchas ocasiones del tan frecuentemente criticado sistema hereditario basado en la atribución de bienes al hijo mayor:

...es un error creer que en Cataluña en todos los testamentos se nombra *hereu ó pubilla* y en todos se designa para serlo al primogénito... son muy frecuentes los que el llamamiento de herederos se hace á favor de los hijos instituyéndoles en partes iguales, ó en que al primogénito sólo se le deja parte mayor, el doble o más, que á los restantes... y el catalán que alienta el espíritu del país en su espíritu, prefiere como padre otorgar y como hijo recibir á título de disposición testamentaria la porción de la herencia paterna, aunque sea igual á la de sus hermanos, que darla ó recibirla en virtud de disposición legal. Por esto son relativamente poco numerosas las sucesiones ab intestato en Cataluña, y muchos los testamentos en que el padre reparte la herencia entre los hijos⁹⁰.

Por último, los razonamientos finales de su Memoria fueron contundentes, y el fino discurso que impregnó su exposición previa, adquirió una mayor locuacidad al recapitular sus conclusiones:

Todo, pues, recomienda, ó mejor todo demanda la conservación del sistema legitimario de Cataluña: la razón histórica, la razón jurídica, la razón social. Desde el primer tercio del siglo XIV el principio de libertad ha predominado en Cataluña..., fue la del derecho

institución en su actual forma... no conviene alterarla, toda vez que los principios de justicia no la rechazan...” [argumento parcial a nuestro entender, dado que parece atenerse a su propia concepción de “principios de justicia”]; “y segunda, porque si en los tiempos de decadencia moral puede también degenerar la libertad testamentaria demasiado absoluta...” [dijo citando a Roscher] “...no conviene introducir novedades en un estado legal en que se conciertan perfectamente los más altos principios sociales con la previsión de los efectos de las humanas flaquezas...”.

⁸⁹ DURÁN Y BAS, M., op. Cit, pp. 238-239.

⁹⁰ DURÁN Y BAS, M., op. Cit, pp. 241.



romano antiguo ó sea la cuarta parte de los bienes del difunto... el sistema de libertad se ha implantado en Cataluña por medio de la antigua legítima romana... desde hace muchos siglos, está en vigor la legítima reducida á la cuarta parte de los bienes...⁹¹

1.5.2 Aragón

A la misma tarea encomendada por la Comisión correspondió FRANCO Y LÓPEZ, describiendo la libertad de testar aragonesa como aquella que “sólo es absoluta y completa cuando el testador no deja descendientes”⁹².

En su discurso fueron continuas las referencias a los jurisconsultos participantes en el Congreso de Madrid de 1863 -como Permànyer-, a Moret y Silvela, en su obra “La familia foral y la familia castellana” y también a De la Concha en su discurso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 7 de marzo de 1880, entre otros muchos autores, en su mayoría defensores de la libertad de testar.

Sus argumentos fueron contrarios a las teorías del condominio y participación en los bienes del padre -tesis que defendieron los partidarios del sistema de legítimas- y se sustentaron en el principio absoluto de facultad de disposición de los bienes del propietario durante su vida y para después de su muerte, en su testamento⁹³.

La libertad de testar obedecía a unos criterios de justa limitación y racionalidad, lo que se podría traducir en un sistema mixto, que “solo en el caso de faltarle es cuando puede obrar en su disposición testamentaria con completa libertad”⁹⁴, advirtiendo que se trataría de un error “el de creer que en Aragón puede el padre disponer de todos sus bienes en favor de personas extrañas, con sola obligación de dejar à sus hijos los diez sueldos jaqueses...que por fórmula se les señalan en la generalidad de los testamentos...”⁹⁵. Así, el fundamento de la libertad de testar aragonesa en su defensa de la institución basada en la existencia o no de descendientes, quedaría sintetizado del siguiente modo:

⁹¹ DURÁN Y BAS, M., op. Cit, p. 236.

⁹² FRANCO Y LÓPEZ, L., *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1886, p.70.

⁹³ FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., pp. 91 y 92.

⁹⁴ FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., p. 93.

⁹⁵ FRANCO Y LÓPEZ, L., Ibidem.



Se ve pues que no existe, cuando el testador tiene sucesión, una libertad de testar propiamente dicha, sino una facultad discrecional concedida al padre para distribuir los bienes entre sus hijos en la forma que tenga por más conveniente, pero sin poder dejarlos á personas extrañas. Por consiguiente, los más atendibles argumentos que contra la absoluta libertad se hacen, no tienen fuerza alguna, según no puedo menos de repetir, para atacar la legislación aragonesa, y en cambio con ella se obtienen las ventajas...de ser éste el supremo regulador en la distribución de sus bienes...⁹⁶

Al igual que con Durán y Bas, en su teoría se puntualizaron los malentendidos sobre el sistema de legítimas aragones. Debía quedar claro que no existía un libertinaje extremo para repartir el patrimonio a propios y extraños, tal y como se pretendía interpretar por voces equivocadas, sino que la única libertad la ostentaba el padre para repartir dicho patrimonio, pero dentro del propio núcleo familiar.

Otra vía de subsanación de las decisiones injustas y abusivas de los padres podría articularse través de la doctrina del suplemento de legítima, desarrollada por el Tribunal Supremo, que enmendaba la decisión del padre desnaturalizado; estimando que al hijo injustamente desheredado le correspondería una cantidad determinada, proporcionada por el haber paterno, o bien una parte alícuota de la herencia⁹⁷, siendo su deseo que, de estos asuntos debiera responsabilizarse al Consejo de Familia aragonés⁹⁸.

Las reiteradas propuestas de la institucionalización de la facultad de asignación de bienes a los herederos que se debía otorgar al testador en función del origen de su adquisición⁹⁹ tomaron especial protagonismo. Era necesario pues, diferenciar y determinar *ab origine* la titularidad del bien en cuestión para estar en posición de determinar, a posteriori, la potestad dispositiva que el causante tendría atribuida en el momento de su muerte.

⁹⁶ FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., pp.93-94.

⁹⁷ FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., p. 95.

⁹⁸ FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., p. 136: "... no pueden, en la generalidad de los casos, adquirir un pleno conocimiento de las circunstancias de la familia del reclamante, ni por consiguiente les es dable apreciar con el debido acierto los móviles que impulsarán á un padre,... para establecer una notabilísima desigualdad entre sus hijos. No puede desconocerse lo peligroso que es, el que una autoridad completamente extraña a la familia venga á introducirse en lo más sagrado de ella,...".

⁹⁹ FRANCO Y LÓPEZ, L. Hasta en cuatro ocasiones se refirió a ella, en las páginas 96, 99, 101 y 140 de su Memoria. La cita incluida en la página 101 es a la que nos referimos, por tener carácter recapitulativo: "... no hay al menos á mi juicio, otro medio más realizable que la concesión, que yo propongo, de muchos mayores derechos á un padre para disponer de los bienes que han sido fruto exclusivamente de su trabajo ó de sus economías, que para hacerlo de los que ha adquirido a título gratuito de su familia. Así podría establecerse sobre estos últimos el sistema de legítimas que estuviera más conforme con las costumbres de cada comarca, y sobre los primeros el de la libertad de testar más o menos amplia."



Así, las propuestas del sistema legitimario serían tres, pero el que a su entender “menos se separa de la legislación vigente”¹⁰⁰, consistiría en dejar, como en Castilla, a la libre disposición del padre la quinta parte de sus bienes para evitar la impugnación por los hijos de disposiciones que en favor de personas extrañas hubiera hecho aquél de un parte de su herencia¹⁰¹, destacando, en contraposición al sistema catalán aquella consistente en que:

...á la vez que conceda a los padres la facultad de disponer libremente de mayor porción de sus bienes, se deje encerrada dentro de límites determinados la de distribuir los restantes entre sus hijos. En opinión de algunos juristas sería preferible, á la omnimoda facultad de que por nuestra legislación tienen los primeros de señalar á cada uno de los segundos á quienes no instituyen herederos la parte de bienes que haya de constituir su legítima, el establecerse como en Cataluña que haya de constituir ésta la cuarta parte de la herencia, quedando las tres cuartas restantes de libre disposición de aquellos...¹⁰²

Su propuesta pues, consistiría en:

...dejar a la libre disposición del padre la cuarta parte de sus bienes; en que otra cuarta parte de ellos constituya la legítima de sus hijos, y por consiguiente sea divisible con igualdad entre todos; y que las dos cuartas restantes, ó sea la mitad de la herencia, sea también para los hijos exclusivamente, pero estando en las facultades del padre el distribuirla en la forma que tenga por más conveniente, y pudiendo por lo tanto adjudicarla en su totalidad á solo uno ó alguno de ellos. Por este medio puede con más latitud que en Castilla mejorar á los que se hayan hecho dignos de esta preferencia o sean más desgraciados; y a la vez tienen los restantes un derecho á parte determinada de que no pueden ser privados sino cuando hayan dado causa para su desheredación...¹⁰³

Así pues, se establecía una propuesta de cuatro cuartos: uno de legítima, dos de mejora y un último cuarto de libre disposición.

Pero la Adición de su Memoria contenía las modificaciones introducidas, consistentes en la propuesta de asignación de cuota legítima progresiva, en función del número de herederos, así como en la implementación de un sistema de mejoras como medida de justicia, integrada en una legítima larga, que a su vez propiciaría la falta de necesidad del suplemento de legítima anteriormente referenciada¹⁰⁴:

¹⁰⁰ FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., p. 133.

¹⁰¹ FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., pp. 134 y 135: El resto de modificaciones a las que se refirió fueron: a) la salvaguarda de los intereses de los hijos nacidos de primeras nupcias, en contraposición a los de ulteriores matrimonios en lo relativo a la porción asignada de bienes; b) la facultad discrecional del padre en el Consejo de Familia para la tutela de las hijos menores de edad y de hijas solteras.

¹⁰² FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., pp. 137 y 138. Esta opinión de la supremacía del sistema catalán no fue compartida por el autor, que a renglón seguido arremetía contra el planteamiento de dicho sistema legitimario, basándose en tres inconvenientes, que obedecían a la libre disposición para ceder a extraños partes importantes de la herencia.

¹⁰³ FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., p. 139.

¹⁰⁴ FRANCO Y LÓPEZ, L., *Adición á la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al gobierno de S.M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero del propio*



...dentro de este sistema por el que me he decidido, he introducido algunas modificaciones importantes, con las que queda más perfeccionado, se da más amplitud á la autoridad paterna, y se disminuyen los inconvenientes a los que he aludido. Una de estas modificaciones es la de que, si bien dejo subsistente la fijación de la legítima de los descendientes en las cuatro quintas partes del haber paterno, cuando los hijos del difunto sean tres ó más, reduzco esta porción á los dos tercios cuando menor sea el número de éstos; porque más parte les corresponderá en este caso á cada uno de ellos de esta porción, que la que les correspondería de las cuatro quintas si fuera mayor el número de partíciparios; y de esta manera se concede más amplitud a la libertad del padre para disponer en favor de otras personas ú objetos..., y he establecido además otra modificación... para que pueda el padre, con más holgura y desembarazo, hacer entre sus hijos la distribución que considere más equitativa ó prudente, y premiar a los que se hayan hecho dignos de ello por su comportamiento; que consiste en que, dividiéndose en dos partes iguales lo que constituye esta legítima..., sea la una de ellas divisible por igual entre todos los hijos, quedando la otra mitad para que pueda distribuirla el padre entre los mismos ó sus descendientes, ó adjudicarla á uno ó más de ellos;...para que, en la mitad del importe de la legítima que puede distribuir libremente entre sus descendientes, pueda establecer las reversiones, sustituciones, y cualquier otro gravamen no prohibido por la ley pero en favor de sólo otro u otros descendientes legítimos. Con ello, á la vez que se concede á la autoridad paterna más ancho campo en que puede ejercer sus facultades distributivas, no se menoscaba el derecho, que en co- [sic] común se concede a sus descendientes, a la parte de herencia que les señala la ley...

Se evidenciaba en el dictamen, la propuesta del juriconsulto aragonés, que efectuaba una comparación exhaustiva del derecho sucesorio aragonés con el derecho castellano y catalán. La libertad de testar debía actuarse a través de un sistema de legítimas y mejoras a los hijos, pero no debía descartarse el método progresivo en la cuantía de la atribución forzosa de una parte de los bienes, tomando siempre en consideración el número de hijos llamados a la herencia para fijar dicho caudal. Ambos parámetros resultarían válidos para considerar lícita y suficiente la libertad de testar. Este sistema de atribución proporcional según la cantidad de descendientes como elemento regulador que atribuía una suficiente libertad de disposición susceptible de conseguir una armonía entre los lazos de la familia, en connivencia con los de la propiedad; no era desconocido para otros ordenamientos, dado que ya representó en otros territorios de la antigua Corona de Aragón, una solución que contribuyó a regular la equidad en el reparto de la herencia, estableciendo una relación de equilibrio entre el caudal hereditario y el número de sucesores. En el Derecho foral valenciano tenemos un ejemplo de dicha pretérita utilización. En el ámbito europeo, el Derecho italiano, el belga, el maltés, francés o portugués también son muestras de ordenamientos

año el vocal correspondiente de la comisión general de codificación el senador vitalicio del reino D. Luis Franco y López, Barón de Mora: y reformas y adiciones que en unos de la autorización concedida por la Real Orden de 16 de octubre de 1889 propone al proyecto presentado con la misma Memoria, para ser apéndice primero del Código Civil Español, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1893, pp. 52-54.



legitimarios progresivos en función del número de descendientes que concurren a la herencia.

1.5.3 Navarra

No siguió dicha tendencia el vocal MORALES GÓMEZ, y así lo demostró en la Memoria que presentó ante la Comisión¹⁰⁵.

Se preferiría la libertad de testar navarra, entendida en términos absolutos, que excluía el sistema de atribución mínima forzosa a los herederos. El sistema navarro presumía de ser uno de los ordenamientos jurídico-sucesorios más permisivos en la cuestión legitimaria. Tanto, que la cuota que por ley debía respetarse se suponía mínima o simbólica. La tradición identitaria de esta región pues, basada en una libertad plena, no sería proclive ni siquiera a la aceptación de métodos más moderados que indicaran el alejamiento de una reserva estricta –pero no obstante existente- y la tendencia a una potestad amplia en la libre disposición del causante.

Con el paso de los años, las referencias a esta libertad no se verían alteradas. La prueba de ello, la tendríamos en que, el artículo 624 de la legislación especial civil navarra sigue estableciendo en la actualidad en su artículo 149 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra¹⁰⁶- que “La libertad de testar es absoluta, sin más limitaciones que la institución de herederos entre padres é hijos en la legítima foral...”; consistiendo en ambos casos esta legítima de los hijos y descendientes y la de los padres y ascendientes contenida en el antiguo artículo 642 de las Leyes Especiales de Navarra, en una asignación de “cinco sueldos carlines ó febles, y una robada de tierra en los montes comunes...”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ MORALES Y GÓMEZ, A., *Memoria que comprende los principios é instituciones del derecho civil de Navarra, que deben quedar subsistentes como excepción del Código General; y los que pueden desaparecer viniendo á la unificación, redactada con arreglo al Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta Provincial, Pamplona, á cargo de V. Cantera, 1884.

¹⁰⁶ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Boletín Oficial del Estado nº 57, de 7 de marzo de 1973; corrección de errores, B.O.E. de 30 de mayo de 1974.

¹⁰⁷ Este contenido es equivalente al actual artículo 267 de la Compilación: “La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero.” Se justificó por el autor de la Memoria, la entrega simbólica de bienes a los herederos, en tanto que “Sustituida la legítima del fuero por la de los cinco sueldos carlines y una robada de tierra en los montes



A ello debe añadirse que en Prólogo de la Memoria se dejó constancia de que Navarra:

...es el único territorio en donde enfrente del sistema de las legítimas, y de las mejoras, y de la porción libre, rige la libertad absoluta de testar, y de la disposición de bienes: y tenía que discutirse, y establecerse la unidad de sistema y de principio; y tenía que admitirse como general la libertad de testar, ó las restricciones mencionadas; ó una vez establecida la diferencia de principio, de sistema, tenía que resultar lo diferencial en todas las consecuencias.

Así es que no pudiendo renunciar Navarra á la libertad de testar, y no establecida como general, al tratarse de armonizar las diferentes legislaciones acerca de la porción legitimaria, de la porción de mejoras, y de la porción libre, no podía decirse nada, ni discutirse ni votarse, en nombre de un territorio que dejaba ya sentado un principio opuesto, incompatible con dichas porciones, ya limitasen la libre disposición en un tercio, en un sexto, ó en cualquiera otra proporción¹⁰⁸.

Quedaba claro pues, que la absoluta libertad de testar -vigente en Navarra- no sería sinónimo de arbitraria e injusta distribución de los bienes por parte del padre, pues a pesar de que “cuando se abusa en el ejercicio de disponer libremente, se disloca la familia, se resiente en sus cimientos la sociedad...”¹⁰⁹, existiría un orden regulador que mantendría la sabia conciencia del progenitor, amparando los intereses de los hijos en el momento de la apertura de la sucesión, y de ello se dejaría meridiana constancia: “Esta facultad reguladora que admitimos, emana pues de la moral, base del derecho, de la moral, en su íntima relación con la familia y con el orden social.”¹¹⁰, por lo tanto, de ello se desprendería que la autoridad paterna sería el instrumento que debería entrar en juego para regular las actitudes de los hijos en este momento:

...Aquí donde nada hay que límite la autoridad paterna, donde la propiedad es tan libre, los padres se desprenden de ella en generosa y tierna abdicación..., y cuando suele abrirse más el corazón del hombre á los alhagos de la ambición..., Y es que están tejidos con los lazos del amor tiernísimo de los padres, del cariñoso respeto de los hijos, de una sumisión filial...¹¹¹

comunes...ocurre la cuestión de si debe cesar esta fórmula, que en realidad no concede nada á los hijos, ó deberá conservarse para ocurrir al caso de la preterición, y sostener la desheredación como castigo en el orden moral familiar, ya que como privación de bienes nada significa. Dado el carácter patriarcal de nuestra legislación foral, en la que tanto vale y significa la autoridad paterna..., no creemos que fuera de propósito conservar la legítima foral en el nuevo código ni que pueda tachársenos de traspasar los límites del derecho para entrar en el terreno moral, escribiendo más que un libro de leyes, un tratado de moral cristiana...; mas en cuanto á la legítima de los cinco sueldos y la robada de tierra, como produce el efecto legal de que no sean preteridos los hijos, bien puede sin temor de aquella tacha conservarse y defenderse, y así la vemos en cierto modo en los Códigos romanos cuando se daban los primeros pasos desde la libertad de testar a las legítimas”.

¹⁰⁸ MORALES Y GÓMEZ, A., op.cit., Prólogo, p. VII.

¹⁰⁹ MORALES Y GÓMEZ, A., op.cit., p. 86.

¹¹⁰ MORALES Y GÓMEZ, A., Ibidem.

¹¹¹ MORALES Y GÓMEZ, A., op.cit., pp. 86-87.



Por lo tanto, se mantendría la defensa enérgica de la libertad de disposición por causa de muerte, promotora indiscutible de la correcta articulación de los parámetros económicos, sociales y morales estructuradores de la familia:

...donde se hace uso de la libre disposición de bienes, la familia está más robustamente organizada: la autoridad paterna más reconocida y respetada: el cuarto precepto del decálogo mejor cumplido: los resultados económicos más favorables para todos, y por lo tanto en nombre de la moral, del derecho, de la familia y de la conveniencia social, pedimos la conservación de las leyes civiles de Navarra en esta parte como lo de más vital interés e importancia...¹¹²

La libertad de testar no afectaba negativamente a los herederos, más bien al contrario. Resultaba un ideal la reconducción, fruto de la convivencia natural del amor de los padres, que sería correspondido por los hijos y que traería como consecuencia que el sistema de la casa se mantuviera inalterado en un orden ideal de afecto y amor mutuo. Demasiado se dejaba, a nuestro entender, en las manos de la moral, y escaso ejercicio de precaución se llevaba a cabo en este caso, evitando pensar en las vicisitudes concurrentes, consecuencia relaciones entre padres e hijos en el seno de familias mal avenidas.

1.5.4 Provincias Vascongadas

El que fuera Decano del Colegio de Abogados de Bilbao, Manuel de Lecanda y Mendieta, emitió su parecer sobre las instituciones forales vizcaínas que convenía conservar, refiriéndose básicamente a los territorios de Álava y de Vizcaya. Consideró recomendable la libertad de testar, pero siempre dentro del círculo de los herederos legítimos, lo cual equivalía a una postura poco innovadora en favor de la libertad, dado el estrecho margen a la libre disposición concedido en favor de extraños. Alonso Martínez, en su obra, se sumó a su opinión, publicando en su obra que “No hay razón alguna para no respetar en Vizcaya lo que hemos convenido en mantener en Navarra, Aragón y Cataluña...”, excepto que la fórmula para apartar a alguno de los hijos consistiría en “...apartar con algún tanto de tierra, poco o mucho...”¹¹³

¹¹² MORALES Y GÓMEZ, A., op. cit., p. 93.

¹¹³ ALONSO MARTÍNEZ, M. *El Código civil en sus relaciones...*, op. cit., p. 428. De modo semejante se pronuncia en la misma obra, en su página 435.



En consecuencia, DE LECANDA afirmaba lo siguiente:

La Ley 11 de este título 20 es en mi opinión, una de las más importantes del Fuero de Vizcaya; en ella se establece que todo hombre ó mujer que tenga hijos ó hijas legítimos ó nietos o descendientes de hijos que hayan fallecido, pueda dar o dejar á uno de ellos todos sus bienes, apartando á los otros con algún tanto de tierra, poco ó mucho, y que esto mismo se observe con los hijos naturales, no habiendo hijos o descendientes legítimos¹¹⁴.

A pesar de que su lacónico discurso, no permite obtener demasiada información, al menos en comparación con el de otros de sus colegas de la Sección -tal vez, debido a la incertidumbre en el modo de abordar el acogimiento de las instituciones forales en la unificación de derecho civil¹¹⁵- sí que fueron destacables ciertos rasgos referidos al que, en cierta época, se consideró una concepto de gran valor en el derecho vasco: la troncalidad en los bienes, pero esta vez, con el ánimo de denotar su escasa relevancia¹¹⁶.

Las alusiones a la libertad en la facultad de disposición sucesoria se trataron con un enfoque similar al del Derecho navarro, siendo la libertad de disposición total en favor de cualesquiera de los hijos con la potestad de desheredar al resto, una característica típica esencial que se utilizaría como un recurso destacable frente al derecho castellano, con matices que en este texto, no obstante, no pretenderían centrar el debate tanto en la mencionada figura como en las restantes Memorias.

Sin embargo, más parecido guardaba esta figura vasca con la legítima aragonesa, en el sentido de que la libertad de disposición sería libertad plenamente legítima en cuanto no recayera en otro patrimonio que no fuera el de los hijos:

Es también de capital importancia en el régimen foral la ley 18, en cuanto prescribe que no se puedan dar ni mandar a extraño bienes raíces algunos habiendo descendientes o

¹¹⁴ DE LECANDA y MENDIETA, M., *Memoria sobre las instituciones civiles que deben quedar vigentes en las provincias Vascongadas, escrita con arreglo á lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1889, p. 10.

¹¹⁵ DE LECANDA Y MENDIETA, M., op. cit., p. 13: “Como se anuncia que las instituciones forales que han de conservarse serán objeto de una ley especial, y no se declara el orden ó método que ha de seguirse en la formación de esa ley, parece que á nada puede conducir el que se formule en artículos el pensamiento que en esta Memoria se ha expuesto; fuera de que en ella se señalan distintamente las disposiciones que deben conservarse y se expone su sentido con la posible precisión y claridad”.

¹¹⁶ DE LECANDA Y MENDIETA, M., op. cit., p. 7: “...no puede desconocerse que desde el tiempo en que se dictaron han variado las circunstancias por completo: no se reputa hoy de tanto interés la conservación de los bienes raíces en la familia; el cambio y el progreso de las ideas y de los tiempos, el mayor roce y comunicación entre los que antes se consideraban como extraños, el acrecentamiento de la riqueza y el gran movimiento que se ha desarrollado en la contratación de esa clase de bienes...han quitado...la importancia que antes se daba al derecho de que se trata...Si aquellas formalidades y aquellas limitaciones pudieron sostenerse en otros tiempos como convenientes, hoy deben considerarse más bien como un estorbo; sus ventajas no pueden ponerse en parangón con los perjuicios que ocasionan; es incuestionable que la propiedad raíz pierde mucho de su estimación con esas cortapisas...”.



ascendientes legítimos ó parientes colaterales del tronco dentro del cuarto grado. Evidente es que no puede prescindirse de esta disposición si, como se anuncia, ha de respetarse el principio de troncalidad.

Por lo tanto, el imprescindible recurso a la legítima en los rasgos propios del derecho foral vasco, volvía a despuntar como necesario, aunque las particularidades de cada territorio no se pusieron de manifiesto, sólo las del territorio de Vizcaya, quizás porque los territorios guipuzcoanos y alaveses –excepto lo tocante al derecho de Ayala– comulgaban con el planteamiento del derecho castellano de Partidas.

El sentir sobre el sistema sucesorio legitimario estaría presente en la voz de determinados organismos que, al hilo del comentario de temáticas diversas y tomando como fundamento de su discurso el tradicional elemento económico –basado en lo dañino de la fragmentación de la tierra– justificarían el sistema hereditario del Fuero de Vizcaya como el idóneo para evitar la desmembración de la propiedad familiar, encumbrando de nuevo la necesidad de la existencia de una figura tan típica como la de la troncalidad¹¹⁷.

Se debería entender pues, que este ordenamiento consideraría irremplazables unas prácticas sucesorias basadas en la centralización del patrimonio en el seno de la familia y en la licencia del padre para repartir la legítima, siempre ceñida al círculo de los hijos en unos márgenes amplísimos, representados por los cuatro quintos vizcaínos,

¹¹⁷ Un ejemplo de ello lo tenemos en un dictamen del Colegio de Abogados de Bilbao en relación con una propuesta del incremento de mejores condiciones de vida de la clase trabajadora: “Gracias á esa libertad de disponer libremente entre los herederos forzosos, el padre como mejor conocedor de las necesidades de cada uno de los individuos de la familia, acude á satisfacerlas en cuanto le es dable, por medio de un reparto de su cauda adecuado á las mismas, sin perjudicar los derechos de ninguno ni despertar envidias ni resentimientos...”. Por otra parte, la subdivisión de la propiedad como materia objeto de preocupación se reflejaba en las siguientes palabras: “Si esa propiedad se subdividiera [refiriéndose a la casería y a las heredades necesarias y ya en exceso repartidas]...vendría á ser tal la subdivisión que, aparte de los sacrificios que habría que imponer, no llegaría nunca á producir lo suficiente como para compensar no solo los sacrificios que ni aun los gastos del cultivo, siendo su secuela inmediata la más espantosa despoblación. Para la familia obrera...compréndese...que, careciendo de bienes, sobra la facultad de disponer de los mismos...pero la clase de labriegos propietarios necesita en Vizcaya esa facultad verdaderamente omnimoda y que por lo mismo que la necesita no requiere remedio alguno siempre y cuando se emplee la forma indicada bajo el punto de la indivisibilidad, que es la usada. Con razón puede decirse en Vizcaya, con un distinguido publicista, --«Esta práctica es muy laudable, pues siempre queda íntegra la casería, aunque con las indicadas compensaciones para los otros hijos, evitándose así el fraccionamiento destructor de la propiedad, el cual, a la vuelta de algunas generaciones, viene á ocurrir en los países en donde impera el sistema de las legítimas...la libertad de testar es hoy el *desideratum* de los hombres de ciencia, á fin de dar realce á la patria potestad...y contener la disgregación de la familia que hoy se nota»...el Colegio no puede menos de expresar que, aparte de las consecuencias familiares de orden legal y familiar que se notan en Vizcaya con la libertad de testar reconocida en fuero, la consecuencia en este párrafo apuntada haría necesaria tal libertad...” [*Dictámenes emitidos por el I. Colegio de Abogados de Bilbao relacionados en algunos puntos con el Derecho Foral de Vizcaya en virtud de un Comunicación del Sr. Presidente de la Junta de Información sobre el mejoramiento de la clase obrera*, Imprenta Provincial-Iturribide (Patio del Instituto), Bilbao, 1890, pp.35-37].



lo cual, además, se efectuaba la mayoría de las veces de una manera espontánea, voluntaria y con el convencimiento de estar adoptando la mejor opción, porque el derecho natural y la lógica a ello compelía.

1.5.5 Mallorca

La libertad de testar en Baleares no gozaba de popularidad. El sistema de origen romano imperante de legítima progresiva en función del número de hijos –criticado grandemente por Alonso Martínez en su obra¹¹⁸- se entendía suficiente, frente a un sistema que, de instaurarse, sólo conduciría a una práctica testamentaria vincular y peligrosa.

Por este motivo RIPOLL Y PALOU se mostró generoso e ilustrativo, exponiendo en su Memoria que el sistema jurídico de las instituciones de Baleares tampoco acogería la propuesta que avalaba la omnímoda facultad de testar¹¹⁹.

Esta libertad representaría una perturbación del *statu quo* insular, similar a las originadas por las vinculaciones y por el establecimiento de fideicomisos; y por este motivo debía ser aceptada, sólo mediante determinadas limitaciones. La única concesión realizada sería el otorgamiento de la flexibilidad en la cuota de que los padres podrían disponer, pero nunca del establecimiento terminante del método que colocaba al padre en la posición de repartidor universal de sus bienes en favor del heredero –o del extraño- predilecto. Por ello, no sería difícil transigir en cuanto a la propuesta unificadora civil, en tanto que dicha postura tendría mucho de similar a la regulación castellana, sin que ello debiera suponer el extravío de la propensión a los principios del derecho romano, que debían respetarse y seguir vigentes en lo referente a sucesiones, tal y como rezaba en la misma propuesta¹²⁰.

¹¹⁸ *El Código Civil en sus relaciones...* op. cit.

¹¹⁹ RIPOLL Y PALOU, P., *Memoria sobre las instituciones del Derecho Civil de Baleares escrita con arreglo á lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta de la Casa de la Misericordia, Palma, 1885.

¹²⁰ RIPOLL Y PALOU, P., op. cit., p. 47: “Por esta circunstancia animando el que suscribe de esta idea y cumpliendo al mismo tiempo con otra disposición del repetido Real Decreto de dos de Febrero último, pasa á formular en artículos lo que no solamente constituye su pensamiento, sino aquello mismo cuya subsistencia reclaman á su juicio los intereses de esta provincia Balear dignos por tantos títulos de profunda consideración: ARTÍCULO Iº- La sucesión testada é intestada con todas las instituciones inherentes á las mismas y en la extensión [sic] que á cada una de ellas corresponde se rigen en el Territorio Balear por las leyes y disposiciones del derecho romano de Justiniano”.



La materia relativa a sucesiones ocupó una parte importante de la Memoria, mostrando un especial interés sobre la libertad de testar¹²¹, entendiendo que:

...la libertad de testar...ha ganado numerosos prosélitos en la actualidad, y hasta fuera de ellos, notables jurisconsultos de vasta ilustración y reconocida experiencia han intentado limitarla, aplicándola solamente a los bienes adquiridos con el trabajo y la industria, pero no á los heredados ó habidos a título lucrativo¹²².

La libertad de testar se aceptaría de manera condicionada, sin renunciar a los fundamentos de derecho romano que debían regir en las islas, dado que la vigencia de la libérrima facultad de testar, lejos de favorecerla, mermaría la estructura vertebral de la familia, deviniendo en lo que sin duda supondría una vinculación de hecho, cuyo velo debería descubrirse, al objeto de dar solución a corruptelas causadas por la meritada libertad¹²³.

El remedio a dicha situación, por lo tanto, debería venir de la mano del sistema normativo romano, que -libre impurezas de carácter germánico- devolvería el equilibrio y dotaría de seguridad a la institución familiar, evitando el desenlace nocivo provocado por aquella libertad de testar, cuya consecuencia en el ámbito hereditario vendría representada por los artificios encubiertos, que a la postre, generarían la nada deseada vinculación en los bienes¹²⁴.

Así pues, el derecho de Justiniano representaría el revulsivo natural y necesario, que debería ser conservado siempre que lo que se persiguiera fuera la salvaguarda de la innovadora tendencia, que además, sería la esencia de un sistema arbitrario en la asignación de bienes, corruptor y destructivo¹²⁵. Debía ser protegida la cuota necesaria

¹²¹ RIPOLL Y PALOU, P., op. cit., p. 14: "... de suerte que si fueros hay dignos de conservación en los territorios..., ninguno hay digno de tanto respeto y hasta veneración como el que á las sucesiones se refiere".

¹²² Crf. FRANCO Y LÓPEZ, op. cit., p.101.

¹²³ RIPOLL Y PALOU, P., op. cit., p.15: "Pues bien: si la libertad de testar, que quizás en otros puntos produciría saludables y provechosos resultados se aplicase á este Territorio, no es posible dudar de que al paso que se estremecerían los cimientos donde descansa el organismo de la familia, se tocarían consecuencias diametralmente opuestas á los fines de sus institución; que esta es la suerte de las leyes que no respetan ó no transijen [sic] con las costumbres de los países para que se ordenan y promulgan."

¹²⁴ RIPOLL Y PALOU, P., op. cit., p.16: "... si aquella libertad de testar se plantease en este Territorio sin limitación alguna ó aun cuando ella debiese entenderse dentro de la familia, es indudable para el infrascrito que en lo general se volvería por otros medios y por virtud de otras disposiciones, á lo que sucedía, y aún con más latitud, en los tiempos de los antiguos fideicomisos ó sea á la postración y aniquilamiento de la mayor parte de los individuos de aquella".

¹²⁵ RIPOLL Y PALOU, P., Ibidem: "... y esto basta para demostrar que no debe ni puede hacerse alteración alguna en el sistema en el sistema sucesorio que nos rige. Aquí sólo sería posible pensar en la mayor ó menor extensión [sic] de la cortapisa de los padres en la disposición de sus bienes, en favor del equilibrio de la familia; jamás en la introducción de disposiciones que podrían ser perturbadoras de la



que atribuía a los herederos unas porciones legalmente preestablecidas, siendo en este caso, herederos necesariamente forzosos y en la porción que legalmente se determinara, en función del número de los llamados (una tercera parte del haber hereditario ante la existencia de cuatro o menos herederos y la mitad si fueran más de este número).

MAURA, también se pronunció en este sentido al secundar en el Prólogo de la obra, cuyo texto referenciamos que:

No cabe..., examinar á la menuda todos los puntos en que se pretende conservar para las Baleares un derecho privativo..., y..., á lo que concierne..., al derecho sucesorio, las aspiraciones de Mallorca..., son dignas de fervoroso aplauso...

El sistema de legítimas, la latitud de las facultades del testador, aunque tenga herederos forzosos; las formas consuetudinarias de disfrute y percepción de las legítimas..., en una palabra, todo el régimen sucesorio que se practica en Mallorca, en cuanto es sustancial, vigoriza con grandísima y creo yo que saludable eficacia, los vínculos de la familia.

Paréceme que están allí mejor equilibradas que en el sistema sucesorio de Castilla las complicadas conveniencias de la sociedad y del individuo; y, aun cuando no pueden ser perfectas las instituciones humanas, entiendo que las leyes de Castilla á menudo estorban el bien que pudiera esperarse de la solicitud providente de los padres, mientras que el régimen consuetudinario de Mallorca suple, con el poderoso influjo de tradiciones respetadas, la prudencia y sabiduría de que carezcan los testadores.

El legislador no puede forjar la sociedad como el escultor modela sus bocetos de barro; pero grande influencia tienen las leyes sobre los pueblos; y...mi sentir es que el derecho sucesorio de Castilla mejorará cuanto se aproxime al tipo que, entre impurezas y defectos, representa el conjunto del sistema consuetudinario de las sucesiones en Mallorca¹²⁶.

En consecuencia, se volvía a enaltecer, al igual que en la legislación aragonesa, el robustecimiento de la autoridad paterna en el sistema progresivo legitimario en función del número de hijos¹²⁷.

misma, secando la fuente de prosperidad que ha nacido por la restitución de todos los bienes a la libre contratación y por la de todos los hijos á la vida civil. Y precisamente aquella cortapisa ó limitación viene perfectamente establecida en la legislación romana de Justiniano, al mismo tiempo que deja á salvo una prudente libertad en la disposición de los bienes; toda vez que la mitad ó el tercio de estos se debe de derecho á los hijos como integrante según su número, de sus haberes legitimarios, y en lo demás puede el padre llenar sus aspiraciones y deseos, tanto dentro como fuera de la familia...”

¹²⁶ MAURA y MONTANER, A. *Legislación foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Biblioteca Judicial de la Real Academia de Jurisprudencia, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1888, pp. 12-14.

¹²⁷ RIPOLL Y PALOU, P., op. cit., p.17: “...el poder paterno se deja sentir de una manera altamente beneficiosa y respetable, poder verdaderamente moderador y al cual vienen todos los hijos, con tan buena voluntad sometidos, que su desaparición vendría á producir gravísimo conflicto dentro del hogar doméstico. El que suscribe...debe dejar consignado que la organización de la familia en este Territorio ha llegado á ser de todo punto incompatible con otra legislación distinta de la romana, razón por la cual hay una imperiosa necesidad de que esta última le sea como le será indudablemente conservada...”.



El concepto legal de legítima se alejaba del sistema castellano, puesto que no se referenciaba legalmente texto alguno similar a la mejora y pocos datos se descubrían en relación con la libre disposición, sino para disponer de dicha reserva libremente en el caso de exclusión legitimaria en virtud de lo dispuesto por la letra de la ley. Encontraríamos en este supuesto, un sistema parecido al catalán, sin contar con la progresividad de los hijos y siempre partiendo del derecho romano.

1.5.6 Galicia

Por su parte, LÓPEZ DE LAGO básicamente describió en su Memoria la institución contractual gallega representativa y en lo que ella podía afectar la unidad codificadora¹²⁸, entendiéndose que nada debía añadir al sistema legitimario, no partidario de la absoluta libertad.

Se ha nombrado en numerosas ocasiones, quizás no sin razón, si no, el sinsentido del caso gallego, sí la debilidad de los argumentos que encumbraron a este Derecho, al calificativo de “Foral”: aquel Derecho foral que parecía que de ello tenía bien poco y unos mismos rasgos forales que con escaso peso histórico pasaron a formar parte de la Compilación gallega¹²⁹. Parece que habrían más razones pues, para enervar el empuje que encaramó este ordenamiento territorial al rango del que actualmente disfruta, que para elogiarlo.

¹²⁸ LÓPEZ DE LAGO, R., *Memoria sobre foros y sociedad gallega, escrita con arreglo á lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1885, pp. 5 y 6: “si bien mi tarea se presenta breve, porque afortunadamente el país que me toca representar ofrece pocas divergencias con el derecho general de España...”, explicando seguidamente que “Galicia se rige en materia de derecho civil, por los mismos cuerpos legales que forman el derecho común de España”.

¹²⁹ Por todos –Lete del Río, Castán, Chamorro, De Castro, Blanco González, citados por Montés–referenciamos la obra de este último, que alude al valor “contraejemplar” del trato dispensado a Galicia y al Derecho gallego en el llamamiento a la Comisión de Codificación: “Fuere cual fuere la influencia que en ello tuvo el hecho de que el propio Ministro fuera gallego, es el caso que desde entonces Galicia no ha sido postergada, en ninguna de las actuaciones o previsiones para la solución del tema de los llamados «Derecho forales»... El referido autor [aludiendo a López de Lago], incorporado a la comisión como «letrado de ciencia y prácticas reconocidas», según exigía el mencionado Decreto, o desconocía otras o no las consideraba de entidad suficiente” [MONTÉS PENADÉS, V.L., “El Derecho Foral Valenciano (Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho Civil)”, en BAÑO LEÓN, J.M. Dir., *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, p. 273].



A dichas disertaciones se unen, otras de mayor actualidad que han planteado la dudosa legitimidad de Galicia como territorio foral incluso, para haber procedido a la redacción de aquella Memoria¹³⁰.

1.5.7 Examen de conjunto de las principales opiniones de los miembros de la Comisión de Codificación

La comparación entre las posturas forales estudiadas en este ocaso del siglo XIX se nos presentaría como una oportunidad realmente interesante para constatar si el sistema castellano se presentaba como un verdadero inconveniente innovador que atentaba contra la vigencia y costumbres de cada ordenamiento sucesorio territorial, o si por el contrario no existía tanta diferencia, por el hecho de ser constante casi siempre la presencia de una cuota –ya fuere en tercios, en cuartos o mediante un sistema progresivo según el número de vástagos- que preceptivamente se debía guardar a los legitimarios.

DURÁN Y BAS y FRANCO LÓPEZ, compartieron criterios respecto a la cuota –no porcentual, aunque sí intangible- que debía quedar fuera del ámbito de la libre disposición del testador, pero, pese ello, mantuvieron un discurso, propio del que describía la institución inspirada en una absoluta libertad de testar. El fondo de su alegato ante la Comisión revistió un fundamento idéntico a aquél que tratara de la supresión de los cinco cuartos o dos tercios –según el caso- aragoneses, o del cuarto legitimario catalán, que en última instancia, defendieron.

¹³⁰ Montero se ha expresado sobre el particular: “Al margen de las discusiones suscitadas en la doctrina sobre el auténtico motivo por el que Álvarez Bugallal procedió a incluir a Galicia mediante el mencionado Real Decreto de 1880 entre los diversos territorios forales –sustanciada esencialmente en dos hipótesis: por una parte la de los autores que, partiendo de la existencia de una estrecha relación de amistad entre Murguía y el Ministro, destacan al respecto la posible influencia del regionalismo murguiano y de la teoría del celtismo gallego en el pensamiento de Álvarez Bugallal, que por su condición de gallego y relación de amistad con el literato, y en virtud de una relación causa-efecto, habría reconocido a Galicia como región foral, por entender que en la misma existía una tradición jurídica propia; por otra, la de los que suponen que debió existir algún otro motivo más profundo, que concretan en el problema de la regulación y mantenimiento del foro, que, según dicen, se presentarían como la preocupación fundamental del poder político en relación con el Derecho gallego y la condición de Galicia como territorio de Derecho foral-, se ha indicado que el mencionado Real Decreto presenta una importancia trascendental por la referencia que en su Preámbulo se contiene” [RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., “Sobre el proceso de formalización legislativa de las peculiaridades jurídico-civiles de Galicia. Un repaso histórico hasta la reciente ley de Derecho civil de Galicia de 2006”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2006, núm. 10, p. 1015].



A su tendencia favorable por esta libertad, debería adicionarse la tendencia también favorable a no disponer libremente por el testador de una parte de los bienes, a modo de sucesión forzosa (en contra de la cual, a su vez, articularon sus argumentos). En este sentido FRANCO LÓPEZ reconoció que la libertad de testar aragonesa sólo era absoluta cuando el testador no dejaba descendientes¹³¹ y matizó su discurso, apoyándose en los datos del Congreso de Jurisconsultos de Madrid de 1863¹³².

De manera similar entendió DURAN Y BAS que, por razones históricas, el sistema testamentario debía quedar reducido a la legítima de la cuarta parte de los bienes, debido a su origen romano.

Fueron MORALES Y GÓMEZ y DE LECANDA los vocales que mantuvieron una postura contraria a la apuntada y que apoyaba siquiera, la relativa libertad en las Provincias Vascongadas y Navarra; mientras que RIPOLL Y PALOU compartió criterio con DURÁN Y BAS y FRANCO LÓPEZ en que la instrumentación sistemática de una cuota legitimaria forzosa racional comportaría como beneficio indirecto el robustecimiento de la autoridad paterna¹³³.

Las discusiones de dichos jurisconsultos y los dictámenes de las respectivas Memorias forales, serían examinadas por otros pareceres expertos¹³⁴, que combatieron

¹³¹ FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., p. 70

¹³² FRANCO Y LÓPEZ, L., op. cit., p. 73: “Si á pesar de estas y las demás poderosísimas razones que se adujeron, no triunfó en aquella ilustrada asamblea el principio de la libertad, fue debido en mi concepto, á los términos excesivamente radicales con que se formuló el tema puesto á discusión; pues si en lugar de contraponerse al sistema de legítimas, la libérrima facultad en el testador con la cual podría temerse el peligro de que llevase el abuso hasta el extremo de legar todos sus bienes á extraños dejando en la miseria á sus hijos, se hubiera limitado la facultad de los padres á lo que lo está por la legislación aragonesa, es sumamente probable que muchos de los 81 jurisconsultos que rechazaron la libérrima facultad, hubieran votado en contra del sistema castellano, y hubieran constituido con los 60 una respetable mayoría en favor de la prudente y razonable libertad que nuestro derecho concede á los padres, de hacer entre sus hijos la distribución de sus bienes de la manera más conveniente”.

¹³³ Entendemos ésta como una justificación efectuada atendiendo al hecho de que el fortalecimiento de la autoridad del padre fuera uno de los corolarios expresamente perseguidos por el sistema de asignación forzosa de cuotas -siendo en este caso utilizado el concepto de autoridad paterna unido al de justicia y equidad interna en la familia-; dado que el concepto de autoridad paterna parecería asemejarse más a un resultado que revestiría un carácter positivo aleatorio, provechoso y eficaz para los intereses de los hijos – si así deseara entenderse- pero distinto, bajo nuestro punto de vista, del carácter expreso e intencional del que lo dotaron los autores mencionados. En este caso igualmente existiría el riesgo de que dicha autoridad paterna favorecedora de los hijos fuera desviada y que, más que salvaguardar estos intereses de los hijos repartiéndolos por igual, se estuviera perjudicando a los hermanos injustamente desiguales. Aunque se sostuvo que esta potestad del padre se basaba en repartir desigual, pero no libremente, este robustecimiento debería conseguirse persiguiéndolo de manera intencionada, no siendo el resultado de la aplicación de una política deliberadamente discrecional, sino traduciéndose en la plasmación dentro de un cuerpo normativo que posibilitara la libertad dentro de ciertos márgenes en la atribución de bienes a los descendientes.

¹³⁴ ALONSO MARTÍNEZ, M., op. cit..



las teorías sobre la libertad de testar navarra mediante alusiones filosóficas – basadas en las constantes referencias a Proudhon- sobre el derecho de propiedad y de la familia, sosteniendo que esta provincia mantenía un sistema encubierto de sucesión forzosa, con instituciones tales como el usufructo vidual, las reservas y dotes¹³⁵ y explicando que “...en Navarra...el principio de familia condiciona y limita la propiedad del padre”.

No obstante, la costumbre reflejaba que se mantenía la voluntad en los descendientes legítimos de perpetuar los bienes dentro de la familia¹³⁶, por eso, existía una alta probabilidad de exigibilidad futura de una legislación más restrictiva de la libertad de disposición testamentaria por parte de sus propios ciudadanos. Ante este previsible vaticinio, en el caso de que se mantuviera este *statu quo* en Navarra, dicho modelo no hubiera tenido cabida en el arquetipo legitimario que debería adoptarse para el resto de España¹³⁷.

También el sistema legitimario aragonés era titular de flaquezas, dado que obligaba necesariamente a la distribución entre la nuda propiedad y usufructo. Dicha tierra mantenía un sistema de testar poco igualitario, porque en el acto de última voluntad todos los bienes resultaban entregados al hijo mayor y los segundogénitos vivían a su sombra; aunque como virtudes del sistema, resultarían destacables el robustecimiento del principio de familia y de la fortificación del principio de autoridad en el hogar doméstico. La omnipotencia del padre garantizaba la continuidad de la casa, bajo la dirección de un hijo y evitaba la desmembración de la familia¹³⁸. No obstante, a pesar de haberse señalado que “en la práctica de la vida no hay, pues, diferencia alguna sustancial entre Aragón y Navarra y hasta sus instituciones jurídicas parecen las mismas”¹³⁹, se preconizó el respeto a su legislación¹⁴⁰.

¹³⁵ ALONSO MARTÍNEZ, M., op. cit., pp. 87-92.

¹³⁶ ALONSO MARTÍNEZ, M., op. cit., p.94.

¹³⁷ ALONSO MARTÍNEZ, Ibidem.

¹³⁸ CORTES GENERALES. *El Código Civil, Debates Parlamentarios*. Estudio preliminar de DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. (Ed. al cuidado de HERRERO GUTIÉRREZ, R. y VALLEJO ÚBEDA, M.A.), Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Servicio de Publicaciones, Secretaría General del Estado, Madrid, 1989, Vol. I, p. 63, Sesión de 21 de febrero de 1885, Núm. 68 (p. 1287 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado). Sostuvo Fabié en los debates parlamentarios, en el seno de la Comisión del Senado a cuya aprobación se sometieron las bases del proyecto de ley que “el que defienda la autoridad absoluta del padre, está más cerca del paganismo que del cristianismo”.

¹³⁹ ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, p. 96.

¹⁴⁰ ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, p. 120: “Educado el alto Aragón en un sistema legislativo determinado, sobre él se han ido formando sus costumbres de un modo paulatino y natural; y si ahora se introdujera bruscamente un sistema opuesto o profundamente distinto, lo probable es que por falta de preparación en el pueblo se produjeran hondos trastornos en la organización de la familia y la



Por otra parte, podría combatirse que Cataluña no tenía la libertad de testar pretendida por DURÁN Y BAS, pudiendo sustentarse que “cierto es que deja al padre amplitud al padre para la disposición de sus bienes..., pero en la esencia,... contiene la negación del concepto individual absoluto de la propiedad”¹⁴¹. Suponía ésta una legítima familiar, pero legítima, al fin y al cabo, con las mismas características que el derecho general de España, debiendo concluirse en consecuencia que “todo lo demás es circunstancial de detalle y sin valor alguno”¹⁴².

Así pues, se estimaría que “No es justo y bueno en sí un sistema que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia”¹⁴³. En este sentido la opinión de la Comisión de Codificación también respondió a la opinión de Alonso Martínez, que concertó por voto unánime que “...el régimen foral de Cataluña en materia de legítimas, no podía servir de patrón al Código general”¹⁴⁴.

Lo mismo representaba el sistema foral navarro que el aragonés o el catalán, cada uno con sus particularidades, destacándose una predilección de los unos sobre los otros: igual costumbre sería la navarra, la catalana o la aragonesa; sin embargo, al mantener la predilección de esta última frente a la del resto, significaba que se reputaba necesario el mantenimiento de unos mínimos de control en la transmisión de los bienes en manos del primogénito y en detrimento de los demás hermanos. Se apreciaría un abierto favoritismo en la permanencia de los bienes dentro de la familia, máxime siempre que la contraposición se efectuara en relación con el laxo régimen legitimario navarro. En este sentido sería evidente la defensa de la legítima, aunque con signos de prudencia, respetando la costumbre territorial, aún por encima de su criterio legitimario.

No obstante, la respuesta a dichas especulaciones vendría de la mano de la decisión definitiva, en virtud de la recapitulación de las opiniones finales de los representantes de la Comisión General de Codificación¹⁴⁵, ofreciéndose una respuesta

propiedad.... No me opongo, pues, al mantenimiento sustancial del statu quo; pero sería demasiado exigir que la inmensa mayoría de las provincias de España renuncien a su sistema propio, cuando éste se conforma mejor con las prescripciones de la Naturaleza y tiene en su abono los eternos principios de la ciencia y la autoridad de los Códigos de todas las naciones.”

¹⁴¹ ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, p. 127.

¹⁴² ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, p. 124.

¹⁴³ ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, p. 142: “...llegará a ser frecuente con la relajación de las costumbres, que, desgraciadamente, avanza a paso de gigante y de todas suertes, si la familia legítima se salva merced a la rectitud de los padres, siempre resultará que la ley que no se acomoda a lo que a éstos les dicta sus conciencia, infringe abiertamente el voto de la Naturaleza”.

¹⁴⁴ ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, p. 144.

¹⁴⁵ ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, p. 146.

impregnada de matices armonizadores que establecieron una suerte de concordia entre las tendencias forales y la castellana:

Ya el proyecto de 1851 relajó un tanto la severidad de la legislación vigente ampliando las facultades de los padres en la disposición de sus bienes por causa de muerte...La Comisión, en su deseo de concordia, fue más allá que este proyecto, y ofreció a los representantes de las provincias de régimen foral la siguiente transacción [propuesta por Augusto Comas]: El caudal del padre se considerará dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos, disponiendo aquél de la otra a su albedrío y destinando el tercio restante a la sabia institución de las mejoras ..., es, sin embargo, una concesión de gran monta hecha a las legislaciones forales y a los partidarios de la libertad de testar.

La legislación aragonesa [vuelve a hablar Alonso por boca de Comas], mejoraría inmensamente, porque tendría una legítima determinada, independiente de la voluntad del padre, cuando hoy no cuenta con nada, en Cataluña..., libres serán los padres de nombrar *hereu* al hijo que esté en mejores condiciones para representarlos, dejándose íntegramente los dos tercios de su fortuna.

Se mostró de este modo por ALONSO MARTÍNEZ, que tras prolongados debates entre vocales forales y castellanos, no se alcanzaron acuerdos satisfactorios, demostrándose que la contrapartida del valor y del conocimiento aportado por los primeros a la Comisión General de Codificación, residía en el partidismo reflejado en sus intervenciones, siendo que sus reservas en la discusión de las bases no tardaron en emerger. Era imaginable que cada uno se aferrara a la defensa de su fuero, y así sucedió¹⁴⁶, dado que:

...los tres vocales presentaron como testimonio irrecusable de su espíritu de conciliación y de concordia las Memorias que habían escrito, y en las cuales sacrificaban multitud de instituciones forales en aras de la unidad, pero creían haber llegado al máximo de sus concesiones.

Franco y Durán habrían aceptado como organismo común aplicable a todas las provincias del reino, la división de la herencia en cuatro partes, destinando una a la legítima y dos a las mejoras, y declarando la última de libre disposición del testador; pero vedábanles dar su asentimiento la falta de poderes y su patriotismo provincial.

...pero el elemento castellano repugnaba ir en sus concesiones a la legislación foral más allá del límite trazado por el señor Comas¹⁴⁷.

¹⁴⁶ ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, pp. 151-152: “El representante de Navarra tenía una posición más desembarazada que sus colegas, y desde luego, adoptó una actitud resuelta”. El autor volvió sobre los comentarios de Morales Gómez, por medio de los cuales, este último puso de manifiesto que “no cabe transacción sobre los principios, y aquí hay que optar entre la libertad de testar o las legítimas, que son la antítesis de esa misma libertad”. El representante de Cataluña sostuvo en definitiva que “entre el sistema catalán y el castellano, la diferencia no es, en rigor, de principio, sino de cantidad”. El representante aragonés añadió una tercera postura igualmente partidista: “si mi propuesta se adoptase en Castilla y la aceptaran también las demás provincias forales, haría cuanto estuviera en mi mano para que se admitiese en Aragón”.

¹⁴⁷ ALONSO MARTÍNEZ, Ibidem.



No se escondió sin embargo un claro posicionamiento favorable al sistema legitimario, y a medio camino entre la defensa de su propia postura y la justificación de otras posturas inconciliables en cada territorio, se enarboló la costumbre local como salvoconducto a la convivencia y a la validez de la legítima con sello propio en el seno de cada foralidad y en el ámbito del respeto al derecho común.

Así se mostró la propia afirmación de algún autor¹⁴⁸ posteriormente ratificada, dado que, constituida en el Senado la Comisión dictaminadora de las bases propuestas en el Proyecto del Código Civil el 22 de octubre de 1881, ya se anticipaba antes de los debates parlamentarios acaecidos entre 1885 y 1889 que “difícilmente se encontrarán en el Senado ni en el Congreso mayorías que se presten a renunciar el sistema de las legítimas y las mejoras de Castilla en materia de sucesiones o herencias.”¹⁴⁹.

1.6 La libertad de testar en los debates parlamentarios del Código Civil. Desde 1885 a 1889

La etapa en Cortes, durante el quinquenio de 1885 a 1889 en el que acabó de germinar el Código Civil, representa una magnífica oportunidad para el análisis de las materias de capital relieve, que por su peso específico y destacado papel dentro de dicho cuerpo legislativo, atesoran las claves de las decisiones alcanzadas en materia de libertad de testar¹⁵⁰.

El tratamiento sobre la posición a adoptar en materia de legítimas y la discusión en las Cámaras sobre sus caracteres, facetas y fundamento, nos otorgan la inestimable y

¹⁴⁸ ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, p. 157-158: En opinión propia, destacaba como colofón a las anteriores que “soy además partidario de las legítimas, y definiéndolas con el ardor de la convicción..., Este fenómeno consiste en que la familia se constituye y la propiedad se desenvuelve por manera idéntica en provincias regidas por sistemas legales, no ya diversos, sino opuestos. En Guipúzcoa,..., rige la legislación castellana con sus legítimas y sus mejoras; en Navarra hay por el contrario, la libertad de testar; en Aragón, el padre tiene la facultad de distribuir como le plazca su fortuna entre sus hijos; en Cataluña es legítima de estos la cuarta parte del caudal paterno, y de las tres restantes dispone el padre a su albedrío”

¹⁴⁹ ALONSO MARTÍNEZ, op. cit, p. II. Introducción.

¹⁵⁰ CORTES GENERALES, op. cit., p. 74 (Nota a la edición): “La intervención de los Cuerpos legisladores en la publicación del Código Civil de 1889 se desarrolló en varias fases y tuvo lugar a lo largo de varias legislaturas. En la legislatura de 1884-1885, Francisco Silvela presentó en el Senado un Proyecto de Ley de Bases “facultando al gobierno para publicar un código civil con sujeción a las condiciones y bases que se establecen. El debate se inició en el Senado, el 12 de enero de 1885. El proyecto de Ley de Bases se aprobó definitivamente el 11 de abril de 1888, modificándose por el Senado y publicado en la Gaceta de Madrid el 22 de mayo del mismo año”.



sustanciosa posibilidad del estudio, justificación e instauración definitivos en el Código en la manera en la que hoy conocemos dicha institución.

Tras una detenida observación, efectivamente, constatamos que la decisión de dar redacción definitiva al actual artículo 808 en el texto civil, obedeció a diversas y heterogéneas causas, circunstancias y principios de diferente género, cuya fundamentación trató de insertarse en el marco de la actual Base 1^a¹⁵¹.

Las diferentes fases de aprobación del texto dentro del trámite parlamentario, nos permiten, tanto en la sede de su debate a la totalidad, como de sus bases, extraer las premisas sostenidas por los miembros de las Comisiones parlamentarias nombradas y constituidas para dar aprobación al texto del Gobierno que propuso las bases y el texto articulado compilado en cuatro Libros; así como las defendidas por los Senadores y Diputados con las armas procesales otorgadas por la cámara respectiva.

Resultan significativos los testimonios de cada uno de los miembros parlamentarios en sus diferentes intervenciones, en la medida que representan los pensamientos de la época, traducidos en la defensa ferviente de la libertad de testar o igualmente en ataques intransigentes contra la misma, con la finalidad de refutar dicho principio.

Así pues, de dichos testimonios se extraen las mejores pruebas que nos autorizan a exponer el compendio de fundamentos utilizados por los componentes de los cuerpos colegisladores con la finalidad de que los mismos pudieran verse traducidos al plano legislativo, convertidos en ley aplicable.

¹⁵¹ Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, publicada en la Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1888: “ El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos cuerpos Colegisladores”.



1.6.1 La cuestión de la cuantía

La cuantía de la cuota legitimaria se presentó como contenido esencial del debate, puesto que su modificación condicionaría la práctica sucesoria en su aspecto más pragmático, además de que, fundamentalmente representó la viva expresión del cambio efectivo y de la evolución del derecho anterior al contemporáneo de finales del siglo XIX, siendo claramente indicativa de la determinación alcanzada, a caballo en el ámbito de la libertad testamentaria y la realidad de la reserva forzosa.

El comienzo de la discusión en sede parlamentaria tuvo lugar en la impugnación de La Base 15^a del texto articulado civil¹⁵² en su debate a la totalidad, sin que quedara justificada de manera plena aquella primera enmienda, puesto que se limitó a calificar como un atrevimiento, el recorte de la cuantía en relación con otros países, sin valorar otra serie de factores.

Éste sería uno de los primeros indicios que confirma la defensa de las legítimas, que se esgrimió desde diferentes ópticas, siendo una de las más recurridas la de la perspectiva histórica, sobre todo llevando a la práctica el ataque a los cuerpos jurídicos forales que tomaban como parámetro fundamental la asignación de la cuota legitimaria en función del número de hijos y cómo no, a los ordenamientos que incluían una regulación omnímoda de la disposición de bienes en favor del padre¹⁵³.

¹⁵² CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 23-24, Sesión de 19 de febrero de 1885, Núm. 66 (p.1246 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado): El autor de la impugnación, el Senador Escobar sostuvo que "...las madres, aunque sean de la aristocracia se sublevarán ante la idea de que haya desigualdad entre sus hijos, y quieren siempre la perfecta igualdad para todos ellos en la distribución de sus bienes. Por consiguiente, vemos que las legítimas responden a un pensamiento grande, que son justas, que tienen una porción de ventajas; y además de eso, que no existe el peligro de que por medio de las mejoras pueda llegarse a hacer ineficaz la desvinculación...". Haciendo referencia al "atrevido" sistema de legítimas propuesto en una tercera parte, se preguntó "si semejante innovación está preparada por el estudio de muchos, ni por la opinión, ni que se hayan de obtener grandes ventajas al reducir la legítima mínima a una tercera parte del caudal del padre" y se opuso "á toda variante que se introduzca en materia de legítimas, porque lo que vendrá á suceder será que siendo hoy precisamente nuestra Nación la excepción en esta materia, puesto que la cuantía de la legítima es la mayor, comparada con la de todas las Naciones de Europa, va á resultar inferior á las de Francia, Bélgica, Holanda, Austria, Italia, Prusia y hasta del mismo Chile, que la tiene tomada de nuestro proyecto de Código Civil del 51". Estos argumentos se enfrentaron a los de Benito Gutiérrez, que defendió la modificación de las legítimas como imprescindible: "¿es poco difícil, es poco batallada la cuestión que entre nosotros mismos tenemos sobre las legítimas, sobre la libertad de testar, y aun respecto de las legítimas, sobre la cuota de la legítima, sobre la parte disponible, que puede ser mayor ó menor?" [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 27, Sesión de 19 de febrero de 1885, Núm. 66 (p.1248 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado)].

¹⁵³ Benito Gutiérrez opinó contrariamente a Escobar, con una didáctica introducción histórica en la que se basó para apoyar el sistema castellano legitimario, desde Justiniano, hasta la Ley 28 de Toro y criticando



Sin embargo, los disentimientos en contra de la legítima, que consideraban como perjudicial la escasa cantidad de la que el padre podía disponer a su libre arbitrio, tuvieron una oposición frontal en los defensores de la reserva, que recordaron según el nuevo Código, que la cantidad de la que el padre podía disponer libremente respecto a la propuesta en el proyecto del Código de 1851, representaba un claro avance, y que además, no alcanzaba a vulnerar ningún derecho de los hijos, más bien al contrario¹⁵⁴.

El desglose de cada una de las opiniones de los integrantes de las cámaras reflejó la interpretación comparativa del nuevo sistema propuesto con el anterior, atendiendo a las porciones de las que el padre podía disponer con discrecionalidad.

Realmente, a juicio de algunos, la confrontación entre normas legitimarias, no ofrecía tantas ventajas en la libertad de disposición en la nueva regulación, de forma que escaso resultaba el avance en el uso del quinto al tercio¹⁵⁵.

la asignación prorrateada de la legítima en función del número de hijos y entendida como la omnímoda posibilidad atribuida al padre de la disposición de los bienes [CORTES GENERALES, Ibidem].

¹⁵⁴CORTES GENERALES, J.L. op. cit., Vol. I., p. 389, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p.2242 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado): Contra las opiniones de Polo Bernabé, Gutiérrez siguió con su defensa, en favor de la reforma: "... he dicho que no se podía reformar el Código, y ménos hacerlo, sin poner mano en la doctrina de las legítimas. ¿Por qué? Porque estaba completamente reprobada y condenada por la ciencia; porque no hay uno que filosófica y científicamente defienda las cuatro quintas partes como legítima de los hijos, de manera que el padre solo pueda disponer del quinto; es decir, que se le da el quinto de que podía disponer para un extraño. Así es que yo me he asombrado al ver expresar como argumento, que no ha debido reformarse este punto. ¿Quién ha pedido la reforma? Se dice. ¿Quién la ha pedido? Pues la ha pedido el buen sentido, la ciencia, la justicia, los derechos del padre, que estaban evidentemente vulnerados, sin conciencia, en este punto, del legislador.", "...tengo por una idea feliz esa división en tres partes... ¿hay una cosa más natural? [pregunta tras nombrar los tres tercios] ¿Hay una combinación que pueda parecer más equitativa y más justa? Pero quiero suponer que sea posible apreciar la diferencia entre la tercera y la quinta parte. Esa diferencia, ¿no se convierte en utilidad y beneficio del padre?. Aunque se le hubiera permitido al padre disponer todavía de mayor cantidad, no nos aproximábamos a la libre testamentación; pero ya que no se le dé ese paso, no nos quedemos tampoco tan atrás, que el padre sea, como era y resultaba ser, muy inferior á sus hijos, casi igual, por no decir inferior, á un extraño...Pues bien; esta reforma no afecta en nada a la propiedad, ni se la pueden atribuir tendencias de ningún género para suponer que produzca una perturbación en el estado de la propiedad, que cause o pueda causar daño o perjuicio a la familia, ni que se desconozcan los derechos del padre, ni se menoscaben los que puedan corresponder al hijo."

¹⁵⁵ Dicha opinión podría ser discutible, dado que no deberían obviarse los resultados llevados al plano aritmético, de donde se inferiría que el sistema de tercios resultaría ser mucho más interesante y ventajoso para causantes y para descendientes, tanto en lo referido al tercio de mejora como al de libre disposición. Más útil y beneficiosa resultaba la nueva sugerencia legislativa, por ser superior un tercio de libre disposición o de mejora -aun individualmente considerados- que su antecesora, en muchas ocasiones utilizada de manera global, denominada "mejora del tercio y quinto". El Marqués de Seoane sostuvo una opinión en contra de la libertad testamentaria, y se pronunció Silvela ante éste, saliendo a defender la libertad de testar, que expuso con referencia a las legítimas: "...en la base de las legítimas se ha seguido por la Comisión..., la iniciativa ilustrada e inteligente del Sr. Comas [rechazando la calificación de peligrosa y radical que le atribuye el Marqués de Seoane]...verdaderamente aumenta la libertad del padre para testar libremente, en solo la diferencia que hay del quinto al tercio, toda vez que las otras dos terceras partes se conservan dentro de la familia para repartirlas en forma de legítimas y en forma de mejoras"



Pero precisamente en los cambios de carácter mínimo se apoyarían los representantes de la Comisión Codificadora, justificándose en la práctica de una reforma prudente, circunstancia que había sido necesario valorar en la redacción legislativa, con el fin de no incurrir en actitudes excesivamente obtusas, evitándose de este modo un colapso en la discusión del texto legal en las Cortes¹⁵⁶.

Del mismo modo, la modificación en la cuantía del nuevo tercio de mejora sustitutivo del anterior, se entendió en algunos casos como un gravísimo error, cuya subsanación sólo sería posible mediante el establecimiento de una cuantía progresiva, sujeta al número de hijos habidos. La discusión sobre si la regulación decimonónica civil precedente, resultaba más equitativa que su sucesora en la materia hereditaria, acarrea un debate sobre la pertinencia y la justicia de la nueva norma, a la que se achacó una ordenación del nuevo régimen hereditario que albergaba con su nuevo método de asignación de cuotas, una especie de práctica de desheredación tácita que afectaría a los hijos no mejorados¹⁵⁷.

[CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 112, Sesión de 26 de febrero de 1885, Núm. 72 (p.1378 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado)].

¹⁵⁶ Albacete, en nombre de la Comisión, contestó defendiendo igualmente el cariz de la reforma legítima y el nuevo carácter atribuido a las legítimas: "...el Gobierno, lo mismo que la Comisión, respeta la institución de las legítimas; y la reseta de tal manera que no introduce en ella ninguna reforma verdaderamente de carácter radical. Lo único que hace es modificar las cuotas, y eso no es solicitar una verdadera reforma, eso no es reformar la institución. La reforma de la institución hubiera consistido en modificar de tal manera el principio de la legítima, que hubiese establecido en absoluto el principio de libertad de testar, ó destruido por completo la facultad de su padre para disponer de sus bienes..." [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 360, Sesión de 25 de abril de 1885, Núm. 107 (p.2211 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado)].

¹⁵⁷ Polo de Bernabé, constituyó uno de los ejemplos más evidentes en la preferencia por el anterior método, proponiendo la conservación en las antiguas cuotas legitimarias: "yo voy á hablar combatiendo la base 15ª en cuanto reduce el derecho de los hijos a la herencia de sus padres. En este sentido voy á hablar, si bien dando todo el alcance, toda la tendencia que tiene esa, al parecer pequeña reforma, esta que, al parecer, no es más sino elevar de la quinta á la tercera parte el derecho de disponer que hoy tienen los padres.", por este motivo, "...si vamos á los números, nos encontraremos con que cuando el testador tiene cuatro hijos y dispone de las dos terceras partes de su propiedad en favor de uno, casi deshereda á los otros..., ¡qué injusticia... y á la vez qué imprudencia, querer legislar en este sentido; querer así hacer odioso el derecho de los padres á disponer de la propiedad; querer así hacer odiosa la propiedad misma!". Entonces, "¿Qué tenía, pues, que haber hecho el Gobierno y aprobado la Comisión? Conservar el derecho antiguo, la mejora del tercio y quinto, y conservarlo mejorándolo, porque ese derecho tiene contra sí una desigualdad muy grande. Cuando el padre usa de la mejora del tercio y quinto, teniendo dos hijos. Y en absoluto da todo el tercio y todo el quinto á uno de ellos, quiere decir que duplica la parte del hijo favorecido. Pero ¿qué sucede cuando tiene cuatro hijos? Que el hijo no favorecido tiene el 11 por 100 y el favorecido el 50 y tantos, cerca del 60, cinco veces más.". Teniendo en cuenta estos antecedentes, la conclusión sería que: "...no espero que la Comisión y el Gobierno atiendan á las indicaciones que hago, pidiendo á un Gobierno conservador...que... conserve las mejoras de tercio y quinto, sin más que hacer algunas modificaciones, las...necesarias para que sean puestas en proporción con el número de los hijos entre los que haya de dividirse en cada caso la propiedad del padre...", por eso "...la reforma... en vez de hacerse según el espíritu de los tiempos, se haga contra la tendencia de los tiempos; me lamento..., de que esta reforma, en vez de ser un progreso, sea un retroceso; y me lamento...de que... en vez de vencer ó



Dicho motivo contribuyó a articular en sucesivas ocasiones a lo largo de los debates, la oposición a las razones adoptadas por el Gobierno, en base a las que acometió la reforma del modo de disposición de bienes por causa de muerte. Dicha oposición se sustentaría principalmente en fundamentos morales –basados en la fortificación de la autoridad del padre- económicos –consistentes en la discusión del tratamiento de la aglomeración de la propiedad como actividad favorable al cultivo- y políticos, ponderando la influencia que tendría el nuevo régimen sucesorio civil en el nacimiento de nuevas aristocracias.

No obstante, no cesó la tendencia defensiva de la nueva cuantía asignada al tercio de mejora, y ante aquellas opiniones críticas, se situaron las que tomaban como punto de partida el antecedente histórico de carácter visigótico: la mejora era una figura que si bien, no revestía novedad en su utilización, pero sí lo hacía en cuanto al nuevo porcentaje que se le asignaba, que a la postre tampoco resultaba más dañino para los hijos que la regulación que se abandonaba¹⁵⁸.

La defensa, no ya únicamente de la nueva propuesta legitimaria, sino de incluso planteamientos normativos relacionados más antiguos y de carácter aún más conservador, se sucedería con la de posturas que avalarían unas mayores posibilidades para los padres en la libertad de atribución de cuotas legitimarias. Considerando que el amparo de dichas posturas, en algunas ocasiones podía proceder del derecho foral, ello desembocaría en la crítica de una manifiesta y errónea especie de discriminación positiva, con fundamento en una sobreprotección de los hijos, frente al derecho de

reducir las dificultades del provenir, las acrecentará, las aumentará, las hará más poderosas.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 383-387, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108, (pp. 2236, 2237 y 2240 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado)].

¹⁵⁸ Finalmente Gutiérrez, contestando a las alegaciones del Sr. Polo de Bernabé en que debía respetarse lo antiguo, por ser mejor, y en las que sostuvo que la mejora era inmoral con la extensión que se le daba en el nuevo código, defendió el nuevo sistema legitimario del Código Civil, resistiendo el envite y tratando de demostrar que la mejora había sido una institución vigente incluso en tiempos antiguos, por tanto, seguramente, no tan inmoral como el Sr. Polo pretendía: “¿Se hace, por ventura, novedad en esa institución del antiguo derecho castellano, del derecho germano [refiriéndose a su previa recapitulación del sistema de legítimas y mejoras, según él ya existente en la Ley de Chindasvinto, Fuero Real, Fuero Juzgo y Leyes de Toro]? No, señores; aunque se acumulen los dos tercios de que pueda disponer el padre, uno como mejora á favor de sus hijos, otro como legado á favor de extraños, el hijo viene á sacar poco más ó menos lo que hoy como mejora; y podrá suceder muy bien que por efecto de esta combinación, y á partir de esta ase reconocida por la ley, los padres recapaciten, y comprendiendo que pueden disponer del tercio sólo como mejora á favor del hijo ó descendiente, no le den el otro tercio de que pueden disponer á favor de extraños, sino que ó lo reserven para extraños porque crean que afecciones legítimas les imponen ese deber, ó dejen ese otro tercio en la masa hereditaria, si les parece que sería más conveniente a la familia establecer entre los hijos cierta igualdad” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 390, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2243 del Diario de Sesiones, Senado)].



disposición de los padres, basado en el más esencial de los derechos de propiedad, que en muchos casos quedaba minusvalorado¹⁵⁹.

Se extraería de las anteriores aseveraciones, una pretendida crítica vertida sobre el reciente sistema legitimario, basada sobre todo, en la aplicación de la legítima colectiva y pretendiéndose por los detractores del nuevo texto, que la porción imputada a los herederos resultaba ínfima, fundamentando sus motivos la mayoría de las ocasiones en criterios meramente numéricos, traídos a colación por la combinación de la legítima con las porciones hereditarias con mayor maleabilidad, reflejadas en la mejora y en la libre disposición.

Frente a dichas posturas críticas con la nueva regulación de la reserva forzosa, sería posible encontrar posturas conformes con la nueva regulación propuesta y menos crítica en sus estimaciones, habida cuenta de que ni tan dañino, por semejante, sería el cálculo de las nuevas cuotas de mejora y libre disposición que establecía la nueva legislación; y que la misma, vendría a suponer un sobrio régimen que disponía la justa medida entre el criterio de los padres para realizar la adjudicación de las cuotas en la herencia y entre el perpetuo e incólume derecho de los hijos, que no debían quedar fuera del auxilio que la nueva norma venía a proporcionar¹⁶⁰.

¹⁵⁹ López Puigcerver, en el debate a la totalidad del articulado, se pronunció en el Congreso sobre esta cuestión y con alusiones a las legítimas forales: “Las tres cuestiones importantes, las tres cuestiones que verdaderamente dividen las legislaciones forales de la castellana, son: la cuestión de la libertad de testar.... Se evidencia, pues, la clara preocupación por la materia. La cuestión de legítimas... es quizá la más importante, la más grave de todas las que se relacionan con la legislación foral...; que la legítima, considerada desde el punto de vista científico, no puede sostenerse ni debe sostenerse con la extensión que tiene en la legislación castellana. No podemos sostener que el individuo no tenga derecho á disponer más que de la quinta parte de sus bienes para todos aquellos fines que no sea puramente el fin familiar. La propiedad es individual; la idea de la legítima, y sobre todo, de la mejora, es la idea de la propiedad familiar, que ha desaparecido ya... Y estas relaciones jurídicas ¿dan al hijo la co-propiedad en la mayoría de los bienes del padre? Ciertamente que no... lo que no puedo aceptar es, que el derecho del hijo llegue á tal punto, que absorba los cuatro quintos de la fortuna del padre: la misma legislación castellana no lo admite, y os voy a dar la prueba. ¿Cuál es el derecho del hijo? El de la legítima mínima, que no es de los cuatro quintos; ¿por qué? Porque si bien los cuatro quintos son la legítima *de todos los hijos*, la legítima de cada hijo no es más que la parte que el padre no le puede quitar. Es decir, hay un derecho familiar á los cuatro quintos; pero el derecho individual de cada hijo, lo que tiene derecho en todo caso á pedir, no es más que la parte igual á sus hermanos, segregado el quinto y el tercio; es decir, la legítima diminuta, y la legítima diminuta viene á representar el 53 por 100 del haber total para todos los hijos. Habrá un derecho familiar, pero no hay un derecho del hijo enfrente del padre, que es como yo creo que tiene que plantearse el problema desde el punto de vista jurídico. Pues considerada así la cuestión se acortan mucho y desaparecen las distancias entre la legislación general y las legislaciones particulares...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 631, Sesión de 12 de junio de 1885, Núm. 171 (p. 4985 del Diario de Sesiones, Congreso)].

¹⁶⁰ Coronado extrajo como conclusión, que no había tanta diferencia respecto al sistema legitimario anterior y que con la nueva reforma se obtenían magníficos resultados en la herencia de padres a hijos: “...con la legítima actual se hace posible la concurrencia de las legítimas y de las mejoras, la



Resulta totalmente constatado el cúmulo de numerosas inectivas vertidas sobre la distribución de cuotas legitimarias del Código civil que se asomaba a un nuevo siglo; todas ellas de diferente signo político, unas, pretendiendo lo escaso de la modificación y otras, atacando su excesivo carácter progresista.

No obstante, también es innegable que a la vista de las diferentes opiniones de los letrados parlamentarios, la modificación en sede legitimaria que estaba a punto de suscribirse supondría un claro beneficio en el avance a la libertad de testar de los causantes, en relación con la legislación anterior¹⁶¹.

Las propuestas procedentes de algunos jurisconsultos de origen castellano y foral intentaron encontrar un equilibrio, por eso no se puede atribuir a ninguno de los dictámenes defendidos en los estrados del parlamento, que se adoptaran posturas radicales que obstaculizaran la viabilidad de la tramitación de la ley. Bien es cierto que la propuesta definitiva se mostraba como una estructura mixta, resultado de una combinación entre libertad testamentaria y cuotas reservadas por ley a los descendientes. Por lo tanto, eludir la analogía que el código castellano guardó con los sistemas forales, resultaría muy difícil, máxime cuando la nueva propuesta se aproximaba de forma incuestionable a los mismos elementos en la materia testamentaria-legitimaria, dentro de los dichos ordenamientos jurídicos territoriales¹⁶².

concurrancia en un mismo hijo de la mejora de tercio y quinto, y los hijos mejorados sacan por este concepto la mitad de la herencia y la parte que corresponde en la legítima de los demás hijos... [comparando este sistema con el romano, de dividir en 12 ó 15 partes la herencia], diciendo que “viene á ser casi igual; la diferencia es bien insignificante”. En cambio, señores, atendiendo á la vez á una porción de consideraciones, se hace posible que con las legítimas se cumplan los grandes fines que se van buscando, los grandes resultados que se esperan de la libertad testamentaria, sin llegar á ese extremo, que se prestaría ciertamente al abuso... Véase, pues, como no tiene nada de extraordinario el régimen propuesto, ni nada de temerario y que merezca censura el proyecto de reforma que el señor Ministro ha formulado y la Comisión ha aceptado acerca de este punto” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 30, Sesión de 19 de febrero de 1885, Núm. 66 (p. 1251 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁶¹ El Sr. Alberto Bosch, en su voto particular al dictamen de la Comisión relativo a la ley de bases, consideró como una mejora la reducción de la legítima de los hijos á la tercera parte del caudal paterno, la extensión de las mejoras a los dos tercios y la libre disposición de la mitad de los hijos para con los padres [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1039, Sesión de 29 de enero de 1889, Núm. 32 (p. 435 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁶² Siguiendo con el debate en el Senado sobre el dictamen relativo al Código, Durán y Bas contestó por alusiones a Romero Girón sobre la responsabilidad que a su juicio tuvo el peso de su voto sobre la cuantía legitimaria, en la Comisión de Codificación al ser convocado junto a otros representantes forales, debido a su parecido con la legítima catalana: “El Sr. Romero Girón sabe que los que sostuvieron el principio de la absoluta libertad testamentaria, principio defendido entre otros por un distinguido señor Senador... fueron individuos de la Comisión de Códigos que son castellanos, porque representando a Cataluña no había más que yo; y sin embargo, el Sr. Romero Girón, presente en aquella discusión...recordará que hubo cuatro opiniones, pero todas absolutamente en favor de la modificación de la legítima, ninguna en favor de la conservación del sistema legal de Castilla. Y si todos eran castellanos excepto yo, ¿á qué



Parece pues que el sistema que germinó de aquel acuerdo ni fue tan descabellado ni tan insólito, sino que podría calificarse de armónico, o al menos, de transigente¹⁶³.

1.6.2 Concurrencia con las mejoras

En los debates, la mejora ocupó un lugar significativo dentro de la discusión.

Fue el recurso más utilizado por los defensores de las legítimas, argumentando que la cuota de mejora supondría el complemento perfecto, y que otorgaría la posibilidad de ampliar la maniobrabilidad en la disposición de bienes en favor de los descendientes.

Los defensores de la libertad de testar rebatieron este argumento, apoyándose en lo limitado de dicha maniobrabilidad, en la medida en que hablar de la libertad de disposición suponía hablar de ella en su totalidad, pero no de la ampliación de cierto margen y en favor de herederos que se encontraban sólo dentro del círculo familiar.

Los partidarios de la idea enfrentada entendieron que pese a este recurso, seguiría siendo posible que el padre errara al testar, perjudicando a sus legitimarios,

hablar de ingratitud de parte de Cataluña? Sabe el Sr. Romero Girón que cuando se discutió si se debía mantener la legítima castellana, por unanimidad ó por una gran mayoría se acordó que no. Luego Cataluña no tiene en eso nada que ver”. Respondió así a las increpaciones por parte de Romero Girón. Y siguió respecto a su parecido con la legítima catalana: “Es verdad que después se propuso cuál había de ser en adelante la legítima, y entonces hubo varias opiniones. El Sr. Comas propuso que la herencia del padre se dividiese en tres tercios, uno de legítima corta, ó forzosa; otro de legítima larga, ó para mejoras, y otros de libre disposición. El Sr. Albacete propuso que la legítima fuese simplemente la cuarta parte, y tres cuartas partes fueran de libre disposición del padre. El Sr. Manresa propuso que la herencia se dividiese en dos mitades, una como legítima, algo parecida a la justiniana, y la otra mitad de libre disposición. Y el Sr. Franco proponía que la herencia se dividiera en cuatro partes, una cuarta como legítima absoluta, una mitad, ó sean otras dos cuartas partes, para mejoras entre los hijos, y una cuarta parte de libre disposición... ninguna de estas proposiciones obtuvo mayoría absoluta, sino relativa: ocho votos la opinión del Sr. Comas, cuatro la del Sr. Albacete, tres la del Sr. Manresa y dos la del Sr. Franco... Este es el resultado que arrojan las actas de la Comisión de Códigos respecto a aquella sesión, á la que, como una de las más importantes, creo que asistimos todos. Por consiguiente, si esto pasó sobre la legítima, no se diga que Cataluña es ingrata, máxime cuando no se queja...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1363, Sesión de 27 de febrero de 1889, Núm. 56 (p. 961 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁶³ A pesar de que la intención no fue esa, tal y como se ha puesto de manifiesto por juristas posteriores: “Está claro, pues, que no se pretendía un Código Civil nuevo, sino tan sólo uno que recogiera y ordenara, de acuerdo con un sistema racional todo el derecho civil existente hasta entonces, incorporando a los principios inspiradores de todo el ordenamiento los nuevos del orden burgués que se proclamaban, al igual que los derivados del CORPUS IURIS CIVILIS en su día, como la nueva razón natural. Las Partidas –que inspiraban un general respeto– eran consideradas como el más racional de los códigos. De esta forma se comprende que la columna vertebral del Código Civil sea el derecho castellano y que se pretendiera aprovechar este momento para suprimir el derecho foral, lo que debe entenderse no se consiguió pues subsistieron los derechos forales históricos, si bien con algunas reformas.” [MORENO RETAMINO, J.L., “Los prolegómenos del Código Civil”, *Eúphoros*, 2002, núm. 4, p. 116].



contra la obligación que tenía de no hacerlo¹⁶⁴. En este caso, el refuerzo de la potestad del padre podría corromperse, empleándose las mejoras como una herramienta al servicio de las corruptelas del cabeza de familia, que si bien, veía limitado su campo de acción, seguía teniendo un margen de maniobra excesivamente peligroso para los intereses de los hijos¹⁶⁵.

El recelo hacia la deficiente actitud paterna suponía un medio empleado a menudo por los defensores de la legítima, que en ocasiones también fue de habitual utilización por los miembros de las cámaras, que se justificaban en esta convicción, de una manera no demasiado ortodoxa.

No resultaría suficiente entonces acotar la libertad de testar sólo por la vía de la existencia de un tercio legitimario, sino que la propia legítima estricta debía ampliarse,

¹⁶⁴ El Marqués de Seoane se refirió a la fortificación de la autoridad paterna, basándose en el capítulo vigente de mejoras: “la actual Comisión, viene á cercenar esos derechos de los hijos, y á cercenárselos en provecho de la autoridad y de los caprichos del padre. Porque es verdad que el padre debe estar facultado para repartir el bien y el mal entre sus hijos,... y puede hacerlo así por la actual legislación, existiendo como existe el capítulo de las mejoras” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 96, Sesión de 25 de febrero de 1885, Núm. 71 (p. 1361 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁶⁵ De igual manera, Fuente Alcázar propuso limitar la nombrada autoridad paterna porque las mejoras no atribuían armas suficientes para desigualar a los hijos en la cuantía establecida, por este motivo, la cuantía vigente del quinto de libre disposición, era suficiente apero para lograr el resultado deseado en lo referido a la posibilidad de libre reparto. Fue partidario de la mejora antes que de la reforma propuesta por la Base 15ª, dado que no suponía una solución, en la medida que los padres podrían encontrar igualmente formas encubiertas de perjudicar los intereses de los hijos: “...sigo, pues, creyendo que no es conveniente dar al padre más autoridad que la que hoy tiene, que es bastante, porque posee medios, dentro de las mejoras, para realizar las grandes misiones de legislador, magistrado y juez, de que nos hablaba el Sr. Coronado, para premiar y castigar”, haciendo referencia a continuación también a las causas de desheredación. Su alegato consistió en que “... el punto de la libertad de testar es el punto en abstracto, el punto general y de partida para una discusión más ó menos trascendental, pero este no es el punto relativo á si las legítimas y las mejoras deben consistir en esto ó en lo otro. Será un punto que se relacione evidentemente con la legítima y con las mejoras; pero al fin y al cabo, no es el punto verdaderamente relativo á la legítima y a la mejora, al efecto de lo que estamos discutiendo, esto es, si deben ó no modificarse. Tampoco estoy conforme con S.S. en que sea preciso dar á los padres más atribuciones para poder disponer de los bienes de familia. Yo creo que con el quinto tienen bastante; que con el quinto hasta hoy se han satisfecho completamente todas sus necesidades con relación á extraños..., yo me opongo á la reforma porque encuentro, como he dicho antes, la tendencia á soluciones que no puedo bajo ningún concepto aceptar sin razón ni motivo de ningún género; porque si yo encontrase algún motivo justificado, la aceptaría, pero no lo encuentro, y por eso me opongo á la reforma con un espíritu previsor y de desconfianza si se quiere. Si la reforma fuera necesaria, la aceptaría; pero no la considero necesaria, ni nadie hasta hoy, que yo sepa, la ha pedido, y por esa desconfianza me opongo á que se realice...”. Por lo tanto, “...si con trabas ó sin ellas los padres pueden disponer de sus bienes á su arbitrio y perjudicar a sus hijos, entonces no modifiquéis la ley, porque con las mejoras y sin las mejoras, con la reforma y sin la reforma, los inconvenientes subsistirán, y, por lo tanto, os excusáis hacer una reforma cuando no vais á obtener de ella ninguna clase de resultados. Si las trabas, en efecto, fueran necesarias, entonces, deberíais mantenerlas” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 361-362, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (pp. 2212-2213 del Diario de Sesiones, Senado)]. Así, el discurso que articuló se basó en la enmienda que presentó sin éxito: “Hecha la oportuna pregunta de si se tomaba en consideración la enmienda del Sr. Fuente Alcázar, y pedida por suficiente número de Sres. Senadores votación nominal, ésta se verificó, resultando no tomada aquella en consideración por 41 votos contra 8...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 364, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (pp. 2215 del Diario de Sesiones, Senado)].



sin existir márgenes de discrecionalidad que permitieran una libre elección en otro tercio de la herencia, siquiera entre los propios legitimarios. Además, por medio de la figura de una mejora, y al activar este margen de autodeterminación del causante, se promovía una necesaria discordia entre los hijos¹⁶⁶.

Siendo así, permaneciendo a expensas de las tan aludidas eventuales transgresiones en la práctica normativa, resultado de la depravación de los ciudadanos con el propósito de evadir los efectos de la ley, multitud de reformas legislativas planteadas a lo largo de la historia hubieran carecido de sentido, satisfaciéndose difícilmente alguna vez los intereses generales a los cuales obedecerían dichas modificaciones legales.

En cualquier caso, la crítica al recurso a la figura de la mejora, se efectuaba olvidando los antecedentes de la misma en el derecho castellano, pretendiendo utilizarse en algunos casos como medio para alcanzar una mayor restricción en la libertad de testamentifacción.

1.6.3 El fortalecimiento de la autoridad paterna

La autoridad paterna se empleó como resorte fundamental, inspirador de la libertad de testar a la que el padre debía tener derecho.

El progenitor debía mantener la gobernabilidad de sus decisiones al testar y por ende, ser titular de la plena disposición de bienes a su fallecimiento, entendiendo que esta acción debería estar justamente cubierta por la cordura con la que el padre distribuyera sus bienes, actitud, como decimos, que siempre debía venir presidida por un latente criterio de probidad¹⁶⁷.

¹⁶⁶ El Duque de Veragua y Polo de Bernabé, criticaron igualmente el recurso de las mejoras, porque desigualaban a los hijos de manera injusta y propiciaban entre ellos la desavenencia [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 373 y 384, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (pp. 2226 y 2238 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁶⁷ Albacete, contestando a Fuente Alcázar, prefería dejar las cosas en su estado: según la letra de la ley, la reforma era justa y correcta: "... me he ajustado, ceñido y sometido a la comisión de códigos, para venir á defender aquí que sea un tercio la legítima, otro tercio la mejora y un tercio destinado a la libre disposición del padre.". En consecuencia "... Yo soy lógico y digo: puesto que la libertad del padre y de la madre para disponer de sus bienes durante su vida no tienen más que unas limitaciones muy tenues, respete yo en el orden y desenvolvimiento lógico esos mismos elementos de criterio, y no vaya á coartar la libertad en aquellos momentos en que tengo la convicción de que de cien casos, en los noventa y nueve los padres harán unos un uso discreto, un uso justo, un uso respetable de esa facultad puesta en sus



Tal era el recto criterio comúnmente utilizado por los padres, que debían pues, superarse los temores que identificaban la libertad de testar como la antesala de las vinculaciones.

La libertad de testar debía destinarse a robustecer la autoridad paterna. Así lo expresó el mismo Dictamen de la Comisión¹⁶⁸. Tanta repercusión tuvo este principio, que la Comisión lo hizo suyo en su propuesta, impregnándose el Código de caracteres legitimarios catalanes y aragoneses, utilizando esta terminología para hacer alusión al sistema sucesorio en ambos territorios.

Si en la tierra de Aragón existía libertad de disposición con un uso exitoso, suponía éste un sistema en el que se debía confiar, al igual que en el sistema legitimario inglés, sinónimo de la potestad de libertad de testar utilizada de forma cabal¹⁶⁹.

manos. Y siendo esta la fundamental doctrina que yo profeso en la materia..., claro es que toda determinación que va encaminada á esas soluciones finales en el orden que atribuye al padre la facultad de disponer de sus bienes por causa de muerte, en el orden que establece las legítimas, todo eso lo he de apoyar y sostener...". Entonces, "Cualesquiera que sean las facultades más ó menos extensas que los padres tengan para disponer de sus bienes, sea el quinto, sea el tercio, sean las tres cuartas partes, es indudable que la propiedad no se podrá nunca concentrar de una manera tal y tan absoluta que, que venga á hacerse imposible la subdivisión de los bienes, y que venga a amenazar con los peligros de una amortización, de una vinculación o de una aristocracia...lo que yo defiendo...no es ni más ni menos que... una tendencia favorable a la libertad de los padres para disponer de los bienes á fin de robustecer su autoridad, á fin de que las familias se defiendan mejor por medio de esa autoridad y de esa fuerza, que el padre use en términos racionales y justos, debiendo estimar, como he indicado antes, que más se debe esperar de la justicia de los padres que de la bondad de los hijos, y que se tienen que dar a la sociedad elementos poderosos para que la familia no se perturbe como está llamada á perturbarse, á pesar de todos esos paliativos, de todos esos términos más o menos hábiles que los legisladores podrán introducir en las leyes.". Al igual que en Aragón, el principio de robustecer la autoridad paterna está basado en las legítimas: potestad del padre para repartir desigualmente, pero no potestad del padre para repartir libremente [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 359-360, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (pp. 2210-2211 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁶⁸ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 879, Sesión de 6 de junio de 1885, Núm. 166 (p. 2 del Diario de Sesiones, Congreso): El dictamen de la Comisión del Senado referente al proyecto de ley remitido al Congreso, informó a la cámara baja de que "...lo mismo al innovar con mano prudente la materia de sucesiones, que al permitir alguna mayor flexibilidad en los moldes tradicionales de la sociedad legal castellana, que al robustecer la autoridad del padre y vigorizar los lazos de la familia con la mayor libertad en la disposición y distribución de sus bienes...".

¹⁶⁹ Libertad y responsabilidad en la distribución de los bienes fueron conceptos inseparables e irrenunciables, pero entendemos que la libertad para robustecer la autoridad, parece ser una consecuencia necesaria de la primera, por cuanto la autoridad natural y la correlativa obediencia de los padres debería reinar en el hogar de manera previa, y sólo entonces, debería atribuirse la libertad de testar como un complemento útil e igualitario para con los hijos. La autoridad no debería necesitar de incentivo alguno, estimuladora de la libertad. A nuestro entender, el estado de las cosas en este aspecto, con estas opiniones de los senadores, muda forzosamente en antinatural, convirtiéndose la libertad de testar en un instrumento accesorio que sirve de base al progenitor incluso para repartir los bienes de manera que puede ser no conveniente.



El concepto de autoridad paterna se situaría pues, en el terreno común, ubicado justo dentro de la bifurcación donde se separarían los caminos de defensores y detractores de la libertad testamentaria. En unos casos se pretendería la preservación de dicha autoridad dentro de la completa libertad testamentaria, y en otros, se permanecería dentro del ámbito acordado por la Comisión de Codificación, donde dicha autoridad debería ser utilizada dentro de la racionalidad y justicia propuesta por el nuevo artículo que otorgaba carta de naturaleza a la existencia de las reservas forzosas.

1.6.4 Un estéril intento de acercamiento entre legislaciones con el fin de la unificación

El debate sobre la legítima en el derecho castellano en el período de gestación legislativa civil, concurrió con el debate sobre el análisis y la validez de los sistemas legitimarios forales.

Inevitablemente y desde que sus representantes fueron llamados a expresar su parecer con gran resolución científica mediante sus Memorias en la Comisión de Códigos, se sostuvo una enriquecedora deliberación sobre la comparación entre sistemas y sobre los beneficios e inconvenientes de la aplicación de cada uno de ellos, así como sobre la asistencia que podrían aportar al Código Civil.

Aunque en algunas circunstancias las mencionadas discusiones no se traducirían precisamente en elogios mutuos, siendo sobre todo, el sistema catalán uno de los más castigados¹⁷⁰. Dichos argumentos fueron oportunamente rebatidos, fundamentalmente con soporte en la templada autoridad del padre de familia¹⁷¹.

¹⁷⁰ Ulloa y Rey, fue uno de los primeros en referirse a dicho sistema, aunque sin entrar de pleno en la institución legitimaria, pero sí lo suficiente como para criticar la institución del *hereu*: “parece que habiendo contribuido todos los hijos á, la formación de ese capital, todos también deberían tener indiscutiblemente por razón natural y de equidad... un derecho igual. Pues son señor; el padre se lo da, si á mano viene, al hijo que menos lo merece y esto es lo que sucede con frecuencia. Se dice: «es que el hereu tiene obligación de dar carrera a sus hermanos», pero es que no se la da, y es que los hermanos para arrancar un duro al hereu tienen que sostener uno ó varios pleitos” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 69, Sesión de 21 de febrero de 1885, Núm. 68 (p. 1293 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁷¹ Albacete, rebatió esos argumentos con una férrea defensa del sistema catalán y de la libertad que se establecía a favor del padre para repartir los bienes entre sus hijos: “la familia catalana, por regla general, es una familia modelo...porque es innegable que uno de los medios que con más eficacia han producido en Cataluña la existencia de una familia..., es el régimen legislativo bajo el cual, el padre de familia ejerce su autoridad... Por eso me he inclinado siempre á la libertad de los padres...para disponer de los bienes entre sus hijos como lo estimen conveniente...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 85, Sesión de 24 de febrero de 1885, Núm. 70 (p. 1335 del Diario de Sesiones, Senado)].



En ciertas intervenciones se alabarían las particularidades forales, considerándolas genuinas en sí mismas¹⁷², alejándose del matiz nocivo que pretendieron atribuirle parlamentarios no tan proclives a dichos sistemas¹⁷³. Cierta número de diputados buscaron puntos de encuentro entre las legislaciones forales y la castellana, esta vez aludiendo a la materia legitimaria, y siempre en pos de la unidad y aproximación entre cuerpos normativos¹⁷⁴.

¹⁷² Planas defendería las legislaciones civiles sectoriales: “no les quitéis lo único que les queda [de su pasada grandeza], esta única tradición que conservan de un pasado glorioso que desapareció hace cerca de dos siglos” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 595, Sesión de 10 de junio de 1885, Núm. 169 (p. 4875 del Diario de Sesiones, Congreso)].

¹⁷³ Siguió Planas sosteniendo que “...Las capitulaciones matrimoniales, conocidas también en Aragón, tienen un sello especial y característico por efecto de como allí se reparten las ganancias entre el marido y la mujer, por efecto de la inexistencia en aquel territorio de los parafernales, y por razón del modo como los bienes han de dejarse al morir, puesto que todos sabéis que en Aragón el padre tiene libertad para disponer de sus bienes en favor de aquel hijo que tenga por conveniente, dejando à los demás lo que bien le plazca: *quantum ei placuerit*..., es decir, lo que tenga por conveniente; facultad que se ha traducido por los fueristas; ó sea por los comentaristas del derecho de Aragón, diciendo que esta es una legítima imaginaria que representa 5 sueldos por los bienes muebles, y otros 5 por los bienes inmuebles, pudiendo de los demás disponer el padre libremente á favor de aquel hijo que con él se haya portado mejor, ó que por especiales razones crea más digno de semejante galardón; y eso permite que al regularse la familia en las capitulaciones matrimoniales de Aragón se consignent, como se consignan, especialidades muy grandes en aquellos contratos.”. Continuó diciendo en líneas posteriores que “si desde Aragón vamos a Navarra, también encontraremos lo mismo. Las capitulaciones matrimoniales presentan en Navarra un carácter especial que deriva asimismo del modo de ser de aquella sociedad, sobre todo de la libertad absoluta que el padre tiene para disponer de sus bienes en ciertos casos, dejando al hijo también una legítima imaginaria, la legítima de 5 sueldos y una robada de tierra en los montes comunes. Esta es la legítima en Navarra, legítima que no tiene aplicación en otros casos según la índole de las personas, pero que... constituyen un modo de ser especial de la familia de Navarra, distinto por completo del modo de ser de la familia de Castilla”. Finalmente, “...Y si pasamos a las legítimas, ¿puede darse diversidad mayor en las distintas comarcas de España? ¿Qué tienen que ver los cuatro quintos de Castilla, ni aun templados con la mejora del tercio, con esa libertad omnímoda que tiene en ciertos casos el testador de Navarra, que tiene dentro de la familia en Aragón, y que tiene también en Cataluña, en que dejando del cuarto para los hijos, pueda disponer de los tres cuartos restantes, si quiere, á favor de un extraño?...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 591-592, Sesión de 10 de junio de 1885, Núm. 169 (pp. 4871-4872 del Diario de Sesiones, Congreso)].

¹⁷⁴ El diputado Rodríguez San Pedro fue un claro ejemplo de ello: “De suerte que, si nosotros averiguamos que la legítima castellana no es tal como la ciencia aconseja, no corresponde á la naturaleza de las cosas, no obedece á las condiciones que deba tener dentro de la Nación española, podemos abandonarla, como se ha abandonado en parte por las bases que están sometidas á la deliberación del Congreso; y si encontramos que hay algo que no me atrevo á declarar sea poco razonable en Navarra, por ejemplo, donde el padre de familia puede disponer absolutamente de todos sus bienes, sin considerar sus deberes ni sus atenciones á la familia, con una libertad absoluta que hace que aquel que crea la propia familia pueda abandonarla y pueda entregar lo que es labor y propiedad de esa familia misma á la persona extraña á ella que despierte en él algún afecto, algún interés, siquiera sea inmoral ó pervertida, esto por el hecho solo de encontrarse en un país llamado foral, en un país de legislación especial, esto siquiera provoque,...la atención del legislador, esto no pueda modificarse ni alterarse, porque en presencia solo del anuncio de hacer alguna ulterior modificación, se crean obligados los amantes de aquellas leyes á despertar todas las épocas de la historia, á despertar todas las tradiciones y avivar los sentimientos más afectivos que se encierran en el corazón humano, para que sirvan de obstáculo á la tarea que el legislador tiene el deber sagrado de realizar.”. Se suponía normal, entonces que “En estas condiciones, decía yo que la prueba de que no hacíamos solo manifestaciones estériles está en que en las demás bases comenzamos, por ejemplo, haciendo algo en materia de legítimas, que nos acerca más a la sucesión catalana, que real y efectivamente á lo que es hoy sucesión perfectamente castellana. Sabido es, por ejemplo, que esta legislación,...en esta tradición, tenía por legítima, propiamente dicha, de los descendientes los cuatro



Los territorios forales desarrollaron ordenamientos propios de reconocido carácter diferenciador frente a las legítimas castellanas. Resultaba inevitable por lo tanto, que cada representante de estas tierras pretendiera la vigencia de los amplios márgenes de permisión y libertad que ofrecían estos derechos. Ello llevaba a que los valedores de este derecho territorial -con el anhelo propio del que defiende una postura que le favorece por contar con razones que probadamente le asisten- se aferraran a un derecho que, con mayor motivo se sentían en la obligación de impulsar, porque la razón y la propia historia les otorgaban una legitimación moral para ello.

Algunos, con gran esfuerzo, significaron que la cuestión a la que se debía tender, era a la búsqueda de la uniformidad, considerando como juicios apriorísticos y desacertados aquellos que trivializaran sobre el Derecho civil foral, debiendo ser apreciado, por bueno, lo que en sus costumbres se contenía y cediendo en algunos extremos de su amplia libertad a cambio de una menor imposición foránea y de facilitar un punto de encuentro.

A su lado, otros parlamentarios menos conscientes y solidarios, rechazaron un entendimiento con el ordenamiento castellano¹⁷⁵. Se descubría en dichas disertaciones,

quintos del haber total de la familia. La legítima del Fuero Juzgo es la misma legítima amplia castellana que rige hoy en todas las comarcas y provincias á donde se extiende esa ley llamada de Castilla. Pues bien; nosotros nos encontramos á la vez con la legítima catalana, que es solamente de la cuarta parte del haber distribuible; ¿y qué se hace en las presentes bases, Sres. Diputados? Pues contra lo que parecía ser el sentimiento íntimo de muchos que aman en este particular la institución castellana, en el pensamiento de tender lazos nuevos de unión; si fueran pocos los que afortunadamente existen con los pueblos donde rige la legislación catalana; en el pensamiento de ir á los otros países forales. Aragón y Cataluña, de modo que se acepte algo la libertad de disposición, ampliando las facultades del padre de familia, las facultades del testador, hacemos una división en tres partes, y en la una seguimos la tradición antigua castellana por lo que se refería al quinto, y la enlazamos con la ley de Navarra en lo que se refiere á la libertad de disposición dentro y fuera de la familia, dejando al testador que disponga de esa tercera parte como tenga por conveniente; en otra tercera parte seguimos la legislación catalana y aragonesa, esto es, la libertad del testador dentro de la familia, quedando de este modo la legítima castellana reducida en tres quinceavos, o sea un quinto nada menos de su cuantía actual, para demostrar que la tarea del legislador no la vemos desde puntos de mira exclusivos, que no deben ser de Castilla ni de Cataluña, sino que es una tarea común, para que pueda haber medios fáciles de que por unas mismas leyes se rijan todos dentro de la Monarquía, pues entendemos que, sin desconocer la importancia de otros datos con que se puede constituir la unidad nacional, que son unas veces de raza, otras de lengua, otras de tradiciones, otras de intereses económicos, son muy de estimar, muy poderosos ciertamente los que se producen por unas mismas leyes, de tal suerte, que uno de los mayores distintivos que existen para determinar las unidades nacionales consiste en la unidad de la ley que rija a los componentes de esa misma nacionalidad.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 597-598, Sesión de 10 de junio de 1885, Núm. 169 (pp. 4877-4878 del Diario de Sesiones, Congreso)].

¹⁷⁵ Fernández Hontoria, diputado, combatiría la totalidad del proyecto en un extenso discurso, apoyando la posición de la libertad, en contraposición con la coacción, y en particular, la de la libertad de testar: “Pero donde más claramente se ve este espíritu [se refiere al concepto de libertad civil que según él late en el proyecto de bases presentado] es en la base 15ª al hablar de las sucesiones testamentarias, puesto que se rompen los moldes de la legítima castellana para sustituirlos por otros, es verdad, pero en que se consagra la libertad del testador en mayor grado reduciéndose, por tanto, la esfera de la coacción y



un tono que ambicionaba la libertad de testar como exponente de la libertad civil, contrastando sus atributos con el de las legislaciones forales, siendo comparado este objetivo de libertad con la gran dificultad que suponía su conciliación, por el arraigo que dicha costumbre foral representaba. Ello implicaba un mayor impedimento en la asimilación y sobre todo, en el desarrollo de dicha libertad por parte de un derecho ajeno. En este sentido, el derecho de Castilla debería efectuar las cesiones pertinentes, en tanto que los ordenamientos forales, en su calidad de cuerpos normativos con un menor grado de restricción testamentaria, no debían ser los que desistieran de sus privilegios, sino los que vinieran a engrandecer, con sus mejores caracteres, al derecho castellano, que los pretendía arrastrar hacia su cometido uniformador.

Pero como decimos, los argumentos constantemente contrapuestos, llevaron a tachar dichas ideas de drásticas¹⁷⁶ y con el respaldo de un endeble motivo aritmético, por el cual, la mayoría de provincias regidas por el derecho castellano no podrían

ensanchando la esfera de la libertad...Yo creo que nosotros debemos aspirar á esa libertad civil de que gozan el pueblo catalán y el aragonés, el pueblo navarro y el vizcaíno; yo creo que debemos procurar acercarnos a esa libertad civil en vez de traer esas legislaciones á la nuestra, y creo que por lo mismo que esas legislaciones están influidas por ese principio ético moral que produce la espontaneidad jurídica, el desarrollo del génio nacional; por lo mismo que esas legislaciones nos llevan tan singular ventaja, debemos aspirar á llegar á ellas marchando en esa dirección, y cuando consigamos ese nivel de libertad, solo entonces será posible la unidad. Así se comprende que el pueblo inglés, por ejemplo, tenga ideas tan distintas de las nuestras. Nosotros consideramos que la destrucción de las legítimas es poco ménos que la destrucción de la familia, y ellos consideran lo contrario; así, anotan los historiadores ingleses como uno de los actos notables llevados á cabo en el Parlamento de Irlanda de 1703, un *bill* que se dictó contra los papistas para evitar que se propagase y acrecentase su número. ¿Y sabéis lo que se propuso y se acordó para realizar este propósito? La repartición igualitaria de los bienes entre los hijos; es decir, la institución de las legítimas, y esto se consideró por el pueblo inglés atentatorio á la familia.” Por otra parte esgrimió que “... tendencia peligrosa [refiriéndose a la misma como una tendencia peligrosa de la obra legislativa del Código Civil] que se manifiesta en el mismo proyecto y en los discursos pronunciados por los Sres. de la Comisión, no muy conformes con el espíritu de los del Sr. Ministro de Gracia y Justicia en el Senado..., inspirados en un amplio espíritu de libertad civil, claramente expuesto en materia de sucesiones, proclamando la absoluta libertad de testar como aspiración é ideal. Lo cual quiere decir que éste es el punto á donde debe tender la legislación, pero sin apresurar las reformas para que no fracasen por la contradicción que impliquen con el estado de las costumbres...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 616-618, Sesión de 11 de junio de 1885, Núm. 170 (pp. 4932-4934 del Diario de Sesiones, Congreso)].

¹⁷⁶ Conde y Luque contestaría a estas teorías en nombre de la Comisión: “Y entiendo yo que no están los pueblos españoles de las 40 provincias que se rigen por lo que se llama derecho de Castilla, dispuestos para recibir ese exceso de libertad civil. ¿Están preparados los padres de estas provincias para aplicar esa absoluta libertad de testar, de que tan sobriamente usan los catalanes, aragoneses y navarros? Pues poned á su disposición en Castilla, y sobre todo en Andalucía,..., esa libertad absoluta y es seguro que traerá verdaderos conflictos en la familia. Yo como conservador no encuentro en el mundo ni en la vida nada absoluto: procediendo la autoridad del padre, según el derecho natural, ménos [sic] de su carácter de tal como jefe de familia, que dé..., de su carácter engendrador, que tiene algo de fatal, no sé por qué se le ha de entregar una libertad ó dominio absoluto que no está en armonía, con la naturaleza. Por estas consideraciones filosóficas y por las consideraciones históricas que antes expuse, la Comisión no podía en manera alguna admitir ese principio de omnímoda facultad en el padre ó sea la omnipotencia en la familia.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 618, Sesión de 11 de junio de 1885, Núm. 170 (p. 4934 del Diario de Sesiones, Congreso)].



avenirse a los hábitos de las forales en materia de libertad de testar; se sostuvo la premisa principal basada en el diferente planteamiento, de que un jefe de familia no podría ser una creación artificial, sino que debía ganar su legitimidad y liderazgo de una manera carismática en el propio grupo familiar; razón por la cual, aplicar dicho margen de libertad a unas provincias no preparadas para ello supondría un desatino y temeridad evidente.

Efectivamente, hubiera sido un despropósito el proceder de este modo, imponiendo así la libertad de testar, aunque nada obstaría a que se hubiera podido convertir en una realidad, tomando como vara de medir el derecho aragonés, según el criterio de algunos parlamentarios¹⁷⁷, en virtud del cual el padre escapaba del reparto de bienes dentro del estricto círculo familiar, aún *contra legem*, justificándose dicho reparto en su justo criterio, el cual se confirmaba en la práctica mediante el aquietamiento de los hijos ante esta actitud paterna, los cuales confiaban devota y ciegamente en el equitativo discernimiento de su progenitor en el momento de la adjudicación de los bienes. Se descubría un tono que ambicionaba la libertad de testar como exponente de libertad civil en el testador, siendo éste el objetivo a alcanzar, que no debía perder de vista la dificultad que la empresa suponía por causa de las costumbres, que dejaban honda huella en la tradición y modo de actuar de los pueblos.

¹⁷⁷ Fernández Hontoria se posicionó en esta opinión, manteniendo que “Hubiera sido verdaderamente absurdo, á mi juicio, el haber concedido de repente la libertad de testar, porque no estando preparada la sociedad castellana, sin duda se hubiera producido el desorden y escándalo en las familias...Confesaba [dice de Conde y Luque] que había un verdadero desequilibrio entre la libertad civil y la política; desequilibrio que yo entiendo no debe ni puede mantenerse, ya que á mi juicio la civil es base y garantía de la política; y sobre todo, como muy principal, el principio de la libertad de testar; que por algo decía Papiniano: *testamentifacio non privati, sed publici juris est...* Y se me ocurre citar por vía de ejemplo un caso en punto á sucesión testamentaria en Aragón. Sabido es que el derecho escrito en el fuero..., es que el padre pueda disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, dejando á cada uno de ellos lo que bien le plazca..., sin que en estricto derecho pueda dejar nada de los que constituye el haber paterno á extraños... no hay disposición expresa que prohíba al padre legar á extraños parte de sus bienes, debe reconocérsele esa facultad en cuanto no exceda del quinto, libre según la legislación supletoria de Castilla. De manera que ya no se considera, como quizá en estricto derecho procediese, todo el caudal paterno legítima de los hijos, sino que se limita á las cuatro quintas partes de la herencia. Esta es legítima de los hijos, pero con la facultad el [sic] padre de poder distribuirla como bien quisiere entre los mismos. Ahora bien; al lado de este derecho escrito se ha observado en Aragón la costumbre, el uso de respetar y considerar como válida la costumbre, el uso de respetar y considerar como válida la libre disposición de los bienes en favor de extraños, desheredando á los hijos, o dejándoles los 10 sueldos jaqueses ó una cantidad determinada; doctrina que ha sido rechazada por el Tribunal Supremo...; pero después de esa sentencia..., han seguido usando los padres de la facultad de disponer libremente, si bien esto se hace con aquella sobriedad...; pero ello es que casos hay, antes y después de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en que el padre dispone libremente á favor de extraños, sin que los hijos se consideren agraviados ni reclamen antes los tribunales, sino que, por el contrario, se acallan y aquietan respetando la voluntad paterna. Como la practica demuestra, esto no produce perturbación de ninguna clase en Aragón; así que no parece que habría inconveniente allí en ensanchar esa libertad” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 621-623, Sesión de 12 de junio de 1885, Núm. 171 (pp. 4975-4977 del Diario de Sesiones, Congreso)].



Los rasgos de esta libertad contrastaban con los de los pueblos forales, considerando asimismo los matices de legislaciones extranjeras¹⁷⁸.

Por otra parte, también se relativizaba el principio de libertad, tanto en el derecho castellano como en los forales, señalando que las diferencias en relación con el derecho navarro eran, sin una mayor repercusión, cuestiones de detalle, sin que por ello cupiera agravar el debate comparativo de la institución legitimaria. En ninguna provincia se daba la existencia de la libertad absoluta de testar, pero igualmente, se encontraban carentes de sentido las legítimas simbólicas, máxime estando latentes métodos y prácticas hereditarias que las reducían a bien poco¹⁷⁹.

El espíritu foral catalán no cedería en su inclinación por la defensa de lo propio pero no obstante, con un marcada intención en la cooperación con el fin de alcanzar unas pautas comunes, describiendo la institución del *hereu* como autorreguladora y ecuánime en la medida que el padre asignaba recursos a unos hijos y a otros para que en la práctica, contribuyeran al desarrollo de la familia en la misma medida (primogénitos

¹⁷⁸ Tras estas aseveraciones, a su interlocutor no le quedó más que apostillar su ratificación –siendo más ratificación que el carácter de rectificación que se le quiso dar- arremetiéndolo contra el espíritu de libertad, considerándolo incluso excesivo para la legítima castellana en base a la nueva reforma legislativa: “Por otra parte, también habrá en esta Cámara reclamaciones enérgicas para defender la legislación castellana, cuyas modificaciones se cree que han pasado más allá de donde debieran, sacrificándola en aras de la legislación regional. ¿No habrá quien reclame contra la novedad introducida en la legítima castellana?”. Sus palabras resultaron indicativas de su posicionamiento respecto a la libertad: “Pero señores, no tanta libertad, no tanto alimento á estómagos mal preparados, que pueda producirles indigestiones” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 623-624, Sesión de 12 de junio de 1885, Núm. 171 (pp. 4977-4978 del Diario de Sesiones, Congreso)].

¹⁷⁹ Navarra entró en el debate al articulado por boca de Gamazo, que postuló que en la discusión del art. 5º: “...Yo declaro que por pura generosidad podemos haceros la concesión de que habrá alguna diferencia de principios entre Navarra y el resto de España..., porque en la libertad de testar de Navarra hay ciertas limitaciones..., Pero digo que desde el momento que nosotros sacrificamos el derecho tradicional de 40 provincias de España...,y que no hay provincia ninguna en que la libertad de testar sea absoluta..., porque en unas partes la legítima es de la cuarta parte, en otras la facultad de testar tiene la acción suplementaria de la legítima, en algunas la facultad de testar no se puede ejercitar fuera del círculo de la familia, en otras partes,... es claro que principios no nos separan accidentes, nos separan condiciones, nos separan circunstancias. Esto en cuanto a la libertad de testar.”. Lo cual, en ocasiones, mostraría lo complicado del concierto entre ordenamientos: “Una de las armonías que conservaremos será,... la libertad absoluta de testar de los navarros, y aquella ley romana de la preterición, en virtud de la cual la querrela de inoficioso invalida el testamento. Y yo os digo si no es verdaderamente digno de risa el que al propio tiempo que afirmamos la libertad de testar otorguemos la rescisión del testamento porque al hijo se le hayan dejado de pagar los célebres cinco sueldos que nada significan. ¿Y lo de la desheredación, al lado de las legítimas imaginarias de las provincias de Aragón y Navarra? ¿Me queréis decir qué fin trascendental y filosófico tiene una constitución consagrada á conservar las legítimas allí donde esas legítimas no existen ó son irrisorias?” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 663 y 664, Sesión de 16 de junio de 1885, Núm. 174 (pp. 5082 y 5083 del Diario de Sesiones, Congreso)].



y segundogénitos), muy contrariamente a lo que a priori pudiera parecer y en contra de las opiniones de otros miembros de la Cámara¹⁸⁰.

Las declaraciones en favor de la libertad civil, se dirigieron a la reseña del padre “fortificador”, al distribuir su fortuna entre sus hijos, dado que al igual que el primogénito catalán, el hijo menos beneficiado podía recibir compensaciones que supusieran el justo contrapeso a la decisión inicial del padre en la distribución de cuotas hereditarias.

El hecho de desigualar en las cuotas también era generalmente aceptado en la testamentifacción aragonesa, aunque cabría reconocer sus puntos flacos al entrañar la posibilidad de entregar bienes a personas extrañas a la familia. Sin embargo la libertad de testar debía ser necesaria pese al “mal encaminado” sistema aragonés, basado en la libertad circunscrita al estricto ámbito familiar, que igualaba a hermanos, incluso en una esfera en la que se entendía reinante la vinculación de bienes. En la otra cara de la moneda, esta libertad endogámica susceptible de desigualar a los hijos, servía para evitar la atomización de la propiedad en favor de los hijos menos favorecidos; por eso,

¹⁸⁰ Durán y Bas reiteró su espíritu foral, al igual que en el momento de redactar su Memoria para la Comisión General de Codificación y al defender su voto referenciando de nuevo la codificación: “Y finalmente, en el orden sucesorio, en la cuestión fundamental, ó sea la libertad de testar, cuestión que ocupa en el terreno social y en el terreno científico á las Naciones extranjeras;... y sobre la cual autoridades respetables se han pronunciado en sentido favorable á la libertad, como otros se han pronunciado en sentido contrario, ¿nos hemos entregado, por ventura á extensos y luminosos debates? Pues si la ciencia se encuentra en ese estado entre nosotros,... ¿no es esta una razón bastante poderosa para justificar que no ha llegado el momento de acometer la obra de la codificación...?...” Seguiría aludiendo a la libertad, justificando que no era regla general el hecho de que el primogénito guardara siempre el privilegio a la herencia, sosteniendo que “...la institución del primogénito, que ordinariamente es heredero, pero que no lo es por derecho, porque muchas veces, cuando es incapaz por su aptitud ó poco digno por su comportamiento, se da la herencia al que mejor puede gobernar la casa; aquel régimen de bienes en el cual al primer hijo varón que nace se le asocia á la obra del padre para administrar y mejorar la obra de la familia, demuestra que aquella legislación por medio de la cual se conserva la familia en casa del padre...que aquella legislación... influye para que la familia se desenvuelva en medio de una infinidad de condiciones y de afecciones que dan por resultado proteger á los unos, impulsar á los otros y establecer la armonía entre todos los individuos de la familia”. Puso de manifiesto que incluso los segundogénitos con este sistema legitimario podían alcanzar un mayor papel que el designado como *hereu*, entregado al mantenimiento de la casa y que veía limitadas sus aportaciones a la familia, en comparación con otros herederos. Y siguió: “Por esto, cuando se habla de la legítima catalana, cuando se la censura creyéndola diminuta, se olvida que antes,... de que el segundo-génito perciba esa legítima, el padre ha empleado en su favor un caudal pecuniario muy crecido, además del de consejos y de sacrificios para tener educación superior á la del primogénito, que vale muchas veces más que la parte cuotativa de su patrimonio...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 683 y 688, Sesión de 18 de junio de 1885, Núm. 176 (pp. 5175 y 5180 del Diario de Sesiones, Congreso)].



este sistema debía existir por su generosidad y por estar impregnado por el valor de la libertad, además de para evitar juicios gravosos para la economía de los padres¹⁸¹.

¹⁸¹ Gil Berges enarboló las bondades del derecho aragonés con su intervención en favor de la libertad civil, diciendo que este derecho debía constituir la base de la codificación.: “En Aragón no tenemos patria potestad legal, ó sea en el sentido de que existan peculios, y por consiguiente bienes que siendo de los hijos, pertenezcan como dominio ó como disfrute en rigor de derecho al padre: en cambio tenemos al padre árbitro dispensador de su fortuna al distribuirla entre sus hijos...Al trastornar cualquiera de estos factores, se trastorna por completo la economía, el conjunto de aquellas disposiciones forales. ¿Sabéis por qué es soportable la autoridad del padre al distribuir desigualmente si quiere, porque ha de ser acto de su voluntad, los bienes entre sus hijos? Pues es porque el hijo perjudicado tiene compensaciones, porque puede poseer bienes independientemente de los de su padre, porque puede adquirir desde que nace, si alguien le nombra heredero ó le deja legados, sin que el padre administre, y sí la persona designada por el testador ó el mandante...”. Debido a las ventajas de este sistema “...ménos todavía se allanaría la generalidad de los aragoneses á que, en materia de testamentifacción y de sucesión intestada, se variase el fondo de los órdenes de ésta, y la holgura y latitud en que aquella se mueve y gira, según unos y otros resultan de la combinación de los Fueros...”. Siguió el discurso sobre Aragón y sus puntos débiles: “...la institución, cuando se trata del testamento de ascendientes; la libertad de las legítimas de los descendientes; la cuantía de ellas, y la de la porción que está facultado para dejar á extraños el padre que tiene hijos, puntos que han dado margen á que los juriscultos y los tribunales extremen inconsideradamente las deducciones. Aquello de los diez sueldos jaqueses, la mitad por muebles, la mitad por sitios, inventado, extendido y propagado por la rutina de nuestros rábulas, ha adquirido ya carta de naturaleza y consistencia de verdad jurídica, y difícilmente hallaría hoy remedio contra la última voluntad de un padre el hijo á quien se asigna tan burlesca legítima, con tal que sea hermano suyo el que reciba la masa total de la herencia. ¡Si hasta hemos visto defender..., el absolutismo de la testamentifacción, preteriendo a la prole... con ese farisáico señalamiento...!... Y en lo tocante á la disposición en favor de extraños, parece haberse restringido al quinto de los bienes, según acontece por la legislación común. ¿Quién no aplaudiría con entusiasmo que se entrase decidida y abiertamente en vías de metodización en todas estas materias?. Y por lo semejante, puntos hay en nuestro derecho civil que piden un verdadero expurgo, y hasta total eliminación, porque basados en una organización diferente de la nuestra, si tuvieran razón de ser en la Edad Media, pugnan hoy con la igualdad de todos los ciudadanos”. Algunas cosas podrían variar en algo pues: “las cosas no pueden ni deben continuar así...tienen solución franca y llana dentro de la constitución política del Estado español...”. Continuando en el uso de la palabra, sin embargo sostuvo que “...soy partidario decidido de la libertad absoluta de testar..., Y tengo esa convicción tan arraigada, que predispuesto mi ánimo a rectificar, no he podido obtener todavía respuesta categórica á una pregunta que he dirigido á los partidarios de las legítimas y á los de cualquiera otra cortapisa en la libertad dispositiva de bienes por testamento... desde el momento en que se admite la desheredación,... se reconoce sustancialmente la libertad de testar [sic]... Empero...; se trata de la conservación del derecho aragonés en punto á sucesiones. La legislación de Castilla está fundada en las legítimas; la nuestra es un término medio entre ese sistema y la libertad absoluta, que yo hubiera celebrado que la Comisión y el Gobierno adoptaran como temperamento de avenencia. Sí; el derecho aragonés, en cuanto á testamentifacción, se basa en la libertad, pero circunscrita á los descendientes: el padre puede disponer libremente de los bienes entre sus hijos, distribuyéndolos con desigualdad si quiere, sin obligación de dar á cada uno de ellos una porción determinada de sus bienes.”. Esto hacía pensar que, “Hay quien cree que en virtud de esta libertad de testar dentro de la familia se han implantado en la región aragonesa y perpetuado determinadas instituciones, y sucede cabalmente todo lo contrario. Parecía, con efecto, tender á la conservación de las casas poderosas, y no ha conservado por sí ninguna, porque la libertad de testar no es la vinculación. Prueba de ello, que abolidos los mayorazgos en toda España, en Aragón los padres poderosos, como regla general, porque quieren, distribuyen con igualdad los bienes entre sus hijos, y apenas si establecen entre ellos alguna diferencia. ¿Para quién ha aprovechado pues, la libertad de nombrar heredero? Pues ha servido para los aragoneses de escasa fortuna...que si se vieran forzados á distribuir su casa y sus terruños con igualdad entre sus hijos, verían desaparecer instantáneamente lo que allí se llama el patrimonio, convirtiéndolo, con daño propio y del Estado, en átomos y moléculas... Ya veis, Sres. Diputados, si es digna de que subsista una institución que tiende al mantenimiento de miserables viviendas y de exiguas fortunas, que son algo para una persona y que son nada distribuidas entre varias...”. Del mismo modo, exhortó a la Comisión a formar el código en un “altísimo espíritu de concordia” y en el “concepto de libertad que palpita en algunas legislaciones regionales, como la aragonesa...Este sistema de suceder en Aragón, lleva también una ventaja..., En



Así, cambiaba el sentido de algunos discursos, que de aparente autodestrucción viraban súbitamente a la descripción de un ejemplar sistema legitimario aragonés.

Esta exposición otorgó a Conde y Luque la oportunidad para replicar las razones de Gil Berges, tachando este sistema aragonés, de absolutista¹⁸². Su oponente, en una enconada disputa, reputó este sistema de claramente injusto, lo que provocó la reacción de Gil Berges, encontrándose en un álgido punto de desencuentro con el miembro de la Comisión del Senado, al defender y dignificar al padre aragonés en su sensatez y honestidad, traducida en una mayor espontaneidad de sus decisiones al convertirse en testadores, cuyo recto sentido al distribuir sus bienes, le confería aún más si cabe, un mayor grado de legítima soberanía¹⁸³. Dichos argumentos no convencieron a Conde y Luque, para quien la libertad total, imperiosamente conducía a la perversión en el reparto de bienes¹⁸⁴.

Aragón no se conocen las particiones ni se conocen las testamentarias..., porque al amparo de la facultad de distribuir la herencia entre los hijos, y libres de colaciones, previenen los padres las contingencias de esos juicios costosísimos, que son la ruina de muchas familias en Castilla por los dispendios en dinero y por los derroches de paciencia que llevan consigo hasta que se ve la terminación, si es que la tienen alguna vez” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 709-719, Sesiones de 18 y 19 de junio de 1885, Núm. 176 y 177 (pp. 5202, 5204, 5215, 5216 y 5218 del Diario de Sesiones, Congreso)].

¹⁸² CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 721-723, Sesión de 19 de junio de 1885, Núm. 177 (pp. 5220-5222 del Diario de Sesiones, Congreso). Como representante de la Comisión, en la p. 721 contestó a Gil Berges que “...el principio de libertad es el que... establece la Comisión”. El mismo afirmó que “...no he de negar que sea una ventaja para los aragoneses el principio de la libertad de testar bajo el punto de vista práctico., porque el Sr. Gil Berges ha declarado que no hay pleitos por razón de testamentarias en Aragón. ¿Cómo ha de haberlos? ¿...cuando esa propiedad no existe?...Nada más sencillo, llevando el absolutismo á la familia... [Y siguió]: ...es harto ofensivo á la espiritualidad del derecho..., el que la razón de la economía y la conservación de una paz más ó menos sincera se crean bastante para destruir el principio de justicia, según el cual los hijos, por iguales partes, tienen derecho al goce de la herencia paterna.”

¹⁸³ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 725, Sesión de 19 de junio de 1885, Núm. 177 (p. 5224 del Diario de Sesiones, Congreso). En una discusión que parecía no finalizar, respondió que “...lo único que desean todos los aragoneses, es que no se imponga el uso del derecho de Castilla, porque al amparo de la libertad lo usarán donde real y verdaderamente deban usarlo. Donde el derecho exclusivamente aragonés existe con toda integridad es donde por fuerza tiene que existir, que es en las montañas; pero en las ciudades... es raro que el padre que distribuye con desigualdad sus bienes entre sus hijos; lo hace en uso de su libertad absoluta, y lo que no quiere es hacerlo porque así se lo imponga la ley.”. Y siguió manifestando, que contrariamente a la opinión de Conde y Luque, en Aragón existía propiedad “más robusta, más libre y más independiente que en Castilla... El escaso número de pleitos se debe á que los aragoneses llevan en el bolsillo el pacto... y á la libertad que los padres tienen de distribuir los bienes entre sus hijos..., la propiedad existe poco más ó ménos lo mismo que en las demás regiones de España, pero más libre y más individual que en Castilla.”

¹⁸⁴ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 727, Sesión de 19 de junio de 1885, Núm. 177 (p. 5226 del Diario de Sesiones, Congreso). Volvió a replicar: “...El padre en Aragón no sigue la ley, porque el buen sentido...hace que jamás use un padre de la absoluta y extraordinaria, pocas veces justificada libertad de testar. ¿Y por qué? Un padre tiene cinco ó seis hijos, y el derecho aragonés le autoriza para dejarle toda su fortuna á uno; no es preciso que sea el mayor, como las legislaciones antiguas determinaban, sino uno de ellos... quizá... el ménos digno...y los demás se quedan en la miseria...esta es la propiedad familiar; porque el padre no puede salir de los linderos de la familia, como en Navarra, en donde puede nombrar heredero á un desconocido, y ni siquiera tiene, como sucede en Castilla, el quinto



En el debate acerca del dictamen sobre el Código Civil, se volvió a centrar la discusión en la comparación entre Cataluña y Castilla, considerando con su ejemplo arbitrario y poco razonable, el criticado sistema castellano. Aquellos sistemas en los cuales el padre era legislador, fortificados en su autoridad paterna, resultarían sistemas óptimos y preferibles¹⁸⁵.

Ante esto, seguían existiendo las opiniones de que la legítima catalana no abarcaba con suficiente capacidad y eficiencia su beneficio para un número elevado de vástagos. Tanto era así, que se disgregaba excesivamente y esa gran libertad existente en Cataluña, no tenía sino otro efecto que empequeñecer a unos hijos frente a otros¹⁸⁶.

Un punto de encuentro alternativo podría consistir en tomar lo mejor de cada región. Las legislaciones navarra y aragonesa se consideraron capacitadas para iniciar este camino compartido, por eso, en virtud de sus características, no se cesó en el empeño de hacer a los padres depositarios de esa confianza, de esa facultad decisoria y mejor sentido de la imparcialidad y rectitud, en el que en Castilla ni siquiera se

de libre disposición para hacer un favor á un extraño, ó para dar algo más al hijo que lo merezca. Tiene, sí...[que] puede dar á sus hijos lo que quiera darles...Buena legítima,..., dice esa legislación que tienen los hijos legítima, pero esta consiste en 2 pesetas 80 céntimos, ó sea los 10 sueldos jaqueses. Esa es la legítima de los hijos, la parte que de derecho tienen en la herencia ó en la fortuna del padre”.

¹⁸⁵ Maluquer comparó situaciones entre la situación hereditaria de Castilla y Cataluña, argumentando, con cita de Bofarull, la facilidad en el sistema catalán para la superación de situaciones injustas entre hijos llamados al caudal del padre:

- Cataluña: “...movido de paternas sentimientos, y facultado para disponer libremente de las tres cuartas partes de sus bienes, hizo la distribución más acertada, la más perfecta, como ajustada á la desigualdad de las circunstancias del padre respecto de los hijos y de los hermanos entre sí...”.

- Castilla: “...el testador pasa por el sufrimiento de aceptar la distribución que la ley hace casi por igual entre los hijos, aun siendo la mayor de las injusticias. Y entonces, ni tiene otro recurso para disponer de su caudal... que burlar el precepto legal vendiendo sus bienes...”.

“Por consiguiente, los Sres. Senadores ven perfectamente la diferencia que hay entre la legislación de Castilla y la legislación de Cataluña. En la catalana el padre es legislador; si ve que un hijo no se ha portado bien, el padre le castiga privándole de la herencia; y por el contrario, si necesita de su apoyo, se lo da; porque en Cataluña..., el padre es legislador y en Castilla no lo es” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., pp. 1154-1155, Sesión de 9 de febrero de 1889, Núm. 41 (pp. 610 y 611 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁸⁶ Hernández de la Rúa, en representación de la Comisión: “Refiriéndose a las legítimas, y entrando...en el examen del articulado del Código Civil, que no se puede examinar, para que no volvamos otra vez a la discusión académica del Código, decía el Sr. Maluquer que la legítima en Cataluña es la cuarta parte del haber del padre. Pero ¿es acaso esa cuarta parte por alguna constitución catalana la que corresponde como legítima á cada uno de los hijos del matrimonio, sean los que fuesen?. No, esa cuarta parte no es para cada uno de los hijos; esa cuarta parte era para todos. Yo creo que esto no tiene procedencia verdaderamente catalana, sino que nace de otro derecho que no era propio del principado de Cataluña...Su Señoría quiere significar...que á los catalanes se les dan menos derechos que se dan á un extranjero... No, Sr. Maluquer, son catalanes y conservan sus derechos como catalanes.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1159, Sesión de 9 de febrero de 1889, Núm. 41 (p. 615 del Diario de Sesiones, Senado)].



alcanzaba a soñar, debido a que el estatus orgánico de su legislación hereditaria no lo permitía¹⁸⁷.

Igualmente en la legislación navarra¹⁸⁸, se equiparó el concepto de derecho natural a libertad testamentaria. Esta legítima, compartía con la legítima aragonesa su fundamento en la libertad y en el amor de padres a hijos: el amor permitía que la libertad fuera lo suficientemente ecuánime para sancionar la institución legitimaria¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Fiel a la tendencia y carácter expresados en su obra, Silvela consideró las referencias a la unidad de la legislación en la codificación, expresando que “Así nosotros, tomábamos de la legislación navarra y de la legislación aragonesa la libertad de testar...Yo, señores, declaro humildemente que antes de empezar á escribir aquella Memoria desconocía casi por completo las legislaciones forales [se refirió a la Memoria que redactó conjuntamente con Moret]; pero después de escrita, y habiendo estudiado aquellas legislaciones, quedé enamorado de la navarra y de la aragonesa, y en este amor continúo. Entiendo que estas legislaciones son superiores en su concepto fundamental a la legislación castellana, y que nada puede presentarse tan grande como esa libertad de testar, que da tanta importancia á los padres, que los aragoneses pudieron escribir perfectamente en sus Observancias, que ellos no conocían la patria potestad...Aquellas facultades concedidas á los padres por las leyes romanas, son completamente innecesarias desde el momento en que el padre se sienta en un trono tan alto que se hace respetar sin necesidad de la patria potestad, entendida como la entendían los romanos”. Siguió a continuación en el debate pendiente sobre el dictamen relativo al Código Civil, en la que “la libertad de testar, que parece que en Castilla no podía establecerse, la resolvía también, y aquí ha venido á resolverse mediante esta disposición que permite al padre disponer de gran parte de una masa importante de sus bienes en favor del hijo que ha de ser legislador, vinculándolos en cierto modo en él mientras viva y represente los mismos pensamientos que su padre” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., pp. 1170 y 1181, Sesiones de 13 y 14 de febrero de 1889, Núm. 44 y 45 (pp. 689 y 703 del Diario de Sesiones, Senado)]. En síntesis, recondujo su exposición a la evitación de la atomización de la propiedad en las grandes heredades, evitando el sistema de libertad de testar como adecuado, que permitía distribuir al padre la herencia, evitando una disgregación y división excesiva del caudal, que pasaría a manos de los hijos; al igual que sostuvieron Gil Berges y Montenegro.

¹⁸⁸ Escudero razonó que “Porque el fuero de Navarra, Sres. Senadores, señala legítimas. ¿Y saben los Sres. Senadores cómo se han entendido estas legítimas en Navarra hace más de seis siglos? Pues dejándoles el derecho de ciudadanos navarros á los navarros; es decir, con una fórmula vulgar..., esto es, *sendas robadas de tierra en los montes comunes* [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1188, Sesión de 14 de febrero de 1889, Núm. 45 (p. 711 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁸⁹ El Conde de Monte-Negrón, en su calidad de aragonés expuso algunas consideraciones respecto a la legislación foral aragonesa: “...el espíritu que informa nuestra jurisprudencia está basado en dos grandes y nobles principios: el amor de los padres á los hijos y la libertad; arranca el primero del más hermoso sentimiento de la naturaleza; es el segundo, el espíritu que informa la moderna civilización; por eso en Aragón no se conoce casi la legítima. Reducida ésta a cinco sueldos por bienes sitios y á otros cinco por muebles..., queda, por consiguiente, el padre casi en completa libertad de testar para disponer de sus bienes, premiando el amor y respeto filial de la manera que lo cree conveniente al bien de la familia y bienestar de ésta..., De estos lazos íntimos del amor paternal y filial con el hermoso principio de la casi libertad de testar, nace que apenas haya pleitos civiles en Aragón.”. A priori, en nuestra opinión, no parecería que pudiera ofrecerse este argumento como apropiado para aferrarse a la defensa de esta legítima aragonesa, debido a que, como argumento, sería común denominador esta conducta de los padres, habitual y general en el papel que naturalmente les correspondiera. No se podría decir entonces, que los padres aragoneses tuvieran unas especiales cualidades que les convirtiera en dignos repartidores del caudal hereditario, por encima de los padres de otras regiones forales y castellanas. No obstante, siguió manifestando que: “¡qué bien entendieron los legisladores de Aragón la armonía del derecho natural con de la libertad! ¡Qué bien comprenden los hijos de aquel país el amor en la familia entre padres e hijos! En el hermoso hogar de la familia aragonesa, la madre derrama en sus tiernos hijos todos los tesoros de su virtud; el padre, con sus consejos después, los hace honrados, valerosos, fuertes y sufridos, con amor á la Patria y al trabajo.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1190, Sesión de 14 de febrero de 1889, Núm. 45 (p. 713 del Diario de Sesiones, Senado)].



Por otra parte, el pretendido acercamiento entre legislaciones no estuvo exenta de fricciones, de modo que fueron constantes las recriminaciones cruzadas en ciertos turnos de palabra parlamentarios¹⁹⁰, donde la aproximación a una legislación debía alcanzarse ofreciendo concesiones -o al menos, pretendiéndolas- que no siempre fueron correspondidas.

El hecho postulado¹⁹¹ de que Cataluña soportara unos resultados y consecuencias nada positivos¹⁹² no significaba que debiera renunciarse a la libertad de testar¹⁹³, siendo por este motivo que se hacía necesaria la libertad política, administrativa y jurídica que, no obstante los matices aludidos en la institución del *hereu*, afloraba en Cataluña, y cuyos efectos negativos se desvanecían progresivamente¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Romero y Girón, en el cruce de interpelaciones con Durán y Bas, arrojó sus reproches, basados en la inexistencia de reciprocidad en sus concesiones, reproches motivados fundamentalmente en la cesión de libertad por parte de Castilla, reduciendo a un tercio su parte de libre disposición, frente al desdén por parte de Cataluña de mantener sólo el cuarto catalán. Contestando a los comentarios de Durán y Bas en los que el mismo Durán y Bas sostuvo que la porción catalana conservaba la familia de mejor modo, dado que eran capaces de asignar toda la herencia a un hijo con el pago del metálico al resto. En la idea del primero se encontraba la perfecta sustitución del cuarto catalán por el tercio castellano, con idéntica finalidad y apropiado al contexto de unificación legislativa y de acercamiento entre legislaciones que embebió la totalidad de los debates parlamentarios. El coraje con el que defendió el principio general armonizador fue directamente proporcional a los repetidos ataques contra el Senador y miembro de la Comisión del Senado, Durán y Bas, al que recriminó que el entendimiento por parte de los representantes del sector catalán venía representada por que, Castilla se aviniera al derecho de Cataluña: “Si el Sr. Durán y Bas hubiera repasado con un poco más cuidado el Código, hubiera visto como esta facultad del padre en Cataluña, aquí también existe, porque hay un artículo que dice que puede establecer los modos y maneras de hacer su testamentaria, y la distribución que debe darse á sus bienes, y vería también cómo nosotros, sin que hayamos obtenido correspondencia todavía, en la cuestión de la libertad de testar hemos ido más allá, á mi juicio, y hemos cedido mucho, sin que el *do ut des* se haya verificado, porque hasta ahora nosotros hemos dado, pero no hemos recibido, ni, por lo que veo, se disponen á que recibamos. Nosotros hemos ido casi a la misma situación que tiene la legislación catalana: ¿el cuarto como legítima allí para los hijos? Pues el tercio aquí para los hijos. Hemos dado esas facultades al padre para que él mismo haga la distribución de los bienes en la forma y manera que tenga por conveniente. ¿Es esto un defecto de nuestro Código? Y sobre todo, ¿habíamos de atender á las tradiciones de Cataluña o á las nuestras? ¿Es este el criterio armonizador? ¡Ya lo voy viendo! El Código de Castilla ha de ser armonizador en tanto en cuanto se avenga al derecho de Cataluña; á eso llama armonía el Sr. Durán y Bas. No; la armonía está en la transacción, está en la reducción de ciertas pretensiones y en la conciliación de los intereses.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1345, Sesión de 26 de febrero de 1889, Núm. 55 (p. 933 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁹¹ Por Landecho.

¹⁹² Entendidos estos como económicos, de justicia, no cohesionadores de la familia y encaminadores hacia mayorazgos y vinculaciones.

¹⁹³ En contra de las afirmaciones de Martínez del Campo.

¹⁹⁴ Landecho planteó una nueva enmienda, por entender que la Comisión no ajustaba el Código al art. 5 de la Ley de bases: “Preciso es tener en cuenta que en Cataluña existen instituciones respetables, esenciales, que no pueden ni deben desaparecer...la libertad de testar...son y se basan en el principio de la libertad, que afectan de una manera radicalísima al derecho tradicional, que no es posible alterar sin gravísimos inconvenientes. No desconozco...que la institución exclusiva del *hereu* puede,... producir tristes efectos, resultados deplorables contra todo principio económico, contra todo principio de justicia, contra los sentimientos de la familia, con tendencias á aquellos inconvenientes de leyes antiguas



Por una parte, los territorios forales mantenían su tendencia e ideología; por otra, la legítima castellana se mantenía por ministerio de la ley y parecía que ambas regulaciones se atrincheraban en cada bando, enarbolando banderas de diferente signo y sin predisposición a claudicar en algunos de sus planteamientos¹⁹⁵.

A la vista de lo expuesto, podemos constatar que, la propuesta transaccional de Augusto Comas a la Comisión General de Codificación en la Base 15ª del Código Civil se manifestó como un progreso que mostraba la huida de un sistema anterior, casi hermético, hacia una tendencia mejor relacionada con el aperturismo legitimario. No obstante, el cambio en dicha tendencia se reveló como una necesidad de acceder al cambio dentro del propio derecho castellano, habida cuenta de sus estrictos límites, heredados, prácticamente, de las Partidas; pero sin denotar intención alguna de superar

vinculadoras de mayorazgos y de señoríos, cuya extensión decretaron inmortales legisladores con aplauso de la Patria. Pero no por los inconvenientes que pueda ofrecer, inconvenientes que por fortuna van desapareciendo en Cataluña respecto de la exclusiva institución del heredero, podemos ni debemos renunciar á la libertad de testar...”. Volvería a pronunciarse en intervención posterior contra las afirmaciones de Martínez del Campo: “En contra del establecimiento de las legítimas se dice lo mismo que contra el fuero de troncalidad decía S.S.: el que no quiera dejar sus bienes á sus hijos, los realizará, los venderá, y el producto lo entregará al que bien le parezca. Tenemos, pues, que los argumentos que S.S. ha empleado en contra del principio de troncalidad, aplicados únicamente á las sucesiones, se los devuelvo yo en contra de la legítima que establece el Código Civil a favor de los herederos llamados forzosos. Su señoría verá si le conviene defender el principio de la legítima... Si cree que es conveniente sostener en el Código el principio de la legítima. Como S.S. discutía la conveniencia de conservar el derecho de troncalidad tan solo para las sucesiones..., yo vuelvo á S.S. ese argumento en este otro principio de la legítima de Castilla. Pero S.S. no quiere defender ahora el principio de las legítimas; y siendo así, ¿Por qué critica el principio de troncalidad?”. En una subsiguiente intervención posterior rectificó en el siguiente sentido : “... yo en todas las esferas del derecho y en todas sus manifestaciones, en el dilatado campo de la política y de la administración, como en el orden jurídico, mantengo el principio de la libertad; y consecuente con mis propias ideas, soy necesariamente partidario de la libertad de testar. Ayer decía que discrepaba de la opinión de ilustres jurisconsultos de mi país respecto de los efectos que pudiera producir la institución del *hereu*, como le llamaba S.S. esta tarde; porque, claro está, sostengo los principios suponiendo que han de dar sus consecuencias naturales y legítimas; pero no puedo ni debo divorciarme de ellos, si costumbres, hijas, en mi concepto, de las preocupaciones, ofrecen en la práctica y transitoriamente resultados algunas veces refractarios a mi manera de pensar y á mi modo de sentir. Por eso lamentaba los efectos de la libertad de testar con la exclusiva institución del *hereu*, por suponerlos contrarios á todo principio económico, á todo principio de justicia y á todo sentimiento de familia; pero ya, por fortuna, aquellos efectos que deploro van desapareciendo de mi país, y la libertad de testar en Cataluña va ya dando otros resultados, separándose de aquellas tendencias á reproducir los inconvenientes que...ofrecían las antiguas leyes vinculadoras de señoríos y mayorazgos...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., pp. 1487, 1506 y 1510, Sesiones de 18 y 19 de marzo de 1889, Núm. 72 y 73 (pp. 1940, 1963 y 1967 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁹⁵ Vilaseca entendió que ninguna modificación aportaba al derecho foral: “La legítima se debe por ministerio de la ley, y se debe con independencia absoluta de la voluntad del hombre... Pues si la legítima no puede comprenderse entre los derechos ni entre los deberes de familia, si no se refiere al estado, condición ni capacidad de nadie, y no constituye sucesión testada ni intestada, tenemos que respecto de la legítima nada ha venido á legislar el art. 15 del Código, y ninguna modificación traerá éste al derecho foral, aunque el art. 15 quede como está...”. En su intervención estuvo presente la cuestión de la evidencia numérica que acreditaba, según el mencionado ponente, lo problemático de la institución, representada por el número de pleitos de los que trajo causa [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1625, Sesión de 2 de abril de 1889, Núm. 84 (p. 2260 del Diario de Sesiones, Senado)].



este primer destino, y en consecuencia, mostrando cierta aversión por avanzar un grado más en su evolución, acercándose de este modo a la regulación legitimaria de cualquier derecho foral, mucho más permisivos en cuanto a la libertad de testar que lo que la nueva propuesta codificadora dejaba entrever.

1.6.5 Algunas estadísticas esgrimidas en sede parlamentaria sobre la conveniencia de la reserva forzosa

Las discusiones enraizadas en el debate parlamentario se alternaron con alegaciones de carácter más empírico, entre las que se incluían datos procedentes de registros y censos, fundamentalmente, basadas en litigios relacionados con la cuota legitimaria¹⁹⁶, lo cual se combatió alegando la inexactitud de la fuente por una parte, y en la desviación en la interpretación del ponente que las proponía, por otra¹⁹⁷.

Atendiendo a la incoación de procedimientos civiles y de su número total resultante se podía deducir sobre la base real y práctica, si realmente un sistema tenía la efectividad que se pretendía defender en un territorio o en otro. En unos casos, dicha técnica fue empleada para apoyar al sistema legitimario castellano¹⁹⁸ y en otros casos,

¹⁹⁶ Maluquer, contestando a Ulloa, y refiriéndose al guarismo acerca del número de pleitos sobre legítima en el intervalo de 1856 a 1880 defendió la falta de motivos para tachar a la legítima de conflictiva: “¿dónde están esas innumerables sentencias contradictorias á que dieron lugar las legítimas en Cataluña y que ha afirmado el Sr, Ulloa que existen en tan gran número?” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 69, Sesión de 21 de febrero de 1885, Núm. 68 (p. 1293 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁹⁷ Respondiendo al envite de Vilaseca, el Marqués de Seoane, le retó a la aportación de datos sobre disputas en materia de legítimas, evidenciando la dificultad, en la medida, que dichas disputas fueron inexistentes: “si hay alguna institución más arraigada, más introducida en España desde que la Nación española es tal nación..., son estos derechos respectivos de los padres y de los hijos, que se han conservado en medio de las mayores vicisitudes..., las legítimas, han subsistido siempre.” Aseguró que el hecho de que no existiera reclamación alguna contra las legítimas era identificativo de que tal problema no existía: ¿cómo había de traerlas, [se refiere a las reclamaciones] si no había ninguna... De manera que, bajo este punto de vista no se ha dejado llevar la comisión del método científico vigente, esto es, del método experimental; porque es preciso si existe el mal para poner el remedio, mucho más cuando se trata de instituciones que forman la vida social, que todos saben, que todos esperan y confían en ellas...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.96, Sesión de 25 de febrero de 1885, Núm. 71 (p. 1360 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁹⁸, Romero Girón intentó demostrar con cifras, argumentando que en la época, eran muchísimo más numerosos los procesos en Cataluña que en Castilla. Como Senador, en su defensa al régimen castellano y frente a lo afirmado por Durán y Bas, esgrimió que “El régimen de Castilla, con la división de la propiedad, con la pulverización de la propiedad...¿no mantiene la unidad de la familia?¿no mantiene el orden de la familia? ¿no mantiene la paz de la familia? El régimen de una libertad, á mi entender desapoderada para testar, ¿consagra todos los fines, que es lo que se puede demostrar? Puede demostrarse el fenómeno puramente negativo de que las relaciones de las familias se suceden sin más conocimiento público que el hecho de que se continúan unas en otras mediante el régimen civil, ó se demuestra por el número y condición de los conflictos que en las relaciones sociales reguladas por el Código civil tienen su solución en los tribunales. ¿Por qué? Por lo uno ó por lo otro. Pues para la experiencia del legislador no



para conseguir el mismo resultado, pero concretando la referencia al sistema foral en cuestión, por cuanto hacía que dicho sistema seguido en el ordenamiento foral no se sugiriera como el más recomendable¹⁹⁹.

Al margen de la fiabilidad que pudiera proporcionar la estadística de la época y considerando más bien, las escasas veces que sirvieron a sus artífices, se podría señalar que los promotores de dichas causas, atendieron en mayor medida en sus exposiciones, a razonamientos con origen en criterios históricos o filosóficos, de marcado carácter iusnaturalista.

El fundamento racionalista, propio de la época codificadora -a la que por cierto, España ya había llegado tarde- sería una de las principales estrategias en las que basar cada una de las reflexiones, a las que se acompañarían con carácter accesorio las estadísticas mencionadas, en ocasiones con mayor o menor fortuna. Dichas estadísticas hubieran supuesto una herramienta pertinente para contribuir a tomar contacto con la realidad social y a aplicar la solución legislativa en caso de que hubiera sido necesario, siempre que se hubiera alcanzado un consenso sobre el cambio en este sentido²⁰⁰.

1.6.6 La pretendida unidad en la legislación

La unidad entre legislaciones resultó fundamental y se presentó como telón de fondo a lo largo de los dos lustros que duró el proceso codificador de nuestro cuerpo legislativo civil.

queda más que este resultado y este resultado pone muy alta la legislación de Castilla. ¿Queréis la prueba? Pues allá va la prueba...”. Y alcanzado el punto para hablar de las legítimas, refiriéndose al número de litigios existente en Barcelona, en comparación con los de Castilla significó que “Vamos ahora mismo con las legítimas, y solo a las legítimas. Legítima en Barcelona, 38 pleitos; en todas las demás provincias de España, 12 (Risas.- El Sr. Durán y Bas. Por la cuantía, no sobre el derecho.) ¿Quiere más S.S? ¿Y a mí que me importa la cuantía después de todo? ¿No venía en Sr. Durán y Bas hace poco convirtiéndose en apóstol de los trabajadores, de los servidores domésticos, etc., etc.? ¿Y para esto no había cuantía, y ahora, cuando se trata de ejecutar esta cuenta, la hay?” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 1328 y 1329, Sesión de 23 de febrero de 1889, Núm. 53 (pp. 888 y 889 del Diario de Sesiones, Senado)].

¹⁹⁹ Referenciando la legítima en el derecho foral catalán, Gutiérrez mantuvo el alto índice de conflictividad en materia de legítimas frente al resto de materias (comerciales, mercantiles...) propiciado por el hecho de favorecer a un hijo en detrimento de los demás: “Pues no suele ser así; la mayor parte de los pleitos tienen por objeto cuestiones de los fideicomisos, cuestiones de legítimas, cuestiones de heredamientos, cuestiones, en fin, que revelan que en el fondo de aquella sociedad el sistema de las legítimas pugna algo con los sentimientos de la naturaleza y de la razón.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 326, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p. 2164 del Diario de Sesiones, Senado)].

²⁰⁰ Un claro ejemplo lo tenemos en las estadísticas que en la actualidad se han formulado, basadas en encuestas a Notarios y Profesores de Derecho civil sobre la necesidad del cambio en la cuestión legitimaria, que por cierto, ninguna acción a escala parlamentaria nacional han conseguido promover.



Tal y como hemos comprobado, los representantes de las regiones forales esgrimieron sus argumentos en favor de sus ordenamientos. No obstante, tampoco faltaron miembros de las cámaras que mostraron su voluntad de acercamiento, siendo este principio de pretendido hermanamiento el que inundó los debates parlamentarios, representando su trama primordial y constante, ante la discusión de cualquier materia incluida en el Código, ya fuera en la forma de la discusión de sus bases, de su articulado, de las enmiendas formuladas por los distintos parlamentarios de enfrentado color político, o incluso en las valoraciones definitivas del Dictamen emitido por la Comisión del Senado, referente al proyecto de ley del Código Civil.

Se detectó por lo tanto en dichos debates la presencia de aforados dispuestos a transigir, a ceder, a sacrificar parcialmente intereses propios en pos del acercamiento, tal y como se manifestó en las Memorias aportadas por los representantes forales.

En algunas de las enmiendas a la Base 15^a, se mostró cierta aversión a la reforma de las legítimas, ensalzando la fuerza pacífica y conducta ejemplar por la que se decantaron la mayoría de provincias castellanas, acusando a las regiones forales de no haber transigido, al no renunciar a su derecho en materia legitimaria²⁰¹, tal vez, porque las provincias castellanas ya habían escalado a una mejor posición con el meritado cambio de legislación y ello alcanzado, no se sentían con la necesidad de combatir por más elevadas metas en materia legitimaria, de las que ya eran titulares las provincias forales.

Dicha postura podría considerarse fragmentaria, teniendo en cuenta la reseña referida a la necesaria fuerza moral de obligar de que toda ley debía estar dotada²⁰², so

²⁰¹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp.356-357, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (pp. 2207 y 2208 del Diario de Sesiones, Senado): Fuente Alcázar ya sostuvo que: “Pero señores..., yo he visto con pena que en la lucha que con motivo de la formación del Código se ha suscitado entre las distintas provincias de España en lo relativo á transigir ó no en sus diferencias, para formar un Código unánime, como es el interés de todos; yo, señores, he visto con pena de ciertas regiones de España, aunque pocas, se hayan opuesto de todas maneras á esa transacción, y hayan mantenido de una manera verdaderamente terca y persistente sus ideales, su legislación especial, no haciendo ni la más ligera concesión...En cambio las provincias castellanas, las demás provincias que no son regionales, todas las demás provincias en que rige la legislación de Castilla, que constituyen la inmensa mayoría de este país, han sido pacíficas, tranquilas, nada han dicho, nada han manifestado, han estado dispuestas a todo.”

²⁰² CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 357, Sesión de 12 de junio de 1885, Núm. 171 (p. 2208 del Diario de Sesiones, Congreso). Hablando Fuente Alcázar a la Comisión e instándola a no efectuar mayores modificaciones en la legislación de legítimas: “No toquéis, pues, señores de la Comisión, á las instituciones más trascendentales, que afectan tanto á la familia, porque os exponéis á consecuencias [sic] peligrosas. Tened presente que las leyes, para que sean dignas de verdaderos legisladores, deben llevar consigo la fuerza moral de obligar, esa fuerza que nace de su propia importancia, de su propio valer, de su propia virtud. Si eso no se tiene presente... nos exponemos á que el día de mañana, una reforma que no



pena de ser embajadora de serios conflictos; dado que, igualmente se podrían haber manifestado dichas colisiones al no respetarse los intereses de las regiones forales en la materia.

Se podría decir que la falta de unidad en la legislación civil fue el resultado, entre otras circunstancias, de un escaso entendimiento, provocado por el rechazo mutuo de ambas facciones jurídicas en los actos acometidos, que tan solo quedaron en meras tentativas de acercamiento²⁰³.

La falta de madurez de un código todavía no preparado para abordar cuestiones que merecían un tratamiento tan delicado como la libertad de testar, podría haber sido una de las causas de la falta de avenencia²⁰⁴. Sin embargo parte de los juristas, valoró positivamente aquellos logros alcanzados por el esfuerzo legislativo, considerando que los avances en la materia testamentaria, pese a no ser abundantes, se podían calificar de satisfactorios.

Como decimos, aunque los juicios positivos y optimistas, pudieran considerarse como una *rara avis*, en la medida que no ocuparon ni el pensamiento generalizado ni el predominante, los derechos forales habían tomado contacto directo con el derecho castellano y se apreció en algunos casos una voluntad de convergencia en lo tocante a la libertad de testar²⁰⁵. De hecho, la redacción de la Base 15ª se caracterizó por sus tintes

lleve consigo fuerza moral de obligar, primeramente será recibida con desdén, después con menosprecio, y por último, la opinión se opondrá á ella traduciendo sus actos de una manera acaso violenta”.

²⁰³ Los rechazos a la unidad de la legislación civil también estuvieron presentes, sobre todo acusando la falta de un espíritu de mayor entendimiento. Puigcerver en este caso, emitió su dictamen, rechazando la unidad de la legislación civil, sintiéndose contrariado debido a que, a su entender, debían modificarse las instituciones forales relacionadas con la legítima, pero debían aceptarse en Castilla tal y como fueron propuestas en la reforma, con espíritu de transacción. En su referencia a la unidad legislativa civil [en contra] destacó que: “...pues si hay puntos que deben modificarse en las legislaciones forales y hay puntos que deben aceptarse para Castilla, ¿por qué cuando venís á trasformar la legislación de Castilla en las legítimas y en otros puntos, no lo hacéis de tal manera que por medio de transacciones patrióticas, que no dudo se pueden realizar, que no creo difíciles, se llegue á la aspiración constante de que un mismo Código rija en toda la Monarquía?” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 630, Sesión de 12 de junio de 1885, Núm. 171 (p. 4984 del Diario de Sesiones, Congreso)].

²⁰⁴ El Marqués de Goicoerrotea resumió que no había sido posible la avenencia debido a lo prematuro de la codificación, habiendo conseguido únicamente un avance parcial hacia la libertad de testar. Con referencia a la discusión del art. 6º: “... y al criterio de la mayoría ha subordinado [refiriéndose a él mismo] á su vez opiniones...como la de que es prematura la codificación civil, aun para las provincias que se rigen por la legislación de Castilla, cediendo al hecho indudable de que las mismas no la repugnen; y como la de que es conveniente introducir la libertad de testar en las provincias que hoy no la admiten, resignándose á un sistema que solo es un paso... hacia su implantación. Pero hecho este sacrificio de opinión...la avenencia no ha sido posible.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 670, Sesión de 16 de junio de 1885, Núm. 174 (p. 5090 del Diario de Sesiones, Congreso)].

²⁰⁵ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1714, Sesión de 11 de abril de 1889, Núm. 92 (p. 2453 del Diario de Sesiones, Congreso): En boca de Gamazo: “El Sr. Azcárate...olvidaba cuál es el derecho



de diálogo entre representantes de todas las tendencias²⁰⁶, aunque en opinión de algunos foralistas de la época, la entente jurídica, quedaba lejos de una consecución real.

1.6.7 El punto de vista del Ministro Alonso Martínez

El gran artífice del Código Civil, Manuel Alonso Martínez, hizo de su intervención en el Congreso y de su emisión del dictamen relativo a legítimas un referente digno de destacar²⁰⁷. La idea fundamental pivotó en torno a sus fórmulas de

actual; porque podrá ser el ideal de S.S. una... absoluta libertad de testamentifacción; pero á ese ideal no hemos llegado todavía, y yo por mi parte, sentiría que se llegara. Lo que hay es, que entre el estado presente y aquel á que nos conducirá el Código, lejos de haber retroceso, hay, por el contrario, un extraordinario progreso...Pues bien, es verdad que este principio se mantiene, como no podía menos de mantenerse; pero como se ha ensanchado la libertad de testar y se han restringido las legítimas, resulta injustificado el cargo del Sr. Azcárate, y demostrado, por el contrario, que el Código, aun dentro del criterio que S.S. quería que le informase, ha realizado parte de los ideales de los que profesan la doctrina de la libertad de testar, y ha contribuido por este camino, como por otros varios, á la fraternidad de las legislaciones, que tan separadas y tan distantes han estado en distintas provincias de España.”

²⁰⁶ Gil Berges aplaudió el avance realizado y Gamazo, con cita de Azcárate, parafraseó que el Código aún no había alcanzado la total libertad en materia de legítimas, a lo cual se mostró agradecido. Sus conclusiones, no obstante, se suavizaron en la descripción de una almibarada camaradería entre legislaciones en base a la que se confería un mayor juego a la libertad de testar con la consiguiente reducción de las cuotas legitimarias. Tomó la palabra para alusiones personales: “No he de ocultaros que en sus líneas generales, en su contenido y espíritu, se hallan cosas dignas de mi más sincero aplauso, lo merece la merma que habéis infligido á la porción legítima de los hijos y descendientes, porque eso es acercarse al ideal de la libertad de testar por el método evolucionista, y acortar la distancia entre las diversas legislaciones civiles de la Nación en uno de los puntos más esenciales.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1615, Sesión de 2 de abril de 1889, Núm. 84 (p. 2250 del Diario de Sesiones, Congreso)].

²⁰⁷ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., pp. 1810 y 1812, Sesión de 17 de abril de 1889, Núm. 97 (pp. 2612 y 2614 del Diario de Sesiones, Congreso). En el debate del dictamen relativo a legítimas expresó que “No hace muchos días, el Sr. Danvila se quejaba y como que se arrepentía de haber votado en la Comisión de Códigos el mantenimiento del tercio para la legítima de los descendientes; porque como se propuso esto solo por vía de transacción, y los forales no se decidieron á aceptarla, creía que habíamos transformado ó al menos que habíamos alterado un poco violentamente y sin compensación alguna la antigua familia tradicional de las provincias del régimen común.”. Así, “...empezaron las deliberaciones sobre la base del cuestionario redactado por los Sres. Durán y Bas, Franco y Morales. Se discutió si podría implantarse en el Código alguno de los sistemas que sobre legítima de los descendientes, ó mejor dicho, sobre libertad de testar, regían en Navarra, Aragón y Cataluña, y me parece inútil decir que se consideró como imposible traer al Código de Castilla la absoluta libertad de testar dentro de la familia, que hay en Aragón, ó el sistema catalán, que señala como legítima tan solo la cuarta parte de la herencia”. El enfrentamiento se predijo y “...los forales no se rindieron a las observaciones del Sr. Comas; el duelo fue verdaderamente a muerte...”. En forma de batalla épica es narrada la porfía dialéctica, sentenciando que junto a la postura de Navarra, marcharon igualmente los representantes aragoneses y catalanes, y que los letrados castellanos no lograron avenencia con los forales, de modo que “los letrados castellanos pudieron decir entonces: puesto que lo que habíamos propuesto y provisionalmente admitido era una transacción ofrecida á los forales, desde el punto y hora que se niegan á toda avenencia, sostenemos en su integridad el antiguo sistema de la familia castellana. Pero no hicimos esto, y hemos traído al Código lo mismo que se propuso como una verdadera transacción; ¿con qué fin, con qué tendencia y con qué espíritu? En el espíritu, con la tendencia y con el fin diametralmente contrarios á las indicaciones que el Sr. Silvela se inspiró en los mismos móviles patrióticos, nobles y dignos que á nosotros nos impulsaron en la Comisión para aceptar como definitivo, introduciendo una profunda alteración en nuestro histórico derecho patrio, eso mismo que como transacción se había



transacción: “si la transacción es posible, debe aceptarse sin vacilar, porque es inmenso el beneficio de la unidad legislativa”, haciendo alusión a “la invencible repugnancia de la mayoría de los concurrentes a renunciar a la doble institución de las legítimas y las mejoras”²⁰⁸, aunque, en el primer quinquenio de la década de los años 80 del siglo XIX “más conciliadora, la Comisión General de Códigos, buscó por varios modos la avenencia”.

A pesar de que fue defendida la libertad de testar de modo relativo, también lo fue la unidad, conceptos ambos enfrentados. Pero para alcanzar este fin mayor, que era la unidad, sería necesario el sacrificio de privilegios en las provincias forales.

No obstante, en materia hereditaria y legitimaria, si el acercamiento de posturas entre territorios debía consistir en la pérdida y limitación de derechos, sin contentar, finalmente, a los intervinientes -y por lo tanto, sin conseguir la pretendida unidad- perseguir este fin se convertiría en una tarea vana, dado que finalmente, el punto de partida, sería el mismo: concesiones parciales sin uniformidad global²⁰⁹.

Ante este planteamiento, debía entenderse como camino casi único, el respeto a los derechos forales en connivencia con el derecho castellano. A pesar de dicho planteamiento, tras un alarde de respetuoso pluralismo y acatamiento de la variedad de tendencias en materia legitimaria, arremetió contra la legislación catalana y navarra, refiriéndose a la necesidad de la previsión de comportamientos libertinos y desviados por parte de los beneficiarios de estos ordenamientos, en base a su pérfido matiz. Representaría ésta una forma poco decorosa de finalizar su discurso, teniendo en cuenta

propuesto; porque nos animaba...la esperanza de que ya por ahora no se pudiera llegar á la unidad legislativa, estableciendo esta reforma en el Código, dando en él esta amplitud a la libertad de testar, organizando de nueva manera la familia castellana, dábamos un paso gigantesco en el camino de la unidad, y más tarde ó más temprano tendríamos el placer de recibir con los brazos abiertos á los habitantes de las regiones forales”.

²⁰⁸ ALONSO MARTÍNEZ, M. op. cit., p. 145.

²⁰⁹ ALONSO MARTÍNEZ, M., op. cit, p. 162: “Ya que no sea prudente someter a las provincias de régimen foral a lo que el Código general disponga sobre legítimas, ¿por qué no intentar una avenencia entre esas mismas provincias? Sería, en verdad, muy fácil entre ellas la concordia. Navarra no usa nunca de su libertad de testar para favorecer a los extraños; y, por consiguiente, no tendría que hacerse violencia para aceptar la legislación aragonesa. Por su parte, Cataluña lo que quiere es conservar a todo trance la institución del *hereu* o la *pubilla*, y es probable que a trueque de salvar esto, sacrificara sin pena la exigua legítima de los hijos postergados en la sucesión paterna. Y puesto caso que resistiera tal concesión, es probable que Aragón y Navarra no mostraran repugnancia en sustituir la legítima foral irrisoria de los cinco sueldos febles carlines o de los diez jaqueses por la módica legítima catalana. Pero aun siendo fácil la inteligencia entre las provincias de régimen foral, yo no creo prudente ni útil construir una vasta y poderosa unidad regional dentro, por no decir enfrente, de la unidad nacional. ¿A qué tampoco imponer un sacrificio a éstas o las otras provincias, sin con él no ha de lograrse la uniformidad del derecho en todo el reino?”.



los agasajos proferidos en las líneas previas para cada una de las particularidades territoriales²¹⁰.

Así pues, se trató de encontrar la transacción, sin conseguirla, aún a sabiendas de que su modificación en el histórico derecho patrio había supuesto un avance respecto al sistema legitimario anterior.

Bien es cierto que la responsabilidad no resultaría atribuible únicamente a Martínez, como uno de los principales promotores del intento unificador, por cuanto tampoco se obtuvo la respuesta esperada de los territorios forales, aun cuando el derecho castellano ya había evolucionado desde su primera propuesta en materia de legítimas, en el proyecto del Código de 1851, distendiendo los términos estrictos focalizados en la limitación de la disposición del padre de los bienes por causa de muerte²¹¹.

Las posturas semejantes, referentes al deseo de alcanzar un equilibrio a través de un adecuado comedimiento, fueron también relevantes y procuraron no desestimar la libertad de testar como principio inspirador de su ordenamiento respectivo²¹², por lo

²¹⁰ ALONSO MARTÍNEZ, M., op. cit, p. 163: “¿A qué tampoco imponer un sacrificio a éstas o las otras provincias, si con él no ha de lograrse la uniformidad del derecho en todo el reino? Si la ley no ha de ser igual para todos los ciudadanos españoles, vale más dejar correr las cosas como están y respetar las instituciones forales en cada provincia, esperando el plazo no lejano en que, soliviantados los ánimos por la frecuencia del abuso y el creciente descoco de las pasiones, nos pidan los mismos catalanes y navarros, la reforma de su legislación en bien de la familia y en vindicación de la legitimidad ultrajada por la bastardía triunfante.”.

²¹¹ ALONSO MARTÍNEZ, M., op. cit, p. 146.

²¹² Fabié apuntó que el fin común del derecho de Castilla y de los territorios forales era el establecimiento de la libertad de testar en favor de los padres dentro de la familia, suponiendo un objetivo para la consecución de la unificación del derecho civil. Expuso en su larga y fundada intervención que “...la que parece hasta ahora la más insuperable de todas las dificultades que se oponen a la unificación de nuestro derecho civil, veremos que verdaderamente importante es la que nace del derecho hereditario; todas las demás, que algunas existen, son de poca importancia; creo que serían facilísimamente resueltas; la dificultad grave, todos lo sabéis, consiste en el derecho hereditario”. A continuación recapituló caracteres del derecho hereditario en los territorios forales, cuestionándose: “¿Pues de qué manera, repito, se puede llegar a estos mismos fines en toda España? Estableciendo la libertad de testar en favor de los padres; si se quiere (y yo lo quiero), circunscribiendo la libertad de testar dentro de la familia, con una pequeña cuota de su haber de disposición libre, para satisfacer aquellos cargos y aquellas obligaciones que pueden tener los hombres fuera de su familia misma. En mi concepto, esto resolvería todas las cuestiones, las más graves cuestiones que se oponen, como he dicho antes, á la unificación de nuestro derecho civil”. Al igual que Alonso Martínez, hizo referencia al refuerzo de la autoridad paterna igualmente vigente en Aragón y que él también postulaba de Cataluña. Aludió al fenómeno económico basado en el aspecto herencial del rico sistema inglés (al que equiparaba con el catalán: los hijos que no heredan el capital tendrían necesidad de procurarse los medios de subsistencia, y en consecuencia, ellos serían los que desarrollaran la industria); y al desdichado sistema francés (con la división del haber hereditario las condiciones de subsistencia llegaban a hacerse imposibles, así como la explotación de la riqueza), así como el gallego, que adolecía del mismo inconveniente de división de la propiedad. Finalmente, concluyó que “...hay todo género de razones, en mi concepto, así morales como económicas, para recomendar la libre testamentifacción dentro de la familia, que sería al propio tiempo la solución de una de las más grandes



cual, resultó necesario atribuir el correspondiente protagonismo a la autoridad paterna y a las razones morales a las que normalmente se unía, desarrollando las reflexiones familiares y económicas por las cuales era preferible la libertad de testar, pero siempre en el seno de la familia.

De hecho, la consideración de dicha libertad como punto intermedio –sólo dentro de la familia- bien podría asemejarse a las intenciones que se conformarían con un acercamiento entre legislaciones; pero la libertad de testar para algunos, no era un fin recomendable, sino que más bien, se presentaba como una utopía de la que se debía huir²¹³.

Este pensamiento no tan denodado, resumió de manera inmejorable la condensación de todas las ideas descritas hasta el momento, agrupando cuatro de las cuestiones fundamentales que presidieron el pensamiento ante las Cámaras²¹⁴, todo ello bajo la conciencia de que por ley debía guiarse el pensamiento natural y cristiano, de asistencia a los hijos.

dificultades que se oponen á nuestra unidad legislativa” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 55-57, Sesión de 21 de febrero de 1885, Núm. 68 (pp. 1279, 1280 y 1281 del Diario de Sesiones, Senado)].

²¹³ Colmeiro contestó, considerando la primacía del espíritu cristiano y natural, inspirador de la asistencia de padres a hijos, argumentando que el sistema basado en la libertad de testar no conseguiría ser una solución, porque nunca fue completa, ni en Castilla, ni en Aragón, ni en Navarra, ni en Cataluña. Lo único conseguido fue un acercamiento, que debía contentar a todos. Expresó su discrepancia en lo relativo a la libertad de testar: “Nosotros, los individuos de la Comisión, nos encontramos en una situación sumamente difícil...la libertad de testar, como todas las instituciones de carácter civil, tiene sus ventajas e inconvenientes, y á mi juicio, pesan más los inconvenientes que las ventajas”, en consecuencia, “la cuestión que más nos divide respecto al país foral, es la cuestión relativa á la libertad de testar”. El razonamiento siguió: “... yo preguntaría a cualquier señor Senador que se apartase de esta mi opinión, si no es el reconocimiento de un principio que realmente responde á la organización de la familia según el espíritu cristiano, el que se haya consignado desde luego que los padres deben asistencia á los hijos. Esta asistencia podría ser nominal, como ciertamente lo vendría á ser si se aceptase ó continuase esa legislación, que ya se comprende desde luego que es viciosa, cuando ménos anticuada, esa legislación que rige en Navarra y Aragón; pero siempre habría que reconocer en principio que la libertad de testar nunca fue una libertad completa y absoluta, ni en Castilla, ni en Aragón, ni en Navarra, ni en Cataluña”, pero aun así “...se encontró el término de conciliación; de suerte que acercándose la legislación de Castilla á la de los países forales, y acercándose asimismo esta legislación foral a la de Castilla, se ha venido á una concesión que si no contenta á todos, no debe disgustar á muchos”. Finalizó su alegato diciendo que “no hay ni puede haber razón bastante para que la Comisión reforme su pensamiento ni su propósito de constituir una propiedad verdaderamente familiar; de robustecer lo bastante la autoridad del padre, para que pueda hacer justicia entre sus hijos y premiar las virtudes y servicios de cualquiera de ellos, sin perjuicio de que los demás queden á cubierto de la miseria;... y que es hasta de derecho natural que los padres asistan a sus hijos..., porque esto no lo deben olvidar las leyes, sino que el legislador ha de atender, en cuanto sea posible á la satisfacción de esas obligaciones, que siendo morales, son además y deben constituir también un precepto de ley” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 62-64, Sesión de 21 de febrero de 1885, Núm. 68 (pp. 1286, 1287 y 1288 del Diario de Sesiones, Senado)].

²¹⁴ La fortificación de la autoridad paterna, unificación legislativa civil, la referencia a los territorios forales y las razones morales, económicas y políticas bajo las que se podía defender la materia en libertad testamentaria.



La unidad, sin embargo, también sería pretendida, precisamente, por el instrumento de la libertad testamentaria, entendido como el único mecanismo capaz de aproximar a las legislaciones, y cuyo paradigma de éxito había quedado esbozado y demostrado con eficacia en las circunscripciones con dicha tradición²¹⁵.

Todas las situaciones dispares en distintos ámbitos, no podrían igualarse bajo un mismo troquel, aunque éste no era el caso del Derecho civil, cuya unidad en diferentes territorios venía justificada por la pervivencia de las costumbres locales; debiéndose respetar las mismas y sin perder de vista la esperanza de que la combinación adecuada de derecho civil y costumbres pudieran derivar en una idónea unidad, de la mano de la libertad²¹⁶.

²¹⁵ Al igual que en su anterior intervención, Fabié citó como una de las cuestiones fundamentales que empecía la consecución de la unidad, el aspecto hereditario. Del mismo modo que sugirió en una de sus primeras intervenciones, encontró como solución en el camino hacia la unidad de legislaciones, la remoción de los obstáculos para alcanzar la libertad de testar, lo cual apreció como una actitud innovadora y que sin duda, devendría como desenlace necesario del futuro no lejano. La moderada libertad de testar, por lo tanto, sería el remedio idóneo para la obtención de la anhelada unidad. Ello se mostraba de la siguiente forma: “Yo creo..., que la única dificultad verdadera que existe para llegar á esa unidad consiste en las diferencias que en punto al derecho hereditario hay entre Castilla y los países del régimen foral. Las demás diferencias son accidentales, son pequeñas, se podrían resolver, en mi concepto, facilísimamente...Aplaudo..., con toda sinceridad el paso dado por estas bases en ese camino..., puesto que ya puede disponer el padre libremente de los dos tercios de su fortuna; pero no me parece que es exigir demasiado que se llegue hasta el punto que propongo, que consiste en el derecho que desearía yo se otorgara á los padres para disponer de las tres cuartas partes de esa misma fortuna..., De donde se infiere que esta tendencia que revela todo mi discurso, no es una tendencia individual y aislada, sino por el contrario, es una opinión que va labrando y haciendo su camino y que habrá de prevalecer en época más ó ménos remota, pero no tan remota que no alcance á verla quizás la inmediata generación; porque tengo para mí como cosa segura, que después de publicarse el Código que se haga con arreglo á estas bases, ya se formulen como apéndices al mismo Código las partes del derecho foral que han de quedar subsistentes, ó ya se declare pura y simplemente, como otros pretenden..., como derecho supletorio el derecho foral para los países forales; de todas maneras, una vez reducido á un solo cuerpo nuestro derecho civil español, la necesidad de que en efecto estas que llamaré extravagantes del derecho mismo desaparezca..., y dará en tierra con esas eflorescencias enfermas de esas instituciones locales, que por lo mismo que lo son, no pueden ménos de tener, después del valor y desarrollo que la unificación española ha tomado, una valor verdaderamente caedizo. Este es el punto de vista técnico y práctico, la razón que más debe mover á los autores de un Código civil para admitir la mayor libertad y latitud en el derecho de los padres á disponer de su fortuna para después de su muerte.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp.317-318, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2151-2152 del Diario de Sesiones, Senado)].

²¹⁶ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.318, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2152 del Diario de Sesiones, Senado). Fabié siguió defendiendo el espíritu local como exponente de aquella libertad: “Pero por lo que dice al derecho civil, no encuentro absolutamente ninguna de estas razones [bajo las cuales se justifica que pueda haber diversidad], no encuentro más que una, que es la existencia de las costumbres de carácter local, muy respetables, muy dignas de todo mi respeto, que no trato yo de destruir, sino al contrario, quisiera ver fortificadas allí donde existen y que querría que se creasen allí donde por circunstancias históricas y de distinto orden..., han ido destruyendo y socavando los cimientos de las antiguas costumbres..., Pues bien; uno y otro fin, la conservación de las costumbres donde las hay y la creación de ellas allí donde no existen, se alcanzarían por la libertad dada á los padres, y se alcanzarían, dejando al mismo tiempo subsistente la unidad de la legislación, que en mi opinión es absolutamente indispensable...”.



El respeto a las antedichas perspectivas y el posicionamiento empático de Alonso Martínez respecto al sentir de las provincias forales, debería destacarse como encomiable, sobre todo, considerando las dificultades de su expresión y aplicación, habida cuenta del fervor unificador legislativo con el que se impulsó la codificación civil, ante el cual, no era tarea exenta de dificultad la puesta en práctica de un raciocinio y una tolerancia política y jurídica hacia las regiones no castellanas.

Encontraríamos en su pensamiento pues, una postura que profesaría por convencimiento personal²¹⁷, enfrentada a la que le obligaba a mantener su moralidad política y que estaba basada en el respeto hacia el pluralismo legislativo. Lo que en principio parecería una circunstancia psicológica de ambivalencia, sería en realidad, el reflejo de una doble actitud: por una parte, la convicción en un sistema legitimario en el que basaría su ideal y por otra, la necesaria comprensión de una situación inconciliable entre ordenamientos, en los que la fuerza de la costumbre obligaría a mantener las cosas en su estado²¹⁸, so pena de incurrir en una colisión de posturas difícilmente dirimible a través del diálogo.

1.6.8 Los factores morales, políticos y económicos aducidos en la defensa de la libertad de testar y del sistema de legítimas

El conjunto de principios y causas que constituyeron el soporte de la defensa de las diferentes actitudes parlamentarias sobre la libertad de testar y la reserva forzosa, representaron un argumento medular que en la mayoría de ocasiones inspiró los debates más interesantes²¹⁹.

En el pensamiento de los diferentes intervinientes se vislumbraron hasta tres causas diferentes que justificaban sus posturas en favor o en contra de la libertad de

²¹⁷ En repetidas ocasiones en su obra, aludió a que su procedencia desde “el riñón de Castilla” le obligaba, en su convicción, a ser partidario de las legítimas.

²¹⁸ ALONSO MARTÍNEZ, M., op. cit, p. 159: “No es posible trasplantar de repente las costumbres de uno a otro territorio: una ley se cambia por otra en un momento dado a voluntad del legislador; pero éste es impotente para mudar en un día ni en una ó las creencias y los hábitos de los pueblos”.

²¹⁹ Coronado ya apuntó los aspectos con los que especularon y desarrollaron igualmente otros miembros del Senado, aunque no los desarrolló con semejante minuciosidad: “... por más que considere que el derecho de testar, que la facultad de disponer de los bienes para después de la muerte es una emanación de la personalidad humana, que viene á ser la demostración de la inmortalidad del alma... y es en su conjunto...una institución que puede encerrar a la vez altas ideas morales, económicas y políticas...”[CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.337, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p. 2175 del Diario de Sesiones, Senado)].



testar: la moral, la económica y la política, referenciada esta última también bajo el prisma jurídico y siempre envuelta con alusiones a la aristocracia.

Con el análisis de dichas causas, se alcanzó por cada uno, conclusiones distintas, en función del enfoque concreto de sus opiniones.

a. La moral

Desde la perspectiva moral, los padres debían a los hijos un apoyo incondicional, fruto de la relación paternofamiliar en sí misma²²⁰, pero quedaba fuera de dicha moralidad el uso de mecanismos que coadyuvaban a una mayor libertad en el reparto dentro de la familia de los bienes del padre²²¹, para lo cual se hacía necesario una instauración moderada de dichos medios. Una de las más recurridas argumentaciones en este sentido, la encontraríamos en la que basaría en la responsabilidad del padre como legislador supremo, que buscaría la consecución de los fines del grupo familiar por medio del fundamento en la propagación y la subsistencia con los medios y recursos físicos e intelectuales comunes, necesarios para soportar las adversidades de la vida²²². No obstante, a pesar de esta loable búsqueda de la moralidad por medio de la liberación de la materia legitimaria, no estaría la libertad de disposición

²²⁰ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.355, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (p. 2206 del Diario de Sesiones, Senado): Fuente Alcázar explicitó que “El que da el sér á una persona, pudiéndole transmitir con la existencia enfermedades morales y físicas...[debe transmitirle también] medios para compensar los males de esas mismas herencias..., Es necesario que no nos preocupemos tanto de los padres, y que nos preocupemos algo más de los hijos, porque la familia no la constituye sólo el jefe de ésta; la constituyen, el padre, la madre y los hijos; y si dignos de consideración son los jefes, alguna más consideración merecen los hijos, que al fin han de ser también en lo porvenir, jefes de familia, dignos de ser atendidos por el Estado.”.

²²¹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.384, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2237 del Diario de Sesiones, Senado): Polo de Bernabé en este mismo sentido adujo que “Podrá decirse que este derecho es hasta necesario [refiriéndose al derecho de los padres de castigar a los hijos]; pero ¿se deduce de esto que el padre puede castigar á sus hijos hasta la crueldad ó causarles grandes daños? Pues aplíquese esto mismo á las mejoras. Bueno que sean las mejoras posibles, pero un tanto reducidas; bueno que un padre pueda mejorar á un hijo sobre los otros, pero no con ese extremo; con ese extremo el derecho de mejora deja de ser moral, porque es cruel, porque engendra rencores, rivalidades, temores grandes, esperanzas violentas entre los hijos, y á más de odios entre los hermanos en muchos caos, mala voluntad hácia los padres. No es pues moral, sino inmoral este derecho tan excesivo de mejorar.”.

²²² CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.373, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2226 del Diario de Sesiones, Senado): El Duque de Veragua expresaría tal sentir en las siguientes palabras: “...en lo que tiene de interno [se refiere a la familia], el padre es el supremo legislador, y como tal define la ley, que después aplica como juez... En cuanto á los fines que la familia realiza, son por una parte,... auxilio del padre respecto á sus hijos para subvenir á las necesidades que su debilidad determine y darles los medios y recursos físicos é intelectuales necesarios para soportar más tarde las luchas de la vida..., la familia no es una sociedad mercantil en la cual cada uno tiene una cuota determinada previamente..., Y si se dice que con las mejoras y la desheredación está bastante robustecida la autoridad del padre..., por la misma crueldad del castigo que consigo lleva, rara vez se hace efectiva.”.



lo suficientemente justificada, sino que más bien sería precursora de inconvenientes que vendrían a agravar las situaciones de reparto dentro de la familia, resultado directo de este postulado libertinaje²²³.

Desde la perspectiva moral; Navarra, Aragón y Cataluña se suponían provincias con carencias relevantes, dado que la libertad de testar, en absoluto contribuía a fortalecer aquel principio: en Navarra, la libertad de testar no hacía a los hijos respetuosos, sino que “los hábitos... habían dado esa preparación, y por eso allí no repugna la libre testamentifacción... Porque ése es el carácter del país”²²⁴, en Cataluña “no existe la libre testamentifacción; allí hay únicamente legítimas, más ó menos limitadas, ¿y reciben todos los hijos esas legítimas pacientemente y en completa conformidad?, yo me atrevo a contestar negativamente”. Finalmente, cabía cuestionarse si en Aragón “si los cinco sueldos jaqueses ¿están aceptados de completa conformidad por el pueblo?”.

No obstante también quedaron señaladas las ventajas de orden moral que la libertad de testar producía en la familia, aludiéndose a la fortificación de la autoridad paterna²²⁵, según la cual, un camino de imposición de dicha autoridad debía consistir en el desarrollo de la costumbre por la vía de la creación normativa, pero no en el procedimiento contrario²²⁶. En buena lógica, los comentaristas posteriores, en el siglo

²²³ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.326, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p. 2164 del Diario de Sesiones, Senado): Gutiérrez tampoco estuvo de acuerdo en que el orden moral contribuyera a levantar la autoridad del padre: “No puedo desconocer que en esta época, en los momentos actuales, se adolece de grandes defectos y de grandes vicios, y el mayor entre todos,...consiste en lo que llaman nuestros vecinos la decadencia del respeto: será justo y necesario todo cuanto se haga por contener el espíritu anárquico..., por levantar la autoridad de las personas que la tienen, y por hacer respetable al padre, como debe serlo el maestro, como debe serlo el amo, como deben serlo los Gobiernos. Pero ¿se consiguen esas maravillas en la familia por la libre testamentifacción? No..., «temeríamos además que la libertad testamentaria absoluta pudiese llevar á la familia á desórdenes e inseguridades propias para introducir la hipocresía más que el respeto»” [citando a otro autor].

²²⁴ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.326, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p. 2164 del Diario de Sesiones, Senado). Fuente Alcázar siguió apuntando a la cita de la moralidad en relación con la libertad de testar.

²²⁵ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.312, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2146 del Diario de Sesiones, Senado): Por Fabié se alegó que: “... y aunque yo sé que el derecho de premiar y castigar por medio de la herencia á los hijos no es ni el único ni el más eficaz de los medios de conseguirlo, no deja sin embargo de serlo, y no debe perderse cuando todos hacen falta para llegar a estos fines.”.

²²⁶ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.312, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2146 del Diario de Sesiones, Senado): Fabié volvió sobre sus ideas: “Es común...el opinar que el legislador no puede hacer absolutamente nada más que dar forma de precepto á las costumbres establecidas en el país para el que va á legislar. Pues bien; yo digo que esto es completamente inexacto y que la historia demuestra hasta la evidencia que ha habido infinitos períodos, los más importantes,..., en que la acción del legislador,... ha determinado la manera de ser ulterior, y ha dado moldes al modo de ser de la



XX, relataron el protagonismo que sobre la libertad testamentaria implementada por los derechos forales, había tenido la costumbre.

A ello se unió la influencia del cristianismo, que ayudó a que el derecho hereditario adquiriera los matices conocidos en el derecho castellano, atenuando el matiz inicial romano propio de las Doce Tablas en lo referido a la omnipotencia paternal en materia hereditaria.

b. Lo político, lo jurídico y las referencias a la aristocracia

Jurídicamente, se tendría la oportunidad de defender la legislación legitimaria de Castilla, a cuya consideración de justa, en virtud de las reglas del condominio germánico²²⁷; se unirían las razones que tacharían de tradicionalista – en relación con el cuerpo normativo anterior- la propuesta del nuevo Código, al otorgar autoridad al padre para garantizarle una mayor disponibilidad de sus bienes, siendo inspiración directa del antiguo derecho romano, pagano y anticristiano -partidario de la legítima y mejoras castellanas- y que concedía la posibilidad al padre de vincular sus bienes en las sucesivas generaciones²²⁸.

El análisis de las causas políticas bajo otra perspectiva, apreció en la reforma de la libertad de testar, una conducta del Gobierno para propiciar la reconstrucción de la aristocracia por medio de las vinculaciones y mayorazgos, a las cuales se pretendía llegar mediante el instrumento de las mismas mejoras, cuya propuesta de reforma se llevaba a cabo en aquel momento²²⁹. El estamento aristocrático, sin embargo, debería

sociedad humana durante larguísimo tiempo... Por consiguiente..., no hay que perder la fe en la eficacia del precepto legal”.

²²⁷ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.355, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (p. 2206 del Diario de Sesiones, Senado): Fuente Alcázar insistió en que “...no hay más que atender á la manera de formarse comúnmente este capital, y á los fines fundamentales que la familia ha de desenvolver, para comprender que esta es una gran verdad.”.

²²⁸ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.356, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (p. 2207 del Diario de Sesiones, Senado): Resulta llamativo cómo algunos parlamentarios ya calificaban la nueva propuesta como progresista, por ejemplo Fuente Alcázar: “...la reforma tenía una tendencia reaccionaria, porque va derecha á facultar al padre para que tenga mejores y más valiosos medios de poder realizar el día de mañana cierta clase de fines...esa escuela evidentemente, se ha inspirado en los principios del antiguo patriciado romano, por cierto pagano; se ha separado de los principios que informaban el cristianismo..., con el objeto de volver á las fundaciones de mayorazgos..., á la reproducción de las vinculaciones”.

²²⁹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.385, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2237 del Diario de Sesiones, Senado): Polo de Bernabé adujo que “La razón política no es otra sino por este medio, siquiera sea ineficazmente y cediendo a presiones muy fuertes, facilitar la reconstrucción de la



atender a una reconfiguración y no identificarse con aquel que representaba las vinculaciones de bienes, y por lo tanto, susceptible de agredir a la propiedad²³⁰.

El ejemplo mismo de Inglaterra, en el que se representaba la decadencia de la aristocracia frente a la democracia por diversos motivos (los basados en la cuestión religiosa, en la reforma electoral y en el libre cambio), servía para efectuar una comparación con la conducta histórica de la aristocracia española, que con el paso del tiempo había evolucionado, sosteniendo la bandera de la libertad²³¹. Por ese motivo, la aristocracia había dejado de existir impregnada de su antiguo carácter, sin posibilidades de resurgimiento, so pena de incurrir en un rechazo. En este caso, suponía un verdadero anacronismo la activación de instituciones vinculadoras, debiéndose integrar a los componentes de esta nueva clase aristócrata en el cuerpo general del Estado, destinados a desempeñar sus funciones, únicamente en instituciones democráticas, complementadas con el gran valor de la Monarquía, verdadera fuente del poder de la Nación.

En este sentido, la desamortización resultó fundamental para devolver la prosperidad a la sociedad. Las legítimas fueron el fruto de la evolución de la Revolución Francesa, adquiriendo mayor auge desde entonces: frente a la anarquía medieval se impuso la monarquía con unidad, y frente a ella, la revolución liberal bajo el estandarte de la libertad, pero también de la igualdad, que precisamente trató de reducir las anteriores vinculaciones de la propiedad²³².

aristocracia... El Ministerio ha hecho una concesión; ha dicho: «con el derecho de mejorar á un hijo en el tercio y quinto, ya se puede hacer mucho para sostener en la aristocracia la propiedad; pero yo haré más, yo elevaré hasta las dos terceras partes el derecho del padre á disponer de la herencia..., y cuando los tiempos varíen..., se podrá hacer más»..., lo que se propone es esto. Hacer desde luego lo posible para reconstruir la aristocracia. Aquí me veo en la necesidad que no es posible [dicha reconstrucción], y que el intentarlo sería dañosísimo a la Monarquía”.

²³⁰ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.356, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (p. 2207 del Diario de Sesiones, Senado): Fuente Alcázar defendió entonces que: “...pero es que comprendo á la aristocracia sin el vínculo..., Por consiguiente, respetando como respeto á la aristocracia, deseando que sea un elemento valioso en la organización del Estado, yo tengo que combatir la tendencia volver á dar á la aristocracia derechos que yo desearía darle apoyados en un sentimiento personal..., pero sí la combato en cuanto va encaminada a resucitar instituciones que son verdaderamente perjudiciales para la propiedad, puesto que se trata de su estancamiento.”

²³¹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.386, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2237 del Diario de Sesiones, Senado): “Yo no puedo olvidar tampoco que en una época en que toda persona que tuviera grandes propiedades y grandes posesiones debía pensar en lo que había de hacer,...los aristócratas...se comprometieron grandemente por la causa de la libertad”

²³² CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.374, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2227 del Diario de Sesiones, Senado): Mantuvo el Duque de Veragua que “...la libertad de testar, en este terreno, es donde tiene sus más fuertes impugnadores..., la manera de distribuir la propiedad, con motivo de las sucesiones, ha respondido en cada tiempo y en cada época á las exigencias de aquella sociedad y á las



Por este motivo se podría reconocer a la aristocracia como clase, siempre que se adaptara a las necesidades reales, en tanto que contribuiría, sin duda al “estado de verdadera y práctica libertad á que han llegado otros pueblos”, con la finalidad de que fuera posible “el gobierno de la Nación por la Nación misma”. La libertad de testar estaba entonces en connivencia pues, con ese espíritu aristocrático capaz de adaptarse al *self-government* de la época²³³.

No obstante, a pesar de las cualidades que se postulaban de la aristocracia y por más que se demandara su pervivencia²³⁴ -por ser un estamento que podía favorecer el crecimiento de la sociedad- se temía la recuperación de la libertad de testar en fraude de la ley, y sobre todo, su uso con la finalidad de ejercitar una recuperación vincular²³⁵.

ideas dominantes.... Por esto, aunque parezca contradictorio...en la época en que se consagró el principio de libertad, después de la revolución francesa, no solamente han subsistido las legítimas, sino que parece que han recobrado mayor fuerza. La organización política y social de la Edad Media respondía...á la suprema necesidad de aquellos tiempos, que era la lucha. Pero...entrando ya los pueblos en una marcha más normal de gobierno, de aquel fraccionamiento resultaba...la anarquía. Por esto frente á ella se afirmó la unidad del poder Real; pero cumplida esta misión, el poder de la Monarquía se convirtió en un panteísmo absorbente, y enfrente de ella se proclamó la libertad humana como fuente de todos los derechos.... entonces se comprendió que la organización social y política debía responder á la exclusiva idea de la igualdad, considerando la Nación como un compuesto de unidades atomísticas que, impotentes para soportar el peso de su soberanía, lo abdican fácilmente con tal de que esa soberanía se ejerza á su nombre.”

²³³ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.375, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2228 del Diario de Sesiones, Senado): El Duque de Veragua defendió con firmeza que “...la libertad de testar,... lo que hace es no oponerse á que las personas que se crean en conciencia llamadas á sostener ese espíritu aristocrático, dentro de las leyes y dentro del derecho común del país, puedan realizar esa que tiene todavía un sentido de realidad en nuestra sociedad presente. No es la aristocracia lo que representaba en los tiempos del feudalismo, dedicada exclusivamente a la conquista y á la lucha de las armas; no podría ser tampoco hoy un poder ciegamente resistente á todo progreso; pero es, y conviene que sea, como recuerdo de las glorias pasadas, una representación de la historia y de las tradiciones del país, para que modificando las ideas que son el resultado de todo ese trabajo histórico, venga á amoldarlas..., á las necesidades presentes, y en tal concepto se entreguen á las generaciones venideras, que han de someterlas a nuevas trasformaciones.”

²³⁴ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.327, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p. 2165 del Diario de Sesiones, Senado): Por Gutiérrez se alegó que “Las ventajas en el orden político se hacen consistir en que la libre testamentifacción crea ó puede crear una aristocracia con derecho á intervenir en el gobierno de los pueblos, con mucho lustre, con mucha gloria por su parte y grande prosperidad para los mismos pueblos”.

²³⁵ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.327, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p. 2165 del Diario de Sesiones, Senado): Siguió Gutiérrez explicando que “También en España se han hecho algunos ensayos en este sentido, y si no se ha empleado la libre testamentifacción, se ha empleado para conseguirla el medio de restablecer las vinculaciones, poniendo por delante y haciendo revivir el derecho hereditario... no prevaleció la reforma porque los Grandes no la ambicionaban, no la deseaban... Ni la cosa más insignificante que se ajuste estrictamente á las condiciones del derecho común, la han empleado los Grandes en beneficio de sus hijos para la conservación de los privilegios, ni han usado los recursos que la ley concede, estableciendo, por ejemplo, las mejoras, ni mucho ménos, la vinculación.... De manera que si se pide la libre testamentifacción en interés del derecho hereditario, por amor á las aristocracias, para restablecer la vinculación, digo que esa petición no tiene base.”



Por otra parte, la incompatibilidad manifiesta entre el régimen político y la propuesta de la Comisión de limitar de la libertad de testar²³⁶, procedía de una secularización, influencia directa del derecho francés²³⁷. Por este motivo, había que partir de la elaboración de un derecho exento de influjos extranjeros, con base en la libre testamentifacción y para lo cual, habría que apoyar al sistema aristocrático, en su papel de máximo valedor de las libertades políticas²³⁸.

La dificultad esencial residía en que no debía confundirse el concepto “aristocracia” con el establecimiento de progenies, dado que ello necesariamente, se uniría al principio nocivo y diferenciador en los ciudadanos, que incitaría al rechazo directo de esta clase²³⁹.

En este caso, muy contrariamente a lo que se estimaba por la generalidad, se sostendría la creencia de que la aristocracia había propiciado beneficios y contribuido en gran medida a la prosperidad social, ello en base a la participación activa de

²³⁶ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.313, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2147 del Diario de Sesiones, Senado): Fabié desarrolló en su teorización que “Bajo el aspecto político, la libertad de testar, ó lo que es lo mismo, la facultad que concede al padre la mayor amplitud posible en la disposición de sus bienes, es de una importancia que no puede desconocer nadie; y para España en los momentos actuales tan grande, que yo sostengo..., que las bases en cuanto dicen relación al derecho hereditario, se hallan en abierta, completa y absoluta contradicción con nuestro régimen y nuestra constitución política”.

²³⁷ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.313, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2147 del Diario de Sesiones, Senado): Fabié: “...aun cuando se ha hecho una pequeña ó grande modificación..., en esa parte del derecho hereditario en el sentido que deseo y estimo conveniente...la legislación existente en esta materia no es...una legislación secular,..., [siendo parte] de una organización relativamente moderna, el régimen de la propiedad y el de la familia, que son cosas que van y no pueden ménos de ir enteramente unidas... [que] por haber querido nosotros imitar en la nuestra la obra de la revolución de 1879... háse tropezado con las mayores y más grandes dificultades, y...no ha podido nunca llegarse á resolver...el problema político”.

²³⁸ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.314, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2148 del Diario de Sesiones, Senado): Fabié: “el régimen de la propiedad y el del derecho hereditario, tal como hoy existen y como se van á establecer con arreglo á las bases que estamos discutiendo, no pueden prolongarse..., [enlazando esta a cuestión con el tratamiento de la institución aristocrática y diciendo que] es un error..., el de los que se muestran enemigos inconciliables de esa elevada clase..., ningún país de la tierra ha podido conservar sus libertades políticas si no han tenido éstas el apoyo de aristocracias fuertemente establecidas y eminentemente políticas. Así, yo entiendo..., que no puede existir la verdadera libertad política,...sin la existencia de asociaciones ó sociedades...que por una parte son...las resistencias más eficaces á la arbitrariedad del poder, que siempre tiende á ella, y por otra son las únicas que con esa misma aristocracia, pueden dar base segura, sólida y fuerte á todos los organismos del Estado.”

²³⁹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.314, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2148 del Diario de Sesiones, Senado): Fabié: “... las aristocracias tienen los graves inconvenientes de producir organismos que se petrifican..., porque si bien esto es cierto cuando se confunde la idea de aristocracia con la de castas, deja de serlo cuando se hace entre ambas cosas la debida distinción”.



personalidades ilustres y doctas²⁴⁰. Como venía siendo habitual, Inglaterra sería el paradigma aprovechado para defender esta posición²⁴¹.

Tal argumento insistió en que dicho planteamiento no consistiría en el regreso de las antiguas y sistemáticas vinculaciones de la propiedad, pero ello tampoco sería óbice para que una mínima amortización de las propiedades no perjudicara en absoluto a la expansión y enriquecimiento del bienestar común²⁴².

A la luz de lo expuesto se diría que todavía existían opiniones que miraban con absoluta desconfianza a los estratos más elitistas de la sociedad, entendemos que con lógica actitud, a la luz de los antecedentes que habían caracterizado a este grupo social en otros tiempos. En cualquier caso, dicho recelo se comenzaba a convertir en la creencia de que dicha clase podía reconfigurar el modo de entender la aceptación de los nuevos tipos legitimarios propuestos por la Comisión Codificadora. Ello vendría de la mano de la conceptualización de la aristocracia como una clase amiga, que no buscaría la perdurabilidad de su estirpe mediante figuras jurídicas del pasado -reflejadas sobre todo, en las vinculaciones- sino que, las propias capacidades de sus integrantes, la convertirían en un recurso social imprescindible con el que ayudar al desarrollo de un nuevo marco jurídico, donde el componente legitimario sería fundamental.

c. El aspecto económico

Las consecuencias económicas del sistema legitimario y su repercusión sobre la fragmentación de la tierra tras el acto del reparto de la herencia entre los legitimarios han sido objeto de estudio de manera reiterada, sobre todo en su vertiente más

²⁴⁰ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.314, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2148 del Diario de Sesiones, Senado): Fabié: "...donde no se concede la intervención debida á las altas capacidades, decaen en absoluto y de una manera lamentable, todas las manifestaciones de la actividad humana; y hasta los pueblos que han logrado tener un altísimo grado de florecimiento, llegan por este camino á una rápida y completa decadencia."

²⁴¹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.317, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2151 del Diario de Sesiones, Senado): Fabié: "Todo este admirable desenvolvimiento económico tiene lugar en Inglaterra..., que es, después de todo, la patria de la economía... y de los grandes hombres que se han consagrado al estudio del desarrollo de esto que todavía no me atrevo yo á decir que deba llamarse ciencia..."

²⁴² CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.316, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2150 del Diario de Sesiones, Senado): Fabié: "... lo cual no quiere decir que yo venga á defender la amortización en absoluto... [sin embargo, sí que sostiene que]... yo declaro que tengo la convicción profunda de que cierto grado de amortización en la propiedad, no solo no perjudica, sino que favorece por modo altísimo y poderoso al desenvolvimiento de la riqueza pública..."



perjudicial para los efectos de la economía, que en determinadas épocas dependían en gran medida del cultivo de la tierra y del rendimiento agrícola. A pesar del tópico negativo de esta división de las haciendas, la relativización de dicha alteración en las tierras en el momento de la liquidación hereditaria, condujo a conclusiones no tan nefastas. En este sentido, la propiedad debería unirse o dividirse según la región considerada²⁴³ a lo cual debería añadirse el impacto generado por las naturales normas de mercado²⁴⁴.

Realmente la tipología de las fracciones legitimarias con referencia al patrón de la mejora, desplegó para algunos, unos efectos funestos, de forma que se acentuó la crítica hacia ellas y hacia su finalidad como instrumento que acercara a la libertad de testar²⁴⁵.

Otras opiniones mantuvieron que dicho ordenamiento de distribución igualitaria tendría un efecto pernicioso, fraccionando la propiedad, contribuyendo al creciente mal estado de la agricultura²⁴⁶, máxime teniendo en cuenta el ejemplo de naciones prósperas, como Inglaterra, que habían evolucionado de manera exitosa con la aplicación del sistema de libertad de disposición, aunque tampoco se dejaron de citar casos en los que el uso de dicha libertad -concretamente en la concentración del

²⁴³ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.355, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (p. 2206 del Diario de Sesiones, Senado): Fuente Alcázar manifestó en este aspecto “Que hay peligro para la agricultura, para la industria y para el comercio con la subdivisión de la propiedad; que los hijos cuando tienen legítima suelen generalmente no ocuparse de sus negocios, dejando de ser buenos labradores, buenos industriales, buenos comerciantes y buenos estudiantes. Esto, Sres. Senadores, es una grandísima exageración.... «Que la propiedad se subdivide porque hay necesidad en el padre de entregar á sus hijos esta ó la otra propiedad procedente de sus legítimas.» Pero, señores, resolver esta cuestión... con un criterio de localidad, se resolvería inconvenientemente.... En unas partes conviene el cultivo intensivo ó extensivo; en unas la multiplicación dela propiedad es un grandísimo bien, y en otras, lo es la unidad.”.

²⁴⁴ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.355, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (p. 2206 del Diario de Sesiones, Senado): Fuente Alcázar defendió que “...; y siempre se da el fenómeno que la propiedad más subdividida, por causas diferentes (que yo llamaría causas de reconstitución, como son, por ejemplo, la indivisión voluntaria, la asociación, el matrimonio, el condominio, etc.), después de cierto número de años tiende á reconstituirse. De manera que este fenómeno de la subdivisión, que muchas veces se quiere imputar á la legítima española queda sin efecto en virtud de una ley económica...”.

²⁴⁵ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.373, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2226 del Diario de Sesiones, Senado): Duque de Veragua: “las mejoras...ya se apartan de la idea fundamental de las legítimas, que es la igualdad de derechos de los hijos; pero..., todavía conservan, un carácter funesto, y es la idea del condominio en la propiedad de la familia...[por este motivo] podrá subsistir el triste espectáculo...de hijos que negocian la participación en el cauda paterno...”.

²⁴⁶ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.373, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2226 del Diario de Sesiones, Senado): Duque de Veragua: “Generalmente se cree que la libertad de testar lleva consigo de una manera forzosa é ineludible la acumulación de la propiedad territorial. Esto no es del todo exacto ante la historia y ante la experiencia...[pero] el sistema de repartición forzosa sí que lleva ineludiblemente, como su primera y más genuina consecuencia, el fraccionamiento de la propiedad.”.



patrimonio en generaciones sucesivas en cada uno de los repartos hereditarios- tampoco se presentaba como la solución en términos absolutos²⁴⁷.

Por ello, la libertad de testar podía traducirse en resultados positivos, pero aun así, las ventajas de una partición comedida resultarían mucho más recomendables. De este modo, encontramos partidarios de posturas que pese a referir su inclinación por la validez legitimaria, no dejaron de reconocer, siquiera algunas virtudes de la libre testamentifacción²⁴⁸.

A pesar de ello, se insistió sobre el hecho de que las legítimas fueron la consecuencia directa de la subdivisión de la propiedad, hasta el punto de alcanzar la falta de productividad, sin que el derecho de sociedades pudiera hacer frente a esta problemática²⁴⁹.

²⁴⁷ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.325, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p. 2163 del Diario de Sesiones, Senado): Gutiérrez: "...no pueden menos de reconocer, aun los partidarios de la libre testamentifacción, que en el estado de prosperidad de la agricultura inglesa que se cita por modelo, concurren una multitud de elementos y con causas, de las cuales es la menos poderosa la que se refiere á los fideicomisos usados en dicho país."

²⁴⁸ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.325, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p. 2163 del Diario de Sesiones, Senado): Gutiérrez, como miembro de la Comisión, intervino para contestar a Fabié, e igual y correlativamente, se refirió a los motivos económicos, haciendo referencia a la llamada pulverización de la propiedad, generada por causa de las legítimas: "Quiero admitir por un momento que en efecto, la libre testamentifacción, que permite la acumulación de la propiedad, hace que la propiedad sea más fecunda, que produzca o pueda producir grandes resultados; pero todo el mundo tiene su compensación, y á cambio de estas ventajas en el orden político y en el orden social, son incomparablemente las ventajas que resultan de una prudente, y si se quiere, de una extremada divisibilidad... En este país, establecido el sistema de legítimas, nadie lo es [desheredado], porque viene la muerte, que es el gran nivelador." En su debate con Gutiérrez, Fabié alegó previamente motivos del mismo tipo, en la línea de su defensa de la libertad de testar, dentro de límites de racionalidad: "...reclamo que entre las bases del Código se establezca, si no la completa y absoluta libertad de los padres para disponer de sus bienes, al menos una libertad tan lata que sea un camino seguro para llegar á esos fines" Hizo referencia en este sentido a la omnipotencia paternal en materia hereditaria de las Doce Tablas [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.312, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2146 del Diario de Sesiones, Senado)].

²⁴⁹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.311, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2145 del Diario de Sesiones, Senado): Fabié: "...por las leyes vigentes en Castilla, ayudada en su aplicación esta legislación por las costumbres, se obtiene el resultado de que la propiedad va dividiéndose y subdividiéndose hasta un límite que no consienten las condiciones económicas y climatológicas del país, yendo mucho más lejos y causándole el perjuicio inmenso de que una parte de la riqueza pública, si no se hace improductiva, no da todos aquellos resultados y todos aquellos productos que pudiera rendir con una organización distinta..., en efecto, la industria puramente fabril y manufacturera es de tal índole, que en muchos casos su división es absolutamente imposible"... Sigue posteriormente diciendo que "Yo sé bien que los medios modernos, la formación de compañías, no la resuelven [la cuestión de la división testamentaria]..., de una manera tan satisfactoria y tan cumplida como la unidad de la propiedad y de la dirección de la industria." Polo de Bernabé, igualmente dedicó parte de su discurso a las cuestiones económicas, siempre dentro de su defensa al sistema legitimario, expresando su opinión contraria a los favorables de la postura en el Gobierno, de que de la aglomeración de la propiedad resultara un buen cultivo en la agricultura, aunque reconociendo lo gravoso que esta misma división de la propiedad podría haber tenido para la misma agricultura: "... de modo que no es consecuencia necesaria, ni mucho menos, que de la aglomeración de la propiedad resulte el buen cultivo en la agricultura. Pero... reconozco que la



La divergencia en el modo de interpretar las cuestiones relacionadas con el factor económico y los perjuicios ocasionados en función de la libertad y de la reserva forzosa no obedecería a una pauta genérica, sino que guardaría una relación causa-efecto con las peculiaridades de cada territorio, así como con la tipología de su cultivo y con sus costumbres agropecuarias. Bien es cierto que las comprobaciones sobre el territorio y los estudios económicos permitirían en ocasiones aseverar sin ambages una tendencia más perjudicial del sistema hereditario, pero también lo es que resultaría difícil generalizar, al ser una hecho constatable la existencia de singularidades que no admitirían la aplicación de algunas variantes de análisis concretas en uno u otro sentido.

1.6.9 Conceptualizaciones generales sobre libertad de testar y reservas forzosas en los debates parlamentarios del siglo XIX y la situación actual

Por encima de teorías que apuntaron al derecho fundamental del hombre para disponer de sus bienes tras su fallecimiento²⁵⁰, de las que apoyaron sólo un cierto grado de libertad de manera limitada²⁵¹ y de las que aun prefirieron el método legitimario

división de la propiedad, llevada á un grande extremo, es dañosa á la agricultura. Pero ¿No hay otro medio que el de autorizar al padre para reducir en gran manera la parte de la propiedad á que tiene derecho cada uno de sus hijos? Hay otros medios, señores; los hay sin necesidad acudir á éste” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p.384, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (p. 2237 del Diario de Sesiones, Senado)].

²⁵⁰ Senadores como el Marqués de Trives, también consideraron positivo el avance conseguido: “Yo, personalmente, no he encontrado en Aragón, en Cataluña, ni en Navarra, que la amplia facultad de testar del padre y de disponer de sus bienes entre sus hijos ó fuera de sus hijos haya dado funestos resultados, sino que ha fortificado los lazos de la familia. Yo no me asusto de la libertad de testar, y creo que esta es la meta á que van dirigiéndose las legislaciones modernas; porque la tendencia jurídica moderna es á fortificar los lazos de la familia y á respetar la libertad moral, la libertad espiritual, que tanto dignifica la propiedad y disponer de ella durante la vida y para después de la muerte. Yo aplaudo la limitación de las legítimas, valla pequeña y fácilmente superable, que no viene a defender ni las atribuciones ni las demasías de los padres en su amplia libertad de premiar ó castigar á sus hijos. Aplaudivo la limitación de las legítimas, que es un paso eficaz dado en pro de la libertad de testar.”. Y siguió a propósito de la comparación de facultades dotalas del padre respecto de sus hijas, pero comparando esta institución con la de la legítima: “Pero es que aquí, señores, y por eso insisto en esto, hay una contradicción de principios. Por este artículo, por esta disposición legal, limitáis la libertad del padre, que tanto respetáis en las sucesiones testamentarias. Os contradecís, porque aquí reformáis nuestra legislación actual, poniendo tasa á la facultad del padre en la dote de sus hijas, y no le ponéis tasa ninguna en otras facultades: ó limitáis la tasa que tenía, ó limitáis el rigor de nuestra legislación histórica en la facultad que ahora ampliáis respecto a los padres, de disponer de sus bienes para después de su muerte. Contradecís, pues, en la limitación de la dote obligatoria, vuestro principio de libertad y la ampliación de la libertad paterna en esto de disponer de sus bienes en vida y en muerte” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., pp. 1272 y 1274, Sesión de 20 de febrero de 1889, Núm. 50 (p. 817 y 819 del Diario de Sesiones, Senado)].

²⁵¹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 344 y 345, Sesión de 22 de abril de 1885, Núm. 106 (p. 2191 y 2192 del Diario de Sesiones, Senado). Coronado se definió como no partidario de los aspectos extremos, de los derechos absolutos, siendo por este motivo que la legítima castellana era necesaria, y que además, la antigua porción de mejora del tercio dentro de los cuatro quintos, debía reconvertirse en el tercio. Ese era un modo de alcanzar el equilibrio: “no reconozco derechos absolutos...yo que soy

castellano anterior al que estaba gestándose en los propios debates, más restrictivo aun²⁵²; la cuestión que debería primar sobre todas las demás y que aún en la actualidad

partidario de la facultad de disponer de los bienes para después de la muerte, que se llama testamentifacción, soy partidario también de que este derecho debe limitarse. Está limitado por su propia naturaleza; está limitado por la naturaleza de las cosas ú objetos sobre que versa, y está limitado ...por las relaciones que coexisten con el hombre, que nace, vive y muere, no solo y aislado, sino en compañía con los demás, sin lo cual no se concebiría ni su nacimiento, ni su existencia, ni su muerte, más que de una manera desastrosa, condenado á si mismo, á su yo, sin conocer las afecciones de la familia y de las demás personas con quienes vive. Y yo, señores, partidario del derecho romano, soy partidario de la facultad de disponer de los bienes para después de la muerte, dentro de ciertos términos, porque en la historia de aquel pueblo encuentro la razón de esta limitación.”. Entonces parecería que se podrían mantener los fundamentos aquellos de la legítima romana en base a las necesidades actuales del testador en virtud del carácter imperecedero que atribuyó al derecho romano: “...soy parte del derecho de testar, pero del derecho de testar limitado”... “soy partidario, señores, de la legítima, que según el derecho de Castilla consiste en los cuatro quintos de los bienes del padre relativamente á sus hijos y descendientes; soy partidario de que el quinto sea la única porción de que el padre pueda disponer en favor de los extraños; y soy partidario, hoy que no hay temor alguno á la vinculación, de que los cuatro quintos, que son propiamente la legítima de los hijos, legítima común, legítima llamada longa, se extraiga la tercera parte, que es la verdadera mejora, para asignarla á un hijo ó descendiente con exclusión de los demás. Creo que en Castilla no se ha hecho abuso de este derecho y de esta facultad ni aun en la época misma en que el padre gravaba la mejora ó establecía la legítima con facultad real para vincular, y en la época en que había tendencia á vincularlo todo.”. Fabié también defendió que la legítima no era una institución, en absoluto achacosa, sino sólida y enormemente válida. Pese a ello, resultó correcto su establecimiento en la nueva reforma, en la forma sugerida; habida cuenta de que el hombre, debía disponer, en cuanto que hombre, pero no para después de la muerte y con la libertad pretendida: “En primer lugar debo decir que continuo felicitándome profundamente del paso dado por la Comisión y por el Gobierno en el sentido de la libre testamentifacción...justamente porque es la legislación que vino á las Partidas, porque este Código tuvo mayor aplicación y fué más seguido en Castilla y en otras regiones de España, es por lo que se llegó a establecer y ha llegado a prevalecer la institución de las legítimas, en la forma que ahora vamos a modificar; modificación que, en mi entender, por las razones que aquí se han dado que me parecen suficientes...me parece...importante y saludabilísima...Mi pensamiento no es otro que el de asegurar las consecuencias beneficiosas que en el orden social y político han de seguirse del derecho atribuido á los padres para disponer libremente en favor de sus hijos de las tres cuartas partes de su haber; el de asegurar las consecuencias de esto en el tiempo; porque yo sé muy bien que el hombre, á pesar de sus aspiraciones á la eternidad..., no puede regular ni determinar sucesos más allá de un determinado tiempo” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 395, Sesión de 25 de abril de 1885, Núm. 109 (p. 2252 del Diario de Sesiones, Senado)]. Al igual que sostuvo Colmeiro, la libertad debía regir en un plano medio, debiendo ser consecuente con la historia: “La Comisión..., debe decir en este momento por mi conducto, y creo que lo manifesté ya en otra ocasión, que la libertad de testar que se reconoce por la Comisión, es un término medio entre la libertad y la no libertad; es decir, que no es una libertad absoluta de testar, pero no es tampoco la negación absoluta del ejercicio de esta libertad. Nosotros queremos que la libertad de testar se acomode á la solución que sea más práctica y más conforme con los antecedentes históricos...” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 402, Sesión de 25 de abril de 1885, Núm. 109 (p. 2259 del Diario de Sesiones, Senado)].

²⁵² Más radicales se mostraron otros miembros de la Cámara Alta, entre ellos, el Marqués de Vladillo, que con dureza apuntó que la legítima castellana representaba el fracaso de la aproximación a las legislaciones forales; al igual que Danvila, que mostrando doctrina pareja, referenciaba el escaso convencimiento que le sugería la desigualdad entre hijos que instauraría la libertad de testar. Igualmente referenció la aproximación entre legislaciones, cuyo intento no actuaría sino en perjuicio de Castilla por lo extremado de su innovación: “...No se intenta otra cosa que una aproximación á las legislaciones especiales, que no pasa de mera tentativa. Porque ni se acepta el principio de libertad absoluta de testar...en la forma en que lo admiten las legislaciones aragonesa y navarra, y sin embargo se hace algo parecido á la una y á la otra, ampliando la parte libre y limitando la legítima...Es decir, que se toma algo de esas legislaciones, que algo se encuentra que imitar; no se toma nada en absoluto, y de todo se toma en un sentido ecléctico, cuando en el orden de reformas es necesario no hacerlo por mero capricho; que si siempre es grave reformar por capricho, el legislar en el orden de la familia es mucho más grave y peligroso.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1463, Sesión de 16 de marzo de 1889, Núm. 71 (p. 1907 del Diario de Sesiones, Congreso)]. Continuando con el debate del dictamen referente á la comunicación del Gobierno



mantiene pleno vigor en lo concerniente al objeto de nuestro tratamiento, sería la de esclarecer la concurrencia de una necesidad real²⁵³ en la modificación en la legislación legitimaria en el ámbito del Derecho común y de si sería menesterosa la implementación de una solución ya demandada por la sociedad de entonces; analizando

dando cuenta de los resultados de la publicación del Código Civil, realiza una serie de observaciones, mostrando su apoyo al ajuste entre las bases votadas en 1882 a la materia de la herencia, centrándose en materia legitimaria: “Yo declaro que soy contrario á la libre facultad de testar, creo que entre el padre y los hijos hay relaciones de mayor importancia y de mayor significación que las que pueda haber entre sus individuos en otra sociedad cualquiera...para poder disponer de lo que uno hereda...Creo que los padres, respecto de los hijos tenemos deberes ineludibles de que no podemos prescindir en el mundo, y por eso los educamos desde que vienen á la vida, porque forman parte de nuestra existencia y llevan nuestro nombre y nuestra sangre; deberes por consiguiente, trascendentales, que indican que no pueden existir, sin grandes sinsabores y compromisos, entre hijos u entre hermanos, que después de todo no tienen más diferencia que el haber venido al mundo unos más pronto, otros más tarde, y que no puede haber distinciones tan esenciales que justifiquen la dación de todo el patrimonio á los unos para no dejarles á los otros más que la miseria, la holgazanería ó el camino penoso del trabajo. No soy, por consiguiente, partidario de la libertad de testar, y sin embargo, señores, casi la encuentro consignada en el Código civil español... casi hemos establecido la libertad de testar, sin que esta concesión, respecto de las legislaciones especiales, nos haya servido para nada; porque yo comprendo las transacciones, y sobre todo la de este Código, con las legislaciones especiales, para procurar la armonía general y caminar por la transacción á la unidad legislativa; pero comenzar por ceder, en los términos que vais á oír pronto, para no tener ninguna compensación en la esfera de nuestros intereses y de nuestras relaciones interprovinciales, me ha hecho meditar algo que quiero deciros francamente, que no me ha impresionado bien, porque hoy, con arreglo al Código Civil, puede suceder lo siguiente.” El autor hizo referencia a la adjudicación hereditaria entre cinco hijos con el sistema de Castilla, alcanzando la conclusión de que el reparto desigualando a unos en perjuicio de otros podía resultar extremo (22.000 duros de uno frente a los 2.000 duros que recibirán cada uno de los otros cuatro). Siendo por este motivo que a continuación expresó que “la desigualdad me parece grande; y creo que en Castilla, donde no hay esa tradición y estas costumbres es una innovación importantísima, que puede producir muchos trastornos y disgustos en el seno de la sociedad doméstica, que es lo que yo desearía que se hubiera evitado.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., pp. 1561-1562, Sesión de 23 de marzo de 1889, Núm. 77 (pp. 2053 y 2054 del Diario de Sesiones, Congreso)].

²⁵³ En este caso, la opinión del Marqués de Seoane, es la postura que menos compartimos respecto a su estrechez en la permisón legitimaria, pero posiblemente fuera el que más acertó en la exposición de la necesidad real de la sociedad en la materia de legítimas. El profesor Blasco Gascó también ha mantenido respecto a la materia legislativa valenciana la necesidad de legislar conforme a los intereses de una sociedad como un acto de plena responsabilidad. El Marqués de Seoane, leal a su postura, obstinadamente contraria al sistema en contra de la libertad testamentaria, redujo al absurdo la propuesta de la Comisión General de Codificación, apoyándose en motivos consistentes en la falta de evidencias de la exigencia de la reforma, basándose en la retroalimentación procedente de Alonso Martínez: “Le dije [haciendo referencia a las palabras que tuvo con Alonso Martínez] «estáis faltando á la primera regla que deben tener presente los legisladores y los políticos, que es, hacer la reforma cuando se pruebe su necesidad, cuando esté pedida por la opinión, corporalizada... en reclamaciones y documentos». Pregunté al Sr. Ministro de Gracia y Justicia qué exposiciones tiene en su Ministerio contra la conservación de las legítimas. Y en la sinceridad de S.S. no pudo menos de contestar: «No hay ninguna reclamación en mi Ministerio contra la conservación de las legítimas.» y añadió que «pero en una reunión privada...se manifestó la conveniencia de reformar la legislación de Castilla en este punto, como un medio de transacción para que las legislaciones forales de la minoría, de la décima-quinta parte de España, aceptasen una reforma general á toda la Monarquía»...“¿puede darse una cosa más desairada que esta, que si yo la califico, la ha de calificar el país de ridícula? ¿Puede presentarse á la legislación de un país y á los legisladores también, en una situación más ridícula que la de variar la vigente en casi la totalidad del país, sin que haya reclamación ninguna para ello, con la tendencia de una transacción más o menos prometida... para después no legislarse nada respecto de esa pequeña población foral..., y en cambio que se varía la legislación general con este fin, con el de no tocar á esos fueros, por lo que se hace el sacrificio de variar la nuestra?” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 366, Sesión de 23 de abril de 188, Núm. 107 (p. 2250 del Diario de Sesiones, Congreso)].



a su vez si realmente, se correspondería con una necesidad que demanda también la sociedad moderna.

Entendemos que los propósitos de aquella situación serían perfectamente extrapolables a la situación legitimaria vigente en el sentido de que entonces, aquellos debates apuntaban al futuro de la misma manera que hoy, aunque el aspecto que tenemos mayor dificultad en admitir sería si en aquel siglo XIX, que finalizaba, el propósito real era unificar las legislaciones o tan solo avanzar en la evolución de la libertad testamentaria castellana, como parece que se perseguía²⁵⁴.

Aquellos legisladores, contando con la crítica integral hacia el sistema legitimario, con el pretexto de conseguir la mencionada aproximación entre ordenamientos -que se presuponía inalcanzable- consiguieron avanzar desde una regulación antiquísima a otra mucho más favorecedora; por lo tanto fueron valedores de una mayor audacia. Además, las legislaciones forales no resultaron perjudicadas, viéndose convertidos los deseos de todas las partes implicadas.

²⁵⁴ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 362 y 363, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (pp. 2213 y 2214 del Diario de Sesiones, Senado). Albacete auguró, a la luz de la experiencia de los debates, que no se acercarían las legislaciones forales a la castellana, pero reconoció la fijación de la nueva legítima en el Código como un gran avance y una progresión respecto al anterior sistema castellano. Es claro que no cabría apuntar como un repliegue en los derechos de las personas, el hecho de no haber alcanzado avenencia con las legislaciones forales, cuando supuso una clara ganancia –aún a riesgo de incurrir en un encuadre parcial y falta de solidaridad- que la reforma del sistema castellano ya había generado un gran beneficio derivado de la modificación de la cuota, en base a que, con la institución del tercio de mejora y del de libre disposición, se dilataron las posibilidades de testar conforme al criterio del testador, empujando la limitación en las facultades dispositivas del padre, pasando de los cuatro quintos al tercio: “he dicho que era partidario de que los legisladores estableciesen en los Códigos aquellos preceptos que ménos pueden burlarse, no he afirmado que ni podía sostener en absoluto que no hubiera posibilidad de burlarlos...no doy la importancia que S.S. concede á ese género de obstáculos en el precepto legal, que fácilmente pueden ser eludidos sin gran ingenio y sin gran esfuerzo, por la condición y naturaleza de la propiedad en los tiempos modernos...cuando se entró [en el seno de la Comisión de Códigos, como se describe] en la discusión que trajo por consecuencia el establecimiento de las tres partes para las legítimas, para las mejoras y para la libertad de testar...ya se sabía con toda seguridad que los partidarios del régimen foral sostenían en toda su integridad ese régimen, los navarros la libertad de testar, los aragoneses su régimen especial, y los catalanes su cuarta justinianea...no la hubo [se refiere a la transacción relativa a las legítimas]... lo que hubo fué pertinacia en no abandonar ninguna de esas provincias su régimen foral en materia de sucesiones, en materia de testamentos y en materia de la libertad de los padres para disponer de sus bienes. Lo que hubo para venir á ese tercio de legítima, de mejora y de libertad, fue la persuasión en que estaban los castellanos en su gran mayoría, de que era preciso reformar esos puntos de nuestra actual legislación...”. Estos juriconsultos “convinieron y reconocieron la necesidad de modificar la legislación actual de Castilla para dar más libertad á los padres en la disposición de los bienes, para conservar las mejoras, que había gran interés en mantener, y para ensanchar el límite de lo que constituía la libre disposición de los bienes, suponiendo, y con muchísima razón, que la quinta parte de los bienes, era una parte diminuta en el mayor número de los casos y en el mayor número de las fortunas, para poder satisfacer con el quinto las obligaciones pías que sobre él pesan”.



En este caso lo único que cabría reprochar a aquel legislador sería la pérdida de tiempo empleada de una forma poco adecuada, que tan sólo tenía tal vez, una meta subyacente, que sólo consistió, desde el principio, en avanzar en la regulación legitimaria del derecho de Castilla.

1.6.10 El Derecho de propiedad

El factor económico entendido como criterio sustancial, entraría necesariamente en contacto directo con el debate sobre la determinación de la cuota legal distribuable entre los herederos forzosos. El temor a la división de las heredades ocasionado por las legítimas podría disiparse con el establecimiento de un régimen mucho más libre y mejorado, siendo necesaria para ello la fortificación de la autoridad paterna²⁵⁵. En este caso, contribuiría a este fenómeno de libertad la definición y delimitación legal de dicha autoridad, debiendo restarse preponderancia a la costumbre para regir en este ámbito e instaurando la libertad en base a criterios formales y legales²⁵⁶.

En este sentido la propuesta de la Base 15ª no evitaba la posibilidad de frenar la disgregación continua de los predios por causa de los efectos de la legítima, puesto que

²⁵⁵ Puigcerver se mostró partidario de toda decisión favorable a la ampliación de la facultad de disponer, puesto que todo debía ser entendido como un progreso: "...he indicado anteriormente que soy partidario y que me atrae mucho el desarrollo del principio de la libertad de disponer de los bienes, y no veo como un retroceso ni como un mal, el que se haya ampliado la facultad del hombre de disponer de sus bienes en caso de muerte. Antes era el quinto y el tercio para los hijos; hoy son el tercio libre y otro tercio mejora para los hijos. Pues todo lo que sea ampliación de esta facultad, á mi modo de ver, es una ventaja, un progreso... No es este el momento de discutir ese principio; pero si lo fuera, yo sostendría con gusto frente á S.S. mi opinión favorable á ampliar la facultad de disponer el padre de sus bienes, libremente; pero esa discusión no es de este momento" [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1585, Sesión de 2 de marzo de 1889, Núm. 81 (p. 2179 del Diario de Sesiones, Congreso)].

²⁵⁶ Puigcerver insistió en que la ley debía delimitar dichos parámetros, otorgando menor bagaje a la costumbre para regir en este campo: "...en mi concepto, la extremada división de la propiedad debe tener un correctivo en la libertad de testar otorgada á los padres". Volvió a tener en cuenta la relación entre desarrollo industrial y fabril y la libertad de testar (poniendo como ejemplo Inglaterra como país eminentemente fabril con un régimen hereditario análogo al de Cataluña): "porque ¿Cómo es posible dividir una gran fábrica?...se siente la necesidad urgentísima de fortificar la autoridad que es base y fundamento de todas las demás autoridades,...la autoridad del padre de familia...nos colocaremos en un verdadero círculo vicioso si lo esperamos todo de la costumbre..., y si no establecemos en cierto momento leyes que determinen la costumbre...sólo elevándose á la concepción racional, y por consiguiente a la inmortalidad del sér humano, pueden darse bases de fundamento al derecho hereditario positivo, es decir, á la facultad que las leyes civiles conceden al hombre de disponer de sus bienes para después de su muerte.... Pero si solo colocado en estos puntos de vista se puede admitir el derecho de disponer para después de la muerte de lo que se posee; si lo niegan en absoluto muchos de los más grandes pensadores y filósofos; si aún aquellos que admiten la propiedad individual niegan este derecho, ¿no es mucho más grave conceder...una ficción por virtud de la cual, el Estado, aun sin la manifestación de la voluntad del hombre, distribuya en nombre suyo los bienes?." [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 311-313 y 319, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 77 (pp. 2145, 2146, 2147 y 2153 del Diario de Sesiones, Senado)].



seguía concurriendo la causa que debería haberse regulado con un mayor acierto en favor de la libertad de disposición²⁵⁷.

La contraposición a dicha manera de entender el derecho de propiedad amparado en una total libertad, vendría representada por las opiniones que postulaban que dicha regulación supondría una anarquía, resultado del desencuentro entre legislaciones nacionales y forales, contribuyendo a poner distancia en los intentos de legislar de manera común. Así pues, no debería haber diferencias que tuvieran origen en legislaciones distintas, sobre todo si las mismas tenían una influencia ancestral, propia de los ordenamientos forales²⁵⁸.

²⁵⁷ Puigcerver se ocupó de la materia del derecho de propiedad y de las contradicciones entre postergar el derecho a disponer libremente más allá de la muerte y la limitación que frente a ello, oponía el Estado, atribuyéndole a dicha acción los mismos efectos dañinos, suponiéndose una cuestión aún más espinosa la limitación de disponer por parte del Estado que la libre testamentifacción.

²⁵⁸ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 324-329, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (pp. 2162-2167 del Diario de Sesiones, Senado). Gutiérrez, por la Comisión del Senado, trató los aspectos de la unificación de legislaciones y de los derechos forales, sobre todo incidiendo en la foralidad. Con la total libertad de testar se alcanzaría una especie de desgobierno, en lugar de la unidad, puesto que cada región dispondría y desarrollaría su legislación hereditaria de manera acorde a sus costumbres y acervo. Según el mismo, no podría haber pues, diferencia entre hermanos en base a leyes ancestrales, puesto que la legítima ofrecía el prodigioso resultado de armonizar la descendencia de las familias, y de ser su gran niveladora, la cual, con mano justa, amoldaba la designación de bienes efectuada por el progenitor al comportamiento de cada hijo. De este modo, contestó al Sr. Fabié que “el principio de libertad, cuando se trata de actos emanados de nuestra voluntad, de nuestra libre voluntad, de disposiciones que puedan establecerse en daño ó con perjuicio de terceros, no resuelve ninguna cuestión, produce anarquía. Disto mucho de participar de la opinión del Sr. Fabié, de que por este medio habríamos conseguido unificar el derecho. No: los catalanes seguirían con sus legítimas, los navarros con su libre testamentifacción; los aragoneses con sus sueldos jaqueses, y los castellanos probablemente con las legítimas; y si por acaso, movidos por el celo, por la tentación de la libertad, usáramos de ese derecho, habría de resultar la anarquía en una misma familia y entre diversos hermanos, unos que dispusieran en favor de sus hijos en esta forma, otros que dispondrían en la otra, etc., etc. Resultaría la anarquía en vez de obtenerse la unidad” Por lo tanto “...no hay una institución que se presente con más vitalidad en la historia que la de las legítimas. Lo mismo en la legislación romana que en la legislación visigoda, el procedimiento de los dos pueblos es idéntico, por la misma razón y por iguales consideraciones” “...las legítimas pueden considerarse establecidas según una ley providencial..., la cual,...no consiente sin duda que se establezca diferencia entre hijos que nacen con las mismas necesidades y que deben tener, por tanto, los mismos derechos.”. Tras relativizar la libertad de testar en Cataluña, Aragón y Navarra sostuvo que “...no es absolutamente cierto que la libre testamentifacción tenga esa virtud poderosísima de reformar las costumbres, de moralizar las familias y de inspirar á los hijos que desgraciadamente sean mal nacidos, que algunos lo son, hábitos de respeto”. Además, refutó con contundencia los motivos de Fabié, morales, económicos y políticos. Frente a la propuesta del Sr. Fabié de aceptar la legítima catalana, alegó que “La legítima de Castilla va á ser la tercera parte; en Cataluña es la cuarta; la diferencia no es tan grande que vayamos á sacrificarnos á esta novedad..., renunciando á otra [hablando de la legítima] que tenemos por mejor... ¿Qué ganaríamos nosotros con este cambio? Aceptar su legítima; ¿y por qué no aceptan ellos la nuestra? No hay diferencia tan grande para que no puedan hacer este sacrificio, cuando por otra parte la legítima castellana se presta á una combinación que no admite la catalana: me refiero á la mejora. Sé que se dice que allí existen las mejoras, que son las tres cuartas partes de que dispone el padre en beneficio de sus hijos. Todos los Sres. Senadores saben bien que esa no es la mejora de Castilla, sino la detracción de una parte de la herencia en perjuicio de los demás hijos; y en Castilla no tenemos derecho más que á mejorar en el tercio, disponiendo del quinto á favor de los extraños. Pero además esta base es perjudicialísima para los padres; y por respeto y por consideraciones á ellos yo no aceptaría esta base.



El desequilibrio legislativo entre regiones podría llegar a ser restablecido en su orden por medio de una combinación integrada de medidas presentes en cada uno de ellos, pero para perseguir este propósito debía negociarse una salida pactada, un punto intermedio donde sería difícil sostener posicionamientos absolutos²⁵⁹. La libertad de testar, tampoco iba a suponer la puesta a disposición de un remedio universal para la familia, y a pesar de que muchos de sus partidarios manifestaron su simpatía por dicha medida, finalmente, no pudieron más que moderar una postura que aun así, les alejaba del compromiso parlamentario²⁶⁰.

En cualquier caso, la libertad de testar tampoco tendría cabida en una sociedad donde el protagonismo del derecho de propiedad ocupaba un espacio capital en relación con las necesidades de la familia, que necesitaría de las legítimas para consolidar sus lazos de unión²⁶¹.

Tampoco parecerían adecuadas las posturas contrarias extremas, inclinadas hacia las reservas en términos definitivos, que provocaban que la reforma legitimaria deviniera superflua: según esta postura no resultaba interesante la modificación de un derecho con funcionamiento satisfactorio durante siglos, ni siquiera para que la reforma actuara como el engranaje de un acercamiento del derecho castellano a los derechos

Propone S.S. lo siguiente: « Los padres dispondrán libremente en favor de sus descendientes de las tres cuartas partes de sus bienes, y la cuarta restante se distribuirá por igual entre sus hijos, etc.». El padre no tiene, pues, un céntimo de que disponer en favor de extraños. De la lectura de esa base, esto es lo que resulta. Las tres cuartas partes en favor de alguno de los hijos, la cuarta como legítima á favor de otro ó de los otros; ¿y respecto á extraños? Con arreglo á la base que S.S. propone, nada; así debe ser con arreglo á la legislación de Cataluña. No puede; por consiguiente, aceptarse esa base.”.

²⁵⁹ Tan trascendental y elevado debate iniciado por Fabié, desembocó, tras la réplica de éste, en una polémica representada por la componenda que debía conciliarse entre Castilla y Cataluña, debido a la escasa distancia que las separaba, y en la medida que Castilla incorporaba la mejora como un valor añadido.

²⁶⁰ Fabié en su intervención replicó a Gutiérrez que “...yo había dicho que la libertad de testar sería un gran paso para resolver el problema de nuestra unidad legislativa, pero no había manifestado que fuese el medio directo, eficaz e inmediato...”, retirando su enmienda seguidamente. [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 331, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p. 2169 del Diario de Sesiones, Senado)].

²⁶¹ Colmeiro, ante la interpelación de Coronado, defendió la limitación en el derecho de testar, debido al complemento del derecho de propiedad que desempeñaba la familia, como agregación necesaria de la misma: “Yo profeso la opinión favorable al derecho de testar limitado, porque veo en él primeramente el complemento del derecho de propiedad, y porque no se concibe la propiedad, por lo ménos completa, sin que haya derecho de disponer de los bienes adquiridos por aquella persona que los posee ó que es su dueño, después de su muerte. En segundo lugar, existe también otra razón poderosa, poderosísima, y es, que no hay más remedio sino reconocer un vínculo tan estrecho entre la propiedad y la familia, que todo lo que afecte á la familia afectará á la propiedad, y viceversa. Si la familia ha de aspirar á su conservación y perpetuidad, es preciso que la acompañe una organización de esta propiedad conforme con ese espíritu de conservación y de perpetuidad. ¿podría conservarse la familia si por ventura el padre no tuviese el derecho de disponer de los bienes en favor de sus hijos?” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 349, Sesión de 22 de abril de 1885, Núm. 106 (p. 2196 del Diario de Sesiones, Senado)].



territoriales, por ser éste el que reunía un número superior de cualidades jurídicas, morales y económicas.

La legítima de Castilla se presumía flexible y modélica, por cuanto había inspirado a numerosos países del entorno europeo. Y tanto era así, que su pretendida reforma se había alejado de la realidad.

Debía primar el derecho de recibir de los hijos, sobre el derecho de dar de los padres, frente a la apertura de una nueva mentalidad, frente a la idea de distribuir el patrimonio de los padres entre los hijos en la justa manera en que lo hubieran merecido, aunque en última instancia había solución para ello, a través de la atribución del tercio del caudal, representado por la institución de la mejora.

Por consiguiente, si se había de corromper con la libertad de testar el derecho de los hijos, se despreciaría la institución de la familia. Debido a ello, fundamentalmente, habría que suprimir el apoyo a la misma²⁶².

²⁶² CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp.352-356 Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (p. 2203-2207 del Diario de Sesiones, Senado). Fuente Alcázar estrechó el cerco sobre la libertad de testar y decidió mantener la justificación del derecho de Castilla en un tono incondicional, preguntando al Gobierno y a la Comisión dónde “¿...se ha pedido nunca, que yo sepa, la reforma de la legislación de Castilla respecto á legítimas y mejoras?... la reforma que intenta la Comisión, de acuerdo con el Gobierno, es una reforma que no viene aconsejada por la necesidad; que ni antes, ni ahora, ni nunca se ha solicitado por nadie. Es, por consiguiente, una reforma que tiene mucho de oficiosa porque oficiosidad hay, Sres. Senadores, por parte de un legislador que viene á hacerse eco, no de la opinión pública, sino de sus propias y peculiares opiniones..., puede darse una institución más importante que la de las legítimas y mejoras en España? ¿Por qué, si no era su ánimo reformar las instituciones, ha reformado ésta?...la reforma propuesta por el Gobierno y aceptada por la Comisión, alterando nuestra legislación de Castilla respecto á legítimas y mejoras, es una reforma innecesaria”, dado que “nos encontramos desde hace muchos siglos,... con una legislación que respecto a esta importantísima materia es modelo de las demás legislaciones de otros países; con una legislación que concede al padre un quinto para poder disponer libremente de él; que concede como legítima á los hijos los cuatro quintos de la herencia, y que además permite al padre el derecho de disponer del tercio como mejora dentro de su propia familia, entre hijos y nietos. Pues bien; esta legislación tan antigua, tan querida de España, sobre la cual nadie ha reclamado legislación que se ha inspirado en un criterio que, como después demostraré, es el más filosófico, moral, jurídico, económico y político de todos los criterios que hayan podido informar las demás legislaciones de los pueblos cultos; esta legislación, digo ¿por qué se ha reformado?... la legislación castellana resuelve esta cuestión, de conformidad con lo que hacen y han hecho los pueblos más cultos de la Europa moderna...si hubiera una legislación que debiera tomarse por modelo para la resolución de los conflictos á que pueden dar lugar las ideas modernas dentro de la familia, sería la legislación castellana la que ofreciese mejores soluciones para resolver esos conflictos.”. Y ello lo argumentó dentro del terreno: moral: “es indispensable favorecer los intereses de los hijos, y no se nos venga hablado aquí con propósito deliberado, de escenas ocurridas á los padres por falta de autoridad y desprestigio cerca de sus hijos, y de la necesidad que hay de robustecer la autoridad paterna, dando al padre..., los dictados de magistrado, de legislador y juez que tenía en Roma...” , porque “...muchas veces los hijos no son los autores de su propia desgracia; son... la consecuencia desgraciada de una causa que ha dimanado de los padres...”. En lo jurídico, “... la legislación castellana responde al criterio de la más estricta justicia”... habla del modelo de condominio germánico para decir que “...si el capital hereditario es más bien capital de la familia que capital del padre, si es un condominio que el padre tiene con sus hijos... entiendo yo que



Pero para otros, las legítimas, precisamente, tendrían el efecto contrario: corrompían el derecho de propiedad y se oponían al fundamento de la familia. Por ello, la libertad suponía un progreso para la familia y para la propiedad, basándose igualmente en aspectos como la familia, economía, política y aristocracia²⁶³.

á los hijos, jurídicamente hablando, se les debe más consideración que la que les ha ofrecido la reforma del Sr. Ministro de Gracia y Justicia, aceptada por la Comisión, y que debiera dejarse como está la legítima y mejora castellana, toda vez que esto se halla la legislación vigente en un terreno más justo que la base 15ª...”; y por último, en lo económico: “...aquel que tiene condiciones para ser un buen cultivador, un buen industrial, un buen comerciante ó un buen pensador, con medios lo es mejor que sin ellos. Por consiguiente, en el terreno económico, la legítima está aconsejada por la misma experiencia... Resulta pues, demostrado, aun en el terreno económico, que la solución de la legislación castellana respecto á la legítima y mejora, dando una participación al padre para poder disponer libremente de parte de sus bienes, dando otra á los hijos como legítima necesaria, y facilitando al mismo tiempo al padre medios de poder premiar y castigar, si fuera preciso, á sus hijos, resuelve de la manera más propia todas las cuestiones que pueden surgir á consecuencia de las alteraciones de dicha familia, sin perjuicio del desarrollo de la propiedad en general; y resulta también que examinadas estas instituciones á la luz de la moral y de la ciencia jurídica, la solución que ofrecen es la más completa y acabada de cuantas pueden ofrecer las legislaciones modernas”...“Y paréceme, Sres. Senadores, que los cinco sueldos carlines ó febles y la robada de tierra en los montes comunes de Navarra, los diez sueldos jaqueses de Aragón, la libertad de la legislación de Vizcaya y la cuarta parte de la legítima catalana, no son modelos que puedan presentarse á nuestra consideración para postergar el bello y acabado de nuestra legítima castellana. Demostrado, pues, que la reforma no solo es innecesaria, sino que también depresiva de la familia, y que no se aconseja por ninguna razón plausible en el actual momento histórico, dicho está que es una reforma inconvenientísima...”.

²⁶³ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 372-376, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (pp. 2225-2229 del Diario de Sesiones, Senado). Su postura se manifestó diametralmente opuesta a la de Fuente Alcázar, alcanzando conclusiones radicalmente dispares: “Yo me propongo demostrar que las legítimas contradicen el sentido de la propiedad, tal como se comprende en la sociedad moderna; que también se oponen al fundamento racional de la familia; que, como toda limitación de la libertad, alteran las condiciones naturales y perturban las leyes que rigen en todo lo que á la propiedad se refiere.”. Desde el punto de vista de la familia: “En cuanto á los hijos, con relación á sus padres, á los que les dieron el sér, hay también un vínculo de respeto como compensación de los desvelos que aquellos sufrieron por su causa, como ayuda en los momentos en que vienen á flaquear las fuerzas de los padres por la edad ó por los achaques.”. En los aspectos económico y político: “De nada sirve que las funciones legislativas se ejerzan á nombre de la Nación, si vienen luego la centralización política y administrativa á destruir fácilmente los gérmenes disgregados y dispersos... ya sabemos todos cómo se amañan las mayorías que vienen á representar aspiraciones puramente oficiales.”. Por otra parte, en relación con la aristocracia: “la libertad de testar, en sus relaciones con la aristocracia, evoca el recuerdo del fracasado intento de la pairía en Francia... es precisamente lo contrario el sentido de la libertad de testar aplicada al interés de la aristocracia.”, “... la libertad de testar no se opone á las ideas de las escuelas liberales, más bien puede considerarse como una de sus más genuinas consecuencias...la libertad de testar... no solo tiene las limitaciones que por el mismo carácter del derecho de propiedad se determinan, sino que el padre tiene la obligación de dejar á los hijos los medios naturales de subsistencia, los medios de su alimentación y los medios de su educación intelectual y de su progreso moral.”, “...á este principio de libertad puramente formulista [refiriéndose al aspecto político], que los poderes arbitrarios han acogido sin ningún escrúpulo, porque cuanto mayor sea el fraccionamiento de las fuerzas, más fácil es hacer incontestable su propio poder; á este sentido de la política, á este sentido de la organización social responden las legítimas.”. Así, “... en vez de dar el nombre de legítima a esa reserva que se hace en beneficio de los hijos, se la denominara «alimentos», con lo cual se destruiría el condominio de la propiedad, que es lo que yo veo de más censurable en el sentido general de las legítimas. Y si se pudiera determinar alguna cantidad, alguna parte alícuota del caudal paterno, de lo que esa reserva debiera significar, tal vez fuera preferible, en vez del tercio que la base determina, la cuarta parte, porque ésta tiene su precedente en la legislación romana, porque ésta, además, contaría con la aquiescencia de una parte de nuestra legislación foral, y últimamente, porque iría preparando el camino para llegar a una situación definitiva.”.



Pero en ciertas ocasiones, el desacuerdo no era el reflejo de propuestas de reducción de la cuota de reserva forzosa, sino que se introducían conceptos alternativos que aportaban nuevos matices intermedios y conciliadores: la idea de la percepción de alimentos en sustitución de la parte legítima²⁶⁴ y la reducción de la cuota legitimaria del tercio al cuarto, lo cual aproximaría a posturas foralistas y además, respetaría la base del derecho romano que se pretendía en esta institución; sin dejar de reconocer pues, que el complemento más perfecto al derecho de propiedad sería la libre disposición de bienes por causa de muerte, siendo por esta razón por la que resultaría necesario compatibilizar ambas instituciones.

El padre con libertad de testar necesariamente salvaguardaría estas instituciones, suponiendo realmente la legítima un impedimento y la razón fundamental de los desagrazos en el reparto del caudal por parte del padre. No obstante, se requería una planificación metódica y progresiva, de modo que una reforma acelerada y con escasa organización, se traduciría en un inexorable fracaso. No estaba preparada pues la sociedad para dar este delicado paso. Por lo tanto, dadas las circunstancias, no quedaba más remedio que confiar en que la decisión alcanzada era la mejor, puesto que suponía un interludio susceptible de ser comprendido y aceptado por los distintos grupos políticos²⁶⁵.

²⁶⁴ Alternativa a la legítima, muy sugerida también por parte de la doctrina actual.

²⁶⁵ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 376-380, Sesión de 24 de abril de 1885, Núm. 108 (pp. 2229 y 2233 del Diario de Sesiones, Senado). El Ministro Silvela tuvo la oportunidad de defender la libertad de testar con ciertos distinguos: “Yo profeso el principio de la absoluta libertad de testar respecto á la cuantía y distribución de los bienes y limitada en cuanto á su acción para el porvenir...”, “el derecho de disponer es inherente é inseparable...una expresión del derecho de gozar; entendiendo también que la libre disposición de los bienes por causa de muerte es el complemento más perfecto y acabado de la organización y de la idea de la propiedad; de tal suerte, que la propiedad en su organización y desenvolvimiento se encuentra limitada y herida por esa sucesión á causa de la muerte, que viene á interrumpir sus naturales y legítimos desenvolvimientos.”. Por esa razón, “...sería necesario, por tanto, que para contradecir estas indudables ventajas de la libre disposición de los bienes, ó que ellas envolvieran en sí grandes peligros que pudieran compensar sus ventajas, ó que se encontraran medios que pudiesen hacer compatible la conveniencia de la libre disposición con la fórmula de las legítimas.”, cuestionándose si “¿puede dudarse de que el padre está dotado, dentro de nuestro estado social, de todas las condiciones necesarias para ejercer este derecho en la inmensa mayoría de los casos en beneficio e interés de la familia, de tal suerte, que no hay autoridad á quien pueda confiarse el ejercicio de esa libertad con más seguridad y con más tranquilidad para la ley?, ...la legítima no puede considerarse en la práctica como freno ni como limitación de los abusos á que puedan prestarse las malas pasiones y la desorganización de la familia, y se presta indudablemente, realiza y representa ciertamente un obstáculo para el desenvolvimiento de los intereses económicos ó de los deberes y de las satisfacciones de recta conciencia que crea un padre que pesan sobre él al llegar el momento solemne de distribuir la fortuna ó su propiedad entre sus hijos.”. No obstante ello, emergieron las salvedades planteadas al sostener que “Yo entiendo que... nuestra legislación castellana no está preparada para sufrir una modificación tan profunda como sería la de la libertad de testar; antes por el contrario, yo la envidio en los países que la poseen...”, “...allí donde esa institución no está arraigada...; allí la reforma tiene que ser muy lenta, muy pausada, y



Así, pues, la consideración referida a la prudencia como fin último en aquellos debates fue de tal alcance que afloró cierta predisposición en el sacrificio de una parte de la libertad testamentaria, que debería venir de la mano del mismo derecho de propiedad, cauce necesario para poder alcanzar la libre testamentifacción, pero un cauce que debía tener un contrapeso en la amortización de dicha propiedad, siquiera parcial, con el fin de evitar la individualización e improductividad de la tierra y el posible estancamiento industrial²⁶⁶.

Se afirmaría con orgullo por algunos parlamentarios, que se había conseguido alcanzar la armonía por medio de los criterios del Derecho de Castilla, con la utilización de la legítima mínima, la posibilidad de mejorar y la plausible variabilidad de la legítima en función del número de hijos²⁶⁷, variante ésta hasta entonces fuera de debate y que no llegó a convertirse. En cualquier caso, la Base 15^a contenía elevadas pautas de

á mi entender, vale mucho más que peque de tímida que de atrevida”, “... yo entiendo que lo más que puede hacerse, dado el estado de la opinión, de los sentimientos, de los intereses, de las ideas de nuestra región de Castilla, es romper el antiguo molde de las legítimas, iniciar el movimiento en pró de la libertad de testar y de la mayor amplitud de los padres para disponer de los bienes dentro de su familia, y aun fuera de ella”, en consecuencia, “...no perdamos, pues, de vista esta enseñanza como tantas otras; no aspiremos á realizar desde luego, sin medios necesarios para ello, reformas de una trascendencia superior á lo que las circunstancias permiten”. La conclusión sería lógica, dado que “... por esto... me he limitado a aceptar la reforma que proponía la Comisión, en cuanto satisfacía mi criterio de dar un paso hácia la libertad de testar, y romper los antiguos moldes de la legítima; pero no me he atrevido ni me he resuelto á más, temeroso, repito de que un intento superior á las fuerzas para realizarlo pudiera malograr la misma idea y el mismo pensamiento que me inducía a verificarlo...pero...si la opinión se formara en este sentido y se pronunciara de una manera decidida ahora ó más adelante; si clases importantes de la sociedad se pusieran al lado de esa idea de libertad de testar, yo había de ser de los primeros que con más entusiasmo la siguieran.”.

²⁶⁶ En la defensa de su criterio comedido a la libertad de testar, Fabié mencionó el derecho de propiedad del siguiente modo: “Creo que no puede darse demostración más directa ni más evidente de que en efecto, no es condición indispensable, ni siquiera conveniente para el desarrollo económico de un pueblo, la existencia exclusiva de la propiedad individual, sin que al lado tenga esta propiedad alguna otra cortapisa en condiciones por virtud de las cuales puedan establecerse instituciones sociales ó corporaciones que representen organismos del Estado.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 317, Sesión de 20 de abril de 1885, Núm. 104 (p. 2151 del Diario de Sesiones, Senado)].

²⁶⁷ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 632, Sesión de 12 de junio de 1885, Núm. 171 (p. 4986 del Diario de Sesiones, Congreso): Sostuvo Puigcerver que el criterio de libertad era aquel que debía ser aplicado desde la perspectiva del derecho de Castilla: “Resolved también con el criterio de libertad la cuestión de testamento, y veréis como no hay tampoco dificultad alguna. La cuestión de testamento es la única, si acaso, que puede herir á la legislación de Castilla; resovedla desde el punto de vista del derecho que en Castilla tienen los hijos, y que consiste únicamente en la legítima diminuta; y resovedla también teniendo en cuenta que el hijo tiene derecho á exigir del padre, no solo el alimento natural, sino el alimento civil; tened en cuenta que la legítima como derecho de cada hijo ha de ser variable según el número de estos, dentro siempre de ciertos límites, porque en lo humano nada hay absoluto, dejad la parte que hoy constituye la mejora, es decir, el derecho familiar, á la libre disposición del padre, y creo que encontraréis términos posibles de transacción y concordia”.



justo derecho, que reflejarían el deseo de los progenitores para con el bien de sus descendientes²⁶⁸.

De la misma forma, algunos de los representantes forales también asintieron en que dicha armonía se había redactado según la base de los mencionados derechos territoriales. Aquella libertad tan grata, tan laxa, tan habitual en las regiones forales, se mantendría en aquellos mismos territorios, parece que además, con la satisfacción de haber aportado al Código Civil parte de su inspiración²⁶⁹.

No podrían silenciarse, no obstante, las palabras que seguían exaltando el derecho a la transmisión de una propiedad según los exactos deseos del testador, una transmisión cuya posibilidad de ejercicio, en el momento de la muerte, debería equipararse al realizado durante la vida. Sólo mediante una justa práctica de este

²⁶⁸ Habló Puigcerver en nombre del Congreso para contestar a Durán y Bas en una intervención posterior defendió la elasticidad de la base, con la finalidad de que fuera posible alcanzar un punto de armonía en favor de su aplicación, tanto a favor de los padres como de los hijos: “Las legítimas era otro punto que citaba también el Sr. Durán y Bas para aprobar que no había vaguedad en la base. En efecto, en las legítimas, y yo no entro á juzgar si la solución es mejor ó peor, parece que hay una regla clara y concreta. ¿Pero es que al desarrollarse y desenvolverse ese principio no debíamos conocer antes de qué manera se va a resolver? ¿No tenemos, por ejemplo, la cuestión de si el padre podrá ó no podrá...señalar los bienes que han de constituir esa parte legítima, cuestión importante y que puede venir á restringir ó ampliar de un modo notable la facultad del padre y los derechos de los hijos? Pues yo creo que cualquiera solución que se diera no sería contraria á la base...Y como estas cuestiones, podían citarse muchas de puntos importantes que encierra el principio de las legítimas en su aplicación y desarrollo, y bueno sería que supiéramos cómo se resuelven, antes de dar una autorización para formar el Código.” [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 643, Sesión de 13 de junio de 1885, Núm. 171 (p. 5025 del Diario de Sesiones, Congreso)].

²⁶⁹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., pp. 633, 634 y 639 Sesión de 12 de junio de 1885, Núm. 171 (pp. 4987, 4988 y 4993 del Diario de Sesiones, Congreso). Habló Durán y Bas como miembro de la Comisión, ofreciendo una muestra del acercamiento a la libertad de testar, que aprobó la Comisión y que regiría en lo sucesivo en el derecho castellano, siendo ilustrativo de esta libertad el ejemplo de las comunidades de Cataluña y Aragón, resultando difícil que cedieran el terreno conquistado. Si los principios de libertad formaron parte de su columna vertebral y dieron allí buenos resultados, más bien, estas comunidades deberían aportar sus ventajas al Código: “...me felicito de que palabra tan elocuente como la del Sr. Puigcerver haya venido á confirmar una opinión mía personal, de que ciertamente no participa la mayoría de la Comisión; me refiero á las pronunciadas casi al final de su discurso, en abono de la libertad de testar...”. Continuó: “...leyendo la base se observa que nos aproximamos más a ella [se refiere a la libertad de testar], pero no llegamos a su implantación inmediata y completa. Yo soy de los que creen que debía intentarse, que debía hacerse; pero he tenido en este punto que hacer una verdadera transacción con mis principios... Tampoco, pues, esta base adolece de la vaguedad que le atribuía el Sr. Puigcerver.”, “en estas provincias forales [a Aragón y Cataluña se refiere] el criterio de la libertad prevalece de tal manera, que por mucho tiempo ha de ser imposible llevar semejante principio al Código general; y por consiguiente, Cataluña que, por decirlo así, resumen su legislación en tres grandes principios, la libertad en la contratación, libertad en la testamentifacción y libertad en la disposición de la propiedad, es completamente imposible que pierda de pronto,...su régimen especial informado por esos tres principios, llevando algunas instituciones suyas que se consideren más importantes y valiosas al Código general.”.



desiderátum se obtendría además, una recomendable unidad de los bienes, evitando su dispersión en el momento de la transmisión *mortis causa*²⁷⁰.

1.6.11 La actualidad de los derechos forales

El establecimiento definitivo en el Código Civil de un sistema legitimario de cuotas basado en la combinación de los sistemas romano y germánico²⁷¹, dejaría inalterados a unos derechos forales que conservarían sus características, y que evolucionarían hasta el momento actual, no sin ser ajenos a sus propios problemas y necesidades, y en ocasiones, tampoco sin pocas fricciones con el Estado, con el que debieron distribuirse competencias de acuerdo con las exigencias constitucionales tras el nacimiento de la Constitución de 1978.

a. La representación de la absoluta libertad testamentaria navarra

El ordenamiento jurídico navarro en cuanto a legítima testamentaria, se ha mantenido prácticamente inerte, no sólo desde los debates de confección del nuevo Código Civil, sino desde sus orígenes más remotos. Por ello, no sólo es el que menos cambios ha ofrecido –salvando las modificaciones efectuadas por la Ley foral 5/1987 de 1 de abril sobre la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del

²⁷⁰ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 676, Sesión de 16 de junio, Núm. 174 (p. 5096 del Diario de Sesiones, Congreso). Rodríguez San Pedro finalmente, sostuvo que debía prevalecer la viable transmisión de la propiedad como medio de salvaguarda de la subsistencia económica del país, para evitar su dispersión y preservar la prosperidad de la Nación, pronunciándose en pos de la unidad civil: “Y si se dice que no solamente la familia se conmueve, sino que se conmueve el organismo mismo económico que nace de la manera de trasmitirse la propiedad, singularmente por lo que se refiere á la libertad de disposición *inter vivos*, que hace que esa propiedad sea movable y apropiada para satisfacer las necesidades del individuo, porque esta es la primera condición de la propiedad, y que se manifiesta después por la libertad ó los medios de disposición *mortis causa*, de tal suerte que nos penetremos de que la base de la institución ó de la ley que exista á este propósito deba ser conservada para procurar por ella que las fuerzas económicas reunidas en una mano no se dispersen en un momento dado, exponiéndonos a matar en un país su prosperidad...entonces los propósitos todos ú opiniones que existan en cualesquiera otras provincias deben detenerse ante consideraciones de esta importancia, que al fin y al cabo se traducen en un daño que puede venir sobre toda la Nación...”.

²⁷¹ PACHECO CABALLERO, F.L., “Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio”, *Anuario de la Historia del Derecho Español*, 2012, núm. 82, T. LXXXII, p. 135: “El sistema legitimario que pasa finalmente al Código es fruto de la combinación de las aportaciones de dos tradiciones jurídicas distintas: una, procedente del mundo visigodo que reconoce una legítima de descendientes de cuatro quintos con la facultad de mejorar en un tercio...y otra, la justiniana, que aporta e introduce la legítima de los ascendientes y el sistema de tercios que sustituye al quinto y tercio de tradición visigoda.”.



Derecho Civil Foral de Navarra²⁷²- sino que todavía conserva de manera firme su tradición basada en el carácter meramente formal de un sistema legitimario sobre aquellos descendientes que no recibirán bienes y que deberían entenderse desheredados y no preteridos²⁷³.

Podría indicarse que la designación de un único heredero obedecería al importante objetivo de la indivisibilidad del patrimonio familiar -tanto en sus matices antiguos, como en los contemporáneos- o de evitar, como tantas veces ya se ha reseñado desde la perspectiva económica, la fragmentación excesiva de la tierra. Por ello, este sistema sería susceptible de adaptarse con facilidad, pese a su antigüedad, a los avatares y cambios actuales en los modelos sociológicos y de convivencia familiar²⁷⁴.

Aunque el cuerpo legal puso desde tiempo inmemorial a disposición del causante²⁷⁵ la libertad testamentaria, se ha impuesto como habitual por la vía consuetudinaria la práctica de igualar a los herederos²⁷⁶. Sería ésta una muestra más de

²⁷² Y que en materia de legítimas añade con la Ley 269 de dicho cuerpo normativo, que “La institución en la legítima foral podrá hacerse para todos los legitimarios en forma colectiva”.

²⁷³ La Ley 267 Foral de Navarra, conceptúa la legítima navarra en “la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos “febles” o “carlines” por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero”. Por lo tanto, el fondo económico de la norma, brilla por su ausencia, habida cuenta de la existencia remota, que se remonta al medievo, de la moneda navarra denominada “sueldo carlín”, fuera de todo curso legal; así como de las tierras comunes, que en la actualidad se reputarían de dominio público. Así lo ha hecho notar De Arvizu: “Así pues, hoy día esta institución en la legítima foral carece de contenido económico, pero su significación jurídica no es otra que la de dejar constancia de la voluntad de desheredar al que se instituye en dicha cuota” [DE ARVIZU GALARRAGA, F., “La reserva hereditaria en el Derecho Navarro de la Edad Moderna”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1982, T. LII, p. 350].

²⁷⁴ HUALDE MANSO, T., “Libro II: Título X (Ley 267)” en RUBIO TORRANO, E. Dir., *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 794 “Dejando aparte el lejano origen histórico de la libertad de testar y de la legítima navarra, así como su inescindible unión con el principio de la unidad de la Casa al que la regulación legal de 1973 pretendió dar servicio, ha de ponerse de manifiesto que pese a los cambios en las estructuras familiares, económicas y sociológicas de la sociedad navarra y a pesar de la inexistencia de Casas que planteen problemas de unidad en su sucesión, la libertad de disposición «mortis causa» es un valor firmemente arraigado en las convicciones jurídicas de quien ostenta vecindad navarra. La convicción generalizada de que la persona no debe encontrarse atada a la hora de decidir el destino de sus bienes por cantidad legal alguna a favor de sujetos concretos, permite sostener la conveniencia y necesidad de su mantenimiento”. El mismo comentario lo encontramos en HUALDE MANSO, T., “La Legítima en Galicia y en Navarra” en GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. Dir. y SOLÉ RESINA, J. Coord., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, T. II, p. 2162.

²⁷⁵ Pasando por estadios de utilización del criterio de primogenitura a otros en los que se repartía la herencia, mejorando a unos sobre otros.

²⁷⁶ DE ARVIZU GALARRAGA, F., op. cit., p. 370: “En lo que atañe al Derecho navarro peninsular, no se producen innovaciones importantes por vía legislativa ni en las causas de desheredación, ni en la reserva. Sin embargo, desde el siglo XIII es usual instituir a los hijos herederos en bienes muebles e inmuebles. Por vía de costumbre, se llegará a la legítima foral, que para 1688 equivale ya a una desheredación, o quizá más propiamente, a apartar al legitimario de la herencia paterna: el legitimario no



que la libertad debe ser concedida a los padres y de que la autoridad paterna correctamente ejercitada tan nombrada en aquellos debates, es el resultado de otorgar, en primer lugar, medios a los progenitores, para que aquellos procedan a la justa distribución del caudal hereditario.

Es por ello que en el sistema foral navarro se constata un patente arraigo de la libertad de testar, prácticamente sin interferencias desde su instauración y aún a fecha de hoy, vigoriza su vigencia en virtud de la aceptación y del correcto ejercicio por parte de los ciudadanos con dicha vecindad civil, lo que hace que dicha libertad de testar se haya erigido como un referente en el Derecho navarro moderno²⁷⁷, que además, conserva una legitimación popular.

Por este motivo, Navarra en la actualidad, se conoce como el paradigma territorial de pervivencia de la libertad de testar, no sólo en cuanto a permanencia de la figura de la reserva forzosa se refiere, sino también al hablar de no-incidencia ni de afección negativa sobre sus particulares, partiendo de un régimen donde las legítimas tienen muy poca presencia, limitándose a ser meras formalidades. En este caso se podría aplicar la teoría formulada por VALLET de los patrimonios dinámicos, en los cuales se posibilita la transmisión de patrimonio en virtud de una correlativa generación de riqueza en cada una de las familias de una sociedad determinada. La espontaneidad en la aplicación del régimen y su escasa litigiosidad ha contribuido a engrandecer un ordenamiento que se podría mostrar como ejemplo en una futura regulación en ámbitos de mayor globalidad²⁷⁸.

es heredero...La cuota legítima, que respeta el precepto del FGN de no desheredar del todo a los hijos, se va reduciendo progresivamente, de manera que, para cuando se admite preferir a extraños en la sucesión, con sólo atribuir a los hijos su legítima, se culmina el proceso de diferenciación entre heredero y legitimario.”

²⁷⁷ DEL BURGO TAJADURA, J.I., *El Fuero: pasado, presente, futuro*, Ediciones Castilla, Pamplona, 1975, p. 170: “Alguna vez, en un intento de definir el Fuero, he afirmado que se trata de la consagración jurídica de la libertad de Navarra. En la hora presente el Fuero ampara el derecho de Navarra a administrarse por sí misma, sin intervención, tutela o vigilancia de potestades ajenas. El Fuero significa autonomía, autogobierno, libertad de poder regional navarro para establecer sus propias normas tributarias y, sobre todo, para disponer libremente de los recursos de la comunidad. El Fuero no supone mantenimiento de estructuras arcaicas o anquilosadas. Por el contrario, representa entregar el poder de decisión de los problemas comunitarios, a nivel regional, a instituciones representativas del pueblo navarro. ¿Cabe algo de mayor actualidad?”.

²⁷⁸ DEL BURGO TAJADURA, J.I., *Curso de derecho Foral Público de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 627: “Si algún Derecho ha evolucionado con el tiempo para acomodarse a las exigencias de la cambiante realidad social ése es el navarro, que ha llegado a consagrar como fuente del derecho –la primera- no sólo la costumbre sino incluso la costumbre contra ley. El insólito principio –desde una perspectiva puramente positivista –del «paramiento fuero vienze» o «paramiento ley vienze» sólo es posible como manifestación de la conciencia colectiva de un pueblo que ama la libertad. Como en todo legado histórico hay luces y sombras. Alguien definió la tradición como el progreso hereditario, lo que



En cualquier caso, supondría una herramienta sucesoria excelente, tanto para preparar una eventual planificación en la sucesión empresarial -premiando a un heredero por su comportamiento frente a la afrentosa actitud de los hermanos- como para asignar razonablemente una herencia entre todos los herederos si así lo deseara el causante.

La libertad de testar ha supuesto desde este prisma “...un sistema sucesorio que nos ha ido muy bien durante muchos siglos, de consumo con la organización de la familia y propiedad navarras y... se da la circunstancia que esta libertad de testar es válida para las zonas urbanas, para las clases profesionales e industriales, no ya para las agrícolas y pecuarias”²⁷⁹.

En el territorio navarro las decisiones legislativas, por lo tanto, no se dirigen hacia un asunto que ya está solucionado, como es el ámbito de la libertad testamentaria, sino que las preocupaciones están enfocadas más bien a una actualización del Derecho foral y a una modernización normativa general. Es claro que no se echa de menos algo que ya se posee y se practica con asiduidad, más bien habría que apuntar con mayor altitud de miras a la confección de un Derecho más moderno que no el meramente consuetudinario, a pesar del peso e importancia del mismo en este ordenamiento.

Así, el debate de la libertad testamentaria es pacífico, por cuanto se adecua a la “idiosincrasia navarra”²⁸⁰ y porque “No se trata...esta libertad sucesoria de institución arcaica, producto artificial de un laboratorio jurídico medieval, sino que es una solución pragmática e insustituible e insoslayable para la propiedad, familia y sociedad navarras.”²⁸¹.

No obstante, aunque no en materia de libertad testamentaria, no podemos perder de vista el hecho de que no han sido todo éxitos en dicho proceso codificador navarro, debiéndose reconocer la necesidad en el cambio de diferentes regulaciones con

significa que está sujeta a un proceso de cambio permanente. Nuestro Derecho civil foral es fruto de la tradición jurídica heredada. Y la herencia debe aceptarse a beneficio de inventario. Por eso, si hay instituciones que deban ser revisadas o actualizadas, hágase. Pero no se pierda nunca de vista que es el navarro un sistema jurídico propio, que tiene sus propias normas de interpretación e integración y que hunde sus raíces en la historia entendida como proceso dinámico de un pueblo a lo largo del tiempo, de la que hemos recibido una tradición jurídica admirable.”

²⁷⁹ SALINAS QUIJADA, F., “La libertad de disposición «mortis causa» en el Derecho foral navarro”, *Anuario de Derecho Civil*, 1983, fasc. 2, p. 450.

²⁸⁰ SALINAS QUIJADA, F., op. cit., p. 450.

²⁸¹ SALINAS QUIJADA, F., *Ibidem*.



fundamento en el Derecho de familia, con el objeto de actualizar y modernizar unas instituciones en desuso, susceptibles de revisión por el Consejo Asesor de Derecho civil foral de Navarra, creado en el año 2007²⁸², dado que primaría el interés social en el desarrollo de unas leyes adecuadas a los tiempos vigentes. Se trataría de mantener la línea de trabajo y desarrollo legislativo que otras Comunidades Autónomas con Derecho foral han pretendido; adaptando la tradición y la identidad a una necesidad imperante que impone el propio progreso en las relaciones humanas dentro de cada sociedad²⁸³.

En este sentido ÁLVAREZ CAPEROCHIPI ha mantenido que “El Derecho civil foral de Navarra, anclado en los abismos insondables de una historia, que ni siquiera conoce sus orígenes, sigue gozando de buena salud y dinamicidad...”²⁸⁴, habiendo contribuido, por lo demás, al enriquecimiento de normas en el ámbito del mismo Derecho común, autoafirmándose por encima de todo, en su propia identidad²⁸⁵. Pero otras opiniones, en la misma dirección, sin embargo son partidarias de una debida renovación y actualización a la luz de los nuevos tiempos, huyendo del estancamiento y de la dependencia de la normatividad compiladora, con lo cual “El Fuero Nuevo y la normativa dispersa deberían superarse en una Ley de Derecho Civil foral de Navarra, que reformara las instituciones actuales y las históricas positivizadas de Navarra, con una actualización y adaptación a la realidad social del siglo XXI”²⁸⁶. Se podría decir pues que, de manera parecida a la legislación foral de Baleares, debe evitarse caer en la comodidad de refundir una serie de textos normativos básicos, plasmada en cada

²⁸² La profesora Egusquiza se ha referido a dichas materias, identificándolas con la filiación, la revocación de donaciones, el régimen de bienes en el matrimonio, el régimen del derecho de los hijos de anteriores matrimonios o el usufructo legal de fidelidad.

²⁸³ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Derecho de familia en Navarra: su presente y futuro”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2010, núm. 54, Vol. II, p. 109: “Sin embargo, las necesidades de reforma no se acaban aquí. Los trabajos que se han llevado a cabo son una primera aproximación a la detección de las exigencias de actualización de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. Hay otras muchas cuestiones que precisan una revisión profunda, caso por ejemplo de la regulación de la filiación adoptiva, que en el Fuero Nuevo sigue manteniendo la vieja distinción de plena y menos plena, o todo el régimen del acogimiento de los mayores. En esa etapa reformadora, el gran reto al que se tendrá que enfrentar el legislador foral será dar una respuesta legislativa eficiente que se ajuste a las necesidades de la sociedad navarra, pues no se puede olvidar que la razón última de las normas consiste en el servicio que prestan al buen orden de los intereses sociales y la solución de los conflictos.”

²⁸⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Derecho civil foral de navarra”, en *¿Hacia dónde van los derechos civiles autonómicos?* en GÁZQUEZ SERRANO, L. Coord., Difusión Jurídica, Madrid, 2011, p. 232.

²⁸⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., op. cit., p. 237: “el Derecho de Navarra no se identifica con la visión autonomista de ser uno más entre una pluralidad de los Derechos civiles españoles, porque no tiene su razón de ser en un territorio; al contrario el Derecho de Navarra se siente orgulloso y singular en su historia torturada, y además y a la vez creador de un único Derecho nacional, y parte esencial del mismo.”

²⁸⁶ JIMENO ARANGUREN, R., “Derecho civil navarro y Codificación general española”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, 2012, T. LXXXII, núm. 82, p. 310.



Compilación, pues podría estar perdiéndose una oportunidad de otorgar una regulación de nuevo enfoque sin dejar de respetar por ello la tradición basada en la costumbre, desarrollada ancestralmente incluso *contra legem*, de la que presume el legislador navarro.

Sería éste un buen momento para acometer un perfeccionamiento del sistema foral en un nuevo marco, en una sociedad europea democrática, avanzada, cohesionada, justa y solidaria. En la línea esbozada se ha constatado la existencia de una “...adecuada intervención de la Comunidad Foral de Navarra en la formación de la voluntad estatal en el proceso de decisiones europeas, ya que éstas afectan directamente y cada vez en mayor grado a las autonomías, avanzando respecto del actual canal de participación...”²⁸⁷.

Por otra parte, también interesaría el moldeado en el conjunto de normas del ordenamiento navarro por los operadores jurídicos, con el objetivo de facilitar su comprensión y aplicación ordinaria. Por ello, aunque es destacado este sistema jurídico por su arraigo en la costumbre y por la conocida fuerza basada en la identidad de un pueblo en el que ha imperado el autogobierno de manera destacada y la libertad en el modo de vida, al albur de los nuevos tiempos, la relevancia de la costumbre debería relativizarse²⁸⁸ debiendo ocupar su lugar en este Derecho la contribución de los juristas

²⁸⁷ RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “La evolución del régimen foral de Navarra: veintes años del mejoramiento del Fuero”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2002, núm. 33, fasc. 1, p. 29.

²⁸⁸ RUBIO TORRANO, E., “Evolución y futuro del Derecho civil navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2002, núm. 33, fasc. 2, p. 20: El autor matiza la importancia de la costumbre como norma clave en el ordenamiento navarro: “...la costumbre debe ocupar –de hecho lo ocupa desde hace mucho tiempo– el papel que le corresponde en la nueva sociedad y su preeminencia respecto de la ley debe ser cuestionada o, cuando menos, integrada e interpretada a la luz del nuevo marco constitucional. La primacía de la ley respecto de la costumbre...encierra...un contenido ideológico profundo. Por ello, habrá que pensar muy seriamente en el futuro inmediato si la persistencia de este prerrevolucionario sistema de fuentes debe mantenerse o adaptarse al signo de los nuevos tiempos. La primacía de la costumbre pudo tener su sentido y significado –y, de esta manera, resultar oportuna y conveniente– en la época en que fue publicada la Compilación, en 1973. La presencia de la costumbre en la cúspide del sistema de fuentes suponía, de un lado, la manifestación más palmaria del reconocimiento de un régimen jurídico singular que anclado en la Historia llegaba hasta el presente, y, de otro, la posibilidad de renovar el Derecho Privado dentro de la Comunidad Foral en ausencia de un verdadero órgano legislativo que lo propiciara. Pero semejantes razones, válidas en aquel momento histórico, carecen hoy de consistencia. El nuevo marco constitucional ha dado cumplida respuesta a estas aspiraciones del pueblo navarro, convirtiendo en extravagantes expedientes técnicos – aunque con claro componente ideológico– que en otro tiempo sustentaron la identidad de un sistema jurídico propio y diferenciado. De cualquier manera, en tanto no se produzca la correspondiente reflexión a fondo sobre esta cuestión, que, en todo caso, debe preceder a la reforma posible de esta materia, no se debe olvidar que para que la costumbre, aunque sea contraria a la ley, prevalezca sobre el Derecho escrito no debe oponerse a la moral o al orden público, como reza el párrafo 1 de la ley 3. Una correcta comprensión del orden público conduce a sostener que dentro del mismo se encuentran los principios constitucionales –derechos, deberes y libertades– que sirven de fundamento a nuestra Carta Magna.”.



prácticos, posibilitadores de la formación de un derecho práctico inteligible y adecuado para la sociedad a la que se destina, al tiempo que haciendo posible una mayor predisposición a su estudio y formación de nuevas normas.

b. El sistema aragonés de legítima colectiva: la libre distribución dentro del grupo familiar

La legítima aragonesa ha sido un ejemplo de viva evolución²⁸⁹, además de representar su ámbito de aplicación -Aragón- uno de los territorios que con mayor

²⁸⁹ Lasierra ha reflejado perfectamente dicho camino de transformación: “...desde el siglo XVI hasta la actualidad, se puede acreditar en base a las citadas fuentes documentales, la existencia de la libertad de testar absoluta que existía en Aragón...en el Derecho tradicional histórico, realmente la legítima no existía, ya que todo el patrimonio del causante era de libre disposición; tenía un significado meramente formal, pues el causante debía mencionar a los descendientes inmediatos otorgándoles una atribución simbólica para acreditar que conocía de su existencia...La claridad obtenida con el Derecho Consuetudinario, se empañó tras el Congreso de Jurisconsultos de 1880, en el que la libertad de testar fue notablemente mermada al establecerse un límite a la disposición de bienes por parte del testador a favor de los extraños, y hasta la promulgación del Apéndice se abre un período de confusiónismo, pues a las Resoluciones de los Jurisconsultos vinieron a unirse la de las Instituciones publicadas por Franco y Guillén, así como la del Código Civil. Como consecuencia de ello, los jueces dictaban sentencias en las que no se tenía en cuenta el Derecho aragonés, suponiendo un ejemplo paradigmático de ello, aquellas resoluciones que concedían suplemento de legítima a aquellos hijos solamente mencionados en la cláusula de la legítima foral, como si en Aragón existiera la legítima individual o estricta del Derecho Castellano. Así, en sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de enero de 1861, 7 de junio de 1862, 28 de noviembre de 1867, 6 de noviembre de 1878, 7 de junio de 1883 y 17 de junio de 1867, se repite una misma idea basada en la facultad de los padres para determinar el *quantum* como estimen conveniente y que, en consecuencia, no cabe solicitar el suplemento de la legítima. El único requisito es que el *quantum* sea una cosa cierta, determinada y libre; no es necesario dejarla a título de institución ni tampoco hacerlo expresa y nominalmente con las palabras “por su parte legítima” o “en concepto y por vía de legítima”. No obstante, existen otras sentencias tales como las de 30 de agosto de 1948, 4 de junio de 1953, 4 de junio de 1959 y 27 de mayo de 1891, en las que se habla de un *quantum* equivalente a una cosa proporcionada al caudal del testador, pudiendo pedirse de otro modo un suplemento. La segunda posición jurisprudencial es aquella en la que nuestra Audiencia sí que se muestra conforme con la idea del suplemento de la legítima; se hablaba de que los padres, a la hora de distribuir sus bienes, debían hacerlo siempre con discreción y prudencia, y no de modo que, en los efectos, sea una desheredación infundada, como sucedería si consignaran solamente los diez sueldos jaqueses por bienes muebles y sitios como legítima, que estableció de modo abusivo la costumbre. En definitiva, cuando se solicitaba ante los Tribunales de Justicia el suplemento de la legítima, este era concedido, pues se entendía esa solución, conforme a los principios de equidad y justicia y al genuino sentido del Fuero, pues lo contrario sería defraudar la Ley, o una simulada desheredación que no puede hacerse sin motivo grave. Por su parte, la Jurisprudencia del TS se mantuvo en aquella época favorable a su criterio tradicionalmente consolidado, entendiendo suficiente la legítima foral; así en sentencias como las de 11 de marzo, 17 y 28 de junio de 1864, 8 de octubre de 1877 y 10 de diciembre de 1879, disponía que el padre que al morir dejase a cada uno de sus hijos los diez sueldos jaqueses por legítima paterna, cumplía con lo prescrito en la legislación especial de Aragón. Así siguió pronunciándose tras la entrada en vigor del Código Civil en 1889. No obstante, se produjo una clara ruptura con ese criterio clásico con la sentencia de fecha 31 de diciembre de 1909, en la que el TS consideró que el padre, en el señalamiento de la legítima debía obrar conforme a las procedentes reglas de un criterio racional, teniendo en cuenta su caudal y las necesidades y condiciones de los legitimarios, excluyente de una desheredación encubierta. Conforme a esta interpretación, el problema en Aragón aumentaba, pues a diferencia de Castilla, aquí no estaba cuantificada la legítima, dependiendo su correcta valoración de criterios variables que surgían en cada



fidelidad y rigor respetó el artículo 6 de la Ley de Bases de 1888, siendo la única que redactó el Apéndice del Derecho civil, con vigor desde el 2 de enero de 1926 y sustituido por la Ley 15/1967 de 8 de abril, más conocida como la Compilación de Derecho civil de Aragón.

La modificación más reciente que tenemos a la vista fue la derogación del Libro II de la Compilación por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, donde hubo lugar, en su artículo 171.1, al establecimiento de la legítima en la mitad del patrimonio²⁹⁰, precepto sustitutivo de los dos tercios legitimarios anteriores.

Posteriormente, dicha norma sería derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprobaba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas²⁹¹.

Dicha reforma, representada por la reducción en la cuota legítima se adaptaba mejor a una sociedad más moderna, además de que ampliaba el ámbito de la libertad de testar, lo cual se trató de recalcar en el Preámbulo de la meritada ley, que sin perder el

caso, y según la conformidad que cada heredero legitimario mostrase con la parte que se le hubiere atribuido. A partir del Apéndice de 1925, se regula la legítima en su artículo 30, considerando que no era posible dejar toda la herencia a extraños existiendo herederos forzosos, limitándose a una tercera parte la disponibilidad a favor de aquellos. Sin embargo, el problema continúa en parte, pues el mencionado artículo 30 no especifica el modo en que el testador debe repartir esos dos tercios restantes, pudiendo repartirlo discrecional o desigualmente. De manera que si se consigue eliminar la arcaica figura de los diez sueldos jaqueses propia de la legítima foral, reconociendo una limitación a la disposición de los bienes a favor de los extraños en el caso de haber hijos legitimarios, no es del todo efectiva para determinar que concretos derechos le corresponde a cada legitimario. La nueva regulación introducida por el Apéndice estableció un tercio de libre disposición mediante el que el causante podía atribuir bienes a extraños no legitimarios; sin embargo, y como ya he señalado, no especifica el modo de repartir los dos tercios restantes entre los diferentes herederos legitimarios. La evolución posterior de estas figuras dio lugar a interpretar por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, que existía un libertad absoluta de testar, sin perjuicio del derecho de pedir alimentos, criterio este que será finalmente recogido por la Compilación Aragonesa (en ese sentido sentencia de APZ de 29 de abril de 1958 y 22 de abril de 1963)” [LASIERRA GÓMEZ. I., “La legítima en el Derecho civil aragonés”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, 2004, núm. 1]. Respecto a la incertidumbre que generó la dispar interpretación del precepto legitimario también podemos encontrar las conclusiones de Marceliano Isábal en ISÁBAL BADA, M., “Cuestiones de Derecho foral aragonés”, *Revista de Derecho Privado*, 1915, Año III, núm. 25, p. 295.

²⁹⁰ Artículo 171. Legítima colectiva: 1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 174 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios. 2. Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente.

²⁹¹ La redacción del artículo referido a la cuota legitimaria quedaría con el mismo contenido, concretamente en su artículo 486.



orgullo de su esencia foral, se ajustaba a unos nuevos requerimientos sociales²⁹², siempre enarbolando el respeto hacia el principio *standum est chartae*.

Comprobamos pues, la manera en que la legítima colectiva²⁹³ sigue tomando el protagonismo y es considerada como uno de los mejores métodos para que se deba hacer efectivo el reparto con el carácter de *pars bonorum* del que lo dota la nueva legislación, siempre dentro de la mencionada libertad de disposición colectiva dentro de los hijos del heredero.

Aragón constituye un ejemplo de las Comunidades que reducen la cuota legitimaria, pero que pudiendo, no la suprimen. Es claro que parecidamente al caso catalán, la legítima que limita la disposición de bienes al ámbito familiar muestra una característica relacionada con la libre disposición poco amplia, pero en cualquier caso no deja de suponer un deseo expreso de avanzar en la libertad testamentaria.

A pesar de los méritos del cumplimiento de este objetivo legislativo con mayor protagonismo de la libertad de testar, en la región aragonesa la evolución de sus normas sucesorias ha hecho aflorar una gran variedad de opiniones enfrentadas en cuanto a su utilidad y a la calidad de su técnica legislativa. En el presente supuesto las legítimas han estado en el centro de todas las discusiones.

²⁹² Así se pone de manifiesto en el Preámbulo de dicha ley, que además, ya se recogía en su antecesora, de 1999: “El Título VI está dedicado a la legítima. Se han mantenido los rasgos fundamentales del sistema legitimario histórico en la forma en que se plasmó en la Compilación, con algunos retoques favorables a la mayor libertad de disponer y una pormenorizada regulación que evite la injerencia de normas del Código civil que, en esta materia aún más que en otras, corresponden a un sistema radicalmente distinto. Por tanto, la legítima, como límite de la libertad de disponer de que gozan los aragoneses, sigue siendo legítima colectiva a favor de los descendientes, no hay más legitimarios que ellos, y el causante puede con la misma normalidad tanto dejar los bienes a uno solo de ellos (obviamente, también al nieto viviendo el hijo) como distribuirlos en forma tendencialmente igualitaria, todo ello según su criterio. La innovación más visible operada en la nueva regulación consiste en la reducción de la porción legitimaria a la mitad del caudal, en lugar de los dos tercios en que consistía con anterioridad. Se atiende así a las voces, procedentes sobre todo de los ambientes urbanos, que demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costeó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron; ahora bien, no se restringe la mayor libertad a este fin específico, sino que queda abierta a las variadas circunstancias y motivaciones de cada causante.”

²⁹³ Considerándose esta legítima como “...el grupo de descendientes, en su conjunto, el que ha recibido o debe recibir el importe de la legítima, sin que ninguno de ellos tenga derecho a recibir una porción concreta. No existe una expectativa hereditaria, mensurable desde un principio, puesto que hasta que no se procede a la efectiva distribución de la legítima... ninguno [de los legitimarios] sabe en qué proporción será legitimario.” [PARRA LUCÁN, M.A.-BARRIO GALLARDO, A., “La legítima en Derecho aragonés”, en TORRES GARCÍA, T.F. Coord., *Tratado de Legítimas*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2012, p. 361].



En lo que parece ser el resultado de los vaivenes históricos²⁹⁴, la institución legitimaria aragonesa se instauró en el siglo XX con “vacilaciones experimentadas por el legislador”²⁹⁵, tanto en el Apéndice de 1926 como en la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967. Pero el año 1999, tal y como se ha expuesto, supuso definitivamente un cambio de trayectoria referido a la libertad de testar, por cuanto se impuso un cambio en la cuota legitimaria, que sin embargo, no ha sido avalado por la totalidad de los juristas aragoneses. En especial, se ha erigido como defensor del antiguo sistema compilatorio aragonés el profesor MOREU que, contrario a las opiniones que se han pronunciado en favor de la evolución legislativa aragonesa en los años 1999 y 2011, ha señalado que “...la regulación de la legítima por la Compilación es buena y bastante mejor de lo que se suele decir. Creo que algunos de los problemas que se han señalado en ella son falsos problemas y proceden de una insuficiente comprensión del sistema legal o del excesivo peso... [de] los esquemas adquiridos en el estudio de la legítima del Código Civil”²⁹⁶.

En sucesivas oportunidades para pronunciarse sobre el tema, no le ha faltado convicción para manifestar un desacuerdo con los postulados que apuntan al Derecho anterior al de las citadas modificaciones de las Cortes de Aragón como superior, centrandose sus motivos en la falta de necesidad de la extensión de la nueva ley de sucesiones de 1999 debido a la “...escasa conflictividad y jurisprudencia”²⁹⁷ de las normas de la Compilación y a que un amplio texto legal sólo contribuiría a una mayor

²⁹⁴ Según Lalinde en el s. XII “se dibujan dos zonas, como son la del Alto Aragón, que, al menos, ha conocido la libertad de testar, con desaparición de la legítima, y la del Bajo Aragón, que ha negado la libertad de testar, estableciendo la legítima igualitaria...Al iniciarse la integración normativa en el siglo XIII...no consigue muchos adeptos el criterio de legítima igualitaria, sólo afectada por una ligerísima mejora, inclinándose más los foristas por una libertad de testar amplia...en el siglo XIV se observa una tendencia hacia la vinculación y el mayorazgo...[y] la legítima deviene simbólica...por influencia romanista, la libertad de testar, y con ello, la desaparición de la legítima, se abre paso en los siglos XVI y XVII... esa misma tendencia se mantiene en el siglo XVIII...por influencia de la Ilustración...En la segunda mitad del siglo XIX se produce una fuerte reacción contra la libertad de testar y a favor de la legítima, que tiene sus frutos en el «Apéndice foral», de 1926, y en la «Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967», aunque, a través de la «legítima colectiva», que intenta ser un compromiso entre la legítima antiindividualista del Código civil, y la libertad de distribución, que consagrara los fueros de 1307 y 1311” [LALINDE ABADÍA, J., “Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, 1985, núm. 55, p. 384-387].

²⁹⁵ LALINDE ABADÍA, J., “Algunas precisiones...”, op. cit., p. 333

²⁹⁶ MOREU BALLONGA, J.L., “Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1997, T. L, p. 153. Artículo también disponible en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, Año 3, núm. 1, pp. 9-64.

²⁹⁷ MOREU BALLONGA, J.L., “Aportación a la doctrina...”, *Ibidem*.



confusión y a una “...excesiva disgregación del Derecho español”²⁹⁸, por lo que dicha modificación quizás requeriría de una mayor reflexión doctrinal.

Sin embargo, los avances del movimiento legislativo foral aragonés no iban por ello a detener su ritmo. Además, esta evolución se ensalzó por las voces que proclamaron el perfeccionamiento del Derecho de sucesiones aragonés – perfeccionamiento que no lo fue tanto según los pareceres citados en contra-entomando que en lo sustancial, la Ley de Sucesiones “...mantiene las grandes opciones del Derecho aragonés histórico, tal y como habían llegado a través del Apéndice de 1925 y la Compilación de 1967”²⁹⁹ y aseverando que era una ley que “...confía en el ejercicio responsable que los ciudadanos hagan de su libertad”³⁰⁰, teniendo como ventaja añadida la posibilidad de contar con una maquinaria legislativa propia³⁰¹ que posibilitaba el crecimiento provechoso del fenómeno foralista en el terreno de las sucesiones, augurando un futuro esplendoroso dentro del Derecho civil de Aragón.

En la misma línea de sus razonamientos, MOREU ha sostenido que la reducción de la institución legitimaria debe considerarse como un logro fútil, que sólo sirve a la utilidad de las clases medias o altas, dado que el mantenimiento de la reserva forzosa ha sido rubricado por la “...práctica totalidad de los civilistas españoles durante los siglos XIX y XX, [que] es firme partidario de mantener la legítima de, al menos, los descendientes”³⁰² y que por la misma razón conservar la legítima aragonesa como contrapartida a las propensiones de índole más individualista en la sociedad actual, puede suponer una decisión no del todo desacertada. Así, considerada por el autor, la nueva porción legitimaria como una institución defectuosa en la redacción de la ley sucesoria de 1999, el único mérito que cabría atribuirle sería el de mantener de manera leve la inspiración en los antiguos códigos legislativos aragoneses, que después de

²⁹⁸ MOREU BALLONGA, J.L., “Aportación a la doctrina...”, *Ibidem*.

²⁹⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La recuperación del Derecho civil de Aragón”, www.unizar.es/derecho/derecho_aragones/progcivil/Documentos/Veinte [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2015], p. 42.

³⁰⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La recuperación...”, *op. cit.*, p. 42.

³⁰¹ La clave del éxito en las autonomías forales, según la profesora Remedio Sánchez Ferriz.

³⁰² MOREU BALLONGA, J.L., “El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones” *Actas de los XV encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, p. 167.



analizar el pensamiento del jurista, supondría más bien, un dato muy poco positivo en favor de la ley³⁰³.

No representa ésta la *communis opinio* en Aragón, ya que también han sido esgrimidos los méritos de la misma ley, habiéndose fijado precisamente como hito exitosamente diferenciador, el año 1999³⁰⁴, el cual vería nacer a la Ley de Sucesiones, calificada como "...una ley de capital importancia para la sociedad y los profesionales del Derecho"³⁰⁵, con la cual se ha conseguido encumbrar a Aragón a una posición de liderazgo en lo referido a actualización y desarrollo del Derecho sucesorio en una autonomía³⁰⁶.

En este caso, no se interpretaría el mentado cuerpo jurídico como el sacrilegio pretendido por otros³⁰⁷, sino que, bien al contrario, la aproximación al Código Civil, reconociendo la supletoriedad de su aplicación en el Derecho de Sucesiones, no ha

³⁰³ Sobre todo, a la luz de la cantidad de defectos que acumula la ley, según el decir del autor, que valora la actual legítima como un auténtico desbarajuste. La nueva versión de la institución legitimaria escapa a la *elegantia iuris* de los anhelados cuerpos jurídicos del Apéndice y la Compilación que ahora deroga la ley de 1999, ley que, lejos de mantener su identidad histórica y su coherencia con las figuras de estos textos, se acerca cada vez más, pese a lo promulgado por ella misma, al Código Civil. De este modo, debería entenderse que "A los preceptos...de la parte general del Derecho de sucesiones introducidos por el legislador aragonés de 1999 les ha faltado también doctrina y, al menos, comprensión profunda del funcionamiento de la legítima" [MOREU BALLONGA, J.L., "El sistema legitimario...", op. cit., p. 407]. En el mismo sentido, ha seguido manteniendo en estudios posteriores que "...considero sin buena técnica y que globalmente más bien empeora la regulación anterior, la ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte" [MOREU BALLONGA, J.L., "Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés", *Anuario de Derecho Civil*, 2010, T. LXIII, fasc. I, p. 14].

³⁰⁴ SERRANO GARCÍA, J.A., "Derecho civil de Aragón: presente y futuro", *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, p. 115: "Desde 1978 hasta ahora, en particular, a partir de 1999, el Derecho civil aragonés se ha desarrollado vigorosa y armónicamente, pero tal vez no sea ese el dato más relevante sino que lo decisivo es que lo ha hecho a impulso de leyes autonómica".

³⁰⁵ SERRANO GARCÍA, J.A., "Derecho civil de Aragón...", op. cit., p. 147. Frente al decir de MOREU, este autor ha sostenido que "Esta Ley supone -como se ha dicho por voces muy autorizadas- la mayor innovación del Ordenamiento civil aragonés en los últimos tiempos: al menos, desde 1967 (en que se aprobó la Compilación), pero cabe pensar que incluso desde 1707-1711 (fechas de los Decretos de Nueva Planta), pues sólo con la Ley de sucesiones estamos en presencia de una ley civil formada plenamente en Aragón y por aragoneses, desde su preparación técnica a su publicación en el *Boletín Oficial de Aragón*, y que no es, por otra parte, mera reforma parcial de la Compilación vigente (como ocurre con las Leyes aragonesas de 1985, 1988 y 1995). En cualquier caso, es el primer cuerpo legal civil que los aragoneses se dan a sí mismos en democracia. Con la Ley de sucesiones se emprende, pues, la reformulación normativa del Derecho civil de Aragón, comenzando por una de las partes principales del mismo."

³⁰⁶ Así ha sido referido también por la profesora Martínez, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: De la Compilación al Código del Derecho Foral de Aragón de 2011", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2011, núm. 25, pp. 175-227.

³⁰⁷ SERRANO GARCÍA, J.A., "Derecho civil de Aragón...", op. cit., p. 161: Lejos de las tropelías jurídicas que se le han pretendido atribuir al derecho de Aragón, el derecho sucesorio nacido en el año 1999 sería el resultado de una reformulación y adaptación "...a la realidad social con textos coherentes e inteligibles por sí mismos sin necesidad de acudir al Derecho supletorio".



desvirtuado la esencia del Derecho aragonés, sino que ha coadyuvado a desarrollar pausada y reflexivamente su desarrollo por futuras generaciones.

c. El cambio sustancial en el sistema legitimario gallego

En Galicia encontramos el ejemplo más claro de alteración jurídica de un sistema sucesorio regional que ha evolucionado según intereses autonómicos, cuestión ésta que además, ha sido conciliada con los parámetros constitucionales de distribución de competencias.

Presenta éste un caso peculiar, dado que esta Comunidad activó por medio de su Estatuto la posibilidad latente de desarrollar un derecho sucesorio foral propio, muchos años después de haber tenido posibilidad de hacerlo por vez primera³⁰⁸. La decisión, en cuanto a oportunidad competencial, ha sido discutida, habiendo entendido que las mismas limitaciones acontecían en dicho territorio debido al parecido de sus circunstancias con la Comunidad Valenciana, para quien la negación de la competencia foral ha sido una constante por parte de los órganos estatales³⁰⁹.

³⁰⁸ BELLO JANEIRO, D., “Las novedades en el Derecho civil de Galicia”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2010, Vol. II, núm. 54, p. 136: “Efectivamente, Galicia ha asumido estatutariamente competencias en la determinación de su propio sistema de fuentes del Derecho, lo cual permite la constitución de un Derecho Civil gallego común de vigencia preferente como ordenamiento jurídico cerrado y completo, con la consiguiente posibilidad de autointegración que impide la aplicación supletoria del Derecho Estatal contenido en el Código Civil a tenor de lo dispuesto en el artículo 149/3 de la Constitución, siendo este extremo, en concreto, el valor y orden jerárquico de la costumbre como fuente normativa uno de los puntos centrales de mayor discrepancia en Galicia que ahora se ha zanjado con esta Ley.”

³⁰⁹ Rodríguez Montero, con motivo de la confección de la nueva ley, ha señalado que “Al respecto se planteó una, por aquél entonces, importante polémica en el ámbito doctrinal, que, aunque se extendió en el tiempo, actualmente queda como mero vestigio o recuerdo histórico. Dicha controversia se concretó, en esencia, en la respectiva defensa de dos posiciones radicalmente contradictorias: por una parte, la de los autores que, discutiendo la consideración de Galicia como territorio foral, negaban la existencia de un Derecho foral gallego; por otra, la de los que, por el contrario, sin embargo, defendían dicha circunstancia. Ambas posiciones se diferenciaban fundamentalmente por asentarse en dos diferentes concepciones de lo que cabe entender por Derecho foral: la primera, más estricta, históricamente consideraba que el Derecho foral o especial es el Derecho de aquellos territorios españoles –Condados catalanes, Aragón, Valencia, Mallorca, Navarra y Provincias Vascongadas– que, durante la Edad Media y gran parte Edad Moderna, gozaron de autonomía política como Reinos dentro de la Corona a la que pertenecían, y también, con posterioridad, en la época de la Monarquía universal española instaurada por los Reyes Católicos, es decir, que únicamente tendrían la consideración de forales los Derechos particulares de dichos territorios, que, siendo emanados de órganos legislativos propios de los mismos, fueron recopilados en textos legales, condiciones éstas que, como es sabido, no se dieron en relación a Galicia; la segunda concepción defiende abiertamente la existencia de un Derecho foral gallego, presentándolo como históricamente diferente del Derecho castellano, al que, en opinión de los autores que sostienen esta tesis, se contrapondría, por la existencia en dicho territorio gallego de un conjunto de instituciones jurídicas, no ya de tipo legislativo, sino de raíz consuetudinaria, inspiradas en principios



El Derecho civil gallego presenta una serie de particularidades que se identifican al analizar sus orígenes, prácticamente desde el período de Reconquista. Debe destacarse la incidencia de los rasgos característicos de este cuerpo normativo con importante apoyatura en la costumbre y asimismo, analizar si la plasmación de dichas costumbres en su ordenamiento en materia de legítimas, ha obedecido realmente -dentro del *iter* legislativo objeto de examen- a la voluntad de configuración de unas normas que reflejan el factor de identidad de un territorio que reclamaba una adaptación de su modo de vida y de sus figuras jurídicas habituales, y si además, se ha franqueado este límite utilizando como pretexto habilitador la utilidad social de la realidad contemporánea gallega, al tiempo que su propia potestad legislativa constitucionalmente concedida a través del artículo 149 de la Constitución.

Al no haber precedentes normativos gallegos en la materia legitimaria basados en una ley autonómica propia -ni siquiera en la propia Compilación- tampoco ha habido oportunidad de poder contrastar el contenido entre disposiciones legislativas, excepto con el Código Civil. Ello conduce a que los comentarios a la norma en materia sucesoria del año 2006 no se pronuncien de manera excesivamente crítica, salvo en algunas excepciones.

En relación con la razón de ser del Derecho foral gallego, encontramos a juristas que han destacado que “Galicia es territorio foral por imperativo legal”³¹⁰. En tanto que una característica de los territorios forales se ha presentado como una “...persistencia del sistema postgótico” de sus leyes, en Galicia no se dieron estas circunstancias y por lo tanto, quedó al margen de la Reconquista y de la posibilidad de fomentar un Derecho foral propio *ab origine*³¹¹.

jurídicos peculiares y propios, surgidas para dar respuesta dentro de un específico ámbito socioeconómico a las particulares necesidades que demandaba el campo de Galicia.” [RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., “Sobre el proceso de formalización...”, op. cit., p. 1014].

³¹⁰ OTERO VARELA, A., “Sobre la Compilación del Derecho foral gallego”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, 1965, núm. 35, p. 553. Sin embargo, según el autor tampoco era el Código civil aplicable a aquella región, por eso precisaba el propio Código civil de una adaptación a dicho territorio, sobre todo en materia de Derecho patrimonial y sucesorio. En este caso, Otero pareció entender innecesaria una Compilación, puesto que el ordenamiento gallego no daba para tanto, pero no obstante, si se quería regular, con carácter general en el territorio español, el Código civil, en algo debería adaptarse a las peculiaridades gallegas. Rebolledo también ha aludido a que Galicia fue incluida en la codificación como territorio foral por razones “...más políticas que técnicas” [REBOLLEDO VARELA, A.L., “La iniciativa legislativa en el Derecho Civil de Galicia”, *Boletín Jado, Academia Vasca de Derecho*, Mayo 2011, año X, núm 21, p. 74].

³¹¹ RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., “El Derecho civil en Galicia, la Ley de Derecho civil de Galicia y el futuro Derecho civil de Galicia: apuntes, ideas y sugerencias”, *Anuario da Facultade de Dereito da*



Algún juicio inmediatamente anterior a la elaboración de la Ley 4/1995 sostuvo que no sería posible una actualización del Derecho civil gallego -que por cierto, debería haber iniciado su construcción con base en las instituciones sucesorias alejadas de sus peculiaridades campesinas³¹²- sobre todo, porque sostener dicha actualización al amparo de la costumbre foral suponía un grave anacronismo³¹³, además de que no era recomendable enaltecer la relevancia de la costumbre *contra legem* en un marco en el que cabía la posibilidad de un desarrollo del Derecho civil gallego de manera constitucional³¹⁴.

Con todo, a pesar de lo sostenido por el sector doctrinal que apostó por Galicia como mero territorio consuetudinario sometido al Derecho común, de la misma forma se ha reconocido por otros autores que “...sí que ha desarrollado peculiaridades jurídicas suficientes para que se pueda hablar de un Derecho civil especial.”³¹⁵, y que “...se puede hablar de un Derecho de Galicia e incluirlo en el cuadro del Derecho foral, entendido éste en sentido lato”³¹⁶.

Superada esta discusión y aceptada la concepción del Derecho gallego como cuerpo jurídico especial susceptible de equipararse al resto de Derechos forales, convendría centrarse en los inicios del siglo XXI, en el que, en este sentido, toma forma un impulso institucional, con el objeto de que ocupara un lugar meritorio en el contexto

Universidade da Coruña, 2001, núm. 5, p. 737: “Lejos de las tierras de reconquista, donde se forjaron reinos y esferas de poder y de vida jurídica, Galicia no tuvo entidad política suficiente para poder hacer arraigar, como otros territorios peninsulares con mayor protagonismo político, un sistema de Derecho propio en la Edad Media.”. Asimismo, el profesor Rodríguez también ha postulado que “Propiamente no puede hablarse de un sistema de instituciones jurídicas gallegas con la raigambre de los demás antiguos derechos forales peninsulares, como el aragonés, navarro o catalán, que, como es sabido, en un determinado momento histórico, ofrecieron una mayor resistencia al Derecho castellano”.

³¹² SANDE GARCÍA, P. “El Derecho civil de Galicia: Una actualización imposible a la luz de la Historia”, *Revista General del Derecho*, 1994, núm. 597, p. 6507.

³¹³ SANDE GARCÍA, P., op. cit., p. 6512: “...el mayor anacronismo del Legislador gallego de 1993 reside en haber asumido una teoría del Derecho civil gallego que al concebirlo en clave consuetudinaria esencialista impide representarlo unitariamente y desarrollarlo desvinculado de sus históricas instituciones, compiladas o no.”.

³¹⁴ Ello a pesar de que la STC 121/1992 ya había concedido cierto margen para la integración de parte del Derecho consuetudinario vigente.

³¹⁵ RODRÍGUEZ ENNES, L., “Proceso histórico de formación del Derecho civil gallego”, *Revista Xurídica da Universidades de Santiago de Compostela*, 1996, Vol. 5, núm. 2, p. 253. Destaca que “las regiones que habían tenido mayor protagonismo político durante la Edad Media ofrecieron, con sus instituciones jurídicas, más resistencia al derecho castellano. Por eso no se pudo dar en Galicia un sistema de instituciones jurídicas con la raigambre de los demás derechos peninsulares: no puede hablarse de derecho foral de Galicia en este sentido. Pero resulta asimismo inadmisibles el menospreciar como arcaísmo rural el derecho consuetudinario de Galicia” [op. cit., p. 256].

³¹⁶ Rodríguez Ennes, con referencia a las mismas ideas de Castán en este sentido.



nacional entre el resto de los Derechos civiles autonómicos forales o especiales³¹⁷, logrando su posición de una manera razonada y justificada, eliminando lo innecesario y recuperando del pasado las instituciones desde un punto de vista “...propiamente dinámico”³¹⁸, pero “...ello no quiere decir que haya que hacerlo de forma totalmente dependiente del mismo, lo cual, además de ser totalmente antinatural, supondría una evidente contradicción”³¹⁹

En lo referido a legítimas, su desarrollo se ha efectuado en la reciente Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, modificativa de su homónima, la Ley 4/1995 de 24 de mayo que a su vez, establecía una sensible diferencia respecto a la Ley 143/1963 de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia. En el decir de algunos autores como REBOLLEDO, la Ley de 1995 presentaba unas características ambivalentes³²⁰, en principio, porque parecía una norma sucesora de la Compilación que no dejaba de anclarse a la vieja costumbre gallega para conformar cada uno de sus preceptos -y que por lo tanto, poco aportaba- y en segundo lugar, porque a su vez, sin embargo, había propiciado el levantamiento de un Derecho con un grado significativo de autonomía, aunque estaría lejos de su intención agotar el Derecho civil en su integridad, manteniendo el cuerpo legislativo estatal como supletorio, lo cual,

³¹⁷ El profesor Rodríguez Montero, que tanto esmero ha dedicado al estudio del Derecho civil gallego, en línea con lo aducido por el profesor Carrión respecto al derecho valenciano, ha sostenido que “...los políticos gallegos se han preocupado poco o insuficientemente, y, en las ocasiones en que lo han hecho, con escaso esmero y a destiempo, del denominado Derecho civil gallego en su parte más privatística. Se trata de un importante error de pasado que, en nuestra opinión, no parece haber sido corregido todavía en el presente, o que, si es que acaso lo ha sido, su corrección únicamente se ha realizado en parte.” [RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., “El Derecho civil en Galicia...”, op. cit., p. 744].

³¹⁸ RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., “El Derecho civil en Galicia...”, op. cit., p. 757.

³¹⁹ RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Ibidem*. En el mismo sentido se ha destacado este planteamiento por los defensores del restablecimiento del Derecho foral valenciano. Aunque no deja de reconocer Montero que en el caso gallego, el camino por recorrer todavía se presenta largo.

³²⁰ Rebolledo lo ha puesto de manifiesto, además de los defectos y errores en la redacción de la ley de 1995, que “En este sentido, la Ley 4/1995 era una Ley contradictoria que contenía y claramente reflejaba las dos filosofías contrapuestas ya expuestas: por una parte continuó la línea más tradicional de intentar hacer resurgir viejas instituciones consuetudinarias insistiendo en la mayoría de las que ya estaban en la Compilación de 1963 como la *veciña*, los *muiños de herdeiros*, las *agras* y los *vilares*, el *cómaro*, *ribazo o arró*, la compañía familiar gallega e incluso recuperando una institución desaparecida desde el siglo XVIII como es el retracto de graciosa, instituciones todas ellas a las que dedicó un número importante de preceptos bajo el substrato de que la costumbre es la primordial fuente del derecho civil gallego. Por otra parte, y en sentido totalmente diverso, prescindiendo de la Compilación de 1963, reguló nuevas figuras que anteriormente no habían sido compiladas como la servidumbre de paso y las serventías, los arrendamientos rústicos, el contrato de vitalicio, las donaciones por razón de matrimonio, el usufructo universal del cónyuge viudo, el testamento mancomunado, los pactos sucesorios, la partición hereditaria por mayoría etc.”, reconociendo no obstante que “Ahora bien, a pesar de todo ello parece necesario resaltar debidamente que la Ley 4/1995 supuso un avance ciertamente significativo del derecho civil gallego respecto de la decadencia en que se encontraba inmerso durante la vigencia de la Compilación de 1963 y constituyó la base de la que derivó la Ley vigente 2/2006, de 14 de junio” [REBOLLEDO VARELA, A.L., “La iniciativa legislativa...”, op. cit., pp.80-81].

por otra parte, sería necesario al menos hasta la norma que nacería once años después. Por primera vez se legislaba desde la Compilación en materia de Derecho civil en Galicia. Poner en funcionamiento la maquinaria legislativa autónoma, como mínimo, suponía una gran oportunidad para demostrar que Galicia era merecedora de ser calificada “autonomía foral”.

Tres décadas antes, se presentaron mecanismos sucesorios en la Compilación³²¹, en su artículo 84, similares a los empleados por el propio Código Civil en su esfuerzo por salvaguardar una explotación familiar a la muerte de su propietario³²², que en la Ley de 1995 tendría un contenido similar, reflejado en su artículo 130³²³. No obstante, la cuantía de la legítima seguiría circunscrita a lo estipulado en la legislación civil general,

³²¹ Que regulaba en materia de Derecho sucesorio algunas de las instituciones consuetudinarias anteriores a la creación de un cuerpo de Derecho civil gallego y contenidas en la Compilación, quedaban comprendidas en la figura de los pactos sucesorios, el testamento mancomunado, la compañía familiar y la mejora de labrar y poseer, la delegación de la facultad de mejorar o el usufructo universal del cónyuge viudo.

³²² Dicho artículo, semejante al artículo 1056.2 del Código Civil y basado en la preocupación gallega de mantener la indivisión de la casa y el patrimonio familiar, en la figura de la Compañía familiar y el Petruciazgo, junto al derecho de labrar y poseer, que quedó reflejado en dicha norma: “El ascendiente que quisiera conservar indivisos un lugar o una explotación agrícola podrá adjudicarlos íntegros a cualquiera de sus hijos o descendientes, por actos *inter vivos* o *mortis causa* y aunque las suertes de tierra estén separadas. Esta adjudicación implica la mejora tácita en las siete quinceavas partes de la herencia, si el testador no dispusiera otra cosa, y no impide que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición. Cuando el ascendiente haya hecho uso de esta facultad se satisfará a los demás herederos forzosos sus legítimas, o las porciones de mayor entidad en que les instituya, con metálico u otros bienes, si los tuviere”. En la nueva Ley de 2006, similar contenido se ha regulado en sus artículos 219 y 221 que si bien, establece como potestativa la facultad del pago en metálico: “Artículo 219. 1.: El ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar acasariado, aunque las suertes de tierras estén separadas, o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril podrá pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra.” Y también en su artículo 221. 1.: El adjudicatario podrá compensar en metálico a los demás interesados en la partición.” Bello Janeiro, describe como necesaria la actual configuración en dicha Ley de los pactos sucesorios: “Cada vez se hace más necesario conferir mayor libertad dispositiva al testador, mediante el impulso de los pactos sucesorios, que hay que potenciar con oportunos beneficios fiscales, como mecanismo jurídico adecuado para impedir la división del patrimonio familiar, sobre todo empresarial, y reducir las restricciones que impone la amplia legítima del Código Civil, que carece sentido en la actualidad.” [BELLO JANEIRO, D., “Las novedades...”, op. cit., p .157]. De igual forma ha reconocido Rodríguez Ennes que “Impresiona el esfuerzo del campesino gallego por la conservación de la casa como núcleo del menguado patrimonio...la defensa de la casa campesina...está en la línea de la defensa del patrimonio familiar de actualidad en nuestro días.” [RODRÍGUEZ ENNES, L. op. cit., p 253].

³²³ El artículo 130 de la Ley 4/1995 de 24 de mayo establecía que: 1. El ascendiente que quisiese conservar indiviso un lugar o una explotación agrícola podrá pactar su adjudicación íntegra a cualquiera de sus hijos o descendientes por pactos «*inter vivos*», con carácter irrevocable, o «*mortis causa*», y aunque las suertes de tierras estén separadas. 2. El mismo pacto podrá hacerse respecto a una explotación o establecimiento fabril, industrial o comercial. 3. Si el testamento no dispusiese otra cosa, se entiende que la adjudicación implica una mejora tácita y que comprende el tercio y quinto, o sea, las siete quinceavas partes de la hacienda hereditaria, y no impide que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición. 4. Cuando el ascendiente haya hecho uso de esta facultad, se abonarán a los demás herederos forzosos sus legítimas o las porciones de la mayor entidad en que las constituya, con metálico u otros bienes si los tuviese.



a la cual se remitía³²⁴, lo cual posteriormente, a raíz del “...conjunto de nuevas figuras que demanda la realidad social y jurídica actual de Galicia”³²⁵, cambió de manera radical, legislando de una manera desvinculada del Derecho civil estatal, fijando la cuota legitimaria en una cuarta parte del haber hereditario³²⁶.

La Ley 2/2006 ha supuesto una novedad en cuanto a la regulación de la legítima y la mejora, por ello se ha aseverado que se ha legislado de manera moderna intentando resolver “...desde una realidad concreta y con un engarce en instituciones conexas a las incorporadas a la Ley 4/1995...como sucede con las legítimas”³²⁷, que en este caso, vendría a suponer la conciliación con la realidad social reflejada en la acción de la reducción de la cuota legitimaria vigente en Derecho común. Destacable resulta pues, que la acomodación a la realidad supone desvincularse de criterios clásicos inoperantes en la doctrina de Derecho común, como la legítima en la cuantía actual de los dos tercios.

A pesar de ello, la fijación de la cuantía legitimaria en la gestación de la Ley de 2006 no se estableció sin una previa discusión que ponderaría las opiniones que con posterioridad se establecerían de modo definitivo. A tal efecto, en el *III Congreso de Dereito Civil de Galicia* se elevaron a la *Xunta de Galicia* las conclusiones relacionadas con la legítima³²⁸.

³²⁴ El artículo 148 de la misma Ley 4/1995 postulaba que “La determinación de la legítima individual entre varios legitimarios está sometida a las normas del Código Civil, con la salvedad de que el apartado a que se refiere la sección 4.ª del capítulo II de este título no hace número.”

³²⁵ BELLO JANEIRO, D., “Las novedades...”, op. cit., p. 137.

³²⁶ El artículo 243 de la ley 2/2006 establece que “Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes.”, disponiendo la potestad del abono en metálico en su artículo 246.

³²⁷ REBOLLEDO VARELA, A.L., “La iniciativa legislativa...”, op. cit., p. 86.

³²⁸ Rodríguez Montero recapituló un fragmento de las Actas del Congreso, explicando la relevancia de aquellas discusiones y las posturas respecto a la legítima que se proyectaría en el Derecho gallego, en RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., “Realidad socio-económica, intereses familiares y Derecho sucesorio en Galicia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2005, núm. 9, p. 803: “Por una parte la de los que consideraban que en materia de legítimas se debía de ir más allá de la propuesta de meras correcciones del texto vigente, por entender que «la especial sensibilidad del Derecho sucesorio, y en particular de la materia de las legítimas impide que se pueda incidir en algunos aspectos de las mismas sin que resulte resentido todo el sistema», por lo que –renunciando, a pesar de lo indicado, a presentar en dicha materia una propuesta de revisión pormenorizada del Capítulo VI de la LDCG optaron por presentar al Congreso una cuestión previa que –según decían- condicionaría cualquier posible revisión ulterior del contenido del citado capítulo –proponiendo «ahondar en el principio de libertad de testar al que responde el Derecho gallego» y tomar en consideración las «exigencias de la realidad social actual»-, relativa a los sujetos a los que correspondería la condición de legitimarios, así como del *quantum* de legítima correspondiente [que se proponía en la cuarta parte del haber hereditario para los descendientes, o el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber para el cónyuge viudo]. Proposición ésta que, aun a pesar de los intentos de transacción posterior con los oponentes a la misma, buscando al respecto posibles soluciones intermedias de consenso, no prosperaría. Por otra, la de los que sostenían que el sistema



Aunque en aquellas sesiones, tuvo especial peso específico la negativa a reducir el espectro legitimario que se tomaba como referencia para el Derecho gallego desde el Código Civil, no supondría esta decisión colectiva un anuncio de lo que se vendría a regular en un futuro en la norma gallega, sino que bien al contrario, el criterio de la libertad de testar poco después prevalecería sobre el mantenimiento de la cuota legitimaria, que vendría a instaurarse en la Ley 2/2006.

La Ley 2/2006 suponía un giro radical en favor de la libre disposición por causa de muerte, afectando de manera sustancial a los derechos de los legitimarios descendientes y cónyuge viudo, privando de su condición de herederos forzosos a los ascendientes, atribuyendo un carácter evidente de *pars valoris*³²⁹.

La nueva ley encaja con la ideología o tendencia que pretende desvincularse del derecho legitimario³³⁰, reduciendo la cuota sin suprimirla, en la línea de lo sugerido por una parte significativa de la doctrina. Entendemos que es una norma susceptible de encajar en la nueva propensión legislativa que tiende a la libertad, sin incurrir en el temido libertinaje. Una disposición abierta y acorde a una etapa en la que rigen la flexibilidad y lógica testamentaria, ello pese a que algún miembro del sector notarial, en un profundo y metódico análisis, haya considerado que “...la ley reduce la cuota, suprime la paterna, no menciona la mejora, reconoce en el legitimario los medios de defensa del acreedor. Estas cuatro novedades son insuficientes para calificar el sistema

legitimario no debía de ser modificado, respetándose el régimen jurídico vigente relativo a la naturaleza, determinación de los sujetos en que concurre la condición de legitimarios y cuantía en materia de legítimas, lo que finalmente fue recogido en las Conclusiones definitivas del Congreso, al ser aprobado por mayoría de los congresistas en la Sesión Plenaria de aquél.”

³²⁹ REBOLLEDO VARELA, A.L., “Derecho civil de Galicia: presente y futuro”, *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, p. 39: “En cuanto al régimen de las legítimas, la Ley 2/2006, y quizá sea su aspecto más novedoso y relevante, afronta la regulación de un sistema legitimario esencialmente propio y completo (arts. 238 y sigs.), sin remisiones genéricas al CC como hacía anteriormente el art. 146.2 Ley 4/1995 – aunque mantiene alguna remisión puntual como la del art. 263.4 LDCG en cuanto una de las causas de desheredación –, y con una opción clara a favor de la libertad de testar a través de una configuración de la naturaleza jurídica de la legítima y posición del legitimario que parte de principios diferentes a los del CC – lo que ha de ser tenido especialmente en cuenta en aquellos casos en que la normativa estatal pueda entrar en juego como derecho supletorio conforme al art. 1.3 LDCG –, con una fuerte disminución de la fuerza del sistema legitimario”.

³³⁰ Así lo ha expresado, con reservas, García Presas: “Es indudable que en los ordenamientos en los que existe un sistema de legítimas las voces que propugnan su supresión son las que se están haciendo oír. Sin embargo tampoco puede afirmarse que se trate de posiciones monolíticas, que cuenten con argumentos incontestados ni que pongan de relieve de manera indubitada los beneficios de la supresión de esta institución.” [GARCÍA PRESAS, I., “Visión comparativa del derecho de sucesiones entre la normativa gallega y la estatal”, *Actualidad Civil*, 2013, núm. 3, p. 8].



legitimario”³³¹, además de que “...la ley refleja falta de técnica, de uniformidad en los conceptos y de coordinación en las soluciones”³³².

Resulta destacable pues, que el legislador gallego presenta una legislación civil -concretamente, legitimaria- altamente atractiva y popular, además de que, seguro que bien recibida por la ciudadanía y por buena parte del sector científico, pero no es menos cierto que ha rentabilizado -a nuestro entender, de una manera estratégica y al amparo de su Estatuto- las posibilidades que la misma Constitución le brindó. Lo que resulta algo más cuestionable es la inclusión de Galicia en la tipología de territorios titulares de un verdadero Derecho foral y las nuevas aportaciones a dicho Derecho para deshacerse del lastre legitimario del Código Civil, adoptando un nuevo sistema más acorde con la realidad jurídica actual³³³.

d. El ordenamiento foral catalán: Debilidad legitimaria y moderación en el avance en la libertad de testar

Cataluña representa el ejemplo de un territorio cuya madurez, en lo foral, ha destacado por el ejercicio de un autocontrol razonable en la creación de nuevas normas legitimarias.

La cuantía de la legítima catalana se reputó en el artículo 129 de la Ley 40/1960 de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, como la cuarta parte del haber hereditario, previa la aplicación determinadas reglas³³⁴. Dicha

³³¹ Fiel a su técnica exhaustiva en cada uno de sus comentarios lo ha expresado Bermejo Pumar, al desglosar los preceptos de la ley [BERMEJO PUMAR, M. M., “El sistema legitimario en la Ley 2/2006 de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (Primera Parte)”, *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2008, núm. 65, p. 11.

³³² BERMEJO PUMAR, M. M., *Ibidem*.

³³³ GARCÍA RUBIO, M.P et al., “Las Legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia”, en TORRES GARCÍA, T.F. Coord., *Tratado de Legítimas*, op. cit., p. 204: “En general, las reformas de los sistemas sucesorios continentales de los últimos tiempos, parecen situarse en la línea de la primera de las opciones [refiriéndose a la libertad de testar]...Sin llegar a la opción por la absoluta libertad de testar y, de un modo discutiblemente coherente con lo que ha sido durante siglos la tradición jurídica gallega la nueva regulación supone, en relación con la inmediatamente anterior de 1995, uno de los recorridos más largos realizado por los legisladores contemporáneos de nuestro entorno...el caso gallego, de un sistema legitimario muy amplio y bastante rígido, se ha pasado a otro que ha sido considerado por la doctrina como «una opción clara a favor de la libertad de testar»...solución que en general muchos sectores profesionales de distintos ámbitos jurídicos consideran más adecuado para la sociedad de nuestros días. No se ha llegado sin embargo a la supresión total de la legítima, situación que algunas opiniones consideran el fin del camino...”.

³³⁴ “Artículo 129: La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base resultante de aplicar las reglas siguientes: Se partirá del valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el



cuantía, con claro antecedente medieval pero de ascendencia romana³³⁵, permaneció vigente hasta la Ley 40/1991 de 30 de diciembre del Código de Sucesiones por causa de muerte del Derecho civil de Cataluña, donde en su artículo 355 se volvería a reiterar su contenido, que si bien respetaba su valor esencial, añadía nuevas reglas y especificidades a considerar para el cálculo de la misma³³⁶. Dicho artículo supuso el resultado de la adaptación previa del contenido legitimario en base a la ley 8/1990 de 9 de abril de Modificación de la Regulación de la legítima³³⁷.

La duración de las tareas de preparación del texto legislativo sucesor del de 1990 abarcaría prácticamente una década, que tendría su inicio en el año 2000 y que perseguía una mejora técnica del documento anterior y una actualización del Derecho sucesorio catalán junto a una armonización entre las nuevas normas a confeccionar y las que ya estaban vigentes, siendo el objetivo final, el de alcanzar una moderna unidad orgánica en un nuevo código.

Las modificaciones en las figuras sucesorias en el Derecho catalán configurado desde el año 2008 en la Ley 10, de 10 de julio, relativo a las sucesiones, transcurren por unos nuevos cauces de desarrollo alternativos que, como su propio Preámbulo indica, parecen obviar el método directo de modificación legitimario como solución y se centran en la regulación de mecanismos quizás menos explícitos, pero que igualmente tienden a establecer una ampliación en el factor de libertad en el momento de la

causante, con deducción de las deudas del mismo, los gastos de su última enfermedad enterramiento y funeral. A este valor líquido se añadirá el de los bienes que hayan sido donados por el causante, sin más excepción que las donaciones, liberalidades y expensas a que se refiere el artículo mil cuarenta y uno del Código civil, las efectuadas de conformidad con el uso, el esponsalicio o «escreix» y la «soldada».

³³⁵ Supuso la respuesta a la legítima visigótica de los cuatro quintos, primero reducida a ocho quinceavas partes, en 1283 y convertida al cuarto actual en 1343, bajo reinado de Pedro III.

³³⁶ “Artículo 355: El importe de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas: 1.ª Se parte del valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el causante, con deducción de sus deudas y de los gastos de su última enfermedad, enterramiento y funeral. 2.ª A este valor líquido se añadirá el de los bienes donados por el causante, sin otra excepción que los gastos de alimentos, educación y aprendizaje, cura de enfermedades, equipo ordinario o regalos de costumbre, el esponsalicio o «escreix» y la «soldada». El valor de los bienes objeto de las donaciones computables es el que tenían al tiempo de fallecer el causante, previa deducción de las mejoras útiles costeadas por el donatario en los bienes dados y del importe de los gastos extraordinarios de conservación o reparación que él haya sufragado, no causados por su culpa. En cambio, se añade al valor de estos bienes la estimación de los deterioros ocasionados por culpa del donatario que puedan haber mermado su valor. 3.ª Si el donatario ha enajenado los bienes donados, se le añade el valor que tenían en el momento de su enajenación y, de haber perecido los bienes por culpa del donatario, el valor de éstos al tiempo en que se produjo su destrucción.”

³³⁷ La cual expresó en su Preámbulo que “La presente Ley mantiene la amplísima tradición de la legítima corta como correctivo mínimo de la libertad de testar, rasgo fundamental en la estructura del Derecho Civil de Cataluña. De las distintas opciones posibles, se ha elegido la que conserva la institución de la legítima, si bien se establece algunas modificaciones en la regulación de la misma”.



distribución hereditaria³³⁸. No en balde algún tratadista experto en la materia catalana, como el profesor VAQUER, ha mantenido que “...la legítima sigue sin suprimirse, pero persisten los pasos para reducirla; el legislador catalán parece, pues, preferir la muerte de la legítima por inanición a su mutación por una figura más acorde con los cambios sociales y económicos...”³³⁹.

Tras la última reforma del cuerpo normativo civil catalán se han referenciado repetidamente los esfuerzos por debilitar la legítima de manera colateral, pero sin que ello haya supuesto una afección directa a su estructura básica, habiéndose entendido por el legislador catalán las modificaciones practicadas como cambios plenamente congruentes. Así, se ha mantenido el respeto a la tradición secular basada en la detracción de la cuarta parte del patrimonio del causante. No obstante, regular la continuidad del cuarto legitimario en Cataluña se interpreta de todos modos como una continuidad en el uso de una libertad absoluta que ha presidido su sistema jurídico civil, y en consecuencia, como la consideración del sistema sucesorio catalán en su absoluta identidad y en la plena convicción de su justicia³⁴⁰.

Puede apreciarse una reducción progresiva de los derechos de los legitimarios en cada una de las modificaciones legislativas³⁴¹ que han pasado por sucesivas etapas,

³³⁸ FERRER I RIBA, J., “La Llei de 2008 ha conservat també, amb algunes novetats rellevants, el principi vertaderament vertebrador del sistema successori català, que és el de llibertat de testar i llegítima curta. Amb el manteniment del sistema legitimari vigent, la Llei clou provisionalment, en sentit negatiu, el debat sobre la supressió de la llegítima o la seva conversió en un dret alimentari.” [“Línies generals del nou Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya”, p.4, *XV Jornades de Dret Català a Tossa*, ponencia disponible en <http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos/pon/1/jfr.htm>; fecha de consulta: 29 de septiembre de 2015].

³³⁹ VAQUER ALOY, A., “La legítima en Cataluña”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. Dir. y SOLÉ RESINA, J. Coord., *Tratado...* op. cit., p. 2033.

³⁴⁰ Lamarca confirma dicho extremo a través de sus aseveraciones: “En la meva opinió, no suposa cap decisió incoherent i poc fonamentada mantenir una llegítima curta com la catalana, en un sistema presidit per la llibertat de testar que no propugna la igualtat dels fills, i no aprecio que pogués comportar especials beneficis a les relacions familiars la seva supressió o modificació... Pel que fa a la primera [refiriéndose a la legítima] podem parlar de novetats que aprofundeixen en la tendència secular al seu afebliment, sense que s’hagi produït una reforma o modificació estructural de la institució, ni en la quantia, ni en forma de llegítima conjunta o bé de caràcter alimentici” [LAMARCA MARQUÉS, A., “Relacions familiars i atribucions successòries legals. Novetats en la regulació de la llegítima i la quarta vidual”, *XV Jornades de Dret Català a Tossa*, pp. 1-2, ponencia disponible en <http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos/pon/1/jfr.htm>; fecha de consulta: 30 de septiembre de 2015].

³⁴¹ ROCA I TRIAS, E. “De la llegítima a la *llegítima*. De la pars hereditatis a la pars valoris”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010, núm. 4, p.1150: “La llibertat de disposició «mortis causa» va començar a donar uns passos cap a l’aprimament modern de la llegítima, posant de relleu la necessitat de preservar la llibertat de testar i declarant como a objectiu indispensable el manteniment del *quantum* legitimari de la quarta part...”, debido a lo cual “La llegítima és ara per ara, una institució que gaudeix d’una «mala salut de ferro», perquè va patint un progressiu procés de debilitació, sense acabar de morir mai. Fins ara cap legislador ha estat capaç de donar el pas endavant de la seua supressió, però es van eliminant característiques, de manera que cada cop resulta més débil la posició del legitimari...”.



desde la Ley 13/1984 -en la que se modificó el concepto de cada uno de los legitimarios- pasando por la Ley 8/1990, donde realmente se alteró la legítima en sus elementos estructurales que afectaron a cuestiones tan importantes como el cambio de concepción en su naturaleza –que pasó a ser *pars valoris*- a la reducción del número de legitimarios (exclusión de los ascendientes) o a la consideración de la legítima como un derecho personal.

Las últimas novedades que demuestran la intención de debilitar la legítima catalana están incardinadas, como hemos destacado, en el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 10/2008³⁴², donde, aunque a priori, poco se progresa en relación con la norma anterior -dado que se mantiene intacta la cuantía original de la cuota legitimaria basada en el cuarto y las reglas para su cálculo³⁴³- se han articulado una serie de modificaciones que asisten a dicha institución legitimaria en las posibilidades del testador de aumentar su disposición sobre los bienes en el momento del óbito³⁴⁴, reflejadas, por ejemplo, en la existencia de nuevas causas de desheredación, basadas en la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar (artículo 451.17 e), en la limitación del cómputo de donaciones efectuadas sólo en los diez años anteriores a la muerte del causante, en el aumento de la libertad del mismo para disponer a título lucrativo -donde se sustituyen la imputación de la dote y las

³⁴² La profesora Roca i Trias ha destacado que “El Codi civil de Catalunya, en el seu llibre IV, redactat d’acord amb la Llei 10/2008, de 10 de juliol consolida, per ara, aquesta pèrdua d’importància de la llegítima en el dret català, mantenint, però, la mateixa institució” [ROCA I TRIAS, E. “De la llegítima...”, op. cit., p. 1156].

³⁴³ La legítima, queda conformada en el Libro Cuarto del siguiente modo, según el artículo 451.5: La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas: a) Se parte del valor que los bienes de la herencia tienen en el momento de la muerte del causante, con deducción de las deudas y los gastos de la última enfermedad y del entierro o la incineración. b) Al valor líquido que resulta de aplicar la regla de la letra a, debe añadirse el de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso. El valor de los bienes que han sido objeto de donaciones imputables a la legítima debe computarse, en todo caso, con independencia de la fecha de la donación. c) El valor de los bienes objeto de las donaciones o de otros actos dispositivos computables es el que tenían en el momento de morir el causante, con la deducción de los gastos útiles sobre los bienes dados costeados por el donatario y del importe de los gastos extraordinarios de conservación o reparación, no causados por su culpa, que él haya sufragado. En cambio, debe añadirse al valor de estos bienes la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que puedan haber disminuido su valor. d) Si el donatario ha enajenado los bienes dados o si los bienes se han perdido por culpa del donatario, se añade, al valor líquido que resulta de aplicar la regla de la letra a, el valor que tienen o habrían tenido en el momento de la muerte del causante.”

³⁴⁴ “...si bien es cierto que la discusión sobre la conveniencia o no de mantener la legítima se ha resuelto, por el momento, a favor de esta última...no lo es menos que ha quedado mucho más debilitada. Se ha dado, pues, un nuevo paso en el camino que el ordenamiento catalán ha venido tomando, de forma secular, de ir vaciando paulatinamente de contenido la legítima o, o lo que es lo mismo, de ampliar la libertad de testar.” [EGEA FERNÁNDEZ, J., “La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2010, núm, 54, Vol. II, p. 171].



donaciones por razón de matrimonio por aquellas que ayudan a proporcionar independencia económica y personal a los hijos(artículo 451.8)-, o en la supresión de la reserva binupcial (artículo 411.8), donde sólo cabrá la reserva si el causante lo hubiera previsto.

En los heredamientos también se detecta un cambio sustancial, desvinculándose de su estricta suscripción en el momento del matrimonio y de su elemento formal, en capitulaciones matrimoniales, de forma que con ello se ha considerado una adaptación a la “...actual realidad económica y empresarial del país, de ahí que se ponga especial énfasis en su posible utilidad, junto con el protocolo familiar, para la planificación de la sucesión en la empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional”³⁴⁵, y del mismo modo fuera del ámbito empresarial (art. 431.2).

A pesar del afán de la nueva ley catalana en ser adalid de la libertad dispositiva testamentaria y del elevado número de críticas recibidas al concepto general legitimario acuñado a principios del siglo XX basado en la solidaridad intergeneracional que, a ojos de muchos, ya se muestra desfasado en nuestra sociedad; Cataluña se ha resistido a legislar de manera más generosa para con la libertad desde la perspectiva de la porción legítima³⁴⁶, siendo una muestra más de uno de tantos ordenamientos que, pese a las numerosas reivindicaciones de libertad de testar, pudiendo, no ha convertido en una realidad lo que tantas veces se ha reputado como anhelo y utopía³⁴⁷.

En cualquier caso, han influido en la nueva confección del Código Civil de Cataluña múltiples razones sociales relacionadas con las distintas necesidades por parte

³⁴⁵ EGEA FERNÁNDEZ, J., “La codificación...”, op. cit, p. 176.

³⁴⁶ El profesor Vaquer Aloy, tras considerar superado el concepto de solidaridad intergeneracional en el que se basaron los códigos legitimarios, cuestiona la utilidad actual de la cuota legitimaria basada en esos principios. Pese a ello, “... el legislador catalán parece asumir ese fundamento de la legítima” [VAQUER ALOY, A., “La legítima en el Derecho civil de Cataluña”, *Tratado de Legítimas*, op. cit., p. 475].

³⁴⁷ Al respecto, Ferrer Riba, ha sostenido que, pese a los errores, las oportunidades perdidas y la obstinación en el mantenimiento de un sistema tradicional de raíz romanista, se ha avanzado en la nueva redacción del Libro Cuarto: “El derecho sucesorio catalán ha sido históricamente obra de notarios y la reforma de 2008 ha vuelto a beneficiarse en muchos puntos del imprescindible caudal de experiencia acumulado en la práctica notarial. Es lastimoso, sin embargo, que estas experiencias –valiosas, pero fragmentarias y a menudo muy circunstanciadas– hayan desembocado una vez más en decisiones muy relevantes de política jurídica familiar y sucesoria sin el contraste de estudios empíricos rigurosos acerca de las prácticas y creencias sucesorias de los catalanes, de encuestas sobre sus preferencias, de estudios demográficos o del análisis de las tendencias predominantes en los ordenamientos de países próximos. Pero no es ya momento de lamentaciones. Con muchos más aciertos que desaciertos, el libro cuarto trae consigo una mejora cualitativa evidente del derecho sucesorio catalán, tanto en la forma como en el fondo, y solo queda desearle que tenga una vida larga, cualidad más bien excepcional en el derecho civil catalán de nuestro tiempo.” [FERRER RIBA, J., “El nuevo derecho catalán de sucesiones”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2008, núm. 4, p. 2].



de quienes ocupan la posición de legitimarios y que no son otras que las renombradas y empleadas como argumento sociológico sustancial para invocar lo imperante de un cambio en la legislación de legítimas³⁴⁸ que, si bien no se ha conseguido en la generalidad del ámbito estatal, se hace posible en Cataluña del modo descrito.

Y aunque se reconoce que las necesidades de mayor libertad del testador se han atendido por parte del legislador a través de otros flancos en la última ley de 2008, no falta quien piensa que “...existían buenas razones para la supresión de ese límite inderogable a la libertad de testar, si se tienen en cuenta las condiciones de vida actuales...”³⁴⁹ y también que, a pesar de los múltiples cambios que se detectan a lo largo de la Ley en favor de la libertad de disposición “...no todas las reformas la debilitan bastante [la legítima] o bien es incierto hasta qué punto.”³⁵⁰. No se presenta como aislada dicha opinión, puesto que no obstante las pretendidas reformas que tratan de compensar lo inerte de la modificación legitimaria, resulta insatisfactoria la inmovilidad del legislador en este sentido, a la espera de las futuras iniciativas, que dejan en estado de duda si realmente, una nueva revisión legal apostará por la total supresión de la reserva forzosa³⁵¹.

En este caso, el profesor FERRER i RIBA ha desglosado las razones que le inducen a pensar en la mayor equidad de un ordenamiento catalán en el que la libertad debería ser la protagonista. No debería primar frente a la libre disposición ni la cortapisa

³⁴⁸ La profesora Roca i Trias ha destacado el aumento de la esperanza de vida, el retraso del ingreso de los jóvenes al mercado laboral, la existencia de patrimonios pequeños, las nuevas formas de disolución del matrimonio y la necesidad de proteger a los discapacitados, a lo que debe añadirse la actual estructura de la familia. Los profesores Vaquer Aloy y Valladares, tal y como tendremos ocasión de ver, también han dedicado análisis minuciosos al respecto. En lo referido a Cataluña, Arroyo y Anderson han destacado que “La evolución de la sociedad catalana a lo largo de los últimos veinte años ha sido tenida en cuenta por el legislador catalán en la regulación de un buen número de instituciones. En ese contexto, los cambios que ofrece el Libro IV CC Cat se orientan en una triple dirección: ampliación de la libertad de testar con la introducción de nuevas causas de indignidad, desheredación y prohibiciones de suceder; toma en consideración la naturaleza cambiante de las estructuras familiares; y la reformulación de los pactos sucesorios como instrumento destinado, fundamentalmente, a facilitar la sucesión de la empresa familiar.” [ARROYO AMAYUELAS, E.-ANDERSON, M., “Cambios sin rupturas en el nuevo derecho de sucesiones catalán”, en CUENA CASAS, M. et al. Coords. *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 1706].

³⁴⁹ ARROYO AMAYUELAS, E.-ANDERSON, M., “Cambios...”, op. cit., p. 1716.

³⁵⁰ ARROYO AMAYUELAS, E.-ANDERSON, M., “Cambios...”, op. cit., p. 1719.

³⁵¹ FERRER I RIBA, J., “La successió per causa de mort: Llibertat de disposar i interessos familiars” en FLORENSA I TOMÀS Dir. y FONTANELLAS MORELL Coord., *La Codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 350: “El Llibre IV ha optat, com s’ha apuntat, per continuar el procés d’erosió progressiva de la llegítima, un procés que ve de lluny –que ha marcat de fet tota l’evolució històrica de la llegítima a Catalunya- i que possiblement no hagi acabat encara, a no ser que una propera generació que repensi les bases del Dret successori català opti per abolir-la ras i curt”.



de un impedimento constitucional, ni los desfasados planteamientos que dan soporte a la legítima con razón de ser en la debida solidaridad entre generaciones.

Para ello sería necesario comenzar por afianzar los derechos sucesorios en su justo orden de prelación respecto al individuo en su rol de testador, acudiendo al remedio siempre viable de introducir como propuesta sucesoria la obligación de librar alimentos con cargo a la herencia con destino en los descendientes más necesitados a la muerte del testador³⁵².

A pesar de las conductas similares esgrimidas para el establecimiento de la cuota de libertad, en realidad, la modificación de la materia legitimaria del Código civil de Cataluña se desarrolla de una manera singular: la etapa en la que se encuentra dicho ordenamiento foral, a nuestro entender, se muestra tan evolucionada, que la libertad que otros derechos forales tratan de alcanzar y asimilar en la actualidad -a través sobre todo, de medidas directas que inciden en la modificación del *quantum* legitimario- ya ha sido superada por Cataluña, que moldea su derecho legitimario para adaptarlo a unas necesidades diferentes en el marco de un contexto jurídico de mayor consolidación. Así, no se presenta en esta Comunidad como una cuestión crucial la redefinición de la porción legitimaria, sino que, muy al contrario "...ya no cabe sostener que la legítima es una institución propia de la sucesión testamentaria ni puede afirmarse, salvo que se peque de ofrecer una visión simplista y parcial de la legítima, que se trate exclusivamente de un límite a la libertad de testar"³⁵³.

Por otra parte, tampoco sorprende la manera de proceder del legislador catalán en este sentido, dado que se ha reconocido el Código de Sucesiones de Cataluña como un cuerpo íntegro, completo y perfecto que excluye la posibilidad de aplicación supletoria del Código Civil, regulando de manera autónoma pero consciente sobre las materias de su competencia, habiendo demostrado en la materia legitimaria cierto grado

³⁵² FERRER I RIBA, J., "La successió per causa de mort...", op. cit., p. 360: "Creiem que no hi ha raons per a restringir la llibertat de la persona en el darrer acte de la seva vida més del que se la restringeix durant la mateixa, ni per a restringir-la més per causa gratuïta que per causa onerosa. No ho exigeixen els preceptes constitucionals ni genèriques apel·lacions a la solidaritat familiar. Els deures jurídics sucesoris no han de ser concebuts autònomament com a deures primaris. És més fecunda la seva intel·ligència com a deures secundaris, justificats en deures familiars precedents...La valoració de la llegítima és substancialment més difícil, perquè aquesta institució hauria d'assumir en el moment de la mort del causant la funció que en vida duu a terme el deure d'aliments, que té un compliment molt més continuat i a vegades intermitent. La seva configuració com a dret de quota fixa, en qualsevol cas, és manifestament inadequada per a assolir assignacions de riquesa eficients en la societat actual, ateses les característiques demogràfiques, econòmiques i socials d'aquesta".

³⁵³ VAQUER ALOY, A., "La legítima en el Derecho civil...", op. cit., p. 473.



de moderación, puesto que “...si bien se introducen reformas profundas en diversas instituciones, no se regula ninguna institución que no lo estuviera ya”³⁵⁴.

e. La falta de conciencia foral en el Derecho sucesorio balear

El Derecho sucesorio de las Islas Baleares ha sido calificado como un ordenamiento de escaso contenido normativo³⁵⁵ con un mínimo grado de diferenciación respecto al Código civil, y por lo tanto, con abundantes remisiones al mismo y excesiva dependencia de la Compilación que agrupó su contenido normativo básico.

Frente a él, se han colocado ordenamientos autonómicos con actividad legislativa diferente y aventajada, tanto por tener una conciencia y tradición de especial importancia, como por albergar el deseo de reactivar un Derecho foral traído a colación por motivos identitarios³⁵⁶.

La Compilación de Baleares, aprobada en 5/1961 de 19 de abril, fue modificada por la Ley 8/1990, de 28 de junio y refundida por el Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, estableciendo la cuota legitimaria de los descendientes para Mallorca y Menorca en sus Libros I y II³⁵⁷, donde rezaba del mismo modo que para Ibiza y Formentera³⁵⁸ en el Libro III.

Aunque la reforma de la legislación balear se concibió como necesaria y siguió el mismo trayecto de los distintos territorios forales -que en su mayoría modernizaron

³⁵⁴ VAQUER ALOY, A, “El Derecho civil catalán: presente y futuro”, *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, p. 85.

³⁵⁵ COCA PAYERAS, M., “Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, 2010, núm. 54, Vol. II, p. 187: “El escaso contenido normativo, es consecuencia de una manifiesta ausencia –imputable a los diferentes partidos o coaliciones que han gobernado hasta la fecha- de una política legislativa tendente a actuar las competencias que constitucionalmente tiene la CAIB, para el desarrollo del derecho civil propio”.

³⁵⁶ COCA PAYERAS, M., “Derecho civil...”, op. cit., p. 196: “...el panorama que ofrece el DCIB es poco halagüeño. Junto al escaso contenido normativo, la ausencia de una política legislativa tendente a actuar las competencias que constitucionalmente tiene la CAIB para el desarrollo del derecho civil propio, imputable a los sucesivos gobiernos habidos desde el año 1990 hasta la fecha, contrasta con el gran impulso que han recibido otros ordenamientos civiles autonómicos, como el valenciano y muy significativamente, el catalán.”

³⁵⁷ “Artículo 42: Constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos y, en representación de los premuertos, de sus descendientes de las clases indicadas, la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número.”

³⁵⁸ “Artículo 79: La legítima de los descendientes está constituida por la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y por la mitad de la herencia si excediesen de este número. Los hijos se contarán por cabezas y los demás descendientes por estirpes. Las dos terceras partes o la mitad restantes, según los casos, serán de libre disposición.”



sus respectivas legislaciones a principios de la década de 1990 del siglo XX, separándose de las viejas Compilaciones preconstitucionales- el Derecho civil balear no ha establecido con la debida caracterización las bases de un ordenamiento que le hubiera permitido distinguirse de sus homónimos a través de unas señas de identidad propias.

La doctrina científica balear ha reiterado las críticas de manera constante hacia una norma rectora insular de Derecho civil que meramente conservó la estructura esencial de la Compilación, por lo cual, su reforma se ha considerado de manera constante, en cierto modo, ilusoria³⁵⁹ y de escaso valor e interés jurídico-social. Resultó evidente la aplicación de distintas mejoras técnicas sobre el texto -lo cual incidiría sobre la totalidad de las materias plasmadas en la nueva Ley- pero como decimos, ello no ha sido óbice para que se haya apreciado que “Pese a su aparente profundidad...la reforma no alteró sustancialmente el Derecho civil de Baleares. Fue en ese sentido, más extensa que intensa”³⁶⁰.

Estas consideraciones condujeron a sostener que la norma no se adaptaba a lo que pretendía ser una regulación moderna, siempre demasiado pendiente del texto de la Compilación, que aunque se desvió de su regulación inicial, no innovó en cuanto al contenido y sobre todo, en lo referido a la necesidad de una adaptación al contexto social imperante³⁶¹, siendo reseñable una manifiesta falta de sensibilidad por parte del legislador balear, denotativo de un esfuerzo legislativo “...claramente insuficiente”³⁶².

La reacción parece que no se ha hecho esperar, y en el año 2009 la Comisión Asesora de Derecho Civil creada por Acuerdo del *Consell de Govern* de 9 de octubre de 1998, ha fijado las líneas de actuación para preparar “...una serie de leyes sectoriales que, una vez aprobadas irían derogando parcialmente la CBCB. Se decidió que la

³⁵⁹ TORRES LANA, J. A., “Panorama del Derecho civil de las Islas Baleares”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. et al. Dir., *Derechos Civiles de España*, Vol. VIII, Aranzadi-Grupo BSCH, Navarra, 2000, p. 4742: “La reforma es, a mi modo de ver, engañosa, pues parece de mayor entidad que la que en realidad ha tenido.”

³⁶⁰ TORRES LANA, J. A., “Panorama...”, op. cit., p. 4743.

³⁶¹ TORRES LANA, J. A., “Panorama...”, op. cit., p. 4745: “La valoración global de la reforma no puede, en concordancia con lo dicho, ser positiva, porque la misma persiste en la concepción minimalista sobre el Derecho civil propio...Desde luego, la reforma hubiera constituido una inmejorable oportunidad para proceder al rescate y revitalización de instituciones no compiladas, compensando de esta manera la poda o amputación de las mismas realizada en la preparación del texto anterior. Pero también se hubiera podido...expandir la regulación a casos y supuestos nuevos, para resolver problemas actuales, suscitados con posterioridad al texto compilado, con tal de que mantuviesen conexión con el sistema y enlazasen y se fundamentasen en los principios informadores de éste...”

³⁶² TORRES LANA, J. A., “Panorama...”, op. cit., p. 4757.



primera de esas leyes será la de régimen patrimonial del matrimonio, para posteriormente abordar una ley de sucesiones por causa de muerte...”³⁶³, aunque una década antes, la conciencia y necesidad de legislar en materia de Derecho civil balear ya se encontraba presente en el pensamiento de la profesora FERRER VANRELL, que ya auspiciaba el desperdicio de la oportunidad histórica que supondría el hecho de no activar una política legislativa al respecto, cuya consecuencia inmediata sería colocarse a la zaga en relación con la actitud normativa de otras Comunidades Autónomas. De hecho, la integrante de la *Real Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears* ha tenido la oportunidad para expresar su decepción con la situación legislativa autonómica balear en diversas ocasiones ³⁶⁴.

La disertación sobre la debilidad del Derecho foral balear ha derivado en distintos foros en un debate sobre la utilidad de su sistema legitimario, sobre todo, en relación con su diversa casuística, referenciada en sus respectivos ámbitos territoriales insulares, representados, por una parte, por el régimen mallorquín y menorquín, y por otra, por el ibicenco-formenterense.

La teoría primera, que recomienda de manera firme la adopción de posturas evolucionistas para con las figuras más representativas del Derecho civil balear y de acuerdo con determinadas circunstancias sociales, se ha enfrentado a otras de calado conservador, que observarían con las debidas reservas el cambio en la legislación en materia de legítimas. Por un lado, se dejaría entrever la necesidad de ciertas modificaciones en sede legitimaria el Derecho de las islas, habiendo destacado FERRER PONS que “Quizás lo deseable sea una modificación no limitada, pero este

³⁶³ COCA PAYERAS, M., “Derecho civil...”, op. cit., p. 199.

³⁶⁴ Habiendo aseverado que “Por desgracia somos la Comunidad Autónoma que menos interés ha mostrado por su derecho civil. Cataluña dispone de un código civil adaptado a la sociedad de hoy en día y Aragón Aragón también ha hecho los deberes. Navarra, Vizcaya y Galicia han avanzado y Valencia, que no tenía derecho civil propio, lo ha ejercitado gracias a su Estatuto. En la comisión asesora balear vamos por el tercer proyecto sobre el régimen económico matrimonial, sin que ninguno de estos documentos se haya tramitado en el Parlament. Cada vez que hay un cambio de Govern, estos proyectos se van a la basura...Nuestra Compilación va camino de convertirse en un libro de museo porque no lo adaptamos a la realidad social. Es una pena que teniendo una legislación propia, los políticos hayan sido tan poco sensibles.”. [diario de mallorca.es, en <http://www.diariodemallorca.es/mallorca/2011/12/20/comunidad-interes-muestra-derecho-foral/729866.html>; fecha de consulta: 2 de septiembre de 2015]. Vid. también las conclusiones de la nombrada catedrática en este sentido en FERRER VANRELL, M. P., “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, julio 2008, p. 18. En este sentido la profesora Llodrà también ha afirmado que “...El no uso de la competencia en desarrollo del derecho civil supone una pérdida de la oportunidad de desarrollo del mismo...” [LLODRÀ GRIMALT, F., “Un impulso al derecho civil balear: los contornos del derecho civil balear <<posible>>”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2004, núm. VII, p. 91].



enfoque tiene el inconveniente de ser mucho más laboriosa, lo que dilata el tiempo de su preparación, desembocando, en ocasiones, en una consecuencia no deseable: que se malogre el trabajo de reforma por cambios personales en la composición de Comisiones y/o de órganos de decisión.”³⁶⁵ Pero por otra, parte, debía ponderarse la tarea de manera prudente, lo que inducía a actuar de manera algo menos enérgica, por cuanto “...una reforma de máximos del sistema legitimario exigiría el mismo enfoque para el resto del régimen de sucesiones, y el resultado no deseable sería inevitable. Por ello quizás sea más aconsejable una revisión menos profunda de todas las instituciones actualmente contenidas en la Compilación e incorporar otras nuevas.”³⁶⁶.

Atenuaría el problema de la legítima de los descendientes en Mallorca el hecho de que la reducida tasa vigente de hijos por matrimonio, activase por defecto la cuota más reducida de la legítima, sin que el perjuicio causado a la libre testamentifación pudiera estimarse tan pernicioso, decantándose la Comisión Académica de Derecho Privado de las Illes Balears por la reducción de la legítima de los ascendientes, así como por la ampliación de la cuota legitimaria del cónyuge viudo. Era necesario mantener entonces –esta vez apelando a lo genuino de la institución legitimaria balear- la legítima de los descendientes, “...variable según el número de hijos conforme a la solución justiniana...Por su origen y ser caso único en el Derecho civil español”³⁶⁷.

En Ibiza y Formentera tampoco deberían esperarse grandes cambios, puesto que ESCANDELL y CERDÁ GIMENO en la misma Comisión ya apuntaron hacia la posición favorable de la inalterabilidad de la figura legitimaria basándose en un criterio histórico³⁶⁸, postulando también su inclinación por la legítima de los ascendientes y por la del cónyuge viudo, a pesar de no estar incluida esta última en la tendencia tradicional de las Pitiusas.

Si bien a juicio de los citados juristas no resultaba acuciante una reforma en el sistema legitimario balear, por haber quedado constatadas sus ventajas, que con sus particularidades y un amplio margen de libertad, respetaba -de acuerdo también con las

³⁶⁵ FERRER PONS, J., “Sistema legitimario de las Illes Balears”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2010, núm. XI, p. 309.

³⁶⁶ FERRER PONS, J., *Ibidem*.

³⁶⁷ FERRER PONS, J., “Sistema legitimario...”, *op. cit.*, p. 312.

³⁶⁸ FERRER PONS, J., “Sistema legitimario...”, *op. cit.*, p. 322 “...son partidarios de mantener la legítima de los descendientes, por ser tradicional en la Isla.”

exigencias sociales- los deseos de los testadores y las necesidades de los sucesores³⁶⁹. En este supuesto, es destacable que la condición de notarios en los suscriptores de dicha opinión no implicaría, como venía siendo habitual, que los mismos se decantaran por una mayor exigencia de libertad con fundamento en la dilatada práctica jurídica cotidiana, sino que bien al contrario, dicha práctica serviría para convencerse de que era necesario seguir operando con los criterios legitimarios comunes³⁷⁰.

En definitiva, una reforma de máximos del sistema legitimario exigiría el mismo enfoque para el resto del régimen de sucesiones, y el resultado no deseable sería inevitable. Por ello quizás resultaría más aconsejable una revisión menos profunda de todas las instituciones actualmente contenidas en la Compilación, incorporando además, otras nuevas.

Siendo así “...la vigencia histórica legitimaria en el Derecho romano en Mallorca”³⁷¹ con destino en los descendientes y en el cónyuge viudo³⁷² debía

³⁶⁹ FERRER PONS, J., “Sistema legitimario...”, op. cit., p. 323: Refiriéndose el notario Cerdà Gimeno “...a la inexistencia de una demanda social de modificación de la normativa legitimaria, que, por otra parte, no viene dando lugar a la aparición de graves problemas en su aplicación...”.

³⁷⁰ FERRER PONS, J., “Sistema legitimario...”, op. cit., p. 324: Por lo tanto, la decisión fundamentada en un cambio debería ser contrastable: “Y en cuanto a la posibilidad de que el informe de esta Comisión venga precedido de macroencuestas para recabar las diversas opiniones que hoy en día puedan merecer las legítimas previstas en nuestra normativa, hay que decir, de entrada, que los escasos medios y recursos de esta Academia impiden la realización de estas actuaciones; sin olvidar lo peligrosas que pueden ser las encuestas cuando las preguntas se someten a la consideración de personas que –incluso a pesar de su condición de juristas– no tienen un conocimiento pleno de la materia encuestada, pues no olvidemos la especialización hoy imperante. Sí tienen precisamente este conocimiento quienes han integrado la Comisión redactora de este estudio, pues han estado durante muchos años en contacto con la población, y, por ello, tienen plena conciencia de los pareceres de la misma sobre los temas que se han expuesto. En definitiva, la praxis acumulada durante muchos años de experiencia por los miembros de esta Comisión es la base del estudio por la misma realizado. Aparte de ello, bastantes de las cuestiones abordadas entrarían dentro de lo que se denominan «retoques técnicos».”.

³⁷¹ MASOT MIQUEL, M., “Los principios generales del Derecho sucesorio balear”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2001, núm. V, p. 100.

³⁷² MASOT MIQUEL, M., “Los principios generales...”, p. 110: “En definitiva, creo que cabe considerar como un principio general de nuestro Derecho la concesión de legítima a los descendientes y cónyuge viudo. De entrada, por el innegable arraigo de una y otra dentro de nuestra tradición jurídica. Pero, aparte de ello, y fundamentalmente, por su concordancia con la conciencia jurídica colectiva y con la realidad social. No encaja con nuestros esquemas que el cónyuge viudo quede desposeído de la herencia del cónyuge premuerto. Ha de haber una parte –aunque sea en usufructo– que se transmita al mismo y que le sirva para mantener el nivel de vida de la familia. Y ello además, en la mayoría de supuestos, viene abonado por razones de justicia, dada la intervención del cónyuge viudo en la formación del patrimonio familiar. Indudablemente, las corrientes legislativas van en camino de concederle una mayor presencia jurídica en la herencia del que fué su consorte. Posiblemente a esta causa ha obedecido la innovación efectuada por la actual Compilación que –resucitando la «parte de cámara» de la que antes se ha hablado– atribuye en propiedad al cónyuge sobreviviente la totalidad del ajuar doméstico, sin computárselo en su haber; aunque no entendiéndose comprendidos en el mismo las joyas y objetos artísticos o históricos de considerable valor (art. 3). Tampoco encaja en nuestros esquemas jurídicos que los hijos no tengan algo de la herencia paterna, aunque ello es hoy en día más discutido. Tal vez Mallorca y Menorca tengan un componente conservador que no acaba de ver con buenos ojos –salvo que mediara justificación– que la



mantenerse. Ello significaba que tanto en Mallorca como en Menorca se elevaba a principio general la legítima para ambos destinatarios. MASOT a principios del siglo XXI volvía a tomar como punto de partida las opiniones de CERDÁ GIMENO en sus comentarios a la Compilación de 1961, el cual hacía suyas las ideas del segundo, reconociendo que la enjundia y el matiz controvertido de la institución legitimaria debía ser resuelto en el territorio pitiuso también mediante la conservación de la cuota de los descendientes, aunque no tenía una tradición tan evidente en la cuota para el cónyuge viudo. En última instancia, “...no existe tampoco una continuidad histórica clara sobre quienes sean las personas con derecho a legítima para formular un principio general similar al que se ha estructurado con relación al Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca.”³⁷³.

Los planteamientos que han aconsejado una postura comedida en la regulación de la legítima han sido los más numerosos en el ámbito balear³⁷⁴. La predilección por la vigencia de una estructura sucesoria basada en una legítima mínima y modulada por el número de hijos ha tenido el soporte doctrinal más numeroso -entendiendo por tal, el analizado en las presente líneas- reconociéndosele a dicha figura la ecuanimidad necesaria para abrigar conjuntamente los intereses de los hijos y del cónyuge viudo, y sin que ello -del mismo modo- haya de suponer una carga exorbitante para el testador. En virtud de este planteamiento, se podrían admitir incluso sistemas parecidos al balear, pero siempre bajo la premisa permanente de la existencia de una cuota fija indisponible impuesta al causante³⁷⁵. En determinados casos se aprecia igualmente esta convicción

herencia pase, en detrimento de los hijos, a personas no familiares del testador o ligadas con vínculo más débil de parentesco. Y los hijos, por su parte, quieren tener algo de lo que fue propiedad de sus padres y no sólo por meras razones de apego material. Late en ello la continuación de la institución familiar a través de las sucesivas generaciones.”

³⁷³ MASOT MIQUEL, M., “Los principios generales...”, p. 110.

³⁷⁴ FERRER PONS, J., “Libertad dispositiva «mortis causa» y el Derecho civil de Mallorca”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 1992, núm. II, p. 109: “Finalmente, y desde una pura óptica de jurista. creo hay que ser muy prudente y reflexivo en la utilización de la idea de la libertad. Pienso que, algunas veces y quizás inconscientemente, la cuestión se plantea, en forma muy simplista, en estos o parecidos términos: Las legítimas implican una limitación de la libertad dispositiva del causante y la libertad es un valor supremo del Ordenamiento jurídico, que éste debe no sólo proteger sino potenciar”.

³⁷⁵ Masot, en su discurso de contestación a Ferrer Pons sostuvo una idea similar: “...tal vez sea más justo y racional el tratamiento que se da a la legítima en el Derecho civil catalán, que parte de una conceptualización de la legítima distinta de la de nuestro Derecho y de la del Código civil. Se respeta, en definitiva, el derecho del legitimario, pero no creo que haya necesariamente que darle un tratamiento tan privilegiado como el que actualmente tiene y ya finalizado el paseo académico, se impone retomar el hilo y hacerme de nuevo la pregunta con que habla iniciado mis palabras. ¿Legítimas Sí? ¿Legítimas NO? Permitidme que abandone un momento el rigor del lenguaje académico para hablar en lenguaje coloquial, en el «roman paladino de hoy con el que suele el pueblo hablar a su vecino» Y digo: Legítimas sí, pero legítimas «light» es decir, legítimas bastante descafeinadas [MASOT MIQUEL, M., “Contestación al



en la mencionada continuidad del sistema legitimario establecido, junto a la consideración del progreso de cada período histórico, habiéndose llegado a reflexionar sobre la conveniencia de un cambio que sin embargo, no parece que afecte de lleno al sistema legitimario, sino sólo a sus elementos adyacentes³⁷⁶.

Podemos destacar el contraste entre la escasa iniciativa legislativa de su cuerpo normativo, y el atributo característico que el Derecho civil balear mantiene, como pocos derechos forales de una cuantía legitimaria variable en función del número de legitimarios, cualidad ésta que fue solicitada como sumamente útil y adecuada en los debates de las postrimerías del siglo XIX, propuesta como una alternativa de no poca viabilidad, susceptible de aplicación al nuevo Código que regiría para todo el Estado.

La propensión en las Islas Baleares hacia el deseo de no abandonar su sistema legitimario, que por lo demás, se ha reputado por la gran mayoría –pese a la opinión basada en el anquilosamiento general de su Derecho- como un sistema justo y adaptado a las exigencias sociales actuales; ha venido respaldada, aparte de por el pretexto histórico aludido, por argumentos que entienden el balear como un sistema ponderado³⁷⁷, pero que como decimos, sin embargo encuentra en sus antípodas la catalogación de ordenamiento estancado y falta de recursos normativos innovadores en el ámbito permitido por nuestra Carta Magna.

discurso de Jaime Ferrer Pons”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 1992, núm. II, p. 121]. La referencia al modelo catalán también la tomó León Pina al hablar de la prelación que en el sistema de fuentes debe ocupar el ordenamiento balear: “El Derecho catalán, con la perfección técnica a que ha llegado en el actual Código de sucesiones, puede ser un buen espejo, una legislación modelo, que habrá que estudiar a la hora de enfrentarnos ante este procedimiento revisor de la Compilación...” [LEÓN PINA, G.M., “Apuntes para la revisión del derecho sucesorio pitiuso”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre 2002, Vol. LV, núm. 4, p. 1711].

³⁷⁶ CLAR GARAU, R., *El Derecho foral de Mallorca*, LLeonard Muntaner, Palma, 2005, p. 136. El notario no acaba de perfilar su postura, porque por una parte, entiende que “Respecto a la legítima de los descendientes parece que debería mantenerse, quizás, variando su cuantía según la situación de minoría de edad o incapacitación atemperándola a circunstancias reales. En cualquier caso, como hemos dicho antes, se deberán actualizar las causas de desheredación...El único fundamento legal de las legítimas radica en que son una compensación de la obligación de prestar alimentos y habría que perfilar mejor cuál es el alcance de esta obligación, destacando un poco más la afectividad y reduciendo la carga material y económica. En unas jornadas de la Fundación Aequitas de octubre del 2003 se aprobó una recomendación consistente en el estudio de la posible *supresión general de las legítimas*”, pero por otra, también es partidario de “...estudiar muy a fondo el tema para no cometer equivocaciones; pero parece claro que es un tema a reformar”. No se acaba de entender demasiado si conviene una reforma del sistema que previamente se ha sostenido que no conviene modificarse o si realmente lo que se pretende son reformas parciales que acompañen al sistema de la legítima balear, que debe permanecer inalterado.

³⁷⁷ Algunos autores, incluso, han considerado intocable el Derecho pitiuso: “...el Libro de Ibiza y Formentera contiene una regulación cuasi perfecta de las legítimas, que obedece a la coherencia del pensamiento de su autor, por lo que introducir cualquier cambio deber [sic] objeto de un profundo estudio para evitar que el puzzle se descomponga” [LEÓN PINA, G.M., op. cit., p. 1715].



En este sentido se ha aludido a la “encrucijada”³⁷⁸ del Derecho civil de las Islas Baleares de la que únicamente puede salirse elaborando un texto “...de procedencia íntegramente balear” que debería estructurarse sobre “...el engarce con la tradición histórica...la incorporación de nuevas materias regulables en desarrollo del Derecho propio sobre la base de la conexión institucional y...la vertebración y coherencia del sistema civil para evitar los parches, las antinomias, las contradicciones y, en definitiva, las «ruedas locas»”³⁷⁹.

Sin duda, el Derecho civil balear atraviesa, en el supuesto objeto de examen, por una situación de bloqueo creativo, en la que intervienen, por una parte, la posibilidad de legislar, y por otra, antagónicamente, la obstrucción causada por una autolimitación política. De *lege ferenda* podría proponerse –entre otras muchas leyes- la elaboración de un Anteproyecto de Ley Balear de Sucesiones, en el que se mantuviera la presencia del tercio y la mitad legitimarios en función del número de descendientes, reduciendo la legítima de los ascendientes y ampliando debidamente, como es deseo general en este territorio, la legítima del cónyuge viudo.

A ello podría añadirse -al estilo vasco que trataremos a continuación- la unificación de criterios legislativos de ambos grupos insulares, al menos en materias tan fundamentales y conciliables –habida cuenta de lo común de la cuantía y de las escasas divergencias en el *quantum*- como son las legítimas, consiguiéndose con ello una mayor concisión, claridad y unidad en el sistema jurídico.

Dicha empresa, además de suponer una trascendente clarificación, daría pie al establecimiento de un punto de partida para la normalización de un Derecho civil que precisa urgentemente de un reencuentro consigo mismo, a la vez que supondría la colocación en el mismo nivel alcanzado por los ordenamientos forales homónimos.

³⁷⁸ TORRES LANA, J. A., “Veinte años después (Una reflexión sobre el Derecho civil de las Islas Baleares a raíz del Estatuto de Autonomía)” en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 2402.

³⁷⁹ TORRES LANA, J. A., “Veinte años después...”, op. cit., p.2403.



f. La huida de la fragmentación en el Derecho legitimario vasco

Un territorio foral destacable por sus particularidades legitimarias, sin duda, sería el Derecho civil vasco.

Hablar de Derecho foral vasco supondría, básicamente, referirse a derecho de sucesiones, por lo importante de su presencia en dicho ordenamiento.

La base consuetudinaria de las tres provincias vascas y parte de la influencia del Derecho de Castilla³⁸⁰ tuvo como desenlace la formación de un Derecho civil no uniforme dentro de un territorio que sin embargo, hasta la actualidad no se ha resignado a perder su identidad común, habiendo querido reflejarla en un ordenamiento jurídico foral armonizado.

La Ley 30 de julio de 1959 sobre Compilación de Derecho civil foral para Vizcaya y Álava, junto a diversos cuerpos normativos vascos posteriores, como la Ley del Parlamento Vasco de 1988 de modificación parcial del Derecho civil foral, derogados ambos por la Ley 3/1992 de 1 de julio de Derecho civil foral del País Vasco y por la Ley 3/1999 de 26 de noviembre de modificación de la Ley de Derecho civil del País Vasco, establecieron el régimen legitimario histórico en la Comunidad foral vasca, que quedó, para el territorio de Ayala, en una completa libertad de testar³⁸¹, para el territorio de Infanzonado o Tierra Llana de Vizcaya, en la antigua legítima establecida

³⁸⁰ Así lo explica el maestro en Derecho foral vasco, Adrián Celaya, en una referencia al Derecho histórico: “En los territorios que fueron antiguos Reinos como Navarra o Aragón...el Derecho Civil se formó libremente y sin obstáculos y era un cuerpo completo de leyes y costumbres. En Álava, Guipúzcoa y Bizkaia la situación era diferente. Los tres territorios vivieron durante la Edad Media unidos a la Corona de Castilla. Guipúzcoa y Álava desde los primeros años del siglo XIII y Bizkaia desde 1379, fecha en que el señor de Bizkaia hereda la Corona de Castilla. De cualquier manera que se interprete la unión con Castilla de las tres provincias que luego serían llamadas vascongadas, no supuso, la pérdida de las viejas leyes, usos y costumbres. Pero dado el carácter consuetudinario del Derecho vasco, no era posible evitar que, sobre todo en Guipúzcoa y Álava, las normas de un sistema jurídico muy desarrollado como era el de Castilla, penetrasen hondamente en su territorio.” [CELAYA IBARRA, A., “El Derecho civil y los juristas vascos”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2003, Año 1, núm. 1, p. 47].

³⁸¹ En el artículo 134.1 del Libro II, dedicado al Fuero Civil de Álava, referido al Fuero de Ayala en su integridad en la Ley 3/1992, donde se disponía que “Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren.”. En dicho territorio, como es sabido, se aplicaría el derecho legitimario foral ayalés sólo a los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, pertenecientes a la localidad de Artziniega; y en los municipios alaveses de Llodio y Aramaio, regiría el Fuero de Vizcaya, según el artículo 146 de la mencionada Ley 3/1992.



en las Partidas y también en las Leyes de Toro³⁸² -y que ni siquiera rigió en el régimen legitimario castellano posterior, de los tres tercios- y por último, para el de Guipúzcoa, en la sujeción a las disposiciones generales legitimarias del Código Civil³⁸³.

La antedicha fragmentación existente en el Derecho foral consuetudinario de Vizcaya y de Guipúzcoa repercutiría en las mismas divergencias de pareceres a la hora de perfilar el nuevo Derecho vasco a principios de la década de 1990³⁸⁴. Además, la articulación del nuevo método de elaboración de un cuerpo jurídico propio en base a las nuevas directrices constitucionales, fue otro obstáculo que ralentizó la conformación de un ordenamiento foral en vías de renovación desde la Compilación³⁸⁵. En la nueva ley se mantendría no obstante un espíritu tradicional de las instituciones consuetudinarias, las cuales se consideraban susceptibles de una adaptación sin conflictividad en una época de mayor modernidad, que estarían orientadas hacia un “sistema de Derecho civil vasco más integrado y homogéneo”³⁸⁶, incluyendo instituciones jurídicas que no se

³⁸² El artículo 55 del Libro I del Fuero Civil de Vizcaya rezaba de la siguiente forma: “La legítima de los descendientes se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador. El quinto restante es de libre disposición, si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo”. Sin embargo, hemos de considerar la utilización de las normas sobre legítimas del Código Civil en sus territorios no aforados, que según el artículo 6 de la Ley 3 serían las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugaleta y Plentzia, de la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao. Cabe destacar que el régimen vizcaíno mantuvo una esencia troncal desde el Fuero Viejo de 1452, tomando a partir del Fuero Nuevo la institución legitimaria como referencia por influjo del derecho castellano. Sin embargo “...la troncalidad constituye, en este ordenamiento, un auténtico molde configurador y delimitador del derecho de propiedad sobre los inmuebles vinculados mediante el que se restringe la facultad dispositiva del dueño con un muy concreto fin: garantizar su continuidad en el círculo parental, protegiendo el carácter parental del patrimonio...” [GALICIA AIZPURUA, G., “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, *Tratado de Legítimas*, op. cit., p. 420].

³⁸³ En el Libro III del Fuero Civil de Guipúzcoa simplemente se hacía notar en su artículo 147 que “Se reconoce la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Gipuzkoa, las cuales deberán ser actualizadas por ley del Parlamento Vasco. 2. El Gobierno Vasco y las instituciones forales de Gipuzkoa promoverán y estimularán los trabajos necesarios para que el derecho consuetudinario de dicho Territorio Histórico quede definitivamente formulado en los términos de su vigencia actual.”. Si bien, en dicho derecho habría que añadir matizaciones en lo referido a la transmisión indivisa del caserío. Se ha destacado uno de los elementos propios del derecho sucesorio guipuzcoano acasado y su interés en la transmisión indivisa de este patrimonio familiar rural, que funciona, “...no como un sistema legitimario propio, sino como un mecanismo para modular el del Código civil” [ASUA GONZÁLEZ, C.I., “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco”, *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, 2010, núm, 54, Vol. II, p. 213].

³⁸⁴ Etapa denominada por el profesor Jacinto Gil como “encuentros en la primera fase” debido a la aproximación jurídica entre provincias y su plasmación dentro de un mismo cuerpo normativo [GIL RODRÍGUEZ, J. “¡Por fin hacia un Derecho civil vasco!”, en GÁZQUEZ SERRANO, L. Coord., *¿Hacia dónde van ...*”, op. cit, p. 255].

³⁸⁵ Celaya ha manifestado abiertamente que en 1992 “No queríamos dar pasos demasiado firmes, simplemente marcábamos el terreno sobre el que era preciso actuar. Nos dominaba el temor de que la ley vasca fuera recurrida ante el Constitucional” [CELAYA IBARRA, A., “Nuestra libertad de testar”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2010, Año 8, núm. 19, p. 11].

³⁸⁶ MONREAL ZIA, G., “Codificación civil y legislación foral de Bizkaia”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2013, T. LXXXIII, p. 249.



recogían en aquella Compilación primera o que se incluían de manera insuficiente, sobre todo y con importante relevancia, en el aspecto sucesorio³⁸⁷.

Así, la indicada variedad jurídico-sucesoria en el territorio vasco llevó a encuadrar dicho sistema en una tradición de diversidad inter e intraterritorial³⁸⁸, donde el afán por una mejor regulación de la transmisión del patrimonio familiar en algunas de sus circunscripciones guipuzcoanas, llevó a preparar la Ley 3/1999, que complementó de este modo a su predecesora y que, al menos, en lo referido a la troncalidad, se desviaba de la libertad que se perseguía conseguir en la propia norma³⁸⁹. El objetivo constante y de actualidad sería pues, en la línea de lo que también sucede en la actualidad, de “...desarrollar, ampliar y crear instituciones civiles comunes a los tres territorios, aunque conservando las especialidades territoriales más características de los Derecho vizcaíno y ayalés”³⁹⁰.

A principios del siglo XXI se volvería a emprender un nuevo proyecto de unificación civil vasca, que en el año 2007 presentó la Academia Vasca de Derecho³⁹¹, tras los primeros intentos efectuados por la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País entre los años 2001 y 2002³⁹². Entre 2007 y el último tercio de 2008 se expuso el parecer experto ante la Comisión de Instituciones e Interior del Parlamento Vasco, de las directrices a seguir en la génesis del nuevo Derecho civil de Euskadi, donde la

³⁸⁷ MONREAL ZIA, G., *Ibidem*: “En materia de sucesiones, innova en la regulación del testamento por comisario o *alkar-poderoso*, y recupera, como acabamos de señalar, el testamento mancomunado o de hermandad. Actualiza la sucesión forzosa y *ab intestato*. Al dar más juego a la libertad civil tradicional, vuelve a situar los pactos sucesorios en el centro de la escena. El principio del pacto impera también en el régimen de bienes en el matrimonio. La Ley simplifica los derechos de adquisición preferente de los tronqueros y el derecho de saca foral. En cuanto al Fuero de Ayala, que conecta en su amplísima libertad testatoria con las tendencias punteras en el moderno Derecho sucesorio, define el apartamiento como único condicionamiento de la omnímoda libertad del causante. Y da satisfacción a una antigua aspiración guipuzcoana al reconocer la vigencia de sus instituciones consuetudinarias, a la espera de que más adelante, con el progreso de los estudios sobre ellas, se regulen con mayor precisión.”

³⁸⁸ ASUA GONZÁLEZ, C.I., “Situación actual...”, *op. cit.*, p. 209.

³⁸⁹ ASUA GONZÁLEZ, C.I., “Situación actual...”, *op. cit.*, p. 213: “Pero las restricciones pueden proceder, además, de la institución de la troncalidad...pues en virtud de la misma existe una limitación que afecta a la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de los bienes raíces situados en el infanzonado. Tal limitación, y en aras del carácter familiar del patrimonio, supone que la disposición se ha de realizar respetando los derechos de los parientes tronqueros...ello podría determinar que...la restricción a favor de los descendientes fuera superior a lo establecido en sede de sucesión forzosa si los bienes troncales excedieran de los cuatro quintos del patrimonio; o que, no existiendo legitimarios, el causante viera mermada su libertad por existir parientes tronqueros...Con base en lo anterior no puede sino llamar la atención el que en la tradición foral vizcaína se haya hablado de *libertad de testar*...”

³⁹⁰ MONREAL ZIA, G., *op. cit.*, p. 250.

³⁹¹ Antes, para impulsar dicha reforma, tuvo lugar la presentación en mayo de 2006 una proposición no de ley del Grupo Parlamentario Socialista Vasco.

³⁹² El 31 de diciembre de 2001 se presentó al Gobierno y Parlamento Vasco el anteproyecto de ley civil vasca.



libertad de testar tendría un marcado carácter de renovador jurídico. A pesar de que el final de dicho período parlamentario no supondría, ni mucho menos, la conclusión exitosa de un debate uniformado iniciado hacía casi una década.

Era ciertamente difícil de conseguir el equilibrio de la libertad de testar en un territorio tan reducido como el de Ayala, enfrentado al término medio de una disposición sucesoria como la vigente en Guipúzcoa, y que además, contrastaba en gran medida con la de Vizcaya, por su amplia restricción sobre el poder decisorio del testador. Y era difícil conseguirlo porque el contrapeso de la tradición foral vasca no facilitaba la labor en este intento de unificación, hasta que el propio País Vasco se vio influenciado por las exigencias de los tiempos y por la vorágine normativa autonómica, contagiada por otras Comunidades forales.

Ante este panorama y ante las apocadas perspectivas de legislar de manera novedosa por parte de las instituciones vascas³⁹³ urgía la necesidad de confeccionar un marco normativo por encima de un marco territorial tan dispar que contribuyera a uniformar el Derecho civil sucesorio de cada una de las regiones vascas, o al menos, aproximarlos, que por lo demás, se consideraban como provincias hermanas que, aunque con peculiaridades propias, debían tender a una uniformidad en las líneas básicas de la legislación y a una simetría en sus postulados jurídicos de más relevancia³⁹⁴.

El profesor GIL RODRÍGUEZ, a propósito de aquellas comparecencias ante la Comisión, realizó una interesante recopilación de las opiniones de cada uno de sus asistentes³⁹⁵, donde resultó destacada, tal y como ya hemos advertido, la importancia de

³⁹³ Perspectivas calificadas por Asua de poco ordenadas y necesitadas de un orden para evitar el “Gruyere normativo” vasco [ASUA GONZÁLEZ, C.I., “Situación actual...”, op. cit., p. 215].

³⁹⁴ CELAYA IBARRA, A., “La nueva foralidad en el último proyecto de Ley Civil Vasca”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2011, núm. 21, p. 11: “La diversidad, que no responde a diferencias de la vida social actual, sólo conduce a dificultades en la aplicación de las normas y crea diferencias de tratamiento jurídico que cada día tienen menor justificación. Pretendemos generalizar a toda la Comunidad Autónoma las normas que lo permiten, manteniendo la peculiaridad en aquellas normas que lo requieren cuando, como la libertad de testar ayalesa, muy arraigada en la población y que no se podría suprimir sin violencia. Los redactores de este proyecto queremos un Derecho Civil para todo el País Vasco. Quizá sea ésta la más trascendental decisión que propone el Proyecto. El País vasco es, por su esencia, variado y distinto. La historia hizo que Bizkaia, Guipúzcoa y Alava tuvieran destinos separados aunque paralelos. Y se organizaron de distinta manera, pese a que, en lo esencial, fueran las mismas las necesidades y los problemas a los que debían atender y muy similares las costumbres en que plasmaban.”.

³⁹⁵ Y así nos lo mostró en su artículo ya citado “¡Por fin hacia un Derecho civil vasco!”, [op. cit.].



la libertad de disposición en la confección de un nuevo sistema civil uniformado³⁹⁶. En relación con la relevancia del sistema de libertad en la testamentifacción, encontramos como una de las más interesantes la efectuada por GALICIA AIZPURUA, que defendiendo la libertad de testar como solución global en el territorio del País Vasco, sin embargo, abogó por un sistema moderado por una reducción en la cuota de reserva, sin alcanzar la completa supresión, compensado por el establecimiento de una legítima colectiva, al estilo del Derecho Vizcaíno y complementado por una cuota alimenticia para los descendientes con manifiesta necesidad de percibirlos³⁹⁷.

En el año 2007 la tendencia hacia un sistema proclive a la libertad de testar y a la atenuación de la troncalidad ya se destacaba como manifiesto, de modo que algunos especialistas, como el anterior, simplemente apuntaban una reducción del sistema legitimario, y otros concretaban su voluntad de manera explícita, con una mayor moderación en la variedad de la nueva cuota³⁹⁸. El sistema de legítima colectiva sobre los dos tercios de la herencia y la exclusión de la mejora, parecía consolidarse como la opción que más convencía: representaba el alejamiento de los agresivos postulados económico-liberales procedentes de las revoluciones industriales, al tiempo que

³⁹⁶ Finalizaba su trabajo el Dr. Gil con incertidumbre sobre el futuro del Derecho vasco: “De alguna forma y por lo que ahora diré, a modo de conclusión, el Derecho civil vasco sigue estando a la espera de una decisión autonómica de política legislativa. Por dos veces el Parlamento Vasco ha hecho amago de afrontar el desafío de seleccionar el rumbo e impulsar la marcha hacia un Derecho civil congruente con las necesidades de la actual sociedad vasca. El primero de los intentos (1982-1992) vino a esfumarse pro bono pacis, en obsequio a un respeto de los derechos e instituciones de los Territorios Históricos que realmente disimulaba la propia indefinición de los poderes autonómicos. Tampoco la segunda tentativa (2005-2008) ha logrado fructificar, esta vez, ‘salvados por la campana’ o, dicho más técnicamente, por obra de la caducidad implícita en la finalización de la VIII Legislatura.” [GIL RODRÍGUEZ, J. “¡Por fin hacia un Derecho...”, op. cit., p. 273].

³⁹⁷ GALICIA AIZPURUA, G.H., “Breves reflexiones acerca de la sucesión forzosa en el Derecho vasco. Perspectivas de futuro” en <http://www.parlamento.euskadi.net/irud/08/00/012545>. Pdf [fecha de consulta en 19de septiembre de 2015].

³⁹⁸ Andrés Urrutia, de manera diferente, como presidente de la Academia Vasca de Derecho en su comparecencia sobre el anteproyecto de ley, suscribió “...un sistema sucesorio válido...que sin coartar su libertad permita una evolución gradual hacia una mayor libertad de testar, planteada ésta como una ordenación de los bienes dentro de la familia y no como una exigencia absoluta, sin más...”, por eso defendería que “...la generalización de un sistema sucesorio aplicable a los ciudadanos...es la reducción de la cuantía de 4/5 para los vizcaínos aforados del caudal relicto a 2/3, de forma paralela a la del Código Civil, si bien con la gran diferencia de ser ésta una legítima colectiva...” [URRUTIA BADIOLA, A., “Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2007, núm. 4 (extraordinario), pp. 182-183]. Esta fue la porción que con posterioridad referenciarían otros juristas como CELAYA, basándose en el mismo anteproyecto de ley, [CELAYA IBARRA, A., “Las Legítimas”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2007, Año 5, núm. 12].



posibilitaba un mayor margen para el padre, de cara a una distribución de la herencia únicamente entre sus hijos e incluso nietos³⁹⁹.

Debía entenderse, no obstante, como un sistema actualizado el nuevo Derecho vasco, de modo que el esfuerzo a legislar sobre las nuevas instituciones sucesorias debía mantenerlas “...no tal como se formularon hace quinientos años, sino en una sociedad acomodada a una forma muy distinta de la foral”⁴⁰⁰, ello sin apartarse del espíritu foral y consuetudinario del que CELAYA no quiso olvidarse. Unas costumbres, que sin embargo debían evolucionar en el territorio vasco hacia la modernidad porque a todos mueve “...la inquietud de avanzar más, porque hace tiempo que nuestra sociedad dejó de ser puramente rural”⁴⁰¹.

Si bien en 2011 se retomarían los trabajos de este proceso legislativo desde la anterior legislatura ratificándose algunas instituciones en la cuantía de los dos tercios de legítima global⁴⁰², en mayo de 2012 la Academia Vasca de Derecho y el mismo Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya acometieron una nueva propuesta de Ley Civil Vasca, haciendo virar el porcentaje de la legítima a la cuantía de un tercio en lo que entonces sería el artículo 49 de dicho esbozo normativo⁴⁰³.

Tras las distintas manifestaciones legitimarias en los derechos forales sucesorios, Euskadi ha replanteado su modesta postura inicial, tal vez con el deseo de no quedarse atrás en su aspiración a la libertad de disposición testamentaria. Efectivamente, da la

³⁹⁹ CELAYA IBARRA, A., “Las Legítimas”, op. cit., p. 130: “El paso siguiente que sería el de poder testar sin límites a favor de extraños me parece un salto mortal no aconsejable...Quizá se pueda elevar esta cuota, pero en esta fase no lo considero aconsejable...Creo más importante llegar a una legítima, colectiva y de libre reparto, de dos tercios de la herencia, algo que se aproxima más a la situación actual en Guipúzcoa, Álava y buena parte de Bizkaia, y nos permite unificar el sistema sin que nadie se siente lesionado...”. En trabajos posteriores parece mantener una posición en la que reconoce aún los amplios márgenes de esta propuesta: “De este modo, no hacíamos violencia a los territorios de Guipúzcoa y Alava en los que el Código Civil está, en este aspecto, plenamente introducido. Si me decís que esa legítima es también muy amplia, estoy de acuerdo. Lo que ocurre es que quizá los redactores de la reforma somos hombres prudentes que no quieren cambios demasiado violentos, que probablemente han de llegar en el futuro.” [CELAYA IBARRA, A., “Nuestra libertad...”, op. cit., p. 14].

⁴⁰⁰ CELAYA IBARRA, A., “Hacia una ley civil vasca”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2007, núm. 4 (extraordinario), p. 25.

⁴⁰¹ CELAYA IBARRA, A., “Nuestra libertad...”, op. cit., p. 16.

⁴⁰² GRUPO DE ESTUDIO DE DERECHO CIVIL FORAL DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL SEÑORÍO DE BIZKAIA, “Notas, reflexiones y propuestas al anteproyecto de la ley civil vasca”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2011, Año 10, núm. 21, p.68 [únicamente se hace notar la cuantía del Anteproyecto sin mayores opiniones.].

⁴⁰³ La expresión quedó reflejada del modo que sigue: “El texto quiere establecer una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco. Creemos que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlos a otras legislaciones europeas. La única salvedad es la que necesariamente hay que hacer con el valle de Ayala/Aiara, a fin de respetar su libertad absoluta de testar al otorgar testamento.” [Propuesta de Ley Civil Vasca, p. 29].



impresión de que el nuevo legislador vasco se ha desviado del rumbo conservador presente en ensayos normativos anteriores, apostando decididamente por el método que podría predicarse como representativo del siglo XXI, consistente en reducir hasta la mínima expresión la legítima, pero sin llegar a prescindir de ella. No puede negarse que el carácter colectivo de la reserva, sin duda, dota de mejores condiciones a la nueva estipulación sucesoria, lo cual podría ser motivo suficiente, por el momento, para conformar incluso a las opiniones más proclives al establecimiento de un mayor margen de actuación del testador respecto a la distribución de su caudal hereditario.

Tanto ha sido así, que la Ley 5/2015 de 25 de junio de Derecho Civil Vasco - durante las fechas en las que redactamos estas líneas, todavía pendiente de finalización su período de *vacatio legis*-, ha venido a establecer un verdadero punto de inflexión⁴⁰⁴ tanto en lo referido a normativa sucesoria constitucionalmente amparada, como a los parámetros del derecho comunitario más reciente, al legislar contando con las demandas sociales de la actualidad. Con la presente ley se pretende apaciguar la complicada diversidad de ordenamientos territoriales en el territorio foral vasco, tendiéndose a la unificación de criterios legitimarios⁴⁰⁵ al tiempo que respetándose aquella libertad que resultaría injusto y violento suprimir⁴⁰⁶.

Por ese motivo, en función del articulado de la nueva ley se instaura una cuota legitimaria uniforme en las tres provincias, respetándose en Vizcaya -aunque reducido y

⁴⁰⁴ Derogando las leyes 3/1992, de 1 de julio y la 3/1999, de 26 de noviembre en lo relativo al Fuero civil de Guipúzcoa.

⁴⁰⁵ Así lo explica la Ley 5/2015 expresamente su Exposición de Motivos en su número II: “El texto pretende tener vigencia en toda la Comunidad Autónoma Vasca. Sus disposiciones han de ser aplicadas en todo el territorio porque, aunque es cierto que históricamente siguieron Álava, Gipuzkoa y Bizkaia distintos caminos, son escasas, y en muchos casos más formales que materiales, las diferencias en el amplio campo de la costumbre foral” [BOE de 24 de julio de 2015, p. 62313].

⁴⁰⁶ Por supuesto, nos referimos a la imperecedera libertad de testar en el territorio de Ayala: “Esta circunstancia ha permitido redactar un texto unificado que puede ser aceptable para todos los vascos, salvo en los casos de leyes y costumbres muy diferenciadas, como ocurre con la libertad de testar ayalesa, o la troncalidad y el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio vizcaíno.” [ibídem]. Se insiste sobre el particular seguidamente en la misma Exposición de Motivos del texto legislativo, sobre el logro de la unificación: “En cuanto a la sucesión forzosa, hay grandes divergencias en nuestro Derecho histórico que convendría reducir en todo lo posible. El Fuero de Ayala mantiene la total libertad de testar que, dado el arraigo que esta libertad tiene en esa zona, se cree prudente mantener. Por lo demás, rige en muchos lugares el sistema de legítimas del Código Civil, salvo en Bizkaia, en la que la legítima, tomada de la Ley de Partidas que regía en Castilla, contraria a nuestra tradición, era de los cuatro quintos de la herencia, pese a que el Código Civil la hubiera reducido a dos tercios, uno de legítima estricta y el otro de mejora. El texto quiere establecer una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco. Se estima que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlos a otras legislaciones europeas. La única salvedad es la que, una vez más, opera en el valle de Ayala, a fin de respetar su libertad absoluta de testar al otorgar testamento.” [BOE de 24 de julio de 2015, p. 62314].



limitado el derecho de parentesco a un tercer grado- el régimen de troncalidad⁴⁰⁷, y en Álava, donde se formaliza y ratifica la libertad de testar⁴⁰⁸; conformándose finalmente la cuota de reserva forzosa en un tercio del caudal hereditario⁴⁰⁹.

Recientemente y en los primeros foros de discusión de la norma, ya se ha apuntado que el nuevo sistema legitimario corresponde a las circunstancias que la nueva ley ha tenido en consideración, como las nuevas formas de sociedad o de la familia. El hincapié en la importancia atribuida a la libertad civil ha pretendido ser el punto de partida, siguiendo la inspiración del moderno Derecho europeo, que precisamente será un promotor clave en el comienzo de la uniformidad y de la mentalidad aperturista, no sólo en el Derecho vasco, sino en la nueva vertiente del Derecho sucesorio dentro de cada uno de los Estados⁴¹⁰.

Ante esta evolución, no cabe más que felicitar al legislador vasco, que ha conseguido progresar hacia una libertad legitimaria a pesar de su acervo jurídico secular, de modo similar a la Comunidad gallega, variando ostensiblemente su cuota legitimaria, aunque no hemos de ver reconocido el mérito únicamente en la labor de

⁴⁰⁷ Que por algunos autores ha sido considerada más acorde a otra etapa histórica en la que el mantenimiento del patrimonio de la familia se presentaba crucial. No obstante, En la propia Exposición de Motivos de la nueva Ley se pone de manifiesto que “A principios del siglo XX, la troncalidad era probablemente la institución más típica y la más apreciada por los juristas vizcaínos. La evolución de la actual sociedad parece poco favorable a las instituciones de este tipo, aunque su arraigo en Bizkaia hace aconsejable mantenerla. La ley mantiene viva en Bizkaia la institución de la troncalidad y el ejercicio del derecho de saca foral cuando se enajenen los bienes troncales. De la misma forma, pretende aclarar y facilitar las formas de ejercicio de este derecho y, en cierto sentido, suavizar sus aplicaciones que pueden parecer excesivas. La innovación más importante es que la tradicional nulidad absoluta de los actos realizados a favor de extraños a la troncalidad, muta en una nulidad relativa o anulabilidad limitada en el tiempo, pues ha de ejercitarse dentro del plazo de cuatro años desde la inscripción en el Registro de la Propiedad”. En el Artículo 47.2. se refleja su regulación, que se mantiene: “Las normas sobre la troncalidad en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia, y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio, prevalecen sobre la legítima, pero cuando el tronquero sea legitimario, los bienes troncales que se le asignen se imputarán a su legítima.”

⁴⁰⁸ “Artículo 89. Libertad de testar en el valle de Ayala. 1. Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho.”

⁴⁰⁹ “Artículo 49. Cuantía de la legítima de los descendientes. La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario.”. Dicha norma viene a matizarse en el artículo 48.2 de la Ley, en la que mantiene su carácter de legítima colectiva, estableciendo que “El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.”

⁴¹⁰ Un ejemplo de estos primeros debates, posterior a la promulgación de la ley, lo tenemos en el primer encuentro entre Mario Martínez de Butrón, decano del Colegio Notarial del País Vasco; Borja Iriarte, magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco; Txemi Gorostiza, abogado y miembro del Grupo de Estudio del Derecho Civil Foral del Colegio de Abogados; y Andrés Urrutia, notario, presidente de Euskaltzaindia y miembro de la Academia Vasca de Derecho; donde se ha considerado como un avance “histórico” de vital relevancia para su aplicación a la sociedad actual [http://ianasagasti.blogs.com/mi_blog/2015/07/el-derecho-foral-se-renueva-y-se-aplicar%C3%A1-a-todos-los-ciudadanos-vascos.html]; fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015].



llevar a cabo la ampliación del margen de disposición testamentaria, sino también en el resultado de conseguir una unificación jurídica sin precedentes. Por lo tanto, insistimos en lo meritorio de la empresa, sin dejar de reconocer que se reduce la dificultad de dicho cometido si se dispone de la baza que la propia Constitución dispensa a través de su artículo 149.1 8ª, privilegio que no han tenido otras comunidades que antaño contaron también con un Derecho foral propio, promotor de la misma libertad de testar.

g. El séptimo en discordia: La Comunidad Valenciana como territorio de Derecho foral

Hasta la actualidad, la evolución de los derechos forales estudiados y la relevancia en cada uno de sus ámbitos nos recuerdan la posibilidad perdida por causa de la historia de haber acuñado un Derecho civil propio de especial significación en el ámbito valenciano.

No nos resulta posible efectuar un análisis en las mismas circunstancias que las existentes en los derechos forales maduros y consolidados, siendo la única alternativa, por el momento, la de limitarse al estudio de las decisiones tomadas en este ámbito por el gobierno valenciano a raíz de la nueva legislación autonómica, sobre todo, en el ámbito del Estatuto de Autonomía del año 2006, que legitima de nuevo a nuestros órganos legislativos para acometer decisiones en materia legislativa foral⁴¹¹.

La crítica hacia el elenco normativo generado no ha sido intrascendente, por cuanto desde la primera Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial -pendiente de resolución por causa de su recurso de inconstitucionalidad desde el año 2009- pasando por la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven o la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas- no ha habido más que cortapisas por parte del gobierno central a la regulación de normas de dicho cariz. Pero si tal es el interés en el freno a estas iniciativas, la acción que se debería haber llevado a cabo para seguir en esta línea de veto constitucional sistemático –y que tampoco se ha ejecutado- sería la afección del Estatuto de Autonomía -siquiera

⁴¹¹ El empeño en la conservación de la terminología “foral” es manifiesto a lo largo del Estatuto. En este caso, en su Preámbulo, y en los artículos 3.4, 7.1, 8.2, 65.1, 37.2, 49.1-2º, 58.2, 71.1 c) y en la Disposición Transitoria Tercera.



mediante un recurso de inconstitucionalidad- dado que dicha norma es la que ha abierto el camino a la actividad legislativa valenciana civil propia y la que ha posibilitado la actuación con cierto margen al legislador valenciano sin que ni la Constitución ni el Tribunal Constitucional hayan formulado reparo alguno.

Pese a ello, con cierta falta de esperanza se ha acometido, en lo que concierne al objeto de nuestra materia, el Anteproyecto de Ley Valenciana de Sucesiones, que ni el propio *Consell* se ha atrevido a transformar en norma debido a las objeciones por distintos colectivos y operadores jurídicos y consultivos. Allí se regulaba un derecho legitimario fiel a la legítima valenciana *de triente et semisse*, que hubiera supuesto un claro avance en lo referido a la libertad del testador.

Además, el anteproyecto coadyuvaba a facilita la sucesión en el régimen de la empresa familiar, del mismo modo que antes de la reforma, regulaba la Ley de Derecho Civil del País Vasco en relación con la exención de computación legitimaria del caserío guipuzcoano.

En este Anteproyecto, que desconocemos si alcanzará a ver la luz después de 6 años en el limbo jurídico, tampoco se establecía una libertad absoluta de testar, conservando el espíritu legitimario romano.

Y del mismo modo sucede en el resto de territorios forales, donde excepto en los dos contados supuestos de Navarra y Ayala, no se habilita de manera íntegra la libertad de testar, principio que queda proscrito pese a la evolución en la actualidad hacia unos márgenes más amplios en todos los derechos forales, y más en sus nuevas versiones legislativas.

Por lo tanto, en este caso, hablar de futuro del Derecho valenciano, para algunos, es hablar de una mera costumbre respetada sólo en materia de arrendamientos rústicos, para otros, de resoluciones administrativas que desarrollan materias de Derecho público estatal, y para los que más aspiran, es hablar de Derecho foral con origen histórico que a la luz del nuevo Estatuto y respetando la Constitución, debería resurgir en la nueva Ley Valenciana de Sucesiones. Esta última tendencia ha sido la que más opositores ha tenido, por no considerarla real y sobre todo, poco útil, dado que se ha llegado a postular que muchas normas de Derecho civil que se han pretendido desarrollar no tienen un encaje serio con los *Furs*.



Ello llama la atención por cuanto el legislador gallego y el vasco entronizan nuevas formas legitimarias sin demasiada relación con su costumbre y con poco arraigo en su tradición, con el único salvoconducto de ejercer esta posibilidad bajo el amparo de ser territorios de Derecho foral incluidos en el ámbito de lo permitido por el artículo 149.1.8ª.

En este sentido la cuestión no es pacífica en absoluto, pero resulta meridianamente claro a la doctrina que no es partidaria de resucitar un viejo Derecho por razones históricas o peor aún, meramente nostálgicas, por considerarlo de poca utilidad o simplemente, porque resulta de imposible encaje con la Constitución. La legiferación civil por parte de la Comunidad Valenciana desde hace casi una década y aún hoy en la actualidad hunde su punto de apoyo en un terreno deleznable e inconsistente⁴¹², y a la luz de lo comprobado “...dentro de un panorama donde la incertidumbre es la nota característica que rodea a todas las iniciativas legislativas habidas hasta la fecha”⁴¹³.

Quizás la solución que debería plantearse al presente problema sería la reforma de la Constitución en el sentido de permitir, si no el desarrollo de leyes conforme a un criterio autonomista –que interesaría a las Comunidades Autónomas que no gozaran de Derecho foral- la concesión legislativa a los territorios a los que no se restableció su Derecho foral tras la Nueva Planta, lo que realistamente sería altamente improbable, por suponer una reforma *ad hoc* para nuestra Comunidad, hoy por hoy, sin relevancia para para el legislador constitucional.

La segunda opción hubiera sido que el Ministro de Justicia en la época codificadora hubiera tenido la vecindad civil valenciana, desempeñando el mismo papel que Bugallal en el conocido apego por su tierra gallega.

⁴¹² La competencia con “pies de barro” a la que se refirió el maestro Montés [MONTÉS PENADÉS, V.L., “La inesperada resurrección del Derecho foral valenciano”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3, 2009, p. 12].

⁴¹³ REYES LÓPEZ, M.J., “Panorama de las normas de Derecho de familia en la Comunidad Valenciana”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2014, núm. 20.



h. Breves reflexiones sobre el avance de los Derechos forales y la correlativa paralización del Derecho común

Llegados a este punto resulta inevitable la comparación entre evoluciones legislativas de ambos ordenamientos, esto es, hablar de la consabida flexibilidad, el dinamismo y de las aspiraciones de Derecho civil en los distintos ámbitos del Derecho foral, frente a la posición siempre estática del Derecho común en el resto de territorios no forales.

Las posibilidades sucesorias basadas en la figura de la legítima se plantean numerosas, y no sólo en el ámbito puramente legitimario, sino en el que se dedica a la transmisión de la empresa y del patrimonio familiar, por lo demás, de gran tradición en la foralidad.

Parece que a estas alturas es constatable el hecho de que ambos ordenamientos - sectoriales y central- compiten en la creación de figuras jurídicas para otorgar soluciones en sus diversas circunscripciones al fenómeno de la sucesión, pero no es menos cierto que los Derechos especiales se han provisto de medios un tanto más efectivos, por haber sido confeccionados a su propia medida y con una mayor conciencia y compromiso en su propia costumbre.

En vista de las decisiones legislativas en cada uno de los parlamentos autonómicos, siguen aumentando las distancias entre dichos ordenamientos y el estatal en favor de los primeros; a lo que debe añadirse el esfuerzo continuado de las comunidades forales, representado por la creación de modificaciones sucesorias mediante las que los derechos especiales enervan la efectividad y aplicación de las reservas forzosas y amplían su libertad testamentaria, facilitando la labor al causante, que desempeña su papel de una manera -si se nos permite la expresión- más soberana.

Entendemos que no sólo se trata de la superioridad de estos derechos -que emplean la regulación de pactos sucesorios, de testamentos mancomunados, que dan un mayor protagonismo a la legítima como parte de valor, o utilizan cualquier otro mecanismo inserto en la tradición foral innovando en el modo de ejercer la testamentifacción- sino de modificar el entramado esencial de la reserva forzosa, cuestión que los meritados derechos han abordado exitosamente, aunque no de manera contundente, en el sentido de suprimir las legítimas de raíz.



Sí que es cierto que el legislador estatal ha repensado en los últimos años – al igual que el legislador territorial- nuevas fórmulas innovadoras que le podrían atribuir cierto grado de libertad al causante⁴¹⁴, pero de un modo tan tímido que incluso recientemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido que extender la interpretación de los casos de desheredación en favor de la libertad, aunque éste parece un remedio que no ha gozado de demasiada popularidad⁴¹⁵ como medida susceptible de reforzar el ámbito de dicha libertad.

Podríamos pensar que dichas decisiones han ayudado, pero se obvia el paso más importante, esto es, la actuación directa sobre el epicentro de las dificultades, consistente en la reducción de la cuota legitimaria. Al fin y al cabo, esta limitación representa el método más directo mediante el que el testador no foral aprecia inmediata y espontáneamente la justicia de su ordenamiento y las posibilidades para repartir su patrimonio al morir.

Siendo así, el remedio más eficaz que otorgaría un mayor grado de libertad civil es el empequeñecimiento de la cuota de reserva forzosa, y no los métodos auxiliares⁴¹⁶ con los que se “parchea”⁴¹⁷ una cuestión a la que se debería dar una respuesta más satisfactoria, eficaz y apropiada. El Derecho foral ya habría alcanzado el estadio más

⁴¹⁴ Por ejemplo, en los casos de la ampliación de la regulación de preceptos que dan soporte a la regulación mediante entrega en metálico de la cuota legitimaria, o el debilitamiento de la cuota legitimaria en favor del discapacitado mediante fideicomisos sobre la legítima de los coherederos.

⁴¹⁵ O’Callaghan ha entendido que la ampliación de las causas de desheredación no son la solución para ampliar la libertad testamentaria [O’CALLAGHAN, MUÑOZ, J., “A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima”, *Actualidad Civil*, mayo 2015, núm. 5]

⁴¹⁶ Delgado Echeverría lo explica con gran claridad al hablar de la instrumentalidad de los medios que dan soporte a la libertad de testar: “Podemos, sin embargo, prever que en los próximos años se introducirán reformas en algunos artículos del Código civil sobre Derecho de sucesiones. Recientes leyes y el anuncio de algunas iniciativas convencen de que el legislador español utiliza el articulado del Código como herramienta de legislación instrumental, dirigida a atender demandas sociales para ocuparse de problemas que la opinión pública presenta como acuciantes. Legislación instrumental que inevitablemente –en muchos casos, también queridamente- tiene una función simbólica: el Código civil es entonces escaparate de lujo para la expresión de deseos y valores socialmente compartidos”. Por otra parte y en consecuencia, “No espero que llegue en los próximos años al Parlamento ninguna iniciativa que tenga como objeto la supresión de las legítimas (ni siquiera la de los ascendientes) o una modificación a fondo de las mismas. He indicado antes algunos indicios que me llevan a esta previsión: sobre todo, la debilidad de los indicios de que algo se mueve. Sin embargo, es muy posible que reformas puntuales de objetivos diversos sigan erosionando los planteamientos originarios, en el sentido de facilitar el pago de la legítima, en dinero, en ciertos casos cada vez más generales y de limitar la cuantía cuando a costa de la legítima el causante atiende a determinadas finalidades privilegiadas por la ley. Podrían darse también cambios respecto de la imputación y computación de donaciones o en otros aspectos asimismo teóricamente secundarios. Algunas reformas quizás mayores podrían derivar de una distinta consideración del cónyuge en el fenómeno sucesorio.” [DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Orientaciones para una posible reforma del Derecho sucesorio”, *XV Jornades de Dret Català a Tossa, 2008*, pp. 2 y 4].

⁴¹⁷ Adjetivo empleado por muchos autores, por cierto, una de cuyas pioneras fue la profesora, Díaz Alabart.



avanzado de la cuasi-libertad, por eso estaría legitimado para utilizar medios complementarios a la misma, de manera más desenvuelta. El Derecho estatal tiene aún pendiente la modificación de su libertad de disposición, pero también utiliza estos “parches”, cuando quizás, los pasos deberían darse en otra dirección.

En este caso deberíamos tomar el ejemplo del Derecho foral, pero sin grandes aspiraciones, quizás, y por eso, de manera realista y conociendo las dificultades de la instauración de la total libertad de testar –dado que ni en las mismas foralidades se instala la misma, ni siquiera en las que han podido operarse de este modo a raíz de las reformas más recientes-, deberían centrarse los esfuerzos en conseguir una reducción de la cuota legitimaria a un tercio del caudal, otorgándole como medida de refuerzo, un carácter colectivo. Con ello, el anquilosamiento del Derecho común en algo se “fluidificaría”.

1.6.12 Conclusiones

- La unidad, el acercamiento entre legislaciones, fue uno de los fines –al menos, el que con mayor interés se quiso promulgar- de la elaboración del texto articulado civil. El ideal perseguido sobre la confección de un código único para tantas regiones de curso histórico propio que habían acuñado una impronta particular en sus instituciones autóctonas, arrojaría la dificultad de alcanzar una unanimidad, un acuerdo que pudiera conformar a todos. La legítima tampoco fue materia ajena a dicha dificultad. No se aceptaría la libertad de testar navarra, catalana ni aragonesa, que se predicaban más plenas y completas que la castellana, a pesar de que se intentó buscar la avenencia con el sistema de tercios.

- Por estos motivos, no servirían de justificación, ni los tres cuartos de libre disposición de Cataluña, ni la libérrima facultad de testar de Navarra, ni siquiera la legítima simbólica de Aragón (Balears, Galicia y las Provincias Vascongadas fueron poco aludidas en los debates) para evitar los reproches lanzados por miembros de la Comisión parlamentaria y de las Cámaras, dirigidas a aquellos que ostentaban vecindad foral y que defendieron la similitud entre el tercio legitimario castellano y las posibilidades que cada uno de los territorios forales ofrecían en cuanto a reservas forzosas, postulando además, la escasa diferencia entre ellos. Las acusaciones a dichas



regiones, por el constante hecho del enaltecimiento foral de los representantes de los sistemas legitimarios -que a juicio de otros, serían provocadores de injusticias y desigualdades-, las repetidas contiendas fundadas en recriminaciones, por no avenirse unos a lo solicitado por los otros, así como los cálculos aritméticos, en el intento de demostrar que el sistema de tercios era más justo que los restantes; fueron las materias que constantemente ocuparon las polémicas sesiones.

- Los diputados y senadores representantes de los territorios forales, defendieron con mayor o menor predisposición al pacto algunos de sus sistemas legitimarios. En la medida que no fueron pocos los representantes regionales que intentaron transigir, se podrían reputar de injustos los continuos envites al Derecho foral, máxime cuando no supieron entenderse estas posturas contrarias a dichos ordenamientos por parte de los que prostularon dichas posturas contrarias. No sería lo mejor lo castellano por el hecho de suponer una mayoría. Silvela y Bofarull supieron trasladar este sentimiento a su obra⁴¹⁸, y Alonso Martínez, presumió, acertadamente la reacción de cada territorio tras la expresión de sus opiniones⁴¹⁹.

- El estado de no alteración del derecho foral –que seguiría rigiéndose por sus mismas particularidades- y el avance –pese a lo sostenido por los intervinientes más conservadores en los debates- del derecho legitimario castellano hacia un sistema de tercios, que le otorgaba un porcentaje más elevado en las posibilidades testamentarias referentes a la libre disposición, hace presumir que no entrañó tanta aludida pérdida de oportunidad a ningún ordenamiento, por cuanto ninguna de las partes resultó finalmente perjudicada en sus intereses. Más bien sería el sistema castellano el claro beneficiado en el procedimiento legislativo, a pesar de que los letrados castellanos mostraran como verdadero interés, la pretendida unificación jurídica civil, que además, resultó un fracaso. Parece extraño entonces que no se atendiera a la previsión de que una libertad

⁴¹⁸ MORET Y PRENDESGAST, S. y SILVELA DE LE VIELLEUZE, L., *La familia foral y la familia castellana. Memoria premiada por la Academia Matritense de Jurisprudencia y legislación en el concurso abierto en 20 de junio de 1862*, Imprenta y Librería de la Señora viuda é hijos de D. José Cuesta, Madrid, 1863 y DE BOFARULL Y DE PALAU, M., *La Codificación Civil en España. Consideraciones acerca de la discusión de este tema en el último congreso jurídico*, Imprenta de A. Pérez Dubrull, Madrid, 1887.

⁴¹⁹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 1811, Sesión de 17 de abril de 1889, Núm. 97 (p. 2613 del Diario de Sesiones, Congreso): “La lectura de esas Memorias [se refiere a los representantes de Aragón, Cataluña, Navarra, Mallorca, Vizcaya y Galicia] me convenció de que por aquel procedimiento no llegaríamos nunca á una concordia, porque, en suma, lo que se deducía de aquellas Memorias era que los catalanes querían regirse por la legislación catalana, los navarros por la legislación de Navarra, los aragoneses por la legislación aragonesa, y que por lo menos tenía que haber cuatro códigos en España.”



tan preciada en los territorios forales, como era la libertad de disponer *mortis causa*, sería salvaguardada con no poca vehemencia en la contienda parlamentaria.

- En defensa de la legítima, acompañando al patrón del fundamento cristiano y al amor que los padres debían profesar hacia los hijos, las mejoras finalmente recibieron su apoyo como instrumento para dotar de flexibilidad a la libre disposición de las partes, cuyo éxito, quedó establecido en el cuerpo legislativo resultante. Ello sería una buena muestra de otro progreso en la creación castellanizada de un código único.

- Otro de los puntales sobre los que descansaron los argumentos de los valedores legitimarios fue la igualdad entre hermanos y la injusticia leonina representada por la decisión del padre para desigualar a los hijos, haciendo uso de sus facultades de repartidor de la herencia. Dentro de la regulación legitimaria, el fortalecimiento de la autoridad paterna fue el principio que prevaleció en el mismo Dictamen de la Comisión del Senado, con el pretexto de otorgar flexibilidad y mayor libertad en el momento de la disposición de los bienes y de poner remedio a posibles situaciones injustas. Esta mayor libertad en la disposición sería la que otorgaría carta de naturaleza a la fortificación de la autoridad paterna, cristalizada en la irradiación del poder del padre sobre el resto de miembros de la familia.

- No obstante, con la consecución del sistema de tercios se recondujeron con carácter general, una serie de premisas en favor de la libertad de testar que guiarían hacia el logro de una mejor cristiandad y a la evitación de corrupciones espirituales y abusos injustificados de los padres en sus últimos momentos de vida. El establecimiento de la libertad para repartir el caudal hereditario otorgaría autoridad, fuera de todo género de dudas, pero ello no significa que dicha autoridad, pretendida cristiana, fuera utilizada de modo juicioso, como pretendía atribuírsele con carácter dogmático en el Código Civil pendiente de redacción. Atendiendo a esta contingencia, más bien, la potestad del padre debería haberse entendido de modo diferente, aumentando la confianza en él, como padre testador, sujeto de derechos y amparado por un ordenamiento capaz de reconocer el derecho de propiedad en su plenitud, incluso para después de la muerte, en virtud de las facultades de disponer de las que fuera titular en vida. Con el criterio decimonónico pues, se actuaba la libertad de testar amparándose en criterios de libertad civil, pero siempre desde la necesaria perspectiva de que los hijos debieran ser



igualados, debido a las negativas consecuencias que habrían de tener unas facultades de testar con injusticia paterna, que se presumirían habituales.

- El recurso de la estadística se mostró significativo, simbolizando la evidencia empírica mediante la que se pretendió constatar si la legítima realmente suponía una fuente de disputas en distintos territorios, tomando para ello el motivo inmejorable para la propuesta de enmiendas en su contra, persiguiendo de este modo su derrocamiento. No parece que aquellos datos pudieran otorgar completa fiabilidad, ni que fueran en modo alguno, susceptibles de utilizarse como argumento demostrativo de la falta de utilidad o no, de la institución legitimaria. Ello se debe a que la falta de conflicto en las legítimas podría haberse dado en algunos casos, en virtud de un aquietamiento de los herederos perjudicados, asumiendo que ningún remedio pudieran articular frente al sistema legitimario impuesto –pero no por el hecho de considerar mejor, el sistema legitimario- salvo la práctica del socorrido fraude de ley de enajenar bienes, perjudicando la legítima de los herederos forzosos. Sin embargo, como decimos, ello podría no significar que los afectados estuvieran de acuerdo con la misma. Aducir que la consecuencia inmediata y automática de la existencia de la institución legitimaria fuera la fuente de conflictos por razón de la materia o que contribuyera a solucionarlos, y que estadísticamente, se pudiera construir con ello un sólido argumento, consistiría en la utilización de premisas que no penetraron en la causa fundamental del problema para los que buscaron respaldar la vigencia y continuidad de la causa legitimaria.

- Tras los debates, llegado el momento de pronunciarse sobre la tan discutida Base 15^a, Silvela recapituló el parecer de la Comisión, que se decantaba por el mantenimiento íntegro de la base, interpelando a los miembros del Senado para proceder a la votación; siendo aprobada la misma por 53 votos a favor, y 12 en contra⁴²⁰. Otros pareceres más conservadores, convertidos al papel en forma de enmienda, y de acuerdo con el derecho anterior a la reforma, se podrían encontrar en el Congreso⁴²¹. Se volvía pues, una vez tras otra, a resultados manifiestamente contrarios a

⁴²⁰ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 407, Sesión de 25 de abril de 1885, Núm. 109 (p. 2264 del Diario de Sesiones, Senado).

⁴²¹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 889, Apéndice Segundo al número 169 del Diario de Sesiones de Cortes, Congreso. Enmienda propuesta el 10 de junio de 1885 en el Congreso, a la por entonces base 15^a del proyecto, del Sr. Molleda, en la que solicitaba se suprimiera el inciso que trata del haber hereditario entre los hijos, y se sustituyera con el siguiente: “continuará en vigor la actual legislación de Castilla sobre legítimas y mejoras de los descendientes, pero se podrá reducir la mejora del tercio a una mitad”.



la libertad de testar. Tanto en los Congresos de Jurisconsultos de Madrid y de Zaragoza, como en el ámbito más formal -donde se expresaría la voluntad legislativa codificadora- fue manifiesta una falta de resolución que pretendía convertir la libertad de testar en una realidad. No obstante, continuas expectativas, perspectivas de futuro y argumentaciones que pretendían trasladar dicha libertad al plano jurídico más práctico, sólo fueron el preludio de una declaración de intenciones que en la práctica no obtuvieron un respaldo efectivo.

- La vigencia de la legítima se ha cuestionado repetidamente en la actualidad tras una centuria y poco más de un cuarto de otra, siendo objeto de un debate que parece no finalizar. La abundancia de críticos que actúan con valentía en sus propuestas legislativas legitimarias es notable, pero relajan sus posiciones al formular sus postulados finales, ejercitando con suma cautela las opiniones en favor de la total libertad de testar. Y ello sucede tanto en el ámbito doctrinal, como en el ámbito de nuevos proyectos legislativos, en los que, siempre existe un lugar para una mínima reserva forzosa. Por este motivo nos hemos referido al arrojamiento legislativo del legislador antiguo, porque tal vez fue aquél el que tuvo la intrepidez de romper aquellos moldes de una legislación anterior y que actualmente, otros juristas todavía no se han atrevido a alterar.

- Los ordenamientos forales mantienen sus señas históricas de identidad características, pero además emplean el salvoconducto constitucional para crear Derecho civil propio, referido a la cuota legitimaria. La inclinación de cada territorio a legislar en pro de la libertad se muestra evidente, pero cada uno realiza las modificaciones con diferente intensidad, habida cuenta de unos antecedentes y de una práctica legislativa civil sucesoria más o menos desarrollada. Así, las regiones con menor libertad son propensas a ampliar su campo de acción en este ámbito, y en consecuencia, a legislar en favor de la misma, pero nunca bajo la forma de una reducción absoluta de la figura legitimaria, que aunque mínimo –parece que la tendencia habitual es la de legislar sobre un tercio o un cuarto del haber hereditario- sigue estando presente en cualquier regulación foral que se precie; siendo las comunidades forales que han contado con una libertad de testar originaria, las únicas que mantienen dicha posibilidad; en este caso, los territorios de Ayala y Navarra.



Supondría éste, un ejemplo claro de que, aun pudiendo legislar preparando el camino para una total libertad de disposición por parte del causante; no se legisla, tal vez, por cautela o por entenderla como una decisión política que cuenta con no pocos riesgos.

- El panorama legislativo autonómico podría ser una muestra de lo que también podría suceder en el plano normativo estatal en el caso de que se hiciera efectiva una reforma legislativa en esta materia legitimaria: el triunfo en última instancia, -pese a las constantes reivindicaciones de los partidarios de la libertad- de las reservas forzosas en forma de cuota ínfima, pero presente, no obstante. A la vista del ejemplo foral, quizás, el criterio de solidaridad intergeneracional en las familias no se encuentre tan lacerado como se sostiene por un amplio sector doctrinal, sino que, muy al contrario, sea una constante que permanezca latente en la convicción histórica legislativa, o tal vez, sólo consista en el resultado de la inercia legitimaria europea, que proclama de manera propagandística un cambio de aires con dirección a la libertad testamentaria, pero que en realidad permanece anclada con criterio conservador y en forma de cuota legal en el flanco que más favorece, según algunos, al interés de los hijos.



CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN DE LOS LÍMITES EN LA DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE. MATICES EN FUNCIÓN DE PERÍODOS HISTÓRICOS EN ESPAÑA

2.1 Siglo XIX español. Período posterior a la promulgación del Proyecto del Código de 1851 y próximo al Código Civil de 1889

El origen y el fundamento de la legítima y su contraposición con la libertad de testar han sido objeto de múltiples debates doctrinales, prácticamente desde el surgimiento de su práctica, en la época más remota del Derecho romano.

Sin embargo, una vez acotado el origen de la figura legitimaria en el Derecho romano justinianeo⁴²² y avanzando en los sucesivos períodos de su evolución objeto de nuestro análisis, que comienza en el propio siglo XIX, se plantearon diferentes cuestionamientos acerca de su conveniencia, utilidad y justicia, aunque tampoco faltó quien trató de hacer de las legítimas el baluarte inexpugnable, símbolo de la garantía de los descendientes frente a la supuesta y la casi segura, desviada discrecionalidad del progenitor en la distribución y aceptación de sus bienes, tras el momento del óbito.

Partiendo de estas dos premisas puestas en boca tanto de partidarios como de críticos, supondría abocar a un análisis parcial y sesgado la circunscripción del objeto de este estudio al período temporal más próximo a la creación del Código Civil, siendo que el siglo XIX –sobre todo a partir de su tercera década- albergó un abundante ideario científico-jurídico que trató de posicionar su respectiva opción, tanto en favor de la libertad de testar como de la legítima, como un concepto universalmente válido y definitivo. Por este motivo, a pesar de lo antiguo de los argumentos y de la poca validez atribuida por algunos juristas, no renunciamos a su estudio, por entender que el objeto de su análisis nos puede ayudar a entender mejor la situación actual por la que atraviesa la institución legitimaria.

Este contraste de planteamientos a propósito del fenómeno legitimario, fue coincidente con el movimiento codificador europeo. Concretamente, en España y hasta el Proyecto de Florencio García Goyena de 1851, se mantuvo como modelo, la legítima

⁴²² No sin antes haberse limitado esta facultad de testar a través de las Leyes *Falcidia*, *Vocona* y *Furia*.



progresiva de los cuatro quintos o dos tercios, en función del número de hijos habidos⁴²³.

Además, a la compleja tarea de delimitar la cuota hereditaria que debía corresponder a los herederos forzosos en el Derecho castellano, se unía el escollo representado por la variedad de disposiciones legitimarias vigentes en cada territorio foral. Esta dualidad de ordenamientos y la defensa acérrima del régimen sucesorio propio por parte de cada facción, entorpecería los intentos de transacción en el contexto de unificación de dichas legislaciones –la castellana y cada una de las territoriales- que posteriormente se reflejaría en el parecer de jurisconsultos, partidarios de distintas tendencias políticas, en su vertiente más moderada y progresista, dentro del ámbito político liberal del período decimonónico.

Por otra parte, la valoración de la utilidad de la legítima no puede efectuarse separándola previamente de su contexto social y económico. Si en última instancia, no se encontrara una relación directa entre el contexto en el que despliega sus efectos y la propia institución, al menos, sería necesario que nos detuviéramos en las distintas opiniones que enaltecieron su razón de ser, e igualmente en aquellas que se esforzaron en demostrar su iniquidad.

La redacción del artículo 642 dentro del Proyecto de 1851⁴²⁴ excitó el desarrollo de los comentarios referentes a la legítima y de la promulgación de los principios

⁴²³ Una de las pocas referencias válidas, por lo revelador de su Exposición de Motivos, la encontramos en el Proyecto de Código Civil de 1836, en el que se establecen las mismas cuantías legitimarias, vinculadas al parámetro del número de hijos, pero preceptuadas con diferente enunciado. Adviértase que la definición de la legítima en este caso se realiza indirectamente, mediante la alusión, en primer lugar, a la parte de libre disposición. Pese a encontrarnos con un proyecto de tan marcado protagonismo de los meritados matices legitimarios, destacamos coetáneamente, la opinión de jurisconsultos que ya anticiparon sus discrepancias respecto a esta posición que pretendía oficializarse. Uno de los ejemplos más claros lo tenemos en las palabras de Rey [REY ESTEVE, J., *Discurso que el Señor Don Joaquín Rey, Regente de la Real Audiencia de las Islas Baleares, leyó en la solemne apertura del Tribunal el día 2 de enero de 1836*, Imprenta Real regentada por D. Guasp y Pascual, Palma, 1836], donde calificó como un mal de fatales consecuencias la decisión de arrebatar la libertad de testar a los padres por una ley ciega y monótona, que no consideraba las distintas necesidades de los hijos, marcando el peyorativo matiz de las mejoras como góticas e inservibles, criticando el dictado de leyes a la naturaleza, sobre todo, por entender que las legítimas no eran un derecho natural. Se aniquilaba la sujeción de la moralidad que suponía la autoridad paterna, en un acto propio de un gobierno despótico en el gravísimo mal que suponía para la economía la interminable división de la propiedad, siempre incompatible con la protección de la estimada agricultura.

⁴²⁴ El artículo 642 de aquel Proyecto del Código Civil estipulaba que “La legítima de los hijos y descendientes será de los cuatro quintos de los bienes. Quedando un solo hijo descendiente, será de los dos tercios. La de los padres y ascendientes será de los dos tercios, siendo aquellos dos ó mas; y de la mitad, siendo uno solo. Lo dispuesto en este artículo se entiende con sujeción á lo determinado en el artículo 655.”.



secundados por los jurisconsultos de su tiempo, principios que sobre el papel, se manifestaron como la piedra angular sobre la que descansaron las doctrinas que ampararon la sucesión forzosa o bien, aquellas que la censuraron, y que para hacerlo se inspiraron -aparte de en una tendencia de Derecho natural-, en un sentido más práctico, social y de justicia material, sosteniendo una crítica férrea a la extralimitación del legislador en sus facultades, que en su voluntad de respeto a los parámetros de derecho patrio, vulneraba de manera palmaria la organización dentro de familia en lo referido a la distribución de los bienes y en consecuencia, al derecho de los padres a convertir dicha distribución en efectiva.

Con la aprobación del Real Decreto de 24 de julio de 1889 se ponía fin a casi cuatro décadas de desavenencia testamentaria en materia de legítimas, contrapuestas a la libre testamentifacción. En apariencia quedaron conciliados los intereses del Derecho común con el de los territorios forales, que pese a haber sentido de cerca el riesgo de la pérdida de la vigencia de sus figuras legitimarias en pro de la unificación legislativa, finalmente triunfaron en sus pretensiones de mantener su derecho histórico y tradicional.

Pero en los territorios de Derecho castellano en los que se había alcanzado una mayor libertad de testar -pasando de la propuesta legitimaria de los cuatro quintos a la de los dos tercios- múltiples razones sociales, políticas y económicas que se analizarán en lo sucesivo, hicieron virar aquel aquietamiento -fruto de una satisfacción inicial en los resultados obtenidos en la Codificación- de los territorios de Derecho común, para pasar en la actualidad a generarse un vivo y justificado debate que obliga a un replanteamiento de los fundamentos del sistema legitimario en el ámbito español.

Entendemos pues, conveniente, tratar la opinión de los jurisconsultos de esta etapa histórica que mantuvieron posturas enfrentadas, defendiendo cada partidario sus ideales sobre la libertad de testar o sobre las legítimas -cuya identificación y pensamiento se expondrá en líneas posteriores- con la firme convicción de que ello nos permitirá discernir si es conveniente en nuestros días, aceptar los cambios que una parte importante de la doctrina sugiere⁴²⁵, o si por el contrario, será suficiente mantener el

⁴²⁵ Nos referimos a la tendencia que viene representada por la opinión basada en la inutilidad de las legítimas en la actualidad. Dicha doctrina, encabezada sobre todo por representantes del sector notarial, a los que aludiremos en lo sucesivo, apuesta por la supresión de la institución legitimaria y por su sustitución por un sistema de alimentos para los descendientes necesitados con cargo al haber hereditario.



statu quo con un mero apoyo en las soluciones que se ofrecen desde la propia legislación en vigor.

El Proyecto de 1851 obedecía a un pensamiento conservador que, a pesar de su nacionalismo, buscó parte de su inspiración en el *Code* francés, que además se comentó mediante las *Concordancias* de García Goyena, comparándose con otros códigos de inspiración francesa. Dicho Proyecto, aparte de encontrar oposición en la Iglesia, lo hizo en los territorios de Derecho foral⁴²⁶, pero el fenómeno más singular dentro de esta época histórica de casi cuatro décadas, fue la inestabilidad política, un período temporal significativo en el que se paralizó la iniciativa codificadora, y sobre todo, el posterior “...planteamiento de una organización del Estado español diferente, no centralizado”⁴²⁷ que derivaría en el reconocimiento de los diversos territorios españoles como singulares, con unas necesidades propias y cuyo ordenamiento sucesorio habría de respetarse. Para fomentar este derecho territorial, no había nada mejor que promover sus intereses legislativos mediante el ejemplo de los países con sistemas jurídicos representativos⁴²⁸, a partir de los cuales, se plantearían disensiones o alabanzas y se trataría de efectuar una extrapolación al Derecho local.

La propuesta de instauración en España de las instituciones aludidas –legítima y libre disposición- tomaría como referencia a los países citados -Francia e Inglaterra- que en la época decimonónica, suponían el modelo a imitar y por lo tanto, con la adopción de sus figuras sucesorias se conseguiría alcanzar parecidos resultados que en aquellos territorios. Son pocos los autores a los que nos referiremos que no se decantaran o criticaran el sistema sucesorio seguido por alguna de estas dos naciones, realizándose también otras remisiones a los sistemas testamentarios de Derecho romano antiguo,

La causa de dicha supresión, en síntesis, obedecería a un cúmulo de circunstancias sociales que se desvía del motivo que impulsó al legislador del siglo XIX a su regulación.

⁴²⁶ PESET REIG. M., “Historia y codificación civil”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, 2010, Vol. 1, núm. 54, p.231: “¿Tenían que renunciar a sus legítimas o a sus formas de propiedad en beneficio de soluciones francesas o castellanas?... Los foralistas defendían el peso de la historia, la adaptación de unas costumbres y soluciones jurídicas a sus comunidades. No se trataba de conservar el antiguo régimen, sino su derecho frente a soluciones ajenas.”

⁴²⁷ PESET REIG. M., “Historia y codificación...”, op. cit, p. 235.

⁴²⁸ PESET REIG. M., “Historia y codificación...”, op. cit, p. 231: “Pero la doctrina de nuestros juristas no daba para más... El libro de Febrero, reelaborado durante casi un siglo por diferentes juristas, seguía siendo esencial. Una de sus últimas ediciones era de García Goyena. Mientras, las universidades producían discursos de apertura, los más retóricos, y manuales, que ordenaban el derecho vigente de Partidas y algunas normas de la recopilación, de forma moderna, como en el *Code*...³⁹ El manual de Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, 1841 a 1843, con numerosas ediciones.⁴⁰ Ya lo había hecho Pablo Gorosabel, *Redacción del código civil de España* (1832), y otros juristas continuaron esta línea, José María Fernández de la Hoz (1843), José Sánchez de Molina (1871), Sabino Herrero (1872), Mario Navarro Amandi (1880), Emilio Bravo (1885)...”



clásico o incluso al Derecho medieval. Debemos aclarar no obstante que los discursos decimonónicos más pragmáticos prescindieron de referencias tan lejanas y prefirieron acotar su pensamiento al ámbito de Derecho europeo de mayor modernidad representado por los mencionados Estados. Tampoco es extraño que la pretensión sucesoria procurada para el sistema castellano se efectuara tras una comparación con los mismos Derechos forales, con claro arraigo y tradición de sus figuras sucesorias y por lo tanto, suponiendo éste un modelo a imitar o en su caso, a rechazar.

2.1.1 La sociología liberal europea en los sistemas sucesorios. Sistemas legitimarios, derecho de propiedad, familia, trabajo y matrimonio

El movimiento liberal de principios del siglo XIX patrocinó el derecho de primogenitura con origen en una libertad de testar que, según postulaban algunos, contribuiría a evitar la división de bienes raíces⁴²⁹.

La sociología clásica defendió este mismo derecho de primogenitura, con el que el espíritu de la familia se perpetuaría en la tierra⁴³⁰. Ante la división de los bienes, la tierra dejaba de ofrecer sustento a la familia, de manera que ésta corría un riesgo de desaparición. En consecuencia, suponía un error poner coto a la libertad, que no debía entenderse como promotora de desórdenes basados en la corrupción de las costumbres, porque lo que en realidad resultaba desaconsejable era el establecimiento de la

⁴²⁹ Autores como Montalembert [MONTALEMBERT, CH.F.R., *De l'Avenir Politique de l'Angleterre*, Didier et C. Libraires-Éditeurs, Paris, 1857] aseveraron que la perpetuación en la posesión de las tierras tenía un fin fundamental, basado en la evitación de la destrucción del fruto de su industria; de manera que debía alejarse de consideraciones aristocráticas en esta perpetuación, para centrarse únicamente en el hijo primogénito, sobre el que recaerían dichas propiedades, en conexión con la figura de las sustituciones, constituyendo unos cimientos sólidos, que se convertirían en la guía de las empresas de agricultura, comercio e industria, inspirándose en los principios de la naturaleza y la propiedad. Criticó el autor francés el Código de Napoleón, por suponer un cercenamiento de la libertad en el nuevo Proyecto, sosteniendo la igualdad absoluta como uno de los medios más activos del despotismo, defendiendo la libertad de testar como la consecuencia directa de la libertad en un plano global.

⁴³⁰ TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, Paris, Pagnerre Éditeur, 1848, T. I, Cap. 3º, Paris, Didier et C. Libraires-Éditeurs, 1857. El efecto directo de la división forzosa, inexorablemente traería la consecuencia de disminuir constantemente las haciendas, e indirectamente, la destrucción y merma del ánimo de los propietarios. La ausencia del sentimiento de conservación de las tierras provocaría su enajenación, previa a la disposición mortis causa, y este patrimonio, posteriormente sería imposible de rehacer, quebrado el ánimo en la adquisición de nuevos inmuebles. Así pues, la ley de sucesión, en su pretensión niveladora suprimiría el deseo de la posesión íntegra, influyendo sobre hombres y cosas, desapareciendo las familias y las fortunas, los hogares y los campos.



ordenación indefinida de las herencias a través de las reservas forzosas, en la medida que dicha ordenación supondría la quiebra de la organización moral de la sociedad⁴³¹.

⁴³¹ LE PLAY, F., *Les ouvriers européens*, Alfred Mame et fils libraires-éditeurs, Paris, 1879. [La cita de Cadafalch se refiere a la edición de 1855. La original, encontrada por nosotros, data de 1879]. Era pues necesario hacer caso a las conveniencias propias de cada familia, consiguiendo con ello, desde el amor, una mejor justicia individual a través de la administración de justicia por parte del padre-juez, y una integridad entre la industria, comercio y la propiedad. La legislación basada en la sucesión forzosa perjudicaba la autoridad paterna y causaba la división indefinida de las herencias, pero el rechazo de la sociedad a la libertad de testar se entendía justificado por el temor de la opinión pública a un sistema que confería a los primogénitos las ventajas sociales, y que, a su vez, imponía aglomeraciones territoriales de bienes en su favor. En ello existía una creencia en que cabía la posibilidad de la existencia de padres desnaturalizados y en el regreso a la amortización de bienes, propias del Antiguo Régimen. En consecuencia, había un interés evidente en el nuevo régimen social, posterior a la Revolución y un sistema hereditario basado en la sucesión igual para todos los hermanos. No obstante, y a pesar de los motivos que podían justificar el sistema instaurado basado en la sucesión forzosa, no podían perderse de vista las desventajas de aquel sistema, que afectaban a la organización de la familia, del matrimonio y de la propiedad. Ello supondría una desmotivación de los hijos, poco inclinados al trabajo al entenderse herederos de manera automática por imperativo legal; y que los esfuerzos fueran realizados por conseguir una mejor posición, sólo por los hijos de familias más pobres (podría darse esta situación, pero como ya hemos manifestado, no debería elevarse este aserto a la categoría de dogma, por cuanto los esfuerzos igualmente podrían verse realizados por herederos en una buena posición económica); una debilidad en la autoridad del padre dentro de la familia, desapareciendo los sentimientos de respeto y obediencia de los hijos (en este caso, el afecto sucumbiría ante la esperanza de la muerte de los padres de los que habría que heredar, porque los hijos confiarían en un rico enlace y en la muerte temprana de los progenitores); y por último, la reducción de los dueños a meros usufructuarios. Igualmente, la ley francesa promovía un escaso aliciente de los padres a la continuación del negocio de la familia, porque suponía un obstáculo a la tradición en el legado de dicha empresa a sus hijos. El derecho libre de testar en modo alguno podía promover los celos entre los hijos sino que, más bien al contrario, las reparticiones iguales serían las acciones propias susceptibles de engendrar el odio entre vástagos, lo cual venía probado entre pequeños propietarios. Desde luego, que podría existir abusos en esta libertad de testar, pero para ello, debían establecerse por parte del legislador los remedios legales necesarios para actuar, porque las sociedades inmorales no sólo serían indignas del derecho de testar libremente, sino de todas las demás libertades. Es por eso por lo que la ley de sucesión forzosa únicamente podía arrojar la inestabilidad en las posesiones y en las familias de los propietarios, lo que provocaría el endeudamiento de los labradores propietarios, con la solicitud consiguiente de créditos agrícolas con la finalidad de completar las pequeñas porciones que se hubieran recibido a título de herencia por los descendientes. Así, la medida post revolucionaria tomada contra la clase rica, asestaría de este modo un duro golpe a la sociedad en general y al Estado, así como a la autoridad de los padres, carentes del poder necesario para dirigir a sus hijos al trabajo, que ahora sólo podían asegurar su bienestar, limitando el número de nacimientos. LE PLAY recondujo la cuestión al fondo del asunto, reproduciendo los debates parlamentarios franceses de 1803 en el Consejo de Estado, en cuya decisión se vulneró la autoridad del padre, el derecho de testar, la pequeña propiedad democrática y las unidades de producción económicas, de modo que se reflexionó sobre la utilidad de esta figura hereditaria en un tiempo en el que ya se habían eliminado el sistema de sustituciones propio del Antiguo Régimen. Por este motivo, si las costumbres privadas y las tendencias sociales habían sufrido modificaciones, se podía volver a entrar en la senda del progreso que se abandonó en el Antiguo Régimen. En la más pura materia económica, los efectos que la limitación en el derecho de testar podía desencadenar, suponiendo la inestabilidad de la pequeña propiedad agrícola. Los terrenos divididos extremadamente se veían en la necesidad de volver a empezar, adquiriendo nuevos terrenos con los que completar las pequeñas parcelas resultantes de la herencia, dilapidando su patrimonio y hundiéndose en la miseria, hipotecándose, presa de los usureros. Así, los pequeños cultivos cuya creación se pretendió fueron los que más sufrieron con la medida de la sucesión forzosa, adoptándose alternativas para huir de las dificultades provocadas por este sistema, que se traducirían en el retardo del matrimonio de las hijas (para evitar la consecuencia de tener que desprenderse de la dote que debía aportar al matrimonio) y la transmisión íntegra de los patrimonios, así como los movimientos migratorios hacia otras regiones. Por lo tanto eran inútiles las ilusiones de los pequeños propietarios de pretender aumentar el patrimonio, porque en cada generación se destruían las modestas existencias que las precedentes habían



En Francia e Inglaterra, principales países en los que se desarrolló el fenómeno de la Ilustración, imperaron unas circunstancias sociales que motivaron, bajo argumentos justificados, la defensa de ambos sistemas.

Fue constante por ello la referencia a la evolución de países tan diferentes en sus regímenes, como Francia -representante de la igualdad- e Inglaterra -exponente de la libertad civil- bajo un aspecto político, basado en las relaciones entre el gobierno y tendencias sociales; jurídico social, centrado en la sucesión hereditaria y la constitución de la familia; económico, preocupado por la distribución de la riqueza y la división de los bienes en la familia y por último; a la luz de un enfoque basado en la filosofía del derecho, practicando un análisis de la justicia o no de cada uno de los sistemas⁴³².

a. Los sistemas familiares en Inglaterra y Francia

La familia inglesa se apoyó en la que sería la moral propia del cristianismo primitivo y en sus mandamientos, entendidos éstos como las más básicas prescripciones morales contenidas en la Ley Mosáica. El Estado dependía de la buena organización de la familia, y la mejor familia era la que concedía al padre una mayor autoridad consistente en el derecho a disponer *inter vivos* y *mortis causa* de sus bienes. Por este motivo la libertad de testar atenuaba su riesgo, dado que tenía como punto de apoyo a la religión y a la autoridad paterna. Consecuentemente, la aplicación de la igualdad civil debía restringirse, porque era incompatible con la autoridad del padre y con la propia organización de la familia al herir el principio de la propiedad, fomentándose con ella las costumbres comunistas. La libertad de testar promovía la actividad de los jóvenes, y desde la infancia, el padre podía alentar a los hijos con la idea de que el porvenir debía fundarse en el trabajo, atribuyendo la verdadera importancia al esfuerzo individual y a la

creado. Desde la perspectiva moral, los revolucionarios franceses, en el momento de derrocar las antiguas leyes sucesorias, no tuvieron en cuenta los factores de la religión y de la autoridad paterna.

⁴³² RODRÍGUEZ DE CEPEDA Y MARQUÉS, R., *Discurso leído en el ejercicio del grado de Doctor en derecho civil y canónico*, Imprenta Domenech, Valencia, 1880. El autor concluyó que en Francia se unificó el derecho a costa de la libertad civil, sin tener en cuenta el espíritu nacional, del que ningún legislador podía prescindir, haciendo caso omiso de las leyes que regían la familia y la propiedad [Alonso Martínez, sin embargo, sostuvo como necesario el mantenimiento de dichas costumbres para mantener la armonía entre Castilla y los derechos territoriales. Se puede constatar que en este aspecto, el Código Civil español fue mejor que el francés]. En Inglaterra se armonizó el principio de tradición (basada en el honor, la virtud y el trabajo) y libertad, sancionando las leyes aquello introducido por la costumbre. De este modo, había posibilidad de conservar la familia, siempre que se otorgaran posibilidades de ello al padre por medio de una prudente libertad.



educación recibida. Por este motivo, en Inglaterra se rechazaba el sistema de división forzosa bajo el punto de vista moral, con lo cual, con el fin de evitar la subdivisión de bienes a toda costa, se debían enajenar incluso a extraños para posibilitar la consolidación de las fortunas sin dividir. En este caso, por lo tanto, la organización de la familia y la no-división debían ir estrechamente unidas.

En dicha situación podría afirmarse que la libertad de testar suponía una conquista de la democracia, y era consecuencia de la igualdad, del derecho de propiedad y de la autoridad paterna, constituyendo así un principio social de elevada fuerza. Sólo a través de la consecución de estos conceptos se alcanzarían progresos materiales y morales.

En Francia, las circunstancias de la familia eran diferentes. Toda autoridad -entre la que se debía incluir la paterna- se desprestigiaba si no era ejercida conforme a las reglas de la razón y de la justicia. Con la contrarreforma posterior a la Revolución se invadía la esfera doméstica de la familia y se desacreditaba el derecho de propiedad; ello aunque la reforma fue la consecuencia de los vicios del Antiguo Régimen, del absentismo de los grandes propietarios, del lujo inmoral de la época y de los privilegios de la nobleza y de la Corte. Fue por este motivo que la opinión pública rechazó las posturas extremas propias de aquel período por el lógico temor a que la libertad de testar volviera a engendrar las vinculaciones.

Dicho planteamiento no benefició a la familia, carente del apoyo y asistencia que prescribían las leyes de la naturaleza. El derecho a la herencia hecho norma aplicado por la ley, suponía un claro ataque a la institución familiar, porque no era regulado por el padre según las leyes del amor. Esta ley introducía una desorganización en el propio matrimonio y provocaba la desidia de los jóvenes de familias acomodadas, hacía desaparecer el respeto por los padres de familia, alejándose los hijos del respeto del trabajo y de la obediencia, dispersándose los objetos de la piedad filial y propagándose tanto la fatal actitud de los hijos ricos que eran incapaces de ganarse el respeto de sus padres, como las esperanzas fundadas en la muerte de los padres. Ello provocaba que los hermanos que persiguieran agrupar un mayor caudal debido a la precaria situación en la que habían quedado, tuvieran el deseo de adquirir la cuota de sus hermanos mediante préstamos sobre las herencias, lo cual daba lugar al fomento de la usura y al



despojo de los bienes que los padres adquirieron con su trabajo; produciéndose, en definitiva, una total desmoralización.

Así pues, la Revolución francesa debería haber respetado la igualdad civil y la libertad política con el auxilio de la autoridad paterna, principios eternos bajo los que se desarrolló la libertad y se pretendió frenar el decaimiento de la familia; que merced a la división forzosa eran imposibles de conciliar.

b. La libertad de testar y la organización familiar en el último cuarto del siglo XIX pretendida para España

En el sistema legitimario se encontraba el germen de la desorganización de la sociedad familiar, y en el principio que respaldaba el derecho efectivo del hijo a la cuota forzosa, así como la copropiedad entre todos los individuos que componían la familia. En este sentido MORET y SILVELA apuntaron en la misma dirección que años más tarde mantendrían también COSTA⁴³³ y SÁNCHEZ ROMÁN⁴³⁴; combatiendo la

⁴³³ Referenciadas en Capítulo Primero de esta Tesis [la cursiva es nuestra]. El *condominio tácito* conduciría a un sistema socialista, extinguido incluso en la legislación romana, propia de quienes lo invocaban. Este condominio no podía existir, dado que era imposible dejar lo mismo al que trabajó en la familia que al que no trabajó nada, además de que era difícil encasillar al padre de familia como un administrador que podía disponer durante la vida de los bienes de la familia y no durante la muerte. En los *derechos personales de los hijos derivados de la patria potestad* no tenía el mismo alcance la obligación de dejar alimentos que la de reservar la cuota legitimaria; finalmente, el *fideicomiso tácito* consistía en una suerte de voluntad presunta procedente de generaciones anteriores a cuyo tenor, los legados de las familias se transmitían indefinida y automáticamente, lo cual se combatió por el concepto del *ius disponendi* del padre propietario, principio que se apartaba de las vinculaciones perpetuas. Paradójico motivo este último, dado que los sistemas legitimarios vieron un peligro constante en los de libertad testamentaria, el hecho de pretender vinculaciones territoriales de las propiedades en los hijos primogénitos.

⁴³⁴ La culminación del epígrafe segundo de su obra dedicado a los sistemas de libertad de testar, merece un análisis detenido, por cuanto aportó mediante abundantes citas, variadas posturas de autores, proclives a la libertad testamentaria [SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil: según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código civil é Historia general de la legislación española. Derecho de familia*, Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1910, T. VI-II, pp. 746-748]. Sucintamente calificó, casi con el roce en el desdén, a Ahrens -tachado de contradictorio y tibio - y a Praemeneu, calificado como dudoso y ecléctico. De D'Aguanno, Laurent y Mucius Scaevola tan solo describió el carácter de sus obras, sin pormenorizar en juicios atributivos. Se mantuvo severamente crítico con Cimbali [CIMBALI, E., *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, (traducción española de Esteban García), Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", 1893, p. 159 y ss., citado por SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil...*, op. cit., p. 743.], tachando su postura de poco rigorista y escasamente científica, el cual veía con los mismos buenos ojos, sistemas basados en la libertad y sistemas coercitivos; con Boissonade [BOISSONADE, G. E., *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Guillaumin, 1873, p. 539 y ss., citado por SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil...*, op. cit., p. 745], del que reprobó su vaga posición, pues, si bien cada una de las tres posturas en los que se apoyaban los defensores de la institución legitimaria -fideicomiso tácito, derecho de alimentos



justificación de las legítimas que se sustentaba en el derecho absoluto de proporcionar a los hijos alimentos y educación en virtud del principio legitimario que tomaba como base la deuda natural de los padres y del alcance ilimitado de esta obligación.

La teoría de la formación de la comunidad de bienes entre padres e hijos carecería de valor para los partidarios de la libertad, debido a que la procedencia y aportación de los bienes por parte de los padres a dicha comunidad suponía que se realizara con carácter unilateral, con lo cual, ya no se cumplían sus requisitos. Este planteamiento suponía un claro desconocimiento del fundamento de la propiedad y por lo tanto, resultaba erróneo aplicarlo a la hipótesis legitimaria. Si el legislador pretendía regular la ley de la sucesión en base a la legítima, lo que realmente conseguiría sería un desorden familiar, puesto que necesariamente abocaría a los grupos de convivencia a una normativización en el cariño de los padres en los hijos, provocando malestar y falta de coherencia en los repartos legitimarios, puesto que en ocasiones sería probable que todos los hijos no merecieran el mismo tratamiento y por lo tanto, no resultaría ecuánime un prorrateo hereditario bajo dichas condiciones.

c. La familia en el ámbito europeo como reducto ideal para el adecuado ejercicio del Derecho de propiedad y de la libertad civil

La libertad configuraba el origen del derecho de propiedad, y desde dicho derecho, se legitimaba el producto del trabajo destinado a la familia. Supondría un gozo infinito el hecho de que la propiedad personal pudiera transmitirse libremente a través de la herencia y bajo el criterio libre del padre⁴³⁵. Por este motivo, el derecho de testar adquiriría su plenitud en la persona del padre de familia que, según los pensamientos

y copropiedad-, podía tener poco sustento por sí, se podían complementar recíprocamente. Si bien no censuró de forma tan radical a Brocher [BROCHER, CH. A., *Étude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, Paris- E. Thorin/Gèneve- Libraire Georg, 1868, Cap. 13, citado por SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil...*, op. cit., p. 746], centrado en la familia y en las obligaciones naturales del padre, elogiando a De la Pisa Pajares por su artículo publicado en la Revista de los Tribunales, sobre la conciencia social y la sanción por el Estado de lo considerado justo o injusto por la colectividad de los ciudadanos. El autor, finalmente se decantó por una libertad de testar proveída de un control posterior de eventuales incumplimientos. Se postuló partidario del enjuiciamiento de la resolución del problema bajo una competencia estrictamente jurídica, atacando duramente la defensa practicada por los partidarios de la legítima –y también por los de la libertad de testar- por considerarla desenfocada y poco rigurosa, pero sobre todo, apartada de los convenientes cauces de análisis.

⁴³⁵ Según el pensamiento del historiador y político, Adolphe Thiers.



filosófico-racionalistas⁴³⁶, immortalizaba su alma y cuyos actos no correspondía tutelar al Estado.

La muerte del hombre podía suponer la pérdida de sus derechos políticos, pero los derechos personalísimos sobre sus bienes debían ser respetados: dichos derechos descansaban en los principios aristotélicos conducentes a la virtud, cuya mejor escuela se hallaba en la familia, desde donde se imponía el castigo o regalaba el premio a los hijos, se fomentaba el trabajo, y dentro de la que el padre utilizaba la libertad sin extralimitación alguna y sin abuso en su variante más característica: la de testar.

El derecho de sucesiones encarnaba la esencia y el fundamento de las revoluciones políticas en este siglo XIX, siendo la herencia una ramificación necesaria y lógica de la libertad y de la propiedad, que constituían derechos inalienables e inherentes al ser humano⁴³⁷. Pero la sucesión no sólo representaba un derecho fundamental de cada individuo, sino que el progreso, la fraternidad y la solidaridad del hombre en el seno de la institución familiar, paralelamente, también simbolizaban el soporte de una sociedad que se apoyaba a su vez, en la libertad civil.

En consecuencia, este sería el motivo de que el desarrollo de las familias duraderas, fuertes y trabajadoras, hicieran florecer gobiernos estables, propiciando el crecimiento de grandes naciones.

d. El trabajo y la sucesión como principios cristianos y como origen de la propiedad en la España del siglo XIX

Aunque las alusiones al trabajo como precursor del Derecho de propiedad se postulaban en los comentarios doctrinales como axiomas católicos, lo cierto es que

⁴³⁶ Leibniz fue uno de sus principales precursores.

⁴³⁷ DE LIÑÁN Y EGUIZÁBAL, J. P., *Estudio sobre la libertad de testar*, Imprenta de la librería católica de San José, Madrid, 1883. El prólogo del Duque de Veragua en su obra, plasmó las preocupaciones del primero, materia ésta objeto de los debates del Proyecto en ciernes, cuyos esbozos afloraban a finales de 1882. Reseñó su apuesta por la libertad testamentaria, basándose en la clasificación en aspectos morales, (condena de los mayorazgos y del sentimiento de los hijos que cuentan los días para alcanzar la muerte del padre, cuyo otorgamiento de bienes les libraría de la usura contraída en deudas anteriores), políticos (haciendo notorio el temor de muchos de que la libertad de testar se convirtiera en un pretexto para la Iglesia y la aristocracia para regresar a injustas instituciones de tiempos pretéritos) y económicos (división forzosa contra el desarrollo de la agricultura y la industria); tan recurrida en los debates parlamentarios de las postrimerías del siglo XIX



tomaban una concepción del trabajo que también parecía concebirse en criterios protestantes.

Si bien WEBER, en su análisis de la concepción luterana de la profesión, ya expresó que:

“En cualquier caso, lo nuevo, de manera absoluta, era que el contenido más honroso del propio comportamiento moral consistía, precisamente, en la conciencia del deber en el desempeño de la labor profesional en el mundo. Esa era la ineludible secuela del sacro sentido, por así decir, del trabajo y de lo que derivó en el concepto ético-religioso de profesión: concepto que traduce el dogma extendido a todos los credos protestantes, opuesto a la interpretación que la ética del catolicismo divulgaba de las normas evangélicas en *praecepta* y *consilia* y que como única manera de regirse en la vida que satisfaga a Dios acepta no la superación de la moralidad terrena por la mediación del ascetismo monacal, sino, ciertamente, la observación en el mundo de los deberes que a cada quien obliga la posición que tiene en la vida, y que por ende viene a convertirse para él en «profesión»”⁴³⁸.

En este caso podría decirse que la vocación del hombre estaría integrada por su profesión y que su salvación y el éxito en su vida vendría determinado por la realización de una actividad profesional concreta.

Los comentarios en las obras del siglo XIX posteriores al Proyecto de 1851 y proclives a la libertad testamentaria, mostraron este claro aire individualista, reflejado por este factor esencial del trabajo y la ocupación, que no se podía dejar al arbitrio de la ley en el momento de la muerte del padre, que con su trabajo, se había procurado un patrimonio del que poder disponer libremente y no coartado por los designios de la ley.

Combinado con un derecho tan esencial como el de propiedad, no podría ofrecerse un descargo más razonable en favor del padre de familia que aquel que pretendía la gobernabilidad, tanto en la vida como en la muerte, de los bienes adquiridos por causa de su trabajo. La posibilidad de disponer con un criterio autónomo e independiente en el ámbito *mortis causa* de un patrimonio adquirido con vigor y empeño a lo largo de una vida, debía imponerse a las normas legitimarias preestablecidas, inaceptables y desacertadas, al no asimilar con la debida precisión el espíritu racional y equitativo que se preconizaba mediante la libertad de testar.

⁴³⁸ WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Premia Editora (edición digital), México, 1991, p. 42.



i. La organización en el trabajo, su justificación para alcanzar la libertad de testar y el factor mercantil como alternativa desde una perspectiva general

Aunque con origen más claro en el siglo XVIII en Inglaterra, en España se acuñó en el siglo XIX en el marco de las revoluciones liberal e industrial -que prácticamente se desarrollaron de modo paralelo- y de manera progresiva, el significado positivo del trabajo. Se identificaron la organización y fuerza del trabajo como dos motores principales de la economía, que debían activarse desde la familia. Sólo en extrañas ocasiones podía contarse con la cooperación de la juventud acomodada por la normativa sucesoria legitimaria, a la cual resultaba complicado inculcarle el deber del trabajo en estas circunstancias. Por ese motivo, las reservas legales hacían que los padres renunciaran a la esperanza de encontrar sucesores, entendiéndose que la división integral forzosa arrebató a la familia la libertad y la autoridad al padre, destruyendo las costumbres privadas y la iniciativa individual. Así pues, sería inevitable la división de las unidades agrícolas, industriales y comerciales, por lo que los jóvenes laboriosos deberían comenzar con la reconstrucción del patrimonio fragmentado del padre, consecuencia de la división forzosa, siendo la consecuencia necesaria la solicitud de hipotecas que condenarían la vida de los descendientes, la liquidación constante de las empresas y la pérdida de talento del pequeño trabajo productivo.

Con la división forzosa nacían las sociedades mercantiles, que intentaban solventar el inconveniente de la división, pero por otra parte suponían la negación de la institución de la familia y de la propiedad. Mediante las leyes de asociaciones, los accionistas se eximían de toda responsabilidad, se restringía la iniciativa del individuo, y las fortunas se erigían sobre la ruina de dichos accionistas, siendo precisamente, como decimos, en estas asociaciones, donde se creaba la solución a la división de las herencias (dado que bajo este sistema, las unidades de terreno fragmentadas debido a la división forzosa, eran susceptibles de ser cultivadas bajo un mismo distrito y con unidad de acción.), aunque el verdadero inconveniente, sin duda, sería la aniquilación de los sentimientos de libre arbitrio de las poblaciones rurales, debido a la disminución del personal de las familias con gran influencia en las costumbres y en el trabajo.



ii. El Derecho de propiedad en el trabajo y el libre ejercicio del reparto y disposición de este derecho en el entorno intelectual europeo decimonónico

El Derecho de propiedad se basaba en el trabajo, por medio del que se generaban bienes intercambiables mediante la compraventa y la donación cuyo fundamento residía en la misma espiritualidad humana, considerando irracional la imposibilidad de transmisión de dichos bienes mediante la muerte, momento en el que ni siquiera se podía impedir la libre determinación del hombre.

La cuestión de si el derecho de testar podía ser considerado un derecho fundado en la naturaleza humana o en la creación arbitraria de las leyes positivas, se respondería mediante la conclusión de que no era consecuencia de una positivización de leyes sucesorias, sino del comportamiento y naturaleza humanos.

El factor del trabajo estaría ligado al necesario fin psicológico, físico, moral y religioso y vinculado al derecho de propiedad, configurándose como el derecho del hombre de hacer suyos los frutos de su actividad. Así, la propiedad, conducía necesariamente al perfeccionamiento humano, en contra de lo postulado por las teorías socialistas. Hasta tal punto era ello cierto, que incluso llegó a afirmarse que con la desaparición de la propiedad privada sería improbable la propia existencia del hombre.

La justificación de este principio se basaba en la moralidad y en el principio de respeto a lo ajeno, pero alejándose de connotaciones religiosas. El hombre necesariamente, en previsión de su porvenir, necesitaba acumular bienes, traducándose este derecho de propiedad privada en la recompensa a sus esfuerzos y fatigas, reflejado siempre en la libertad de testar⁴³⁹. En definitiva, la propiedad suponía el ejercicio de los derechos de la personalidad en la concepción histórica de los pueblos y el “verbo de la civilización”⁴⁴⁰. Del mismo modo, en los pueblos antiguos, la propiedad fue considerada como un derecho procedente de la naturaleza, que completaba al hombre, física, moral e inteligentemente, y que se concretaba en el poder jurídico que una persona detentaba sobre la sustancia de una cosa.

⁴³⁹ Así lo confirmaban los principios esenciales de la ciencia económica, postulados por Smith.

⁴⁴⁰ DE MIRANDA Y EGUÍA, M., *Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Derecho*, Ed. de D. Manuel B. de Quirós, Madrid, 1865, p. 28.



La defensa de la propiedad privada y su libre disposición por medio de la herencia se acompañaba frecuentemente de la contraposición a las teorías comunistas. La propiedad nacía del trabajo, siendo éste individual y personal y se hacía necesaria una proyección del dominio material de las cosas. Este comunismo, degradaba la familia, el hogar doméstico y la unidad social, negando igualmente el amor del padre y los respetos filiales, para lo cual esta doctrina decretaba una rigurosa igualdad, que conformaba un “altar impío en que la soberbia de las soberbias intenta sacrificar al Dios-Naturaleza”⁴⁴¹.

Pero no obstante, el desarrollo del concepto del derecho de la propiedad ni se fundaba sólo en el trabajo individual, ni en las necesidades que debían satisfacerse, de lo contrario, ello supondría que la distribución de todas las cosas por partes iguales sería justa, porque el orden natural, tendería a indicar que las necesidades de todas las personas serían las mismas. Deducir esto, supondría una afirmación equivocada⁴⁴².

De todos modos, ello no sería obstáculo para que el trabajo representara el sacrificio del propietario, siendo la misma propiedad la consecuencia de la construcción de cualquier tipo de bien realizado por el ser humano. La utilidad del trabajo no sería efectiva si su fruto no perteneciera al trabajador, significando ello que “el trabajo es un título natural para la propiedad del fruto del mismo: y la legislación que no respete este principio es intrínsecamente injusta”⁴⁴³. Resultaría esta conclusión aplicable al sistema de legítimas, por cuanto si todos los individuos ostentaran el mismo derecho sobre un bien, el esfuerzo no tendría recompensa y de este modo no se hallaría estímulo para el trabajo.

Por lo tanto, precisamente, por estos motivos injustos se debía eliminar el reparto igualitario. El testador trabajaba para encontrar la utilidad de las personas que con él convivían, guiado por los sentimientos del corazón y con él único objeto de conservación de la familia. Dicha motivación se disiparía en el caso de que la mano del legislador decidiera el fin de los bienes obtenidos y por lo tanto, vetando las posibilidades de legislación del padre.

⁴⁴¹ DE MIRANDA Y EGUÍA, M., op. cit., p. 29.

⁴⁴² BALMES Y URPIÀ, J. L., *Curso de Filosofía Elemental*, Librería de Garnier Hermanos, París, 1872.

⁴⁴³ BALMES Y URPIÀ, J. L., op. cit., p.432.



La ley debía seguir la exclusiva dirección de las afecciones del propietario, siendo válidos y preferentes sus deseos en relación con personas extrañas, al igual que con sus propios hijos. El desarrollo del derecho de la libertad de testar se veía plasmado de este modo en la relación del propietario con otras personas fuera del estricto círculo familiar a las que quisiera designar en la transmisión de todos o de parte de sus bienes. La voluntad del propietario debía ser respetada por motivos de equidad y conveniencia, y cuanto más se respetara dicha voluntad, mayor motivación tendría el hombre para desarrollar su actividad laboral. Sería desmotivador el hecho de haber dedicado una vida entera a extraer el rendimiento y los frutos de un patrimonio, para ver posteriormente que los deseos en la asignación de los bienes resultaban frustrados, porque los designios de la ley eran otros⁴⁴⁴.

La libertad en la disposición debía ser exigible por cada propietario a la sociedad, y por lo tanto, la voluntad del testador debía ser sagrada, sin que pudiera venir la ley a interpretarla cuando no existiera, ni a buscar herederos forzosos cuando no los hubiera⁴⁴⁵. La voluntad del propietario, necesariamente debía conservarse, por este motivo, éste estaba en su libre derecho de dar a lo que poseía, la aplicación más justa y conveniente⁴⁴⁶.

De este modo, además, se procuraría que los hijos no se entregaran al ocio, ni perdieran la motivación, dando por segura la asignación de los bienes integrados en el caudal paterno, evitando tener que recurrir a la errónea teoría del padre como mero usufructuario de los bienes. Además, sostener que la imposición de la sucesión forzosa debía sustituirse por la tendencia natural del padre movida por el amor y por su propia y justa voluntad -porque de lo contrario, se menoscabaría el derecho de propiedad- sería un argumento razonable, pero conflictivo y conculcador, considerando la tendencia de los impulsos naturales que provocarían las argucias de cada propietario en orden a

⁴⁴⁴ BALMES Y URPIÀ, J. L., op. cit., p.433: "De aquí dimanar la justicia y la conveniencia de respetar las donaciones y los testamentos, esto es, las transmisiones que del fruto de su trabajo hace el hombre en su vida, ó para después de su muerte." Tenemos pues, que el fundamento de dicha teoría reside en el trabajo del hombre, manifestación terrenal del derecho de la propiedad, que en este caso se manifiesta como sagrado, y por lo tanto, inviolable por cualquier iniciativa legislativa en la distribución hereditaria de bienes, contraria a la voluntad humana.

⁴⁴⁵ Postulado por Olózaga Almandoz.

⁴⁴⁶ De la Concha se refirió a la cita de Le Play, se refirió al círculo de hierro que circundaba los sentimientos nobilísimos del corazón, extraídos forzosamente mediante la coartación del derecho de propiedad, y consecuentemente, de la libertad de testar [DE LA CONCHA CASTAÑEDA, J., *Discurso leído ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el 7 de marzo de 1880*, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros, Madrid, 1880].



satisfacer sus intereses con el objeto de burlar la legislación legitimaria. Basándose en estas razones se entendieron “inútiles las trabas para hacer imposible lo que el legislador ha querido sin duda evitar”⁴⁴⁷.

La familia, propiedad, el trabajo, las costumbres privadas, la libertad civil y el bienestar individual fueron parámetros que podrían coadyuvar al ansiado derecho de testar, pero el primer paso consistía en que el sistema legislativo otorgara la debida cobertura para la implantación de un sistema justo, que permitiera hacerlo viable.

La libertad de testar adquiría una vez más el carácter de consecuencia de derecho de propiedad. Por otra parte, se ponía especial énfasis en la idea de la perfecta realización de la libertad de testar a través del trabajo. Infundir la idea de la necesidad de trabajar en los hijos, suponía evitar su desmotivación: la idea de que no aceptaran como preestablecida la obligación legal del padre de transmitirles unos bienes a su muerte, abandonándose los hijos a la relajación y a los placeres de la vida, sabiéndose llamados a la herencia por imperativo legal y deviniendo esta conducta en su propia ruina.

2.1.2 El tratamiento del renacentista fenómeno aristócrata

Bajo la perspectiva más permisiva que relacionaba la libertad de testar y el estamento noble, debía contemplarse a la aristocracia como una institución renovadora, que no venía a aprovecharse de la libertad testamentaria ni a hacer sucumbir a la sociedad reverdeciendo sus costumbres ancestrales y clasistas, sino que era necesario un cambio de mentalidad, partiendo siempre del supuesto del fenómeno de la libertad como el remedio que podría enmendar muchas situaciones desfavorables dentro de las familias y en el ámbito estrictamente económico.

Por otra parte, la vertiente opuesta partidaria de las reservas forzosas, mantenía la categorización aristocrática como una clase social incapaz de modificar sus hábitos históricos en lo referente al comportamiento jurídico-vincular. Los avances en este sentido a lo largo de los siglos en el derrocamiento de dicho estamento, obligaban a un aseguramiento de la estructura del ordenamiento legitimario, en el que nunca debería entenderse incluida la libertad testamentaria, por cuanto supondría la posibilidad de

⁴⁴⁷ DE LA CONCHA CASTAÑEDA, J., op. cit., p. 27.



regresar a una amortización en la propiedad y a la injusticia familiar en el reparto de bienes.

a. La aristocracia como impulsora de la libertad de testar

La legítima podía servir a los propósitos de la nobleza. Los padres tenían la obligación de transmitir propiedades a sus hijos, porque éstos debían desempeñar un papel crucial, siendo “útiles al Estado”⁴⁴⁸, alejándose de cualquier labor o quehacer y por lo tanto, manteniendo el derecho a quedar exentos del trabajo “junto con la calidad de sus padres o abuelos”⁴⁴⁹. A tal fin, la reserva forzosa posibilitaba que los bienes fueran transmitidos dentro de la familia, evitándose la corrupción, que tendría lugar en el caso de la transmisión de los bienes a personas ajenas. No obstante, extrapolar dichas teorías al sistema legitimario del siglo XIX, supondría incurrir en un anacronismo. Por este motivo se hubo de defender otros postulados más acordes con aquella época posterior, sobre todo, porque la actividad de la aristocracia decimonónica para entonces, debía enjuiciarse en el entorno del cumplimiento de distintas actividades laborales y considerándose una clase social absolutamente necesaria en la sociedad, en tanto que clase de propietarios.

Políticamente, era necesaria la existencia de la clase nobiliaria para llenar el vacío de poder entre el monarca y el pueblo, por ser el único estrato social susceptible de disponer de bienes raíces, y que, tras haberse suprimido mayorazgos y vinculaciones, vio anulado su recurso más preciado para conservar su patrimonio. Por este motivo uno de los pocos métodos que le quedaba a dicho estamento para perdurar, sería la libertad de testar⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ CADAFAALCH Y BUGUÑA, J., *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente? Memoria Premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en Junta Pública del día 12 de enero de 1862 con arreglo al concurso abierto el 5 de julio de 1859*, Imprenta del Colegio de sordo-mudos y de ciegos, Madrid, 1862, p. 38: “siempre obtenemos el mismo resultado, el de que aquellos hijos que habían vivido en condición desahogada, y si se quiere, en la riqueza; aquellos hijos que se habían dedicado más bien á trabajos de inteligencia que à trabajos materiales; y tal vez à ninguno; aquellos hijos que se consagraban al servicio del Rey y del Estado, debían, al descender sus padres al sepulcro, heredar su antiguo patrimonio y su natural calidad”.

⁴⁴⁹ CADAFAALCH Y BUGUÑA, J., *Ibidem*.

⁴⁵⁰ En este caso, Claver Falces referenció la libertad de testar aragonesa en su obra. Se debía elaborar entonces una ley de la nobleza con carácter político que sirviera de base a la ley civil de la disposición testamentaria, porque una nobleza miserable no podía prestar servicios a la República, conteniendo la ley de nobleza, restricciones respecto a la nobleza personal asalariada. Si esta ley reuniera todos estos



Administrativamente, sólo los propietarios y los individuos con recursos propios, serían los que deberían desempeñar cargos importantes en la sociedad, aunque sin contraprestación y recibiendo únicamente un reconocimiento honorífico⁴⁵¹. Las leyes políticas y administrativas deberían tener por objeto que la ley civil tendiera al proteccionismo de la clase propietaria, y en defecto de mayorazgos, la legislación civil general debería adoptar la libertad de disposición aragonesa, dando por sentado que la ley proyectada, reguladora de las reservas forzosas sería perjudicial e imposibilitaría la reorganización de la sociedad.

Lo defensores de esta libertad sostuvieron contra sus detractores que los mayorazgos no procedían de dicha libertad de testar, al suponerse ésta una figura autorregulada que evitaba los abusos en las vinculaciones de bienes dentro de la familia. Mantener esta aseveración supondría adentrarse en la figura del absolutismo y en la más corrupta faceta de la libertad, que no debía confundirse con la prudente facultad del padre en el acto de testamentifacción.

Todas las instituciones, alcanzando un estado de depravación, podían desempeñar un papel totalmente contrario a su verdadera finalidad y objeto, y la libertad de testar no suponía una excepción. Pero ello no debía implicar, que debiera traerse al terreno de lo habitual aquello que podía suceder con carácter insólito; de modo que la verdadera libertad de testar estaba en armonía con las leyes de la naturaleza, que transmitían la propiedad de padres a hijos de modo perfecto, sin reglamentación ni cortapisas. Resultaba evidente pues, que la libertad no podía existir de modo absoluto, porque ello necesariamente conduciría al abuso. En la sociedad, la libertad del hombre acababa donde comenzaba la de su congénere, pero el padre de familia sabría administrar dicha libertad de la manera más juiciosa entre sus hijos, sin traspasar los límites que pudieran conducir a la arbitrariedad.

requisitos, se equilibrarían las relaciones entre la monarquía, nobleza y el pueblo, produciendo el aumento de la riqueza y la prosperidad pública [CLAVER Y FALCES, J., *Examen de algunas cuestiones políticas, administrativas y civiles con el objeto de impugnar el artículo 642 del Proyecto del Nuevo Código Civil que trata de la sucesión forzosa*, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1853, p. 6]

⁴⁵¹ Con un planteamiento distinto al esgrimido por el Marqués de Heredia –coincidente en otros extremos– que sostuvo que “Una aristocracia sin recursos propios para guardar el rango que le impone su elevada dignidad, es inconcebible, y afirmo de nuevo que el concederle derechos políticos y exigirle que los ejerza sin haber leyes que le aseguren los medios, es un sangriento sarcasmo. ¿De qué le sirve á un frade de España que se le reconozca el derecho á la senaduría, si no posee la renta para ser senador?” [DE HEREDIA Y HEREDIA, N., *Poesías y artículos del Marqués de Heredia*, Imprenta de la Viuda é hijo de Aguado, Madrid, 1879, pp. 164-165]



Las vinculaciones no guardaban relación alguna con la libertad de testar, aunque este concepto había tendido a confundirse con un fenómeno que había producido gran daño en la familia y en la sociedad⁴⁵².

La libertad de testar no produjo ningún mal que fuera propio de los mayorazgos, porque esta libertad afirmaba los sentimientos del corazón y encaminaría al hombre por el recto camino que llevaría, a su vez, al bienestar social, generando justas desigualdades en el ejercicio de esa autoridad paterna para realizar altos fines.

Entonces, no se derivaban de la libertad de testar las vinculaciones, tal y como sostenían los defensores de las legítimas. Al contrario, estas vinculaciones -que no sabían aprovechar su beneficio en favor de la agricultura- únicamente eran nocivas allí donde no estaba presente la libre testamentifacción.

La sucesión forzosa, indudablemente conduciría a una liquidación social. Era necesario que la aristocracia, como clase social independiente y genuina, participara en la formación de leyes⁴⁵³, debiendo alcanzar su lugar en la sociedad, al igual que el resto

⁴⁵² LAUSÍN Y CARNICER, L., *Derecho de viudedad, libertad de testar y orden de llamamientos en las sucesiones intestadas según los fueros de Aragón, en sus relaciones con la ley de Castilla*, Establecimiento tipográfico de la Comarca, Calatayud, 1886, p. 69. Enumeró tales daños como el daño de la libertad que a la que atacaban, las desigualdades hereditarias en los bienes, el abandono de los bienes amayorazgados con perjuicio de la riqueza pública, lo que conllevó -en lo referido a la emigración de particulares a otros países en busca de porvenir-, el aumento del lujo de unos y la indigencia y miseria para otros, así como la disminución de legítimos poseedores de las distintas haciendas. Estos factores se extinguieron desde el llamamiento general de los cargos públicos para participar en las funciones legislativas. Dicho punto fue extensamente desarrollado por CLAVER FALCES en su obra.

⁴⁵³ En defensa de este estamento se esgrimió la falta de medios para la transmisión de sus propiedades unitariamente, lo cual sólo fue posible según Claver, mediante las injustas mejoras. El autor entendió que, de la libertad de testar debía derivarse la equidad en el reparto de bienes entre los hijos. Es decir, aun profesando el sistema de absoluta libertad testamentaria, debía partirse de un sistema ecuaníme *ab initio*, descartándose el establecimiento legal de mecanismos desigualadores, presupuesto de una ley injusta, aun con intención de paliar los efectos restrictivos de la legítima. Siguiendo en el ámbito de pensamiento del renombrado Claver, escribió el Marqués de Heredia que “A pesar de la desvinculación, la aristocracia española puede figurar aún como principal elemento influyente, al referirse á la propiedad territorial; pero su superioridad no debe ser sólo en este concepto; debe manifestarse en virtudes, en inteligencia y en iniciativa...” [DE HEREDIA Y HEREDIA, N., op. cit., p.159.], y más concretamente, en relación con la libertad de testar: “...sin una aristocracia penetrada de sus deberes, y por lo tanto ajena á tendencias revolucionarias, la libertad política no está bien defendida... Y una clase directora é inteligente...no puede existir con el fraccionamiento de la propiedad, la cual pierde su acción é influencia con la mutabilidad y la división... La vinculación y la facultad de testar libremente, respetada en Inglaterra y combatida como injusticia notoria en la mayor parte de España, crea en aquella nación entre la clase elevada, la media y el pueblo mútuas [sic] relaciones y recíprocos enlaces, merced á los cuales, los humildes se elevan sin mengua de los nobles. Este flujo y reflujo es continuo motivo de servicios que cimentan una sincera alianza y unión... iguala á esta con los demás ciudadanos en el pago de los impuestos y en la obediencia al imperio de la ley y de la justicia.” [DE HEREDIA Y HEREDIA, N., op. cit., p.163]. En resumen, y como fórmula de cierre, expresó que “La aristocracia, así considerada, lejos de constituir una casta inmóvil, abre sus puertas á la virtud, al génio [sic] y al trabajo, haciendo propia la nueva sávia [sic] que recibe para defender los intereses de la nación y de sus derechos. Inteligente y previsora pide medios;



de grupos sociales, tomando como piedra angular la igualdad civil. La libertad testamentaria que pretendía esta clase no era el sinónimo de la resurrección de privilegios e instituciones vinculadoras, ni de un nuevo sistema de amortización, sino el cultivo y el desarrollo de las aptitudes que un hijo debería mantener para el sustento de su familia. La libertad de testar, en esta faceta, perseguiría la formación de hombres conscientes y de ciudadanos ejemplares.

El grave error que suponía la sustitución de las funciones del derecho por las de la naturaleza⁴⁵⁴ y la lucha contra la derogación del derecho a la libre facultad de testar, hacía aducir motivos para no considerar a la aristocracia como la clase que aportara inspiraciones para temer un sistema que pretendiera instaurar la libre disposición de bienes por causa de muerte⁴⁵⁵.

b. La instauración de un régimen vinculador oculto en la libertad de disposición por causa de muerte

También cabía preguntarse si la ley que había pretendido impulsar la libertad de testar, paradójicamente, no habría contribuido a fomentar las vinculaciones de las tierras en una época en la que, precisamente, se intentaba dar solución al fenómeno de la división causado por las legítimas, que suponía la ruina de muchos propietarios⁴⁵⁶. El establecimiento de la escasa cuota legitimaria en algunos regímenes como el catalán - más tendente a la libertad- obedeció al interés prioritario de impedir la división de la propiedad, división que no convenía a las clases privilegiadas, por lo tanto, considerada

pero renuncia el patrimonio de los necios, la pereza. Los que aspiran á que desaparezca en una monarquía regida por forma representativa, piden la muerte de la libertad y esta clase, que aparentemente supone una desigualdad, es la verdadera, la más firme y vigilante defensora de la libertad, que no es licencia, arbitrariedad, ni tiranía.” [DE HEREDIA Y HEREDIA, N., op. cit., p. 166].

⁴⁵⁴ DE OLÓZAGA ALMANDOZ, S., *Acta de la sesión inaugural de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, celebrada el 10 de noviembre de 1860*, Imprenta y Librería de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1860, p. 36: “...cuando el derecho quiere reemplazar á la naturaleza y la contrahace, puede causar una perturbación de tal índole, que ni el trascurso de los siglos basta á borrar sus malos efectos.”.

⁴⁵⁵ DE OLÓZAGA ALMANDOZ, S., *Acta de la sesión inaugural...* op. cit., p. 40: “No ha habido ninguna en Europa en la que se generalizase tanto la manía de conservar los bienes de ciertas familias unidos á los apellidos que estas llevaban. Si otras se han distinguido por el poder de una aristocracia creada por la excesiva acumulación de la riqueza territorial, la nuestra presentaba en cambio una clase en extremo [sic] numerosa, cuyas propiedades vinculadas eran por lo común poco considerables.”.

⁴⁵⁶ De Pou, en esta materia, abundó en su comentario sobre la libertad de testar en el ejemplo de la legítima y la libertad catalanas [DE POU, F., *Memoria sobre la conveniencia y utilidad de la sucesión forzosa en la forma en que se establece en el Proyecto de Código Civil español*, Imprenta de Luis de Tasso, Barcelona, 1857, pp. 24-25].



una buena opción para hacer perdurar los mayorazgos. Por eso, dichas figuras vinculadoras, se consideraban funestas para la prosperidad pública, dado que con anterioridad, la amortización feudal, había castigado severamente la agricultura, las artes y el comercio; por este motivo resultaba difícil asociar la libertad de testamentifacción a unos fines honestos.

En esta línea de opinión, el efecto de la amplia libertad de testar también habría provocado un estancamiento, derivado de la posibilidad de satisfacción en dinero a los herederos no adjudicatarios de bienes y condenando a los hijos segundos al celibato debido a la asignación de una legítima mediocre, vetando el desarrollo de los intereses económicos perseguidos por las “casas principales”, y por lo tanto, dejando patente que la ley de sucesión sólo había traído el mal, perdiéndose muchas de las mencionadas estirpes nobles, para cuya conservación precisamente algunos opinaban que se había elaborado la ley del cuarto legitimario⁴⁵⁷.

La libertad de testar se entendería dañina y con un marcado matiz de iniquidad. Este derecho del primogénito en el que debían recaer los bienes de la herencia y cuya finalidad nobiliaria era el mantenimiento de las “casas principales”, tenía un efecto vinculador directo sobre la propiedad, que propiciaba la inmovilización de patrimonio y riqueza bajo el pretexto de mantener su integridad. Además, entraba en juego el efecto colateral de la consideración del agravio de los hijos menores, que bien al contrario, no resultaban favorecidos, sino explotados por los mayores, y desplazados a ejercer oficios que les llevarían a la suma pobreza y a la única posibilidad de reclamar una parte legítima en la herencia meramente simbólica y rayana en la indigencia.

Por otra parte, se cuestionaron las tendencias seleccionadoras aristocráticas, apoyando la conveniencia de la solidaridad entre los individuos y el altruismo, que daría una solución práctica al problema social, afirmándose que “esta protección al débil, la tutela regeneradora, el patronato temporal y la cooperación altruista obtienen...la bendición de Dios, el voto de la ciencia y las sanciones del Estado”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Sin perderse de vista por De Pou la legítima catalana.

⁴⁵⁸ CANALEJAS MÉNDEZ, J., *Discurso leído por el Presidente en la Sesión inaugural 1904-905 celebrada el 28 de marzo de 1905, bajo la presidencia de S. M. el Rey D. Alfonso XIII en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Imprenta de los hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1904, p. 12.



De ello se derivaría que la ilimitada libertad era contraria a la solidaridad (representada por la legítima), llegándola a tachar de individualismo anarquista, representando dicha libertad desmesurada la articulación del egoísmo imprevisor, cuyos rasgos serían engañosos, porque “...la disolvente enseñanza de que la libertad conducirá a la armonía. Presenciando luchas, antagonismos, males y daños, impasible ó indiferente, limitándose a lo sumo, al consejo, no sólo abandonaría al Estado su más fructuoso oficio, sino que trabajaría en su propia ruina.”⁴⁵⁹.

2.1.3 La autoridad paterna

El significado que el Derecho civil español atribuye en la actualidad a la autoridad paterna en su vertiente positiva al describirlo como el poder que la ley reconoce al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de su hijo menor, difiere del definido en el siglo XIX, entendido como un fenómeno espiritual imbuido por los infinitos y espontáneos sentimientos de afecto, amor y cariño, generados por el progenitor sobre cada uno de sus hijos.

Dicha autoridad paterna supondría el más completo e inmejorable motivo para hacer que el padre demostrara que el mencionado amor hacia sus hijos sería garantía suficiente en la actividad testamentaria y que por lo tanto, la libre disposición de sus bienes por causa de muerte rara vez quedaría quebrantada por el padre en perjuicio de sus hijos, pero no por mandato de la ley, sino por convencimiento personal emanado de la sola afección parental.

Por otra parte, en el sentido adverso, otros encontraban sobradas razones para sostener que la autoridad paterna debía configurarse por imperativo legal, y que no existía mejor aval para los sucesores que la letra del propio Código Civil reflejando la protección de los mismos de manera expresa.

⁴⁵⁹ CANALEJAS MÉNDEZ, J., *Discurso leído por el Presidente en la Sesión inaugural 1904-905...*, op. cit., p. 18.



a. La legitimación de la libertad de testar por la autoridad paterna

El amor paterno simbolizaba el más seguro de los sentimientos, y no existía ningún mejor legislador en la familia que el padre. El extravío en los sentimientos, podía existir, pero si la ley de la sucesión forzosa no cambiaba, los fraudes serían, si cabe, más abundantes.

La autoridad paterna en el seno de la familia se configuraba como la herramienta capaz de hacer progresar a los pueblos, y de instaurar la paz y la prosperidad en la misma, debido a lo cual la institución de heredero debería desarrollarse por medio de la libertad de testar⁴⁶⁰, entendiéndose la sucesión forzosa como un remedio peligroso e innecesario, que abocaba a malograr el esfuerzo paterno realizado en favor de los descendientes⁴⁶¹, redundando a su vez, en una conformación estable de los municipios y de las provincias⁴⁶². Dicha autoridad supondría el soporte básico de la religión, la soberanía y la propiedad, como “los únicos principios fundamentales que forman la constitución esencial de la humanidad, los que aseguran por sí solos el mantenimiento de la paz pública”⁴⁶³

Se predicaría del Derecho de propiedad que no existía el ejercicio del dominio por el padre si no era posible disfrutarlo en la vida y en la muerte. Precisamente, para los padres que se desvivían cuidando de sus hijos era para los cuales se debía salvaguardar la disposición de sus bienes de manera inviolable. Por ello, si el padre de

⁴⁶⁰ PIDAL Y MON, L., MARQUÉS DE PIDAL, *Discursos de recepción del Excmo. Sr. Marqués de Pidal y de contestación del Excmo. Sr. Marqués de Molins, leídos en la Junta Pública del día 27 de marzo de 1887. Tesis del método de observación en la ciencia social; Le Play y su escuela*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1887, p. 496: “Que Le Play considera como una de las reformas más necesarias y urgentes en los países sometidos al régimen disolvente y aterrador en sus efectos, del reparto forzoso...”.

⁴⁶¹ PIDAL Y MON, L., MARQUÉS DE PIDAL, op. cit, p.509: “Y a su vez, el obrero previsora y padre de familia, al proclamar la ley y la opinión extraviada, la igualdad necesaria de los hijos ante la herencia paterna, que se ha de repartir forzosamente por partes iguales entre ellos, queda despojado de la facultad de asegurar el provenir de su familia por la institución de un heredero, y ve dispersarse improductivamente á su muerte, los frutos de su trabajo, perpetuándose así la desigualdad de condiciones y destruyéndose las costumbres que en la antigua sociedad permitían á las clases inferiores elevarse por el talento y la virtud á los primeros rangos sociales. Y este dogma de la igualdad providencial ha venido á su vez á destruir los sentimientos de solidaridad...”.

⁴⁶² LE PLAY, *Correspondance*, p. 367, *Reforme Sociale*, CLXV, citado por PIDAL Y MON, L., MARQUÉS DE PIDAL, op. cit, p.518: “«...hay que hacerlos revivir creando primero individuos por medio de la religión, y familias por medio de la libertad testamentaria; sobre esta base se podrán más tarde reconstituir los municipios y las provincias; sin ella no se organizaría hoy más que la anarquía y el desorden».”.

⁴⁶³ PIDAL Y MON, L., MARQUÉS DE PIDAL, *Ibidem*.



familia sacrificaba a los demás en el acto *mortis causa* del otorgamiento de sus bienes, la ley no debía disponer lo contrario.

También se referenció la deuda histórica, responsabilizando al mismo Justiniano con la promulgación de sus Novelas 18 y 115 de la instauración legitimaria, que condicionaría la regulación de la materia sucesoria del resto de ordenamientos europeos en su evolución histórica posterior. Tras haberse gestado vicios en aquella sociedad romana, se precisó la eliminación del inmenso poder de los padres de familia, perdiendo éstos su papel de jueces y legisladores. Pero realmente, la legítima que ofrecía el Proyecto de 1851 tenía origen visigodo, que del mismo modo desautorizaba al padre en el gobierno de la familia, vetando la eficaz sanción de su poder. Por otra parte, la creación castellana de las mejoras, no había aportado cosa útil al sistema legitimario, porque no servían al respaldo necesario para el prestigio de la autoridad paterna.

i. El origen divino de la autoridad paterna

Otras hipótesis se basaron en la reformulación de la legítima castellana partiendo de la autoridad paterna como una voluntad directamente emanada de la divinidad cristiana, amparándose a su vez en referencias más próximas y remotas (Inglaterra, Cataluña, Aragón y Navarra) que fueron referidas como “instituciones análogas de tierra también española”⁴⁶⁴. Ante el mal universal que coartaba la libertad de los padres para testar, se podía ofrecer la fácil solución de que los padres pudieran disponer de lo que tuvieran por conveniente. La prudencia en la confección del testamento basada en eufemismos hacia la legítima castellana no suponía más que una desviación de la realidad, justificada en que el amor de los padres hacia los hijos debía ser el único motivo de un prorrateo y adjudicación de los bienes que “Dios graba con caracteres de fuego”⁴⁶⁵, imposible de ser sustituida por el poder paternalista del Estado, aun amparándose la justificación legitimaria en el riesgo de la existencia aislada de padres desnaturalizados. La figura legitimaria, lejos de lo que podría pensarse, era opuesta a los principios cristianos, representativa de luchas en la familia por el caudal paterno.

⁴⁶⁴ RODRÍGUEZ DE LA FLOR Y NOCEDAL, C., *Discurso leído en la sesión inaugural de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación celebrada el día 29 de octubre de 1866*, Establecimiento Tipográfico de Eduardo Cuesta, Madrid, 1866, pp. 23 y 30.

⁴⁶⁵ RODRÍGUEZ DE LA FLOR Y NOCEDAL, C., *op. cit.*, p. 18.



La fortificación de la autoridad volvía una y otra vez, presentándose como el inexorable telón de fondo que anhelaba la supresión de unas leyes castellanas hereditarias que desconfiaban de la bondad del padre y perjudicaban el citado espíritu cristiano, cuya fuente emanaba de los lazos del amor y del respeto entre padres e hijos, fundamento de los cimientos de la sociedad y la prosperidad.

Por otra parte, era equivocado el planteamiento de esta fortificación, asociando su significado a las vinculaciones con origen en el régimen feudal, precisamente porque dicha autoridad paterna traducida en la libertad testamentaria, era la que provenía de Dios, entrañando un grave error los motivos de la desconfianza en la misma, fortalecimiento que aun sin estar exento de la comisión de los errores humanos, era el comportamiento -el del padre- mejor dotado para proteger los intereses y derechos de los hijos, que encontrarían en el padre a su mejor garante, incapaz de ejercer su autoridad de modo desproporcionado, dando con ello una fiable unidad, estabilidad y continuidad a la comunidad más sagrada, que era la familia. En Castilla pues, se perdía toda la subordinación en el momento del fallecimiento de los padres, teniendo entonces su principal remedio en las vinculaciones y mayorazgos.

Así pues, de manera categórica y en el afán por elevar a la libertad sucesoria a una categoría repleta de virtudes, se mantuvo la creencia de que sólo se podrían crear leyes inmortales partiendo de la naturaleza, que a su vez, eran obra de Dios.

ii. La moralidad, precursora de la autoridad paterna

Se enfatizaría el interés en la autoridad del padre precedido por el concepto de la moralidad de la familia dentro de la que entronizaba su mandato. Bajo la premisa de que la familia constituía la base de la sociedad, debería en ella el padre desplegar su mando, empleando mecanismos de premio a los hijos que practicasen la virtud dentro del hogar. Los hijos deberían formarse en el núcleo familiar, siendo laboriosos y de moralidad contrastada, lo que les posibilitaría evolucionar al rango de dignos ciudadanos. Entendida como un método para otorgar recompensas dentro de la familia, la libertad de testar era una herramienta necesaria para procurar el respeto de los hijos hacia los padres, desigualando en la medida de lo necesario y evitando el sistema de sucesión forzosa impuesto, sin que debiera temerse a la actitud de padres desnaturalizados,



puesto que “El peligro del abuso por parte del padre tiene suficiente valla en los sentimientos de su corazón”⁴⁶⁶. Al mismo tiempo, sería un arma perfecta para evitar la desmotivación en los jóvenes, robusteciendo el poder paterno como mejor solución frente a la desheredación, que a la postre, suponía una deshonra para el padre en el caso de tenerlo que ejercitar.

La desconfianza en la autoridad paterna supuso la condena por parte del sistema de libertad, que sostenía que debería actuarse para liberar al ordenamiento y a la sociedad en el conjunto de esa cadena, representada por la sucesión forzosa. Entender como válido un sistema legitimario era equivalente a defender un sistema basado en la anarquía. Con la sucesión forzosa, la familia quedaba derruida y la libertad de testar sin esperanzas en la regulación de lo que podría ser un sistema sucesorio más justo. El hecho de que el legislador no escatimara esfuerzos en igualar a los hijos que no lo merecían, sería denotativo de la conformación de un sistema hereditario defectuoso y opresor, en el cual no tendría cabida el concepto de justicia, porque las mejoras tampoco podían venir a suplir los males que se auguraban para el nuevo sistema basado en aquella libertad de testar relativa⁴⁶⁷.

iii. Autoridad paterna convertida en cariño hacia los hijos

El debate sobre la autoridad paterna se desarrolló en la década posterior al Proyecto de 1851 también con apoyo en el principio *pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*, recogido en las XII Tablas. La sucesión forzosa era una institución susceptible de generar múltiples problemas relacionados con el derecho de la propiedad, la herencia y la organización de la familia, de donde precisamente surgían y se llegaban a estabilizar los Estados⁴⁶⁸. Ante la pregunta de si debía concederse a los padres por la ley la mayor libertad posible a los hijos en la distribución de sus bienes, se realizaban paralelamente afirmaciones implícitas que apoyaban estos asertos, basados en cariño del padre, por cuanto la distribución de bienes voluntaria daría como resultado el desarrollo de este mismo cariño paternal; y la

⁴⁶⁶ DE LA CONCHA CASTAÑEDA, J., op. cit., p. 27.

⁴⁶⁷ Así calificada continuamente por SÁNCHEZ ROMÁN en su obra [SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil...*op. cit.].

⁴⁶⁸ ROIG Y REY, R., *Discurso leído en la sesión inaugural de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, celebrada el día 2 de enero de 1859*, Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1859.



forzosa, necesariamente el estorbo a la realización de los derechos de los progenitores. Ello conduciría a la necesaria conclusión de que las afecciones del corazón eran el necesario estímulo de la libertad para favorecer a los herederos, ya que el Proyecto del Código instauraba una medida injusta, puesto que “en el umbral del hogar doméstico se ha colocado á la ley con su espada de fuego, pronta siempre a pedirnos estrecha cuenta de nuestras obligaciones, a consumir con su abrasador contacto los generosos sentimientos, y despojar á los deberes naturales de lo que hay en ellos de más dulce y consolador, la espontaneidad de su cumplimiento”⁴⁶⁹.

iv. El Derecho de propiedad ejercido por el padre y su autoridad emanada de la naturaleza dentro de las sociedades domésticas

El derecho de testar fue definido como imprescindible para el padre en el terreno de la moral mediante la diferenciación entre los conceptos del testador-padre y testador-individuo. Con el acto de testar se hacía un uso de una facultad inmutable, nacida de los propios sentimientos y convicciones: aquel que emanaba de su amor, deferencia, respeto y gratitud hacia sus hijos, actos éstos que debían escapar al control de la ley, si no por imposible, sí por inconveniente. El testador sería quien mejor que nadie y siguiendo los designios de la naturaleza administraría la autoridad paterna y la paz en el hogar doméstico, repercutiendo de este modo en beneficio de la tranquilidad pública, en sintonía con la moral y con la justicia. De aquí debía concluirse la facultad de testar como una extensión de la naturaleza, y no como un capricho legal que las leyes no podrían suprimir a través de la regulación de la sucesión forzosa.

Esto llevaba a entender la carencia de la libre disposición de los bienes por causa de muerte como una conspiración contra la legítima voluntad de los hombres.

La autoridad, que reforzaba las prerrogativas del padre, encajaba armónicamente en sociedades políticas que dotaban adecuadamente de libertad al ciudadano y otorgaban al jefe de familia un papel preeminente dentro del hogar. Estas sociedades legitimaban la coacción y la respetabilidad del poder paterno, razón por la cual el derecho de testar debía concederse al padre en claro detrimento de las leyes que

⁴⁶⁹ ROIG Y REY, R., op. cit., p. 9.



pretendían sustituir el ejercicio de esta autoridad. Sólo los hijos pues, debían rendir cuentas ante sus padres, único aplicador de la ley de la familia.

En estas sociedades domésticas que tenían al padre por soberano, debía quedar excluida la severidad de la ley. El padre, en este ámbito, debía ser el delegado de la justicia divina, lo cual llevaba nuevamente a concluir que el derecho de testar no suponía una creación arbitraria de las leyes positivas.

En relación con la propiedad, impedir la libre disposición *mortis causa*, equivalía a destruir el derecho de propiedad en sus resultados, añadiéndose que sólo el hombre y no la ley era el titular y pleno legitimario del derecho al nombramiento de sustituto, y soslayar esta potestad suponía la privación ilegítima de un acto de dominio más en su vida y en su casa, frente al decir de un sector doctrinal, que preconizó una tesis totalmente contraria, basada en el principio *ex nihilo nihil fit* desarrollado por intelectuales como LEIBNIZ, KANT O HEIDEGGER⁴⁷⁰ y atribuida a filósofos clásicos como Aristóteles y Parménides.

La familia estaba basada en el amor y en el respeto, y éstos debían los máximos exponentes de la autoridad paterna, apoyada en la religión católica (atribuyendo a esta autoridad, un rango casi divino) definitivamente incompatible con el socialismo. La familia, pues, debía robustecerse, contribuyendo la libertad de testar a su óptima organización. La legítima castellana suponía la coartación de esta autoridad del padre, que marcaba sus pautas de actuación a través de la sucesión forzosa y por la vía del testamento, utilizando como únicos métodos su cálculo frío y despreciable y limitando un justo reparto de bienes.

La autoridad paterna presumía un poder de consejo, asistencia, dirección y defensa para los hijos, poder que se actuaba por la moderación, prudencia, cariño, ternura y amor de los padres. Por este motivo, la ley civil reguladora de la sucesión forzosa era sinónimo de un extravío de la razón y de los sentimientos, claramente trastornadora de las leyes de la naturaleza a las que representaba la libertad de testar. La resistencia a legítima se basaba en el derecho natural, aquél que fuera garantía poderosa -basada en el amor y en la libertad- contra toda relajación de las costumbres. El amor

⁴⁷⁰ Referenciados en las obras de Leibniz en *Ensayo de Teodicea. Acerca de la bondad de Dios, la libertad del [hombre](#) y el origen del mal*, de 1710, de Kant, en *Crítica de la razón pura*, publicada por primera vez en 1781 y que continuaron otros intelectuales como Heidegger, en su *Introducción a la metafísica*, de 1936.



era el amparo más seguro de los derechos de los hijos, y la libertad, la consecuencia lógica de la justicia, con raíz en la naturaleza racional del hombre, base y fundamento de la disciplina doméstica, garantía eficaz de la autoridad paterna; estímulo de obediencia, del trabajo y representación de la más pública tranquilidad, moralizadora de los hijos.

La libertad de testar representaba una garantía de las buenas costumbres, tanto en el hogar como en el Estado, garantía positiva del buen uso de la libertad, con lo cual, resultaba inexplicable su negación a los padres, concedores mejor que nadie de las necesidades de la familia.

El legislador no debía dudar de las enseñanzas del amor del padre a los hijos. Castilla efectuaba una rebaja de su autoridad en la familia en la regulación de su figura legitimaria vigente en la primera mitad del siglo XIX e incluso en la que vendría con el nuevo Proyecto de Código Civil de 1851, donde se dejaba sentada la falsedad de que todos los padres encarnaban una figura tiránica, evitándose la libre facultad de testar.

Las legítimas pues ni en esta etapa histórica, ni en las anteriores, ni en las venideras, supondrían, ni mucho menos, una solución a los abusos de la libertad de testar, porque los malos padres no podían ser contenidos de la desviación de sus actos ni por la ley natural, ni por la civil.

El sistema de libertad de testar era el más conforme con la naturaleza de las relaciones familiares, porque la familia trascendía en el tiempo, más allá de la vida del individuo, debiendo proclamarse el meritado sistema como una natural consecuencia en ella⁴⁷¹. En la familia el padre era el jefe natural, y la vida se convertía en el título para heredar bienes, los cuales sólo podían esperarse del cariño, que además, encarnaba una entidad que se constituía por amor y por armonía, sin que los mezquinos intereses debieran convertirla en una especie de sociedad mercantil. Debía descartarse pues la inspiración de dicha entidad forzándola a una obediencia de los vástagos únicamente fundada en el afán de heredar. Esta libertad contribuía a la fortificación de la tantas veces mentada autoridad paterna que, según su libre conciencia, premiaba y castigaba la conducta de los hijos, atendiendo a la situación en la que éstos se encontraban.

⁴⁷¹ Otros autores coincidentes en este pensamiento fueron Fermín Caballero, Cadafalch, algunos de los letrados intervinientes en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, Montalembert, Joaquín Rey, De la Concha o Durán y bas.



Por el contrario, el sistema de legítimas obraba en la familia como confiscatorio⁴⁷², obligando a la formación de insignificantes patrimonios personales, dividiendo el patrimonio infinitamente. Si los hijos tenían que esperar todo de la ley tan limitadora de la autoridad paterna, la unión de la familia sería frágil, y el amor no sería su causa, la familia perdería estabilidad, los vínculos no se perpetuarían y las tradiciones no se respetarían. Tal vez con la libertad de testar también existieran familias desunidas, pero con el sistema de la sucesión forzosa estos males aumentarían, a lo que se añadió que el sistema legitimario perjudicaba a la prole ilegítima, dado que sólo a los hijos legítimos les correspondía el derecho de recibir bienes en herencia, lo cual propiciaría comportamientos de los padres con los que se burlara esta imposibilidad mediante actos dispositivos *inter vivos*.

Se combinó el análisis desde un tratamiento mixto, armonizando la orientación política y económica. La libertad de testar -cuyo contenido albergaba la autoridad paterna, el amor al trabajo y que se suponía fuente de riqueza- era más semejante al derecho natural que al sistema de sucesión forzosa. Admitir un sistema testamentario distinto sería como entender la muerte del padre como un beneficio esperado por los hijos⁴⁷³, por lo tanto, la sucesión forzosa, no suponía en modo alguno un medio para infundir respeto en los hijos, causando además, esterilidad en los matrimonios.

Alguna postura, como la que sigue, postulada por DE LIÑÁN, se pronunció con un carácter algo más transigente, en apariencia favorable a la libertad, pero en última instancia considerando el legitimario como un sistema más capaz de salvaguardar los intereses de los descendientes contra los excesos de los padres en el abuso de su libertad. En primera instancia el Estado nunca podría tener mayor conocimiento que el padre de familia de lo que a ésta interesaba, científicamente, nada podía objetarse a la libertad de testar que se promovía en los distintos frentes intelectuales y políticos, dado que el desviado comportamiento de algunos padres, no podía suponer una generalización en la negación de este derecho.

Justo sería pues, que la comunidad moral en la familia desapareciera en cuanto dicha necesidad se disipara. Cabría defender la espiritualidad de los deberes paternos,

⁴⁷² Teoría defendida por Sánchez Román a lo largo de su obra *Estudios de Derecho Civil...*, op. cit.

⁴⁷³ Denominación de “holganza culpable”, por la cual, los hijos renunciarían a la fundamental cualidad del trabajo.



señalando la no necesidad de la regulación de la materia legitimaria del Código, a la que se calificó de irritante, ineficaz e inútil.

Las causas fundamentales de los impugnadores de la libertad de testar, encontraban su raíz en la Revolución Francesa, que sobre todo, pretendió escapar de los efectos de la amortización de la propiedad; pero no se debía vislumbrar tal fatalidad en la libertad de testar, debiendo huir del socialismo en la familia, entendiendo que a pesar del otorgamiento de dicha libertad, los hijos se encontraban igualmente llamados a la herencia de los padres. Al contrario, se verían perjudicados por el elemento de la sucesión forzosa, que obligaba a la privación de socorro al hijo más necesitado sin tener que defraudar al resto. Dicho perjuicio, sin duda, venía de las figuras legitimarias, en la forma de las mejoras y las desheredaciones, paradójicamente, en contradicción con su defensa del principio de igualdad, que daban lugar a la desmotivación de los hijos de las familias potentadas, desarrollando estos vástagos una perpetua holgazanería e incluso endeudamiento; más pendientes de heredar su fortuna paterna, al imponerle de este modo la norma, que de contribuir, con su trabajo personal a fructificar los bienes de la familia con los que poder sustentarse tras el óbito paternal.

La sucesión forzosa fomentaba la insumisión de los padres en el cumplimiento de una ley tiránica, absurda y comunista, planteándose una cuestión que seguiría siendo debatida casi un siglo después⁴⁷⁴. La consecuencia de ello eran los efectos deshonestos que tal legislación tendría en los progenitores, cuya motivación obedecía a un levantamiento en respuesta a un ataque a la libertad civil, que imposibilitaba la realización de acciones generosas y que condenaba al trabajo a una vergonzosa esclavitud, arrebatándole el prestigio y la autoridad a la familia.

No obstante, tras catalogar el sistema legitimario tan defectuosamente⁴⁷⁵, la solución no estribaba en la búsqueda de cuál sería el sistema que adolecía de mayores defectos, sino con cuál se realizarían el menor número de infracciones, debiendo restringirse a posteriori esta libertad, más que priori, y por lo tanto, de manera imprudente.

⁴⁷⁴ DE LIÑÁN Y EGUIZÁBAL, J. P., op. cit., p. 38: “¿Cómo el poseedor de una pequeña fortuna que ve á todos sus hijos en la opulencia y á su madre amantísima en la miseria más absoluta, se ha de resignar á que aquel su patrimonio no haga feliz á la persona á quien más debe en el mundo, cuando nada añade al brillo, al fausto, al esplendor de sus hijos? En tal situación buscará un subterfugio para burlar la ley, y sólo burlándola podrá morir tranquilo.”

⁴⁷⁵ Sistema catalogado de despedazador de las familias y que convertía al padre en un prestamista de los hijos.



En este sentido, la conclusión no sería terminante, profiriéndose que en la costumbre –y no en la ley- desarrollada por los pueblos residía la verdadera esencia del cumplimiento de una ley sucesoria entendida más o menos justa por los ciudadanos, en la cual se hallaría un mayor o menor grado de perversidad moral⁴⁷⁶, puesto que en manos de los padres se encontraba la última palabra con la instauración de cualquiera de los dos sistemas, tomando la decisión de dejar a los hijos en la más absoluta de las miserias si así lo deseaban, de colmar de adjudicaciones de bienes a los unos sobre los otros, o de distribuir la herencia de manera equitativa.

b. El mejor ejercicio de la autoridad paterna por medio de las legítimas

Por otra parte, también se puso de manifiesto el reconocimiento de los criterios compartidos por la mayoría de códigos en torno al deseo de la ampliación de las facultades del padre en su libertad de disposición, respaldándose el criterio de la mayoría de los partidarios de sistemas no basados en una absoluta libertad de testar, los cuales, pese a mantener unos criterios de testamentifacción relativa, no debían considerarse sistemas despreciadores y lesivos para la autoridad paterna, considerada como la más augusta de las facultades naturales del padre.

En este marco de estudio, a la legítima le fue atribuido un significado tutelar, con un valor real y efectivo en la práctica y en algunos casos, actuante en función del número de hijos. Con la evolución de los sistemas -y en particular, con el aumento de las partes de libre disposición- las mejoras deberían desaparecer, por innecesarias, y las partes destinadas a legítima se verían mermadas, siendo sometidos a debate comparativo los sistemas sucesorios legitimarios forales.

Debía reconocerse que los sistemas sucesorios más sofisticados buscaban la libre disposición, pero no debían aceptarse esas doctrinas partidarias de dicha libertad de

⁴⁷⁶ Partiendo de esta idea, tampoco supondría infligir mal alguno a través de la aplicación de un sistema legal legitimario, porque aun suponiendo la regulación sucesoria bajo este sistema, el buen padre, atendiendo a los buenos usos, debería repartir su fortuna por igual entre todos sus hijos. Entendemos, que pese a las afirmaciones del autor en este aspecto, se inclinó por la libertad de testar, debido a que ésta ofrecía la posibilidad de cubrir con mayores garantías, eventuales injusticias y comportamientos desviados de los padres.



testar⁴⁷⁷, siguiendo a estas aseveraciones argumentos que defendían el libre desarrollo del afecto paterno, pero con connotaciones distintas a las recurridas para defender la libre testamentifacción. En este caso, el legislador debía tomar este afecto como herramienta para gestionar la adecuada regulación de la sucesión forzosa.

De estos precedentes resultaría evidente el engrandecimiento y la anteposición de la sucesión castellana, que tendría en mayor estima el afecto de los padres sobre los hijos, y por lo tanto sería un claro mejor exponente del derecho natural, esta vez representante de los intereses de la legítima, pero no de la libertad de testar.

La conveniencia de las legítimas era palmaria y debían considerarse los argumentos a su favor tras haber recapitulado cautamente los argumentos empleados por los partidarios de la libertad de testar, manifestándose por FALCÓN que “Nada hay tan infundado é insostenible como la opinión que considera las legítimas contrarias á los buenos principios”⁴⁷⁸, por lo tanto, la legítima, lejos de hacer desaparecer el robustecimiento de la autoridad paterna, generaba unos vínculos más estrechos y fuertes en la familia y originaba muchas menos disensiones que el sistema adoptado por la libertad de testamentifacción. Además, los padres, presa de pasiones más bastardas, podían olvidar, con la libertad, a sus seres más cercanos cuando más lo necesitaran. Ni fraccionaban las legítimas el derecho de propiedad⁴⁷⁹, eran la consecuencia inmediata del deber de los padres de dar sustento a los hijos y sobre todo, descansaban en el fundamento de justicia, evitando los abusos de la libertad ilimitada, sin lastimar ni la paternidad, ni el derecho de propiedad.

⁴⁷⁷ FALCÓN Y OZCOIDI, M., “La Codificación Civil”, *Revista de los Tribunales*, T. III, F. Góngora y Cía Editores, Madrid 1880. p. 28: Se refirió a la falta de equidad existente en el sistema que aceptaban por igual a hijos naturales y aquellos engendrados dentro del “santificado matrimonio”.

⁴⁷⁸ DE LA CONCHA Y ALCALDE, J., *Discurso leído ante el Claustro de la Universidad Central en el solemne acto de recibir la investidura de doctor en dicha facultad*, Impresor Eusebio Aguado, Madrid, 1866, en la proposición para el tema de su discurso, p. 12.

⁴⁷⁹ Respondía por ello a las numerosas teorías de los partidarios de la libertad de testar que predicaban el apotegma del fraccionamiento como la causa económica fundamental que debía conducir a la abolición del régimen de legítimas. Se basó en que, con las legítimas, las porciones de terreno, aun fraccionadas, podían venderse conjuntamente, o en la adjudicación a cada heredero de la parte de su valor correspondiente (entendemos que asignando sólo a uno la parte que resultase perjudicada por la división).



c. El giro inesperado de Francisco de la Piza Pajares: La crítica de un sistema, pero no de sus elementos integrantes legítimos

En los distintos estudios jurídicos, económicos y sociales sobre la materia, pocos fueron de una calidad tan sobresaliente como el de DE LA PISA, que a través de un excelente criterio hermenéutico huyó de la mera perspectiva en cuya base se ponderaba la autoridad paterna como justicia natural, intrafamiliar y consustancial al afecto humano⁴⁸⁰.

Así pues, penetró en la esencia de esta cuestión de si lo que se consideraba justo debía accionarse con el Derecho a través del poder del Estado, contrapuesto por definición a la libertad del individuo y a su moral.

Si la autoridad de cada padre era entendida como manifestación histórica de la conciencia y los actos realizados voluntariamente eran preferidos a los realizados por la fuerza, el Estado debería haber articulado los medios necesarios para activar la libertad de testar.

El Derecho no sancionado se desenvolvía en el mismo ámbito que el Derecho natural procedente de la libertad, la moral y el honor, con soluciones adaptadas a determinadas circunstancias de lugar y de tiempo. Significaba este principio la adopción por el Estado de la conciencia social jurídica, que debería dejar un parte de libre acción a sus súbditos. Sólo entonces cabría preguntarse si la libertad de testar podría ser entendida como justa por los ciudadanos, si aquellos la aceptaban como justa.

Ante la dicotomía entre la moral y el Derecho, fue admitida la relevancia del primer principio y su influencia sobre la institución testamentaria, pudiendo asegurar que si en cada testador hubiera existido una conciencia real del sentimiento del bien y de lo justo, el Estado debería haberse abstenido, reconociendo la libre facultad de disponer, sin sancionar las legítimas.

En relación con la familia, el padre debería haber podido administrar justicia interna entre sus hijos, y aunque no se podía negar la existencia de padres desnaturalizados, la ley debía mantenerse en un segundo plano ante la libertad de testar,

⁴⁸⁰ DE LA PISA PAJARES, F., “¿Debe admitirse en buenos principios de derecho la absoluta libertad de testar?”, *Revista de los Tribunales*, 1880, T. III, p. 281.



activándose sólo en caso del comportamiento injustificado del padre, dado que se debía legislar pensando en todo tipo de situaciones, reconociendo la división forzosa también como válida, útil y necesaria, amparando derechos y protegiendo la vida social y la conciencia pública. Admitida la intervención del Estado en este sentido, sólo faltaría determinar si el criterio del Estado como árbitro, debería fijarse por ley o por prudencia judicial.

Respecto al fundamento de la facultad de testar, la reconoció en el derecho de propiedad, actuable mediante el instrumento del testamento, dimanante del Estado; pero no obstante, abrazó su origen preferible en el afecto y en el ejercicio de la magistratura paterna, más propia del individuo, alejándose de justificaciones basadas en silogismos científicos.

En relación con el poder del padre, las figuras de la experiencia en el comportamiento de los padres, y de su prestigio -si eran tenidos por buenos o no por el Estado, concediéndoles según el caso, un tipo u otro de derechos en relación con la libre disposición de bienes- servían como parámetro para catalogar la confianza hacia él, ateniéndose a ellos el legislador para dotar de mayor elasticidad a la libertad de testar.

Por otra parte, se mantuvo la convicción de la necesidad del Derecho para la debida regulación de las necesidades humanas, dado que, pese a desplegar efectos en campos no del todo idénticos, este Derecho podía coincidir con aquellas cosas y conceptos considerados justos e impregnar de su influencia a los padres que, concienciados de los efectos de una buena ley, de acuerdo con ella podrían distribuir sus bienes. Por lo tanto, no sería extraño que, siendo así, una gran mayoría de padres, ejercería la libertad de testar en beneficio de los hijos buenos, y aún de los que hubieran demostrado un comportamiento digno de reproche.

Es por ello que la libertad de testar debería conjugarse igualmente con los mecanismos legales necesarios que permitirían desheredar, corregir y castigar. No se podía perder de vista, en consecuencia -y en términos más idealistas- que la ternura, la indulgencia y la piedad eran cualidades presentes en la generalidad de los padres, por eso, los que verdaderamente profesaran un verdadero amor por los hijos serían incapaces de ejercitar la facultad de dejar a hijo alguno sin bienes, aun en el caso de tener esa posibilidad, atribuida mediante normas jurídicas.



Tras asistir a un discurso del que podía inferirse la apuesta por la libertad de testar, enarboló una solución a favor del sistema instaurado de legítimas, reconociendo honestamente las objeciones que podían formularse en contra del sistema de sucesión forzosa, pero aclarando a renglón seguido que su ataque no era referido a ellas, sino contra el sistema que definía los principios del sistema legitimario⁴⁸¹.

2.1.4 El condominio

La teoría del condominio para justificar el sistema legitimario a menudo fue objeto de repetidas críticas debido a su falta de consistencia y a sus matices basados en el socialismo. El ejemplo estaría en que si los padres daban la existencia natural a los hijos, no debían hacerles perder su existencia social, aunque se mantuvo esta posibilidad de vetarles esta existencia social, justificándose en la fortificación de la autoridad paterna, capaz de discernir lo más justo e injusto para cada hijo⁴⁸².

El argumento con el que se pretendía enervar el sistema de legítimas fue el de la insostenibilidad de la idea de condominio de los hijos con los padres, siendo incompatible con el concepto de la sucesión forzosa, porque en base a este condominio la ley no podría permitir al padre la facultad de mejorar a ningún hijo, tal y como pretendía el Proyecto de 1851 del Código Civil.

Con las referencias a la antítesis entre ley natural y ley positiva, la teoría del condominio fue repetidamente rechazada, por suponer que el disfrute del dominio debía ser concedido por el testador, pero no por una predeterminación natural anterior a su voluntad. La voluntad del hombre era la única válida, por su carácter determinado y personal, rasgos contrapuestos y enfrentados a la vaguedad y abstracción de la ley, que pretendiendo regular lo que era propio de la naturaleza, perjudicaba los intereses individuales, agrícolas y de mercado. No obstante, esta voluntad debía acompañarse de la necesaria dosis y criterio de equidad, suficiente para compensar los méritos y facultades de cada hijo. En definitiva, no era relevante la forma de ordenar y exponer

⁴⁸¹ Ello parece una postura, más que ecléctica, desconcertante. Consideramos una apuesta del autor por la comprensión de los múltiples aspectos de la vida, aunque tal vez, entender esa casuística consistiera precisamente en la modificación de la legislación ante una realidad cotidiana que, de hecho solicitaba – tanto antes como ahora- un cambio ante esta rigidez testamentaria.

⁴⁸² Por Bonel, en BONEL SÁNCHEZ, L., *Abajo las legítimas, plaza a la libertad de testar*, Imp. De F. Escámez, Madrid, 1875.



los motivos que pretendían justificar la libertad de testar, porque cualesquiera de las diferentes combinaciones de la libertad de testar, a través de la perspectiva familiar, política económica y las teorías basadas en diferentes criterios de justicia y de cariño, tendrían validez suficiente. El fin lícito ya resultaba suficiente en sí mismo para alimentar el ánimo de sus defensores por la justicia de su causa, por la presencia constante de la libertad de testar como un principio, como una institución y como una práctica, así como su universalidad.

Si a ello, además, debía añadirse que el principio de la libertad individual suponía el reconocimiento implícito de la naturaleza humana en su estado más puro y perfecto, debía deducirse que la libertad debía suponer el sentido y origen de la sucesión, acto supremo a través del que debía manifestarse de manera más práctica y eficaz su ejercicio.

La comisión de abusos por parte de los padres desnaturalizados no era significativa, debido a que los progenitores siempre sabían trazar la senda del deber, conformada por el amor, la conciencia severa y la integración en una sociedad exigente, que podría crecer con la implantación de un sistema sucesorio, libre de la institución de la legítima, método por otra parte, ofensivo y denigrante para la minusvalorada autoridad paterna⁴⁸³.

Siguiendo estas premisas, debería admitirse la libertad absoluta en la transmisibilidad de los bienes a la muerte del testador, sometiéndose ciegamente en este momento la ley a la voluntad humana. El condominio no vendría a aportar utilidad alguna en este sentido, puesto que los principios de la más absoluta libertad de testar, devendrían incompatibles con esta forma colectiva de titularidad.

Además, el sistema legitimario activaba métodos de repudiación de los hijos, que resultaban incomprensibles, lo que otorgaba a la legítima unas peculiaridades deshonorosas, como un concepto carente de discreción, basado en la publicidad y el escándalo, en la medida en que el mecanismo jurídico de las desheredaciones así lo requería.

⁴⁸³ DE MIRANDA Y EGUÍA, M., op. cit., p. 129: “¿Cómo cumplirá la ley moral si le arrebatáis con la libertad su propia responsabilidad? Dejadle aquella y así podréis hacerlo responsable: sus deudos, sus amigos, la sociedad, todos maldecirán la memoria del padre que faltó a sus deberes”.



Por tal razón, la tesis jurídica de la copropiedad en la que se basaban otros partidarios de la legítima supuso otro enfoque común combatido por los defensores de la libre testamentifacción con elocuencia y facilidad, por la evidencia de sus argumentos: el derecho de propiedad debía basarse en un título justo, y no en un criterio de descendencia, porque el simple nacimiento no otorgaba la legitimidad de este derecho. Este principio se defendía por los valedores de la causa legitimaria basada en el socialismo, entendiendo que la propia desamortización conduciría al socialismo moderno. Los hijos, desde el momento en que consiguieran ser autosuficientes, deberían emplear todos los medios para lograr una autonomía efectiva y alejada de teorías mancomunales. Aplicando esta tesis, las mejoras tampoco tendrían sentido, porque el padre, según la teoría del condominio, tampoco podría disponer de algo que no era de su propiedad, además de que tampoco se podrían confiar sólo a él la administración de los bienes, al ser un copropietario junto con sus hijos, pasando entonces, a ser un mero usufructuario de los mismos, debiendo rendirle por este motivo el progenitor cuentas a sus hijos.

2.1.5 El Derecho de propiedad

Consideramos que no habría ningún Derecho mejor que el de propiedad para hacernos entender la relevancia de la reivindicación de la libertad de testar o de las legítimas en los sistemas sucesorios. El carácter esencial, absoluto e inmediato de dicho Derecho y sus particularidades en cada territorio, harían efectiva su demanda sectorial y su apoyo a un ordenamiento determinado al que no se querría renunciar, sobre todo, por mor de las peculiaridades notables que a través de un concreto sistema hereditario, generaría una distribución de la propiedad de forma diversa y arraigada en función de la imposición legislativa que se instaurase.

a. El Derecho de propiedad y defensa de la libertad de testar

Los conceptos de propiedad y libertad constituyeron, antes de la elaboración del Proyecto del Código de 1851, el eje del debate en torno al cual orbitaron las opiniones partidarias y contrarias a la libertad de testar. Tanto fue así, que para cierto autor, el derecho de propiedad conformaba la vida social del hombre y se equiparaba a



la misma vida natural. No en vano representaba un derecho que debía ser disfrutado con responsabilidad exquisita, debido a la existencia del riesgo en su utilización, susceptible de generar la subsunción en la miseria para unos y el favoritismo desmesurado para otros.

No representaba privilegio menor el de la libertad, que siendo regalo igual de valioso, igualmente podía convertirse en libertinaje descontrolado que deviniese en tiranía, debiendo establecerse necesariamente de igual modo en estos casos, los remedios moderadores para que dicha libertad quedara acotada en su respectivo marco regulador⁴⁸⁴.

La perspectiva filosófica llevó a centrar el derecho de sucesión en el estudio del de propiedad, óptimo acicate para el trabajo, a través del cual necesitaría el padre cumplir los fines para después de su muerte. Si el legislador vetaba esta facultad testamentaria también estaría anulando la responsabilidad y libertad humanas, y con ello, la conservación de la familia⁴⁸⁵, impidiendo por lo tanto el traspaso de los medios necesarios para su misma manutención. De ello derivaba la consecuencia de que el padre era el único capaz de conocer lo más conveniente para sus hijos, disponiendo de los bienes para después de su muerte.

El derecho de testar era entendido como una consecuencia de la propiedad, defendiendo que quien podía disponer en vida de lo que le pertenece, transmitiendo a otro la facultad absoluta de usar y gozar, “no se le puede negar sin justicia, sin violación de ley natural, el poder de dividir á la hora de la muerte su patrimonio como mejor le plazca”⁴⁸⁶, dado que la propiedad en tanto que derecho absoluto, limitado por el derecho de terceros, se enfrentaba frontalmente a las ideas socialistas y comunistas.

No había motivos pues, para limitar la libertad de los padres, y por lo tanto era injusta la sola restricción puesta en nombre de la moral a quienes hacían un justo uso de esa libertad⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ REY ESTEVE, J. *Alocución que en el Acto de la Apertura de la Real Audiencia de Mallorca pronunció su Regente, el día 2 de enero de 1835*, Real Imprenta de D. Felipe Guasp, Palma, 1835, pp. 9-19 y 22-23.

⁴⁸⁵ Esta fue la idea subyacente mostrada por Rafael Rodríguez de Cepeda a lo largo de todo su relato.

⁴⁸⁶ MORET Y PRENDESGAST, S. y SILVELA DE LE VIELLEUZE, L., *La familia foral...* op. cit., p. 163.

⁴⁸⁷ Aun sabiendo que esa restricción no era necesaria, maestros como GARCÍA GOYENA siguieron inclinándose “por el peso de las ideas que entonces dominaban al sistema caprichoso, casuístico y á veces



La propiedad procedía del Derecho natural⁴⁸⁸, se constituía como el origen de todas las satisfacciones, y por este motivo, el hombre, resultaba más dichoso cuanto era más libre en su ejercicio. El padre cumplía con sus deberes disponiendo de sus bienes de esta manera, pero la instauración de la legítima vendría a coartar este sistema. La ley natural obligaba a los padres a alimentar a los hijos, pero no a instituirles herederos. Por ello, admitir el sistema de sucesión forzosa supondría la admisión de la figura del padre como un mero usufructuario, y por lo tanto, también la destrucción del dogma comúnmente utilizado por los defensores de la libertad de testar, basado en la fortificación de la autoridad paterna en el seno de la familia y en favor de los hijos. El Proyecto de 1851 era diametralmente contrario a esta teoría y por lo tanto, merecía ser reprobado en este aspecto.

La transformación del padre en usufructuario supondría la negación de la libertad de testar, una reconducción clara a la pobreza más manifiesta y un efecto negativo sobre la economía, teniendo en cuenta el menoscabo que sobre la propiedad tendría el sistema de legítimas. Dicho sistema de legítimas sería un elemento dificultador de la producción, inhibidor de la predisposición al trabajo. El derecho de disposición debería ser el mismo *inter vivos* o *mortis causa*, porque se hallaba en la naturaleza y en el sentimiento de la previsión.

b. El Derecho de propiedad y la defensa del sistema de legítimas

El derecho de testar era una consecuencia inmediata del derecho de propiedad⁴⁸⁹, que simbolizaba el encumbramiento de la realización de los derechos civiles “al disponer entonces de lo que posee...”⁴⁹⁰ dejándolo pendiente de una condición, “...que se cumple al acabar la vida”⁴⁹¹.

Empleando las mismas herramientas que los defensores de la libertad de testar, se sostuvo que propiedad y poder de disposición sobre la misma, se unían y que el mismo tipo de actos debía permitirse al hombre en la vida y en la muerte, afirmándose

pueril contenido en el proyecto de Código” [MORET Y PRENDESGAST, S. y SILVELA DE LE VIELLEUZE, L., *La familia foral...* op. cit., p. 165].

⁴⁸⁸ En la línea de lo apuntado por BALMES.

⁴⁸⁹ DE LA CONCHA Y ALCALDE, J., op. cit., p. 4: planteó si “¿Conviene que siempre y en todos los casos sea una misma la porción legítima de los hijos ó descendientes legítimos?”.

⁴⁹⁰ DE LA CONCHA Y ALCALDE, J., op. cit., p. 5.

⁴⁹¹ DE LA CONCHA Y ALCALDE, J., *Ibidem*,



en el convencimiento de la testamentifacción como una verdadera necesidad social, siendo que el hombre, al verse desprovisto de esta posibilidad de legar a sus descendientes el fruto de su trabajo, no tendría estímulo para promover el mismo.

La consecuencia necesaria del descarte en la posibilidad de disponer por testamento más allá de la muerte, sería la de que la producción del padre de familia no excedería de sus necesidades de consumo. Las limitaciones en la posibilidad de testar libremente supondrían un desaliento en el estímulo a la generación de riqueza si al hombre, por mor de esta cortapisa, se le impedía el control de su patrimonio en la hora de su muerte⁴⁹².

En cualquier caso “ni aun en vida el propietario es dueño absoluto de sus bienes, limitándose el ejercicio de su derecho por sus deberes familiares, que establecen en rigor una copropiedad verdadera”⁴⁹³. En este caso, las legítimas supusieron el modo de robustecer la autoridad paterna, extendiendo la facultad de la autoridad directora, para hacerla más eficaz, admitiéndose como efecto no adecuado para la propiedad, las pequeñas heredades absorbidas por las de mayor tamaño, aunque reseñando el conocimiento de que la ley desamortizadora francesa podía causar los efectos contrarios que se pretendía combatir. El verdadero progreso material y moral de la propiedad vendría determinado por la explotación de sus propietarios, pero la libertad de testar no sería el método que pudiera conducir a esos buenos resultados.

El derecho de testar tenía una naturaleza racional y previsor, que servía de base al derecho de personalidad y a la libertad, y que suponía una prolongación de los mismos derechos del propietario, permitiéndole cumplir los deberes creados en las relaciones de su vida, fundados en la naturaleza racional y moral del hombre, y por lo tanto, siendo actos dominicales susceptibles de ser respetados *mortis causa*⁴⁹⁴

⁴⁹² CANALEJAS MÉNDEZ, J. *Discurso leído en la Sesión inaugural del curso de 1894 á 95 celebrada el 10 de diciembre de 1894, Sesión inaugural del curso de 1894 a 1895 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Tipografía de los hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1894.

⁴⁹³ CANALEJAS MÉNDEZ, J. *Discurso leído en la Sesión inaugural del curso de 1894 á 95...*, op. cit., p. 78.

⁴⁹⁴ SÁNCHEZ ROMÁN realizó un didáctico estudio sobre el derecho de testamentifacción, postulando sus raíces dentro del derecho de la personalidad, concretamente, en la propiedad y en la familia. Sobre todo, mantuvo sus afirmaciones partiendo de la diferencia entre los sistemas absolutos de libertad y los sistemas relativos (sistemas de legítimas combinados con las mejoras) que definió como sistemas eclécticos, que mantenían la pretensión de regular tendencias opuestas. [SÁNCHEZ ROMÁN, F., op. cit., p. 718: “El sistema de legítimas, puro ó combinado con las *mejoras*, ha sido el más generalmente aceptado en cuanto significa un prudente, aunque arbitrario, término medio, á que tanto ceden los criterios circunstanciales de los legisladores”].



2.1.6 La posición del Derecho natural

De nuevo volveríamos a encontrarnos con versiones que rivalizarían en el origen de legítimas o de la libertad de testar en el Derecho natural.

Tanto reservas forzosas como libertad de testar dependían para la gradación de su justicia, de su correlación con el Derecho natural. Por este motivo ambas tendencias pretenderían encuadrarse en esta disciplina jurídica utilizando argumentos al amparo de dicho Derecho, pretendiendo que los mismos se encarnaran dentro de un orden jurídico único e inspirador de la conducta humana, pero siempre partiendo de un criterio racional.

a. La compatibilidad entre las legítimas y el Derecho natural

El Derecho natural debía entenderse como una obligación paterna de igualar a todos los hijos, y no como aquel que siendo titularidad de cada padre, le permitía disponer de sus bienes conforme a su mejor criterio⁴⁹⁵, mostrándose una convicción en la necesaria limitación de los padres en materia de derecho sucesorio. Ningún hijo debía ser relegado a ninguno de sus hermanos en las facultades de testamentifacción de los padres y lo que para algunos era designio natural e invariable, fruto del amor de los padres, que en extrañas ocasiones se podía ver alterado en perjuicio de los hijos; para otros, al no ser perfecto y constante, debía entregarse a la fiscalización por parte del legislador⁴⁹⁶.

Se mostró pues una tendencia fundamentada en la necesidad de la propiedad privada como un fin para el desenvolvimiento y la vida racional del individuo, el

⁴⁹⁵ DE PAULA VIDAL, F., *Las Legítimas de Cataluña, Memoria presentada al Gobierno de S.M. contra la costumbre catalana relativa á las sucesiones testamentarias*, Administración y Redacción del Plus Ultra, Barcelona, 1855, p. 22: “Así se puede apuntar una reflexión que muy pocos legisladores tienen en cuenta, pero que debiera ser la piedra angular de todos los códigos, porque en ella estriba el remedio de la mayor parte de los males de la humanidad, á saber, que el derecho de la naturaleza es el único cimiento de todos los demás derechos sin excepción alguna, que la justicia es superior á los hombres, y que nadie en el mundo tiene facultades de ninguna especie, sea cual fuere la razón ó pretexto [sic] de que se valiere, para quebrantar las inmutables prescripciones del derecho natural, de la equidad y de la justicia”.

⁴⁹⁶ DE PAULA VIDAL, F., op. cit., p. 5: “Si se contesta que los vínculos de la naturaleza son demasiado fuertes para que el padre incurra en un abuso tan vituperable, el que suscribe replicará con la costumbre de todos los siglos, y lo replicará en voz muy alta, esto es, que la teoría es ciertamente muy plausible, pero que la práctica nos persuade con innumerables ejemplos lo contrario”.



respeto a la noción económica del trabajo, su esencia justa y legítima y su moral expansiva, siendo de aplicación práctica y factible⁴⁹⁷.

En el análisis de la relación entre el derecho de testar y el de propiedad, debía deducirse que la negación de la propiedad privada supondría igualmente la negación de la facultad de transmitirla por muerte, lo cual abocaría necesariamente a la limitación de la testamentifacción⁴⁹⁸.

Pero ello no significaba que libertad de testar emanara del Derecho natural, sino que ésta, era una creación civil, mediante la cual se institucionalizaba el testamento y el derecho de sucesiones⁴⁹⁹.

Así pues, la testamentifacción no era de Derecho natural, sino civil, y no cabía duda que los gobiernos pudieran suspenderla, ampliarla o restringirla.

b. La habilitación de la libertad de testar mediante la actuación del Derecho natural

El concepto de Derecho natural sujetaba a los padres a criar y educar a sus hijos, lo cual era una consecuencia necesaria para la conservación de la especie, evitándose así la degeneración de la familia, viva imagen de la divinidad. Sin embargo, esta obligación de criar y educar no abarcaba la obligación de dejar bienes por medio de testamento,

⁴⁹⁷ DE MIRANDA Y EGUÍA, M., op. cit., p.66. Resulta relevante su Conclusión Sexta en relación con el testamento: “Esta libre facultad que atribuye á su legítimo poseedor, no muda de esencia porque la trasmisión se verifique por contrato ó por testamento: mientras el fin de derecho no se vea comprometido”.

⁴⁹⁸ Esta consecuencia no deseada de la limitación del derecho de testar, antes, sería combatida por Locke, Smith, Portalis o Thomson, que consideraron el trabajo del hombre como única fuente del derecho de propiedad, debiéndose conceder al hombre, en base a esta premisa, el derecho de testar. Lerminier se mantuvo en esta línea, al considerar la herencia como un Derecho natural, descartándolo como el fruto de una convención entre los hombres. Otro grupo doctrinal, como Laboulaye y Bentham entenderían el Derecho de propiedad como un concepto abstracto, sujeto a leyes políticas; partidarios de la inexistencia de la propiedad natural, que se basaba únicamente en la obra de la ley; junto a Rayneval -que igualmente, entendió la herencia como una consecuencia de las leyes civiles- y Blackstone que postuló que, al basarse el Derecho de propiedad, en la ocupación, en buena lógica debería abandonarse esta propiedad con el acto de la muerte de su titular. Pese a secundar dicha propuesta en su conjunto, Burlamaqui formuló sus disensiones, entendiendo que el derecho de disponer de bienes por vía testamentaria sería una consecuencia natural del derecho de propiedad y del orden social.

⁴⁹⁹ De Miranda mostró una opinión clara, basada en la de LINGUET [LINGUET, S. N. H., *Théorie des loix civiles ou principes fondamentaux de la société*, Londres, 1774, L. 1, Cap. 6], según la cual, el pretendido Derecho natural consistía en una producción ficticia, inexistente en la sociedad, e incompatible con el Derecho civil, siendo contrapuestos, en la medida que la esencia del Derecho natural consistía en una libertad indefinida y la del Derecho civil consistía en la privación absoluta de dicha libertad.



institución hereditaria de derecho puramente civil y alejada de la natural, momento éste en el que sí que cabía una libre disposición de los bienes por el testador. Teniendo en cuenta este planteamiento sobre la cuestión, sería necesario un enfoque práctico acerca de la sucesión forzosa, cuestionando si el sistema legitimario debería tener cabida en el ordenamiento jurídico, y si realmente respetaba el orden y los intereses públicos.

Por ello el Derecho natural volvía a asociarse a libertad de testar y sería consecuencia inmediata de la libertad de testar: si se podía disponer en vida del patrimonio, se podía disponer por causa de muerte. De este modo, naturalmente la libertad de testar sería favorecedora de la equidad entre los hijos, que en virtud de sus condiciones personales serían compensados con el patrimonio paterno desde los múltiples criterios de testar que pudieran existir en cada familia. El padre podía adjudicar con más conocimiento, certeza y sabiduría algo que el legislador era incapaz. Por lo tanto, lo único que podrían aportar las legítimas en esta faceta sería “la más monstruosa de las desigualdades, rompiendo al propio tiempo las legítimas exigencias y los naturales sentimientos del corazón humano”⁵⁰⁰, generando discusiones y pleitos entre los descendientes.

La identificación del Derecho natural con la libertad de testar se elevaba a un carácter humanitario, en armonía con el desarrollo social, con el fomento de la virtud, la represión del vicio, la promoción de la magistratura doméstica y la evitación de la ancianidad desvalida de los padres. Se equiparaba esta libertad a una conveniencia social, dado que la posibilidad de la libre disposición inclinaba al hombre a la producción de riquezas evitando la disipación de su patrimonio, disipación que podía venir generada por la restricción en la acción de testar y que supondría un daño para la riqueza pública y para la moralidad de las costumbres.

Se combatieron los argumentos de los impugnadores de la libertad de testar, de que no se podía otorgar esta libertad al que dejaba de formar parte de la sociedad por su muerte y de que realmente existían los padres desnaturalizados que desataban contiendas, pleitos, enemistades; dando lugar a las vinculaciones, enemigas por definición de la prosperidad pública.

⁵⁰⁰ MORET Y REMISA, L., *Consideraciones críticas sobre las legítimas. Memoria leída en la Academia de Jurisprudencia y Legislación en sesión pública de 7 de noviembre de 1879*, Imprenta de J. M. Pérez, Madrid, 1880, p 35.



Pero la libertad de testar suponía algo más que una mera ampliación del derecho de propiedad y representaba mucho más que la posibilidad del hombre disponer de sus bienes más allá de su muerte, suponiendo un cumplimiento que arrancaba de la libre sociabilidad humana, sin que el riesgo de abuso en la disposición entrañara un motivo para rechazar esta libertad, porque iguales derechos o creencias se vulneraban cotidianamente.

Las relaciones entre padres e hijos revestían un carácter seguro por eso, donde la ley civil guardaba silencio, la ley natural debía advertir al hombre que los hijos deberían ser los sucesores de los padres, por este motivo los singulares y raros abusos de la libertad de testar no deberían justificar una inmoderada restricción de este derecho, porque a pesar de ello el legislador no podía determinar detalle alguno sobre los bienes de su patrimonio y la libertad de testar debería permitirse por el profundo sentimiento de amor de padres a hijos.

En definitiva, la facultad de testar se basaba en el Derecho natural, en la idea universal de lo justo y de lo injusto. Sin ella quedaba huérfana de utilidad y sin sólida base la sociedad, afectando de manera negativa a la agricultura, a la industria y al comercio. En virtud de este motivo, la limitación de la libertad de testar, adoptada como motivo natural para proteger el derecho de los hijos, ejercía, más bien, una limitación sobre el derecho de los padres, que no renunciarían a ella, convencidos de que contribuiría a la conservación de la familia, a la libertad de su jefe, a estimular la propiedad hereditaria y a formar costumbres ejemplares trasladables a los códigos de leyes.

2.1.7 La división de la propiedad y su relación con las normas legitimarias

Considerando que la agricultura ocupó un puesto sumamente relevante en el siglo XIX, así como la mano de obra que de ella dependía –generando más de la mitad de la renta nacional en este período histórico- la presente materia merece recibir el tratamiento adecuado en la modalidad relacionada con la faceta legitimaria.

La mayoría de referencias hereditarias a la agricultura tendrían relación con los fenómenos desamortizadores expropiatorios de los bienes eclesiásticos y de los predios



de titularidad municipal; siendo ambos, resultados de la revolución liberal de dicha época.

Ante esta situación, nos encontramos con criterios confrontados que enjuiciaron los efectos de la legítima directamente relacionados con la agricultura, tanto en el Proyecto de 1851 como en el Código civil de 1889.

a. La consideración de los efectos perjudiciales de la división forzosa

Los juristas partidarios de esta tesis vinieron a reafirmarse en su convicción de que la excesiva división del patrimonio en cada generación supondría algo más que el mero perjuicio a un patrimonio: supondría la destrucción de los lazos domésticos, acompañada del declive de la familia⁵⁰¹. Por este motivo la libertad de testar nunca fue, ni sería en el futuro, un sinónimo de la corrupción de las costumbres, dado que el ejercicio en aquella libertad se presuponía racional y templado por parte del padre-testador, porque la regla general no sería que los padres abusaran de sus facultades.

Las disposiciones del Proyecto de García Goyena en materia testamentaria contribuirían de manera perjudicial a la división de los terrenos, que reducidos, generarían la destrucción del sustento de la familia con un cultivo de pequeña superficie repartido entre muchos herederos. Siendo así, se reduciría el número de propietarios con las divisiones infinitas a cada generación, que afectarían a cada cultivo en función del tamaño y relevancia de los predios en los principales países europeos⁵⁰².

⁵⁰¹ CADAFALCH y BUGUÑA, J, *Inconvenientes de la sucesión forzosa establecida en el Proyecto de Código Civil*, Imprenta y Librería de Oliveres Hermanos, Barcelona, 1852, p. 35: “¿Por qué se ha de interponer el cálculo frío de la ley donde obran los dulces é inestinguibles [sic] sentimientos de la naturaleza?”.

⁵⁰² Como siempre, Francia sería el paradigma de la sucesión forzosa -que degradaría la agricultura y la ganadería- e Inglaterra su antítesis, digna de elogio, debiendo ser alabada por la riqueza engendrada por su buen sistema de sucesión, con un sistema similar al de Alemania y Austria. En el número 5 del mes de marzo de la Revista *La Granja*, Fages de Romà se detuvo en el comentario referido a la productividad de éstos y otros países y de algunas de sus regiones [Suiza, Holanda, Bélgica, Italia, Prusia, Irlanda y Suiza] con el fin de demostrar el perjuicio que la división ocasionaba en el ámbito rural y en la fertilidad territorial de las diferentes naciones. Con un extenso y fundamentado alegato, pretendió imponerse en su implacable contienda dialéctica -nos atreveríamos a decir, que incluso llevada al terreno de lo personal- al Catedrático de Agricultura de la Escuela Industrial Barcelona, Jaime Llansó, con crítica de las continuas llamadas por parte de este último, a John Claudius Loudon, autor escocés en el que se basó para justificar su impugnación a la Memoria de Fages de Romà. Contrariamente, Fages de Romà, en el número 5 de mayo de *La Granja* aclamó la postura del jurista aragonés Claver Falces, por la sintonía de sus pensamientos en torno a la libre disposición de bienes en favor del primogénito en beneficio de la herencia paterna y por el mutuo asentimiento en la defensa de la reducción de la meritada división



Las leyes que dividían la propiedad rústica estaban llamadas a desaparecer, porque el orden natural exigía la libre circulación de las heredades. La propiedad que en algún tiempo hubiera permanecido estancada debido a los sistemas de mayorazgos, sustituciones y derechos de primogenitura, no se habría mantenido en ese estado por el desarrollo del principio de libertad, más bien al contrario: la libertad promovería la extensión de las propiedades; la sucesión forzosa, la subdivisión y desaparición de patrimonios regulares. Las legítimas serían las causantes del nacimiento de pequeñas heredades incapaces de ofrecer rendimientos, que estaban abocadas a ser vendidas por sus propietarios. Sería recomendable pues, el cultivo de terrenos variados en tamaño, siendo necesario permitir el ejercicio de la libertad para alcanzar el anhelado equilibrio.

La misma actividad de los propietarios y sus costumbres resultarían cruciales para que no se perdiera el interés en trabajar la tierra. A ello se debía añadir el impacto del aumento demográfico. Con la legítima preconizada por el Proyecto se conseguiría una vida de esterilidad y la infinita división supondría un mal muy grave, incompatible con la prosperidad de la agricultura, prefiriéndose antes que esta figura, los mayorazgos y los fideicomisos.

Además, la correcta decisión por parte de los padres, exigía a menudo el reparto desigual de los bienes, para lo cual no resultaba apropiada la división forzosa⁵⁰³. La ley no podía desempeñar un papel reservado exclusivamente al padre de familia, que debía acometer por medio de la libertad de testar y con arreglo a la razón, gestionando los asuntos particulares de la familia también en lo referido a la disposición *mortis causa* de todas sus posesiones, con lo cual, el fenómeno divisorio procedente de las legítimas, debía atenuarse.

territorial, cuyas consecuencias inexorables serían la escasez, las penurias y la minoración demográfica. La justificación de este posicionamiento vino determinada por la comparación por parte de Claver, del sistema hereditario aragonés con el catalán, ensalzando las ventajas en la libertad y potestad de ceder a unos descendientes determinados la parte de la herencia que el padre considerara fundamental para la factible transmisión de su patrimonio, siempre en relación con el derecho de primogenitura; y en el agasajo que plasmó en su discurso respecto a un sistema hermano, como era el catalán: “Con estas leyes estoy viendo ahora mismo crecer y remontarse la industrial y laboriosa Cataluña, emporio de las ciencias y de las artes, cuyos rápidos y cuasi milagrosos progresos en toda clase de industria, de agricultura, y de comercio no pueden contener los celos y los artificios de ese envidioso pueblo, que con su industria quiere tragarse el mundo” [cita de Claver Falces en FAGES DE ROMÀ, N. “Sucesión Forzosa”, *La Granja, Revista de la Agricultura y Biblioteca Rural, periódico de la sociedad de agricultura del Ampurdán*, mayo de 1852, año III, núm. 5, p. 136].

⁵⁰³ Así lo expresó Mill en su obra [MILL, J.S., *Principios de economía política: con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*, Fondo de cultura económica, Méjico, 1951(La obra original data de 1848).]



Para desarrollar el principio puramente económico basado en la acumulación y división de tierras y en el tamaño de estas circunscripciones territoriales bajo el criterio de DE LAVERGNE⁵⁰⁴, se apuntó que el mayor número de aristócratas provocaría un aumento de los propietarios de segundo orden. Inglaterra fue el paradigma de la economía, objeto de diversos análisis en este sentido. Se entendía que allí la subdivisión de la propiedad en su tipología de grande y mediana, y los grandes territorios de la aristocracia se ubicaban en las regiones menos fértiles –y que por lo tanto, el tamaño de la finca no se correspondería con su productividad- lo cual fue considerado como un error, al defender CADAFALCH que en Inglaterra la propiedad no permanecía acumulada, debido a las habituales transacciones económicas de los terrenos⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ DE LAVERGNE, L., *Essai sur l'économie rurale de l'Angleterre de l'Écosse et de l'Irlande*, Guillaumin et Cie, Librairie Agricole, 1855, Cap. VII, p. 99.

⁵⁰⁵ CADAFALCH Y BUGUÑA, J., *Necesidad...* op. cit, p. 45.: “la esperiencia [sic] y los principios de la economía dicen que la propiedad nunca se estanca en el país de la libertad” [refiriéndose a Inglaterra]. Recurrió Cadafalch a un ejemplo próximo en Cataluña, donde sostuvo que la propiedad en terrenos fértiles se encontraba más subdividida y en la montaña, más acumulada y con terrenos de mayor extensión. Como dato relevante, destacó la intervención en Cortes del diputado Ortiz de Zárate sobre la proposición de ley en 1859 de la indivisibilidad de las fincas divisibles, que fue rebatida por el Ministro y por el propio autor. La propuesta consistió en el establecimiento de unidades legales para evitar el desmembramiento de la unidad territorial y el excesivo fraccionamiento de las fincas, debido al claro perjuicio que ello suponía para la agricultura, dado que la desvinculación, llevada a su extremo, se traduciría en un claro desmembramiento y en los inconvenientes de la pérdida de tiempo y en la imperfección del trabajo. Se reseñó la dificultad de establecer variedad de cultivos en pequeñas cosechas, y era necesario mantener la menor subdivisión al objeto de que los campos, poblados, evitaran la mendicidad en las ciudades. Todo esto le llevó a formular los muchos inconvenientes de la subdivisión del terreno. El Ministro de Fomento afirmó que efectivamente, la propiedad dividida disminuiría el cultivo por las máquinas, con más gente de la necesaria para el mismo, lo cual repercutiría en una bajada de salarios y en la consecuente miseria. Además, los terrenos con abundantes recursos hídricos tendían a una mayor subdivisión, al contrario que en aquellos con clima seco, en los que la propiedad tendía a acumularse (por la venta de los terrenos por parte de los pequeños propietarios y su acumulación por parte de los ricos); pero debido a la dificultad de fijar uniformemente una unidad legal para todo el territorio nacional se alcanzó la conclusión de una total imposibilidad de la propuesta. Cadafalch entendió que con este sistema no se evitaría el fraccionamiento de la propiedad, porque no se podría pretender que la división de la propiedad derivara de causas artificiales, sugiriendo un criterio individual y discrecional que atendiera a “...sus sentimientos e intereses, ó a las conveniencias y necesidades de cada localidad. En semejante estado si es menester acumularse la propiedad, se acumulará, y si dividirse, se dividirá muchísimo aún en forma provechosa” [p.47], sin que ello pudiera tener regulación legal.

Discrepó de las causas climatológicas aducidas por el Ministro de Fomento -por cuanto sostuvo, con argumentos contrarios, la existencia de tierras lluviosas acumuladas y parcelas de secano claramente divididas, siendo las causas independientes del clima, citando como ejemplos Cataluña y Guipúzcoa- aunque se mantuvo entente con el Ministro en lo referido a la incapacidad de las corporaciones consultivas, de las que no se podría esperar un cabal conocimiento de la “cosa agrícola, mercantil o industrial” [p.50], tanto desde su particular naturaleza como por la movilidad a las que se sujetaban (traspasos y transacciones). Se desarrollaría un paternalismo por parte de los órganos administrativos competentes que convertirían en inepto a cada propietario y su acción ahogarían los sentimientos del libre arbitrio, además de que su lenta gestión burocrática se convertiría en obstáculo para la toma de todas las decisiones concernientes a los terrenos. La conclusión a la que llegó fue la de que la sucesión forzosa, influyó muy poco en la división de los terrenos. Sólo el carácter del territorio –foral o castellano- sería un elemento adecuado de juicio para derivar el hecho de la posibilidad de conservar una finca íntegramente o no (sí en los territorios forales, y no en los castellanos). Por lo tanto, la premisa indiscutible debía ser que



El principio de la testamentifacción conducía a la división de la propiedad hasta el infinito, habiéndose constatado que en las regiones donde existía la libertad, el número de vinculaciones y de las divisiones territoriales era más reducido. Esta libertad, tampoco suponía, ni mucho menos, un sinónimo de la formación de grandes propiedades -resultado de un movimiento vincular- otorgadas a los primogénitos; sino que, bien al contrario, existían muchos pequeños propietarios con gran cuidado de su cultivo o grandes propietarios en territorios donde la libertad de testar estaba presente.

Por lo tanto, debía entenderse que los territorios de Derecho foral⁵⁰⁶ eran afortunados por disfrutar de este derecho y a Castilla todavía le quedaba mucho por recorrer en este sentido.

Ello se unió a las perspectivas más pragmáticas de enfoque, donde se analizaba la evolución de las partes alícuotas de la herencia en vigor en los diferentes sistemas legitimarios del entorno europeo y americano (Francia, Holanda, Nápoles, Vaud, Austria, Luisiana, Piamonte, Baviera y Prusia) evaluando la justedad de cada uno, en orden a determinación de la amplitud de la cuota de libre disposición⁵⁰⁷.

los hijos debían fundar su porvenir, no en la muerte del padre ni en la percepción de terrenos a su muerte, sino en el trabajo, “único origen fecundo de todos los goces” [p.53].

⁵⁰⁶ Sobre todo, los más habitualmente comentados fueron Aragón, Cataluña, por su regulación de la legítima colectiva en favor de los descendientes y Navarra, por su libertad de testar de carácter formal.

⁵⁰⁷ Los cálculos aritméticos fueron la herramienta para analizar hasta qué punto era conveniente el establecimiento de la cuota hereditaria del Proyecto de Código de 1851 y si alcanzaba la suficiente ecuanimidad la parte de libre disposición para estar a la altura de los logros legitimarios europeos. Esta idea de ecuanimidad podría dotar a un sistema justo, acorde con la unidad del código que se pretendía conseguir, siendo analizada a su vez, a la luz del contenido de las legislaciones forales, proponiendo además, la idea del descarte de la legítima progresiva, puesto que ningún código internacional fijaba la legítima en función del número de hijos. Asistimos a una crítica expresa del sistema legitimario propuesto por el Proyecto de 1851, en el que se apreció la falta de avenencia en la cuota legitimaria, admitiéndose sin embargo que los cauces que pretendía marcar la ley, eran natural y voluntariamente establecidos por el paso de los siglos, por los padres y para con los hijos. El Proyecto no estaba teniendo en cuenta unas necesidades reales de los padres, basadas en la fijación de la cuota desigual entre hijos. A los progenitores no se les podría reprochar una conducta mínimamente egoísta que buscara su propia conveniencia, ni serles negado el derecho de disponer libremente de bienes en favor del hijo destinado al mantenimiento del patrimonio familiar. La igualdad de los hijos no podía conseguirse con la fórmula que proponía el Proyecto, porque la posibilidad de mejorar a algún hijo no subsanaba el vacío que no alcanzaba a cubrirse con la utilización de la parte de libre disposición [El argumento principal de Vives Cebrià en la parte final de su discurso se asentó sobre lo perjudicial de la división extrema del caudal del padre, proponiendo como solución la entrega de metálico a algunos de sus hijos en pago de la parte de la herencia que legítimamente les debiera corresponder. Este comentario junto a la referencia de los ruralistas Isidoro de Angulo y Fages y Romà, supone dar la entrada a la materia que desarrollaremos en el tercer capítulo de este trabajo, pudiendo observar la correlación entre el artículo 899 del Proyecto de 1851 y el actual 1056.2 y concordantes de nuestro Código Civil: “Si los padres en el arreglo que hagan con cada uno de sus hijos entregan á estos en metálico ó en efectos hereditarios lo que poco más o menos les corresponde según los bienes que el padre tenía al tiempo del convenio; ¿Por qué se ha de decir absolutamente que esto es nulo?” [VIVES CEBRIÀ, P.N., *Observaciones sobre algunos artículos del*



Trató de aseverarse categóricamente mediante la aportación de estadísticas y la comprobación de datos basados en metros territoriales y número de propietarios que una de las consecuencias de la disolución de la propiedad fue el reparto uniforme entre herederos legítimos, argumentándose la justificación geográfica de dichas diferencias, negando que la propiedad extremadamente dividida llegaría a ser muy inconveniente para las mejoras agrícolas y para sus mismos dueños; por este motivo, la serie de beneficios y adelantos logísticos y materiales necesarios para mantener la propiedad territorial perderían su viabilidad en los casos en que la propiedad territorial estuviera excesivamente subdividida. En consecuencia, los sistemas legitimarios, inspiradores de estos requisitos, impedirían el desarrollo de la riqueza.

Se podría llegar incluso al extremo de postular que los mayorazgos resultaban favorables, porque era evidente que la excesiva división de la propiedad podía provocar resultados dañosos para las familias y fuerzas sociales, contribuyendo a una disminución de la riqueza, quedando los patrimonios reducidos a porciones exiguas. En algunas ocasiones, la profundización en la temática conducía inexorablemente a las referencias a la climatología⁵⁰⁸. No se dudó de los fines legítimos que se pretendían con las legítimas en sus inicios, pero según esas opiniones, pretender en esa época lo mismo, suponía la creación de una institución sucesoria jurídica con un marcado aire de reliquia.

Bajo el mismo enfoque económico-agrario que FAGES DE ROMÀ, se pronunció CABALLERO en su obra⁵⁰⁹, refiriéndose al gran mal representado por el fraccionamiento de la propiedad, propiciado por el sistema de sucesión forzosa. Bajo la viva creencia de que los efectos de la desamortización habían causado un extremo perjudicialmente opuesto, se había favorecido la división territorial por medio de la herencia con el nuevo Proyecto de 1851, provocándose por lo tanto el fenómeno contrario a la amortización de la propiedad, justo en su extremo antagónico. De esta manera, con la división, se destruía la posibilidad de la formación de unidades territoriales de manera conveniente y lógica; surgiendo de este modo una polarización parcelaria en la superficie de los terrenos, que daba lugar a un entramado enredado de

proyecto [sic] del código civil de España que tienen mira á la cuota de la legítima y al modo de pagarla, Imprenta Luis de Tasso, Barcelona, 1862, p. 11].

⁵⁰⁸ Abordadas también por Durán y Bas en su Memoria y replicada por Alonso Martínez.

⁵⁰⁹ CABALLERO Y MORGÁEZ, F., *Fomento de la población rural, Memoria premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso de 1862*, Imprenta Nacional, Madrid, 1864.



parcelas de diferentes y desordenados tamaños, que conducían a un empobrecimiento de sus propietarios y a un precario aprovechamiento del cultivo⁵¹⁰. Se asistía sin remedio pues, a la imposibilidad geográfica de construir edificios con tierra aneja de cultivo y se consideraba la subdivisión como una verdadera catástrofe.

Las consecuencias de esta propuesta legislativa serían funestas, por cuanto el verdadero fomento de la población agrícola debería venir propiciado por la unión de las fincas de pequeña extensión, contribuyéndose con ello a la perfección de las tareas de labranza.

Por otra parte, no sólo el legislador había influido en la subdivisión incesante de las heredades, sino que se debía contar con la existencia de un segundo factor, derivado de la actitud labriega, calificada como un sinsentido a menudo, desprovista de coherencia y de razón, consistente en evitar los pactos sensatos con la finalidad de dividir propiedades por medio de la herencia, y en preferir el fraccionamiento sólo por el hecho de no verse vencido en el litigio divisorio⁵¹¹. Fueron los llamados obstáculos morales, fundados en doctrinas erróneas, más propias del arraigo del amor propio y del abuso de las facultades individuales que de los deberes del hombre social.

Así pues, en la propuesta de contención de la subdivisión excesiva de las heredades en el medio rural, debía representar la solución el asiento sólido de la población rural. En caso contrario, las mejoras a realizar no podrían calificarse sino de

⁵¹⁰ El hilo argumental de su obra se desarrolló en torno al concepto de la creación de unidades inmobiliarias ideales -los cotos redondos acasados- alrededor de las cuales, podían subsistir sus propietarios, tomando como base fundamental una explotación exhaustiva, ideal y completa de la tierra sobre la que se asentaban los propietarios, en connivencia con el medio rural.

⁵¹¹ CABALLERO Y MORGÁEZ, F., op. cit, pp. 154-156: “Al que le parezcan increíbles estas aseveraciones de quien no sabe mentir, que escudriñe con atención lo que en este asunto pasa en cualquier lugar de Castilla, y de seguro hallará: 1º. testamentarías sin terminar años y años, por no poderse avenir los herederos en la adjudicación de las fincas; 2º. tierras y casas yermas, por ser imposible aprovecharlas, en la manera menguada que se han partido; 3º. propietarios tan apasionados, que se niegan obstinadamente á la permuta ventajosa, que les propone el asurcano, y que hacen á seguida el contrato con otro distante por menos precio; 4º. terrateniente que posee una estrecha suerte, enclavada dentro de otra grande de un convecino, y prefiere servirse de ella con poco provecho y con mil dificultades, á venderla ó permutarla al circundante, que le brinda con mayor cantidad en dinero ó en tierras.”. Éstas son posturas, por otra parte, comprensibles en el ámbito del enfrentamiento, tanto en los juicios de testamentaría, como en los derivados de acciones interdictales, reivindicatorias y todas las relacionadas con discrepancias entre colindantes. Como en la mayoría de los procedimientos contenciosos y aún bajo la recomendación letrada, los titulares de la acción procesal albergan más un deseo de vencer en juicio que de alcanzar una solución que a la postre, en muchos casos, les podría resultar más beneficiosa y razonable. No es extraño este comportamiento, si consideramos la dificultad de aislar el sentimiento de rivalidad entre litigantes, condueños o vecinos, primando la animadversión hacia el contrario sobre la actuación en beneficio de la tierra o del rendimiento económico que le podría reportar a uno de ellos otro tipo de actuaciones (la venta del terreno, por ejemplo) si se cesara en la conducta obcecada.



raquíticas. Ante esto sería útil y conveniente el auxilio por medio de una ley civil que fijara la extensión de las unidades indivisibles de la tierra, sin perder de vista no obstante, la dificultad que ello suponía.

La defensa continua de la unidad de las heredades como medio de subsistencia y solución global que debía aportarse al sistema económico-social de la época, frecuentemente se acompañó del consiguiente rechazo de las unidades de terreno deformes, disgregadas y diminutas. En virtud de este motivo, la propuesta de ley no se veía tan disparatada, dado que en algunos territorios forales se habían obtenido resultados satisfactorios, basados en la pacífica y razonable costumbre de los herederos de conservar íntegro un patrimonio, atribuyendo el bien a un heredero previa indemnización de éste a la restante comunidad hereditaria.

Los medios para conseguir alcanzar el deseado terreno *tipo* (coto acasariado) debería ser el tantas veces mencionado mecanismo de evitar el fraccionamiento entre herederos, otorgando preferencia a los hijos mayores que quisieran seguir en la explotación, guiado el fenómeno sucesorio por la vía de la autoridad paterna y contando con el debido resarcimiento al resto de hermanos.

La actuación intervencionista estatal⁵¹² -paternalista al fin y al cabo- era evidente, por los medios en los que se pretendía evitar la división de las tierras, considerándola, siempre nociva para sus propietarios y promoviendo la liberación de las manos muertas dentro de los cauces que permitieran una estabilidad en la propiedad, siempre partiendo de una tendencia clara a la consolidación de la unidad ideal, representada por el coto redondo acasariado⁵¹³.

⁵¹² Además de las citadas medidas propuestas para evitar el fraccionamiento e infligir el inevitable daño causado por el mismo, Caballero propuso cambios administrativos de política fiscal con el objeto de facilitar la agrupación de las hazas de terrenos hasta alcanzar la medida del coto redondo: estimulación de medidas para activar ventas y trueques y otras medidas indirectas, como la disminución de gastos de inscripción registral y notarial de predios, la concesión de subvenciones destinadas a mejoras agrícolas u otras algo menos importantes, como la disminución de los gastos de papel timbrado.

⁵¹³ REAL SOCIEDAD ECONÓMICA MATRITENSE DE AMIGOS DEL PAÍS, *Informe de la comisión nombrada por la Sociedad Económica Matritense en 29 de octubre de 1864 en virtud de Real Orden de la Dirección de Agricultura, Industria y Comercio de 11 de febrero del mismo año para dar su dictamen acerca de la memoria del Excmo. Sr. D. Fermín Caballero sobre fomento de la población rural*, Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos y de Ciegos, Madrid, 1865: El informe de la Comisión nombrada por la Sociedad Económica Matritense en el que dio su dictamen acerca de la Memoria de Caballero, consideró útil y profunda la obra del jurista y filósofo aragonés, dejando sentado que el impulso de la agricultura sería el fenómeno llamado a evitar el perjuicio de la extrema subdivisión y acumulación [“La razón no puede menos de comprender que la subdivisión de tierras, sea un mal, y que de consecuencia en consecuencia, este mal se refleja en la sociedad, del mismo modo que sucede en las demás industrias,



En el mismo sentido se confirmó que la extremada subdivisión representaba la perdición de la agricultura⁵¹⁴, girando su teoría de la desmembración territorial en torno a un atraso en la industria manufacturera y mercantil. Por este motivo, las medidas que tendieron a fomentar artes y comercio deberían ser bienvenidas, porque suponían un remedio para evitar la división de las tierras de cultivo⁵¹⁵. Fueron puestos de manifiesto los inconvenientes del pequeño cultivo, desaconsejados por la rapidez del consumo de las reservas de los pequeños propietarios, que eran presa del hambre y de la usura y siendo las grandes propiedades las destinatarias de las operaciones ventajosas en el tráfico económico. A pesar de ello, COLMEIRO postuló una posición armónica mediante sus afirmaciones de que el sistema agrícola ideal realmente suponía el más abundante y equitativo, pero con el trasfondo que realmente demostraba el carácter verdadero de su obra, concluyendo que “Todo cuanto tiende á aumentar la estension [sic] de la tierra labrantía ó á disminuir el número de sus particioneros, concurre sin rodeos á la aglomeración de la propiedad territorial y al restablecimiento de nuestra dislocada constitución agrícola”⁵¹⁶.

La sucesión forzosa propiciaba el abandono de los campos y la emigración a las ciudades, y la causa de todo ello sería que los hijos mayores, responsables del cuidado de la hacienda con duro trabajo, deberían compartir igualmente con sus hermanos dicha

cuando falta la unidad de tiempo y de trabajo tan recomendada por los principios económicos.”, op. cit., p. 13]. La Comisión mantuvo su acuerdo en que el mal que inspiró la memoria del autor, se erradicaría con el final de la subdivisión mediante un convencimiento propio, que debería ser instaurado por medio de preceptos normativos. Debía alcanzarse el término medio, no obstante, entre la gran acumulación y la excesiva subdivisión “Quizá la ilimitada división que se advierte en el terrazgo, sea uno de los motivos de debilidad y atonía que enerva la vida de la agricultura, porque es indudable que el fraccionamiento sumo de la propiedad inmueble, sostiene en apariencia la más degradante miseria; por estos y otros motivos, sin duda, los reformadores de nuestras leyes se apresuran hoy á determinar y fijar en el proyecto del Código Civil, el límite hasta donde debe llegar la división de las cosas” [op. cit, p. 17].

⁵¹⁴ COLMEIRO Y PENIDO, M., *Memoria sobre el modo más acertado de remediar los males inherentes a la estremada [sic] subdivisión de la propiedad territorial de Galicia*. Santiago, Imprenta de la viuda é hijos de Compañel, 1843, p. 17: “...reconocemos la necesidad de dar impulso á una reacción en favor de la aglomeración de las fracciones territoriales, porque la estremada [sic] subdivisión es precisamente el mal de se duele la agricultura. Los vicios de su constitución agrícola ejercen una acción y reacción recíprocas, y á tal punto arrastraron la balanza, que ya es forzoso acudir á una mano hábil para que añada algún peso del lado de las grandes propiedades, á fin de restablecer, en lo posible, el perdido y conveniente equilibrio”.

⁵¹⁵ Por medio de la adjudicación a un solo hijo, que compensaría con su parte en metálico a los que se dedicaran a las artes y al comercio. Ello supondría el restablecimiento de la constitución agrícola y de sus quebrantos. Como se puede comprobar, el principio de la invisibilidad territorial ya se relacionaba directamente con la transmisión unitaria y por lo tanto, con la pretensión de evitar la pérdida de rendimiento de una unidad de explotación en manos de varios coherederos.

⁵¹⁶ COLMEIRO Y PENIDO, M., op. cit., p. 65. El colofón a su obra fue la inclinación a pensar que sus postulados serían igualmente válidos para los territorios gallegos que para aquellos de derecho castellano. Con carácter universal pues, podían ser aplicadas sus doctrinas al rico territorio gallego como a otros distintos del Estado, en línea con su idea del sistema de cultivo mixto, con la que transigió, aceptando la validez de cualquier cultivo siempre que fuera el más propio de cada terreno



herencia, aparte del peculio que en éstos ya había depositado el padre. Ello derivó, por lo tanto, en el argumento de que las profesiones liberales desempeñadas por los hijos segundogénitos, no habrían de causar sino un gran daño a la sociedad.

La clave del mantenimiento de las explotaciones rurales, sería pues, la continuidad y los progresos en la agricultura, que sólo se podrían llevar a cabo por familias estables bajo el impulso de su jefe de familia⁵¹⁷.

Así, la propiedad, triturada por la división legal, no era suficiente para satisfacer las necesidades de una familia, aunque se inventaran maneras alternativas de evitar esta división, identificadas como la reunión de tierras por vía catastral⁵¹⁸, la asociación y el crédito territorial, los valores negociables o los capitales mobiliarios.

Por lo tanto, la sucesión forzosa sería la única causa del fraccionamiento de la propiedad, y aunque ésta no sería indefinida, ciertamente, resultaba incompatible con el progreso de la agricultura, combatiendo las tesis de DE UHAGÓN⁵¹⁹, fundadas en que la división indudablemente resultaba favorable a la agricultura.

La familia y la propiedad, impulsores de la libertad civil, serían los pilares en los que debían basarse la sociedad y los sistemas políticos, siendo un error relegar a la agricultura a un último lugar, por cuanto era necesario un aprovechamiento del suelo - fuente de las materias primas- trabajado correctamente, para influir en una beneficiosa industria para la nación. Además, se requería urgentemente una clase agrícola rica e

⁵¹⁷ CATÁ DE LA TORRE, R.M., *La ley de sucesión forzosa y la libertad testamentaria en sus relaciones con la familia, la agricultura y la conservación de los patrimonios rurales*, Imprenta de Redondo i Xumetra, Barcelona, 1886, p. 44: “La ley de sucesión forzosa que rompe la unidad de las explotaciones [sic] y priva la continuación de ellas, ha de ser perjudicial al desarrollo de la agricultura, que ni prospera ni medra tan siquiera si le falta esta condición esencial de su genuino modo de ser.”

⁵¹⁸ Parece que se consideraba el Catastro como una herramienta administrativa que propiciaba la unión de terrenos. Presuponemos que a esta unión debería preceder un título de propiedad, pertinentemente agrupado. En la actualidad, la Gerencia Regional del Catastro, actúa en muchas ocasiones de oficio, modificando el sistema parcelario en contra de la realidad registral, siendo habitual que se propicien conflictos entre particulares colindantes, al pensar muchos de ellos que la cartografía catastral les otorga un título de propiedad en base al cual poder reivindicar alteraciones en su terreno. Esta actuación de diseño de parcelas según criterios catastrales arbitrarios, que actualmente generaría –y sigue generando– un desconcierto entre titulares catastrales, alcanzó la categoría de práctica habitual a principios de siglo XX –desacertadamente, a nuestro juicio– en terrenos rústicos cuyos lindes se desconocían por sus propietarios y cuyo dibujo parcelario fue la causa de que muchas personas se apropiaran de tierras con los que ampliaron sus superficies.

⁵¹⁹ DE UHAGÓN Y GUARDAMINO, F., *Memoria laureada con el accésit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso ordinario de 1873 sobre la influencia que la acumulación ó división excesiva de la propiedad territorial ejercen en la prosperidad ó decadencia de la agricultura en España*, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876.



influyente en la gobernación del pueblo, con el objeto de promover la libertad de testar y por lo tanto, la base del bienestar moral y material de la comunidad.

Alguna postura más moderada asomó entre los detractores de la división, sin llegar a esbozar afirmaciones condenatorias de la figura legitimaria⁵²⁰, ello a pesar de que la perspectiva económica aconsejaba una distribución de los bienes del modo más adecuado al incremento de la producción, otorgando igual validez a los efectos del cultivo grande y pequeño, en función de los resultados que se persiguiera obtener⁵²¹.

La división daría lugar a rivalidades y desmembración en las familias, admitiéndose el sistema legitimario para el caso de asistir a desviados comportamientos de padres “desnaturalizados”, partiendo de un sistema de libre disposición. Debía pues entenderse este sistema de sucesión forzosa como subsidiario al de la conservación de la familia, considerándolo un sistema de conservación menos perfecto en función de la extensión que se decidiera otorgar a cada una de las porciones que los herederos debieran recibir, pero válido, no obstante.

b. La negación de las consecuencias antieconómicas generadas por los sistemas legitimarios

Frente a las anteriores, tampoco faltaron actitudes dispuestas a exculpar a las figuras legitimarias de los funestos efectos económicos que se les pretendían atribuir⁵²². En estas circunstancias, el único motivo que hacía decantarse por la desigualdad entre la herencia de los hermanos, sería que el primogénito debiera soportar el peso de la familia en el caso de la muerte prematura del padre, dejándole en herencia algo más que al resto de hermanos, debiendo ser reservada para dicho hijo la porción de la mejora⁵²³, por ello,

⁵²⁰ Destacadas por Rafael Rodríguez de Cepeda.

⁵²¹ Sin dejar de reconocer Rodríguez de Cepeda, con De Lavergne, que la subdivisión no dejaría de ofrecer inconvenientes; conduciendo dicha situación, según Faucher, a un estado salvaje y postulando, en línea con lo apuntado por Boissonade, que la única manera de evitar el fraccionamiento sería a través de medidas preventivas y correctivas.

⁵²² DE PAULA tampoco fue partidario de la idea de FAGES de ROMÀ sobre que la libre sucesión favoreciera el porvenir de la agricultura. Con una lectura bien distinta a la de los autores citados, defendió la distribución equitativa de las propiedades que propició la Revolución Francesa, al igual que en Suiza, donde las tierras eran de tan escaso tamaño que podían ser cultivadas por su propio dueño, muy al contrario de lo que sucedía en Cataluña. En los Países Bajos, definía una propiedad dividida, en Prusia amortizada y en Inglaterra grandemente acumulada. Una suerte de definición eufemística contrapuesta a la definida por Fages de Romà y siempre en contra de la libre testamentifacción.

⁵²³ Con GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español*, Imprenta de D. F. Sánchez, Madrid, 1863, T.I, p. 501. sostuvo el sistema de mejoras como un



aunque partidario de otorgar una determinada porción de libertad en el padre, debía evitarse en cualquier caso la libertad omnímoda al testar.

Sentando estas premisas, estaba claro que el Proyecto de 1851 estaba imbuido del mismo espíritu que el de los Reyes Godos y Católicos, y la sucesión forzosa era la más conveniente para salvaguardar los intereses de los hijos y que debía configurarse como el modelo sucesorio a implantar, modelo que una vez fue el vigente. Aquella reivindicación que suponía la libre sucesión, formaba parte de un uso extranjero y la libertad de testar, en definitiva, era un instrumento al servicio de la nobleza feudal cuyo fin primordial fue el mantenimiento de aquellas conocidas “familias principales”. Este vestigio no había sido erradicado, contrariamente a lo postulado por FAGES DE ROMÀ, y por lo tanto debía vigilarse con prudencia la institución de la libre testamentifacción.

Así pues, el sistema de sucesión forzosa representaba el método de mayor justicia por naturaleza y dotado de mayor armonía en consonancia con los adelantos e instituciones políticas de la época. Por el contrario la injusticia notoria de la libertad de testar era evidente, alejada de los designios de Dios.

DE LAVERGNE mantuvo una opinión contraria a LE PLAY y CADAVALCH⁵²⁴ afirmando que la ley francesa de sucesión influyó muy poco en la división de los terrenos, porque de los matrimonios tampoco surgían tantos hijos susceptibles de causar esta división en el momento de la distribución de la herencia; aunque estos últimos mantuvieron que la sucesión forzosa era una institución susceptible de dañar el desarrollo de la fortificación de la autoridad paterna, la familia, el matrimonio, la propiedad y los establecimientos agrícolas, comerciales e industriales,

método excelente que “consulta mejor á los intereses de toda la familia, cohibiendo al padre dentro de los límites prudentes, y dándole una latitud racional para premiar la adhesión, los servicios y las virtudes de algunos de los hijos en particular, para reparar hasta cierto punto sus desgracias, y para igualar su desigual condición, lo que en vano podría hacer la ley en el espíritu general con que formula sus preceptos”.

⁵²⁴ Según Cadafalch, la libertad de testar no supondría, ni mucho menos, la comisión de extravíos, libertinaje y depravación de costumbres en los padres de familia, y un ejemplo de ello se tenía en Francia, donde, tras la Revolución, se criticó la libertad de testar, pero indirectamente, se adoptaron mecanismos para evitar los efectos de la sucesión forzosa; fenómeno que se repitió en los territorios forales, donde la libertad de testar destacó por sus buenos resultados, en donde se fortalecía la autoridad paterna y se evitaban los peligrosos y dispendiosos juicios de testamentaría, las deudas usurarias de los pequeños propietarios, las liquidaciones onerosas de las propiedades, las ventas forzosas de los terrenos y su desaparición, provocada por el sistema instaurado de sucesión legitimaria. Pese a que la relación entre la pobreza generada por los movimientos migratorios de la población rural, de los hombres en general y que la disminución en el número de matrimonios no debía estar directamente relacionada con los efectos de la sucesión forzosa y la extrema división de los territorios, era inevitable que en algo contribuyeran estos factores a ratificar estos males que dividían la tierra.



suponiendo en definitiva, la negación tajante de la libertad. Apelaron al recurso inmoral de postergar el matrimonio en perjuicio del Estado, consecuencia de aquella ley, y lo acusaron del enfoque puramente matemático del que fue partidario, considerando aquél que pese a que los patrimonios se dividían ante la existencia de varios hijos, se recomponían si el número de hijos era menor (contra el decir de los otros autores, que decían no tener en cuenta la lentitud, por ejemplo de la industria agrícola; además de que en la segunda y sucesivas generaciones el movimiento de transmisión era más rápido, y no circulaba, sino que rotaba, debido a su rapidez).

Observaciones concretas fueron formuladas contra dicha teoría, alegando que no podía haber rica agricultura sin rica industria. Si los bienes inmuebles de carácter rural no se hallaban bien comunicados con los grandes centros comerciales e industriales, es dudoso que estos bienes inmuebles tuvieran el aumento y la rápida recomposición y regeneración a la que se refería DE LAVERGNE. Así pues, los patrimonios no se reconstruían tras la división provocada por la herencia forzosa, porque la naturaleza de la agricultura lo impedía, que no resultaba improvisada, sino que se formaba con el esfuerzo de cada generación⁵²⁵. En fin, no se opuso De Lavergne a la libertad de testar, pero tampoco criticó la ley francesa, partidaria de la sucesión forzosa, arguyendo que el sistema de mejoras podía ser válido para subsanar los defectos de la ley vigente.

También GARCÍA GOYENA mantuvo un eclecticismo, defendiendo los matices de sucesión forzosa legislativa impuesta por sendos proyectos en los diferentes países, pero sin dejar de reconocer los efectos en absoluto favorables en cualquiera de estos territorios, según el brocardo *video meliora, proboque; deteriora sequor*.

Se cuestionó si realmente la división forzosa –referida a la división en el cultivo– debía ser necesariamente regulada por los beneficios que reportaba, alcanzando la conclusión de que los excedentes de este cultivo eran el resultado de la reconcentración de capitales, sin estar ello relacionado con la mayor o menor extensión del cultivo; por lo tanto dichos artículos del Proyecto de 1851 no eran en absoluto, útiles a la riqueza pública, ni a los hijos no primogénitos, ni a la moral, ni a la disciplina en las

⁵²⁵ CADAVALCH Y BUGUÑA, J., *Necesidad...* op. cit, p. 57: “Pero no es posible que de la propia manera salgan beneficiados los hijos de la segunda, tercera y sucesivas generaciones: para verificarse sería absolutamente necesario que los restos de los patrimonios que quedaran al tiempo de la división, se hubiesen reconstruido y vuelto á su primitivo estado, y que los fragmentos que se tomaron de ellos, hubiesen adquirido un desarrollo ó aumento susceptible de dividirse otra y otra vez en provecho de nuevos co-partícipes. Esto es imposible...”.



familias, sin estar ni siquiera enlazados con el derecho natural; ni mucho menos, esto significaría un mayor desarrollo del cultivo en favor de sus destinatarios. Pese a ello, debía confiarse en que el gobierno, no permitiría que esta ley desplegara estos resultados. A tal fin, cabría formular una serie de propuestas, entre las que se podrían incluir la variación de la cantidad de la cuota legitimaria en función del número de hijos, debiendo quedar a la libre disposición del padre, al menos la mitad de los bienes⁵²⁶.

La división de los predios no podía ser la causa de la despoblación ni de tanta ruina -más bien al contrario- siendo erróneo sostener que la disminución de la población en Francia hubiera sido motivada por la excesiva división de la propiedad, ni bajo la causa directa de la sucesión forzosa⁵²⁷.

Al contrario, dicha parcelación fomentaba la agricultura y el comercio y generaba más apego a la patria por unos motivos justificados: porque el propietario tenía interés en trabajar su tierra –contrariamente al que no tenía propiedades-, y porque en el momento en que, en virtud de la división forzosa, aumentara el número de propietarios, se daría a los terrenos un mejor cultivo y se produciría una mejora en la agricultura en la medida que la división forzosa era refractaria a la aglomeración de terrenos y de grandes extensiones en una sola mano. Las grandes tierras, en consecuencia, no podrían cultivarse con la debida atención. Los grandes terrenos en modo alguno podían favorecer la agricultura y los ricos propietarios iban a destinar sus recursos a otros menesteres, sin esperar tampoco, grandes ventajas de aquellos que se dedicaban al cultivo por medio de colonos⁵²⁸.

⁵²⁶ DE ANGULO Y VELASCO, I., *Artículos del socio del Instituto Agrícola Catalán de San Isidro, D. Isidoro de Angulo, sobre la división territorial de la agricultura, acogidos y aprobados satisfactoriamente por la Junta Directiva y Comisión Científica de dicho Instituto, y publicados bajo los auspicios de las mismas*, Imprenta de A. Bausi, Barcelona, 1852, p. 37: "... ¿deberemos temer una sanción de lamentables consecuencias? De ninguna manera, pues un reinado que ha inaugurado los congresos de agricultura, creado Juntas Provinciales y Comisarios Regios, que ha ordenado establecimientos de escuelas normales, plantíos para la conservación de los bosques, y que ha dado tantas disposiciones útiles para la riqueza rústica..., no se verán ciertamente destruidos los elementos de regeneración y prosperidad que brotan por todas partes, y lo decimos llenos de la mayor confianza, el gobierno actual disipará de un solo rasgo de pluma todas [sic] nuestros temores y todas nuestras inquietudes". La buena dirección crítica en la que comienza su discurso, finaliza en un tono simpatizante, acatador del orden de la época, y por lo tanto sin una aportación que se hubiera presumido de mayor utilidad, de haber dado continuidad al tono crítico, mantenido en los párrafos iniciales del artículo.

⁵²⁷ De Pou sostuvo dicha tesis contra la opinión de CADAFALCH, LE PLAY, TOCQUEVILLE Y MONTALEMBERT [DE POU, F., op. cit.].

⁵²⁸ DE POU, F., op. cit., pp. 24- 25: No se evitó poner de manifiesto las contraposiciones entre regiones: población y la mejora de la agricultura en Cataluña, debida al contrato de enfiteusis, y la despoblación y el abandono de la agricultura en Castilla, debida a los mayorazgos, poniendo el ejemplo típico del territorio de Andalucía.



El buen cultivo era propio de las regiones donde circulaban con fluidez las propiedades. Los segundogénitos en ocasiones, eran incapaces conseguir trabajo, tras haber alcanzado el logro de una carrera académica. Con lo cual, el remedio a este fracaso era el destino de la agricultura como fomento de la división de la propiedad y cuyo medio más efectivo era la división forzosa establecida en el Proyecto del Código Civil español a través de la regulación de las legítimas. En consecuencia, los hijos segundos emplearían sus legítimas en la perfección de la agricultura, industria, comercio, caminos y canales, con lo cual se multiplicaría el trabajo, la producción y la riqueza de la nación, existiendo trabajo y bienestar para todas las clases de la sociedad.

Reseñó RUVIRA Y RUIZ⁵²⁹ el carácter de las legítimas y su antítesis con la libertad de testar, enjuiciando las figuras desde la perspectiva moral y económica en favor de la prolífica institución legitimaria.

Las legítimas generaban beneficios para el buen orden moral y económico de la familia, al evitar odios en su conformación, enemistades y enfrentamientos entre hermanos. Suponía aunar posturas comunes en favor del interés colectivo en el fomento de la actividad familiar y del caudal relicto de bienes que los hijos estaban llamados a heredar, que se reflejaría en la producción y en la mejora de los terrenos y las propiedades.

Debía cuestionarse pues, la existencia de tendencias contrarias que postulaban los efectos negativos de la legítima en la excesiva fragmentación de la propiedad y en la traslación forzosa de terrenos a manos inexpertas y con falta de pericia en su manutención; puesto que dicha institución legitimaria resultaba mucho más recomendable.

⁵²⁹ Proponemos a las siglas “J. R. y R.” a la asignación del nombre de J. RUVIRA y RUIZ. El presente discurso ha sido extraído del fondo bibliográfico digitalizado de la antigua *Revista de los Tribunales*, en la actualidad a cargo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pero no figura el nombre completo del autor. Al Servicio Bibliográfico del Ministerio de Cultura, gestor del fondo de la dicha revista, no le ha sido posible esclarecer nuestras dudas al respecto, remitiéndonos *al Diccionario Crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos*[<http://webdeptos.uma.es/hdi/diccionario.html>], en el que tan sólo hemos podido encontrar unas siglas coincidentes en caracteres, pero debido a la ubicación temporal en la redacción del escrito -las cuales identificaban a Juan Ramis y Ramis, cuya defunción se produjo, según las fuentes consultadas, seis décadas antes de la publicación del discurso comentado- hemos descartado esta fuente. Posteriormente, planteando la misma consulta ante la Sección de Información y Referencia de la Hemeroteca de la Biblioteca de Ciencias Sociales “Gregori Maians”, se nos informa de la existencia de una serie de artículos en un número del Boletín de la misma Revista de los tribunales de 1878 (cercano en el tiempo al comentado por nosotros), firmados por J. Ruvira y Ruiz, lo que nos lleva a pensar que podría tratarse del mismo jurista.



Asimismo, se negó la recomendación de la existencia de la libertad de testar, porque los padres, moralmente se encontraban obligados a dejar a sus hijos aquello equivalente a su posición y circunstancias, actitud convertida en costumbre y sancionada por el legislador, convirtiéndose de este modo en auténtica imposición, invirtiéndose el sentido de la auténtica limitación de testar⁵³⁰.

Así, lejos de atacar la excesiva división de la propiedad, se debía aceptar el sistema sucesorio vigente, potenciando otros aspectos de esas merítadas propiedades diminutas, como podía ser el cultivo intensivo de dichas microparcelas.

Pero la solución a los problemas agrícolas no se encontraba en la modificación del sistema legitimario, sino que había que centrarse en otras posibles soluciones. La densidad agrícola y pobreza por sectores forzaba la emigración de las personas a las ciudades, sabiendo que, siendo un medio de riqueza, debía fomentarse el bienestar de la población rural, manifestándose dicha mejora en favor de los diferentes institutos de crédito agrícola europeos, en los cuales fue triste protagonista el concepto de la usura, que si en otras ocasiones, fue tratado como el fenómeno nocivo que debía erradicarse en la pequeña propiedad excesivamente subdividida por la sucesión forzosa⁵³¹ en este caso se reconoció como un mal accesorio que podía aplacarse y controlarse, siendo su gran contrapartida y compensación el beneficio de la figura de las sociedades prestamistas en base a las que se facilitó el trabajo del pequeño propietario, así como su subsistencia⁵³².

Pero pocos autores intentaron demostrar las bondades de la reserva forzosa de una manera tan exhaustiva y científica como lo hizo DE UHAGÓN en su Memoria. Aunque no se refirió de un modo directo a la controversia entre libertad de testar y legítimas, sí que aludió en sus pasajes a motivos descubridores de su tendencia, donde dejó patente a lo largo de todo su discurso que no eran los culpables de todos los males

⁵³⁰ RUVIRA Y RUIZ, J., “Exposición de las leyes forales vigentes en Aragón sobre sucesión testamentaria. ¿Tienen los padres con arreglo á lo establecido en dicha legislación, libertad de testar?”, *Revista de los Tribunales*, T. III, p. 369, F. Góngora y Cía Editores, Madrid, 1880. Resulta, cuanto menos, digno de mención, el hecho de que fuera predicado de Aragón este inconveniente, cuando allí fue constante la presunción de la casi absoluta libertad de testar, en base al criterio legitimario de la atribución de los diez sueldos jaqueses al resto de los herederos que no fueran beneficiados con la totalidad de la herencia, como el instituido heredero principal. Se tomó como ejemplo de la evolución y de sus consecuencias que desembocan en una falsa libertad de testar, los fueros *de testamentis nobilium* y *de testamentis civium* de 1307 y 1311 respectivamente.

⁵³¹ Por cuya causa el campesino debía recurrir a la compra de terrenos adicionales para aumentar la escasa rentabilidad que los suyos -de tamaño diminuto- le proporcionaban.

⁵³² En el año 1904 Canalejas repitió su discurso y se volvió a referir a la propiedad territorial, desvinculándola de las clases históricas, de la esclavitud y del feudalismo.



en la sucesión forzosa, ni el cultivo reducido, ni la división de la tierra⁵³³, sino que “...el cultivo en pequeño es el más propicio para el aumento de la riqueza y de la población”⁵³⁴ porque “propio de una densa población, mantiene la industria agrícola libre de las perturbaciones económicas, como una necesidad social”⁵³⁵.

Precisamente, las pretendidas incomodidades de la extremada división no podían hacerse valer en un país como España⁵³⁶, donde el desarrollo de la verdadera riqueza residiría pues, en el pequeño cultivo, dado que la acumulación de la propiedad territorial era la causa de la amortización civil y eclesiástica, lo cual había influido notablemente en la decadencia de la agricultura española, típica de gobiernos absolutos.

El agricultor industrial estaba sometido al precio de la mano de obra y á la competencia de los productos similares. El cultivador pequeño ostentaba ventaja, pues la riqueza social se hallaba en la familia agrícola, la cual se convertiría en más poderosa, próspera y rica a través del fenómeno de la agrupación familiar. La mayor armonía se encontraría en la combinación entre pequeña propiedad y gran producción, dado que la pequeña propiedad no era un término equivalente a “cultivo en pequeño”⁵³⁷. Resultaban así ensalzables las ventajas del pequeño cultivo, tachando de perjudiciales los cultivos grandes, donde sus dueños eran incapaces de procurar ahorros -el gran resorte de la producción- y los propietarios medios eran “pequeños rentistas vegetando en un reposo absoluto sin cultivar su espíritu ni industria alguna”⁵³⁸.

⁵³³DE UHAGÓN Y GUARDAMINO, F., op. cit., p. 48: “Esta deducción, propia de los estudios agrícolas, que nos llevan por la práctica á la contemplación de la grandiosa naturaleza, nos es sugerida por el espíritu invasor del cultivo en pequeño á costa del grande por una ley superior á los esfuerzos humanos en todo país cuya prosperidad se revela por un aumento de población. Este incremento trae siempre consigo, sin otro auxilio que el tiempo, el fraccionamiento del suelo, cuya dispersión hace imposible el cultivo medio; de modo que el pequeño se impone por su índole en beneficio y moralidad de las clases desheredadas de la fortuna, á quienes el Criador preserva de la miseria por un trabajo que no pueden acaparar los potentados de la tierra con sus capitales.”

⁵³⁴DE UHAGÓN Y GUARDAMINO, F., op. cit., p. 49.

⁵³⁵DE UHAGÓN Y GUARDAMINO, F., op. cit., p. 51.

⁵³⁶DE UHAGÓN Y GUARDAMINO, F., op. cit., p. 65: “A una muerte que produce la división de un patrimonio, se deben oponer los enlaces que acumulan la tierra; y así como grandes aglomeraciones se disgregan, otras partes sueltas se reúnen, muy particularmente cerca de los centros industriales... tienen al menos la ventaja de no fundarse en privilegios... La división del suelo es una consecuencia de la riqueza y sería un absurdo querer remediarla legislativamente por algunos inconvenientes. Toda medida, no ya encaminada á impedir directamente el fraccionamiento del suelo, aun reducida á precaver por meras facilidades los inconvenientes de una extrema división, afectaría los sagrados derechos de propiedad, harto combatidos por toda clase de enemigos.”

⁵³⁷DE UHAGÓN Y GUARDAMINO, F., op. cit., p. 63: “los riegos, máquinas útiles, drenaje y otras mejoras, caben dentro del cultivo en pequeño por asociación y por la división del trabajo, que especifica cada ramo con notables ventajas”

⁵³⁸DE UHAGÓN Y GUARDAMINO, F., op. cit., p. 71.



El cultivo “en pequeño”⁵³⁹ sería un medio humanitario y civilizador, que ofrecería un valor intrínseco, permitiendo una variedad de producciones y dando satisfacción a todos los intereses, a través de la descentralización, en provecho de la autonomía individual. La transformación social vendría de esta tipología agrícola de minúsculo tamaño, porque representaría “la vida de familia, el trabajo honrado é independiente, la calma del hogar doméstico, el respeto filial, las sencillas costumbres, el alejamiento de los vicios, la lozanía de cuerpo, el espíritu religioso, el amor patrio, el ahorro, la previsión, la resignación y la verdadera libertad.”⁵⁴⁰

2.1.8 Un medio de potenciación de las legítimas y por ello, igualmente criticado: las mejoras

La mejora sería el elemento que a unos, serviría como accesorio útil para apoyar el estrecho margen permitido por la legítima en el reparto de bienes entre los hijos ampliando su ámbito de aplicación; y a otros para destacar el carácter injusto que la propia ley acentuaba entre los descendientes, adicionado al ya de por sí, desafortunado concepto legitimario.

Para sus defensores la mejora suponía la porción de la cual los ascendientes podían disponer libremente, inspiradora de justicia y acorde con los sentimientos de la naturaleza. Sus paladines destacaron el error que supondría su prohibición -a pesar de ser proclives a los sistemas de reservas forzosas- dado que la absoluta igualdad en la distribución de bienes era un “delirio filosófico incompatible con los progresos de la industria, con los principios esenciales de los gobiernos, con las leyes inmutables de la naturaleza y con las diferencias que esta ha establecido en las facultades físicas, morales e intelectuales de los hombres”⁵⁴¹.

⁵³⁹ Término que pocos años después utilizaría CATÁ DE LA TORRE en su Memoria presentada ante el Instituto Catalán Agrícola de San Isidro.

⁵⁴⁰ DE UHAGÓN Y GUARDAMINO, F., op. cit., p. 94.

⁵⁴¹ DE POU, F., op. cit., p. 32: Tras haber criticado la excesiva desigualdad provocada por la excesiva libertad de testar instaurada por el sistema de legítima mínima catalana, sin embargo avaló la facultad para desigualar que inspiraba la mejora, sosteniendo que sí que era coherente y beneficiosa en un sistema en el que debía regir una sucesión forzosa acorde con el artículo 642 del Proyecto del Código Civil, desarrollando su argumento, con motivos idénticos a los esgrimidos por los defensores de la libertad de testar absoluta (facultad para desigualar a los herederos). El final al que se debe llegar es el mismo, pero, claro está, el punto de partida es sensiblemente dispar. Otros autores mantuvieron la defensa de la mejora como la vía de subsanación a la falta de libertad de testar; este autor, lo planteó como un remedio a dicha



En este sentido se consideraría desacertada la postura del Código Civil francés, en su empeño por la búsqueda de la igualdad “ideal y quimérica, que nunca ha podido conseguirse, y que aun cuando se realizara [sic], no podría subsistir”⁵⁴², referenciándose igualmente que éste –y no la libertad de testar- era el instrumento que realmente representaba la autoridad paterna dentro de la familia con la que se repartía justicia, mantenedora del orden y equilibrio internos.

En este aspecto, DE LA CONCHA mantuvo que la mejora venía a representar el complemento absolutamente necesario sin la cual la legítima se convertía en una institución inacabada. Cumplía con las ventajas de la libertad de testar, pero sin presentar sus inconvenientes, porque la mejora suponía una desigualdad manifiesta, pero al tiempo, también un medio adecuado para el padre, mejor conocedor que nadie de sus propios hijos⁵⁴³, suponiendo el mejor medio de recompensa y castigo, así como para evitar una división excesiva⁵⁴⁴.

Es decir, se defendió la mejora, pero empleando las premisas de los defensores de la libertad de testar, cuestionándose “¿Por qué si estos hijos no le han dado durante su vida las muestras de afecto y de consideración que tenía derecho á esperar de ellos, no habrá de permitírsele dejar el tercio de sus bienes á un extraño [sic], de quien hubiese recibido los servicios y atenciones que aquellos le negaron?”⁵⁴⁵.

De lo que cabría colegir que el sistema de legítimas encontró en este discurso, el ecuador de su pugna con la libertad de testar, puesto que, a pesar de que se respaldaron los principios clásicos legitimarios, encontramos puntos comunes con las hipótesis del

libertad dentro de un sistema de sucesión forzosa, pensado que la libertad absoluta era la solución menos adecuada.

⁵⁴² DE POU, F., *Ibidem*.

⁵⁴³ DE LA CONCHA Y ALCALDE, J., *op. cit.*, p. 18. Otorgó a las mejoras los mismos efectos que la libertad de testar. El criterio comúnmente seguido en la libre testamentifacción de que el padre debía respetarse como legislador supremo dentro del núcleo familiar para decidir el candidato o candidatos idóneos para recibir un tipo de bienes, se mostró en este caso a través del instrumento de la mejora. Partió de un principio análogo, que desembocaba sin embargo, en una defensa del sistema legitimario. En otros autores ya vimos esta tendencia. Lo relevante del presente caso es la utilización de la mismas expresiones que los defensores de la libertad de testar: “Es preciso dejar al padre una prudente libertad para que, como mejor conocedor de las necesidades de sus hijos, pueda, sin desatender á ninguna, atender en mayor grado aquellas que considere mas [sic] apremiantes.”

⁵⁴⁴ Tras haber mencionado que la legítima no contribuía a fraccionar la propiedad, en este caso, la mejora venía a solucionar este problema: era el medio para evitar una división excesiva, de una legítima que distribuida entre todos los descendientes, tal vez podía no reportar la utilidad deseada. Al principio, en abstracto, se defiende la legítima, alegando que no tendía al excesivo fraccionamiento de la propiedad, tan combatido por el sector doctrinal defensor de la libertad; pero al enumerar las virtudes de la mejora, parece alertarse de la peligrosidad de esa división [DE LA CONCHA Y ALCALDE, J., *op. cit.*, p. 19].

⁵⁴⁵ DE LA CONCHA Y ALCALDE, J., *op. cit.*, p. 22.



sistema de libre testamentifacción, que llegaron a afirmar en su esencia, el mismo tipo de creencia, pero al abrigo de la legítima. La culminación de su discurso con una afirmación de tipo categórico nos hace pensar la simpatía del autor en el acercamiento entre ambas doctrinas, pero sin intención de manifestarlo de manera expresa⁵⁴⁶.

Sin embargo para los defensores de la libre disposición, las mejoras del tercio y del quinto de la legislación castellana no servían para llenar los vacíos dejados por la sucesión forzosa, deficientes, a todas luces, para corregir las faltas de dicho sistema testamentario, aflojando los lazos morales de la familia y debilitando la autoridad del padre en la familia.

Es por ello que, si bien, en ocasiones, se reconoció la utilidad de una pequeña parte impuesta por ley, compensada por las amplias posibilidades de dotar a uno de los hijos del mayor caudal con el objetivo de mantener la unidad del patrimonio, en otros casos debía primar el criterio de libertad sobre el de igualdad, rechazando que la mayor parte de la fortuna hubiera de partirse entre los hijos, sin considerar la voluntad del testador, demostrando así, la desconfianza en el padre.

2.1.9 El fundamento cristiano: un clásico promotor de la libertad de disposición

La razón, a través de la práctica de la caridad, la moral cristiana y la fraternidad, debía sobreponerse a la fuerza, haciendo florecer la inteligencia y reforzando la idea de libertad, repudiando consecuentemente, la de la sucesión forzosa.

Por lo tanto, con la instauración de la legítima lo único que se conseguiría sería por una parte, el derrocamiento del padre como único regulador del comportamiento de sus hijos al disponer de sus bienes con la amplitud legalmente preestablecida, y por otra, caer en el corriente error de creer que la sucesión forzosa ayudaba a evitar los abusos en la libertad de testar.

⁵⁴⁶ DE LA CONCHA Y ALCALDE, J., op. cit, p. 23: “Baste dejar consignado que es conveniente la desigualdad en las legítimas; que esta la reconocen nuestras leyes desde el momento en que han introducido las mejoras; y que este sistema es susceptible de perfeccionarse, introduciendo en él las innovaciones que la observación y el estudio sugieran á los hombres de ciencia.”



La paz doméstica del hogar familiar donde reinaba la libertad, engendraba la sumisión de hijos a sus padres, fruto del sentimiento religioso regenerador de la familia, hasta el punto que su desnaturalización supondría su ruina.

La propiedad propagaba un sentimiento que nacía de manera natural en el ser humano. Así pues, se defendió reiteradamente que la propiedad procedía de la naturaleza y que la sociedad protegía a los propietarios, debiendo castigarse a los violadores de tan sagrado derecho.

La introducción de la materia sucesoria en ciertas ocasiones se expresó mediante el ataque al comunismo⁵⁴⁷, sosteniendo que la igualdad en la propiedad entre hombres, no era, en absoluto un fin realizable. La igualdad sólo podría concebirse en la caridad cristiana, pero nunca la citada doctrina. Dicha igualdad suponía en esencia, un ataque a la familia y a un derecho básico del individuo a disponer de sus propios bienes.

En algunos casos, se evitaría la controversia en la materia de la libertad de testar, reconociéndose cierto grado de libertad en los códigos de los pueblos civilizados, que habían erigido a cada individuo en “legislador para que pueda disponer de sus bienes en testamento; de los bienes que adquiriera con el trabajo o heredara de los que adquirieron”⁵⁴⁸. Así, mediante el testamento, los dolores que atormentaban al hombre, se dulcificaban mediante la oportunidad de ejercer la caridad, la gratitud y los tiernos sentimientos de la paternidad, en contraposición al hombre “de la comunidad”, que no disponía de un ápice de libertad⁵⁴⁹.

Por esta razón el amor a la propiedad, resultaba connatural al ser humano, y ello se debía ver reflejado en el ejercicio de la autoridad paterna “para volver al padre que

⁵⁴⁷ En este caso, Cadafalch [CADAFALECH Y BUGUÑA, J., *¿Conviene uniformar... op. cit.*, p. 110 y ss.] del mismo modo que Moret y Remisa en su obra; se refirió más bien a un comunismo histórico, con origen en Lacedemonia y Creta, pasando por las ideas de Platón y enumerando a los autores del siglo XVI, Tomas Munzer y Tomás Moro, del XVII, Campanella y Morelly, del XVIII, Mably, Brissot de Warville, y Robespierre, proponiendo este último la abolición del testamento y la consideración de la propiedad como un usufructo por parte del testador. A ellos siguieron otros pensadores partidarios de esta doctrina, ya en el propio siglo XIX: Saint Just, Babeuf, Owen Fourier, Cabet y Louis Blanc.

⁵⁴⁸ PEÑALVER Y ZAMORA, N., *La familia y la propiedad. Discurso de apertura de la Audiencia Territorial de Cataluña en 2 de enero de 1857*, Imprenta de Antonio Brusi, Barcelona, 1857, p. 30.

⁵⁴⁹ No parece que el autor, en este caso, se refiera a la dualidad de libertad de testar o no, sino a la polaridad generada entre hombre libre y el hombre en una sociedad comunista. Ello se aprecia en la reseña previa en la cual no se enfervoriza por Peñalver la crítica a la sucesión forzosa en el Proyecto de 1851, tal y como se nos muestra referida en el decir de sus contemporáneos.



comienza á desconocer sus deberes, al camino que le trazara la religión y la naturaleza; y al hijo alucinado e ingrato, al amor reverencial que le debe al autor de sus días.”⁵⁵⁰.

Por otra parte, fue relevante la defensa del papel de la Iglesia como administradora y destinataria de los bienes del testador, justificando su validez en su calidad de corporación con plena capacidad jurídica, adaptada a una nueva época a comienzos del último cuarto de siglo en la España decimonónica, con lo que ya no debía temerse la amortización en los bienes eclesiásticos –la última, promovida hacia otro cuarto de siglo, por Madoz-, considerando las exigencias de la vida de entonces, que imponían un mantenimiento, una productividad y una necesaria conservación de la tierra, de la que la Iglesia tampoco podía apartarse⁵⁵¹; de forma que tampoco había de suponer ningún temor al regreso de vinculaciones y mayorazgos por la posibilidad que otorgaba la libertad de testar a atribuir otros bienes a distintos herederos.

Por lo tanto, imperaba la conversión de los principios mencionados en preceptos legales, debiendo proclamarse de manera inmediata la libertad de testar, entendiéndose que la institución legitimaria estaba destinada a convertirse en un nido de abusos e injusticias, y que ello podía predicarse de cualquier institución, por muy perfecta que resultara su regulación.

De algún modo se podía sostener la facultad de testar en la religión, relacionada concretamente la libertad cristiana. Con las legítimas se sustituía a Dios por el hombre mediante un funesto plan matemático en la sucesión que fundamentado en la fuerza

⁵⁵⁰ PEÑALVER Y ZAMORA, N. op. cit., p. 51: No se adentra el autor en la relación del fortalecimiento de la autoridad paterna con origen en la libertad de testar, pero de nuevo se aprecia el esbozo de un discurso que nos advierte su tendencia a la misma, aunque en esta ocasión, abordada desde una perspectiva un tanto más abstracta, bajo el prisma de la pura teoría de la propiedad en contraposición al comunismo y en conexión directa con el papel de los jueces como garantes de ciertas figuras jurídicas, encuadradas en las relaciones familiares.

⁵⁵¹ En relación con esta faceta, se desarrolla por Moret en esta Memoria, con mayor clarividencia que en otras de semejante cariz, el factor religioso, como promotor del sentimiento de la autoridad paterna y basado en la institución de la familia, lo cual se extrae de sus propias afirmaciones [MORET Y REMISA, L., op. cit, p. 6.: “Sacrosanta institución fundada en el amor y en el respeto, y amparada todavía por la santa y bendita influencia de la religión católica, á su presencia se estrellan impotentes y raquíticos, los más espantosos mónstruos de la sociedad contemporánea; el socialismo y el excepticismo.”]. La libertad de testar era la evidencia terrenal, en lo normativo y como acto por causa de muerte, de los intereses de los padres, que se actuaría a través del amor y del afecto hacia sus hijos. Dichas aseveraciones son respaldadas en el texto con la cita por el autor, del obispo Félix Dupanloup [MORET Y REMISA, L., op. cit, p. 15: “Y no es solamente su origen, sino que en su naturaleza la autoridad paterna es divina, puesto que es la autoridad misma del poder creador, la autoridad de la vida otorgada, es decir, lo que hay de más grande, de más fuerte en la misma autoridad divina; por eso la autoridad paterna ha sido siempre el tipo y el modelo de la autoridad social.”]. Es pues, lógico que Moret se encontrara en la obligación de mantener una defensa en la legitimidad y legalidad de las adquisiciones inmobiliarias por parte de la Iglesia, conociendo sus inclinaciones más devotas.



hacia que se debilitara la conservación de instituciones genuinamente cristianas. Con la libertad de testar se ejercía el más preciado derecho que al hombre pudiera corresponder, a través del cual entraba en contacto con Dios.

2.1.10 Algunos territorios forales

Destacaron por su relevancia, dos ordenamientos forales dentro del contexto codificador. Cataluña llevó a cabo una mayor oposición a dicho fenómeno⁵⁵², frente a Aragón, que presentó intenciones mucho más conciliadoras frente a la unificación⁵⁵³. En cualquier caso, no se renunciaba a la defensa del sistema legitimario respectivo bajo la visión de cada territorio y tradición.

a. Dos arquetipos con amplia presencia en la opinión doctrinal decimonónica: Cataluña y Aragón

i. El tratamiento catalán de una libertad testamentaria parcial considerada como una absoluta libertad

Pese a que las leyes de sucesión -y en particular, la materia referida a legítimas incluida en ellas- no eran tan diferentes en las distintas provincias de España⁵⁵⁴, no se predicaba dicha semejanza del criterio de la libertad en la legislación castellana, que no

⁵⁵² GARCÍA PÉREZ, R., “Derechos forales y Codificación civil en España (1808-1880)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2012, núm. 82, T. LXXXII, p. 169: “...la Escuela histórica parece que siguió siendo más una justificación para defender las costumbres y derechos tradicionales de algunos territorios, que el punto de partida en la construcción científica de un orden jurídico basado en la reinterpretación de viejos materiales. Particularmente en Cataluña, con la figura preeminente de Durán y Bas, la Escuela Histórica desempeñaría este papel defensivo frente a la codificación civil. Además, sería objeto de reinterpretación desde un iusnaturalismo tradicional de cuño católico, purgándolo así de aquellos elementos relativistas más ligados al historicismo alemán.”

⁵⁵³ GARCÍA PÉREZ, R., “Derechos forales...op. cit.”, p. 168: “También desde esta perspectiva [se refiere a la ajenidad de las perspectivas filosóficas e históricas] se comprende la escasa resistencia que los juristas aragoneses, ajenos a estas ideologías, opusieron a la formación de un Código. En este territorio, los fueros no fueron empleados al servicio de una determinada representación del orden político y social. Siguieron, por el contrario, disfrutando de su mera condición de fuentes del derecho, susceptibles en cuanto tales de evolución y cambio, en función de las circunstancias y necesidades históricas. La codificación del derecho era así vista como una necesidad de los tiempos.”

⁵⁵⁴ El autor publicó la readaptación de su Memoria de 1862 reseñada en la cita subsiguiente, por primera vez en 1852 [CADAFALCH Y BUGUÑÀ, J., *Inconvenientes...* op. cit.], y en los números 116, 118, 121 y 126 de la revista *El Faro Nacional* también del año 1852, igualmente se reprodujo el texto de la misma. Ambos volúmenes difieren principalmente en que el primero, con un marcado acento científico, se presenta como una obra más íntegra, siendo similar al segundo, sólo en el primer cuarto de la obra. El segundo trabajo reviste otros caracteres, más propios de una reseña didáctico-histórica.



parecía tener el merecido tratamiento, debido al escaso margen otorgado a los testadores para dejar bienes a extraños. Por el contrario, sí que tenía aquella valía en la legislación territorial, en la cual, existía una facultad lata del testador para disponer de estos bienes en favor de estos destinatarios ajenos al círculo familiar. Significaba una facultad garante del principio basado en la libertad, propia de las familias que no caían en la desgracia de la mutilación, debido a la separación de sus miembros tras percibir su cuota legitimaria. En Castilla pues, imperaba el principio restrictivo, heredado del Fuero Juzgo, frente a las foralidades, donde regía la libertad más o menos desarrollada.

La prueba de que cada territorio foral iba a permanecer inamovible en su postura de ampararse en su ordenamiento legitimario, la encontramos en cualquier estudio científico de la época, anterior al texto articulado que finalmente vio la luz y en pleno período codificador.

Cataluña y Aragón, fueron, por sus singularidades, demarcaciones no proclives a una cesión de lo que entendían un régimen legitimario privilegiado. Por lo tanto, las posturas transmitidas en los debates parlamentarios serían refrendadas por la *communis opinio* de la época en lo referido a exposiciones y estudios doctrinales sobre el particular.

La comparación entre territorios de las diferentes provincias, serviría a menudo para destacar o criticar los rasgos de la legislación castellana⁵⁵⁵, alcanzándose conclusiones que aportarían más elementos al debate sobre la libertad de testar. Esto fue así, porque “las esenciales diferencias que separan las provincias forales de las sometidas al imperio de la ley castellana se encuentran en las sucesiones”⁵⁵⁶. Por lo tanto, estaría garantizada la oposición y resistencia en cada uno de esos pueblos ante una eventual alteración de su sistema de sucesiones, sobre todo, si las nuevas propuestas

⁵⁵⁵ Aunque el matiz diferenciador con el calificativo de “castellano” es frecuentemente utilizado para establecer la disimilitud del derecho del resto de provincias respecto a los territorios de derecho foral, sostenemos, con Permànyer, en su voto particular dentro de la Comisión nombrada por la Academia de Jurisprudencia y Legislación, que a este derecho debería atribuírsele el calificativo de “común”, dado que “Derecho común podrá serlo el conjunto de disposiciones, en materia Civil poco numerosas, que desde Felipe V se han dictado, pero no las que formen el de Castilla. Jamás, volviendo la vista al pasado, podrá reconocérsele esta prioridad que un abuso de lenguaje le atribuye; ni en buenos principios podrá verse en el derecho de Castilla más que un cuerpo de derecho establecido para un Estado independiente, distinto de los otros, que como él independientes también, tienen su legislación propia y exclusiva.” [PERMÀNYER I AYATS, J.J., *Dictamen sobre la Codificación propuesta en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1881, p. 9.].

⁵⁵⁶ MORET Y PRENDESGAST, S. y SILVELA DE LE VIELLEUZE, L., *La familia foral...* op. cit, p.139.



en la materia, eran contrapuestas a los privilegios de la libre testamentifacción, por temerse que la reforma de la testamentifacción en sus diversas manifestaciones repercutiría en el principio de propiedad, pilar sobre el que sustentaba el régimen social foral.

En Cataluña fue necesario reaccionar al modo de testar legitimario castellano, excesivamente fragmentario, facilitando una más amplia libertad, que permitía la conservación de las herencias fuera del influjo de las leyes godas. Este sistema catalán se caracterizó por el amor al trabajo, el apego a la propiedad, la difusión de la armonía en las familias y el respeto a la autoridad del padre⁵⁵⁷.

Resultaba apropiado opinar en un marco de reseña histórica sobre los sistemas legitimarios, pero sobre todo, destacar motivadamente los atributos del sistema legitimario catalán sobre el resto de provincias, y sobre todo, del llamado derecho de Castilla.

La legislación catalana fue mencionada por sus méritos y virtudes como un ordenamiento que conformaba un mejor sistema sucesorio, tendente a la conservación de las familias, evitando la mutilación de la familia y armonizando el destino de los hermanos primogénitos y legitimarios, cuyo destino hereditario no venía condicionado por el orden de los llamamientos, porque tanto los segundogénitos como el *hereu* - debido a las circunstancias particulares a las que se enfrentaran tras la muerte del testador y según les hubieran sido más o menos adversos los avatares de la vida- podrían auxiliarse mutuamente. Debido a ello, esta legislación fomentaba positivamente los sentimientos de la familia.

El reparto de los bienes según las cuotas legitimarias emanaba del amor y la conmiseración de los padres. Por este motivo, con legítimas o sin ellas, el padre repartiría igualmente sus bienes entre sus hijos de forma justa, con lo cual, aquello que

⁵⁵⁷ CADAVALCH Y BUGUÑA, J., *¿Conviene uniformar...* op. cit., p. 67: “He aquí un conjunto de leyes producto de la experiencia de los siglos!; He aquí las leyes contuvieron la despoblación, el abandono de los mansos, el aniquilamiento de las herencias!; He aquí las leyes que favoreciendo la conservación de la unidad agrícola, industrial y comercial, han constituido la prosperidad del país! ; He aquí la idea de la aglomeración de la propiedad hábilmente combinada y conciliada con la libertad de una subdivisión indefinida!”.



se pretendía evitar con el Proyecto, con el sistema catalán se instauraba en la familia de una forma natural y beneficiosa⁵⁵⁸.

En este mismo período posterior a la redacción del Proyecto de 1851 fueron numerosas las voces que alertaron sobre las desventajas de la sucesión forzosa, sobre todo, en el ámbito rural, sucesión que propiciaría la división territorial.

La libertad de testar era el ejemplo paradigmático de Cataluña⁵⁵⁹, territorio donde se engendró la testamentifacción basada en el derecho de primogenitura con el objeto del mantenimiento de las casas principales, la creación de nuevas y de su estabilidad. Pero en el sistema legitimario del Proyecto de 1851 sólo existían obstáculos para el progreso de la agricultura, siendo sus autores, profanos a la economía rural. El sistema catalán debía ser divulgado, por su conveniencia, porque fortalecía los lazos de la subordinación en las familias⁵⁶⁰. La nueva organización legitimaria planteada de sucesión forzosa era poco conveniente, a la vez que abocaría al desastre y a la ruina al cultivo catalán, sin embargo el sistema autóctono basado en una seguridad recíproca de la que se hacía garante al primogénito, descansaba sobre una sólida economía doméstica y rural.

Las provincias forales no adolecían de los defectos del precario sistema castellano, porque ya habían nacido libres de este mal, que era la escasez de libertad,

⁵⁵⁸ ROIG Y REY, R., op. cit., p. 15: “¿Qué importa que las legítimas sean escasas en el rigor del derecho, cuando los padres propenden á aumentarlas de hecho, y á igualar por su libre voluntad la condición de todos sus hijos? Ó ¿se teme por ventura que favorezcan á personas estrañas [sic] y abusen de su libertad en un sentido de que no nos ofrece ejemplar la historia? Si á tal punto se hubiese degradado nuestra especie, que hasta los padres renegaran de su propia sangre; si pudiera temerse en nuestros días la aparición de seres tan monstruosos y bastardos, cual hasta ahora no los habíamos conocido, sería preciso entonces llevar la reforma más allá de donde alcanza el derecho constituido; y no podríamos quejarnos, señores, de la ley, sino de la naturaleza”.

⁵⁵⁹ Defendido por Fages de Romà [FAGES DE ROMÀ, N. “Memoria acerca de los graves males que resultarán á la agricultura de las provincias catalanas de que fuese adoptado en el Código Civil español el sistema de sucesión forzosa que se establece en el Proyecto del mismo; elevada al Excmo Sr. Ministro de Fomento por D. Narciso Fages de Romà, Comisario Regio para la inspección de la Agricultura”, *La Granja, Revista de la Agricultura y Biblioteca Rural, periódico de la sociedad de agricultura del Ampurdán*, Año III, enero de 1852, nº 1, pp. 1-23].

⁵⁶⁰ Pese a explicar Fages, el inicio del sistema testamentario catalán basado en el mantenimiento de las llamadas “casas principales”, pronto aclaró que en el sistema actual esta finalidad debía ignorarse, porque esto era desconocido en el campo, y pensar en ello, supondría una “calumnia al sentimiento más seguro de la naturaleza”. La perpetuación y mantenimiento del bien heredado por el primogénito respondía más bien al concepto esencial del trabajo en beneficio de la familia, objeto de la ternura y auxilio entre padres e hijos y a su vez, entre hermanos. Suponía un sistema en el que la manutención de la familia correría a cargo del hijo primero, ayudando a la formación de los segundogénitos, que un futuro ocuparían plazas económica y socialmente mejores que su hermano mayor. En buena lógica y como contrapartida a esta gran responsabilidad, el primogénito debía heredar los bienes en su mayor cuantía.



por lo tanto, “...a las provincias forales no se les puede conceder más libertad de la que hasta el presente han tenido”⁵⁶¹.

En definitiva, la ley libre era más conforme con la razón, suponiendo Cataluña el ejemplo de una libertad razonable y el equilibrio alcanzado entre derecho castellano – restrictivo- y derecho foral, permisivo y auxiliador⁵⁶².

Por lo tanto, avalar la libertad testamentaria suponía un reproche al legislador castellano, que se extralimitaba al dictar leyes fuera de su competencia, entendiendo que las disposiciones más acertadas eran las del padre, no las acuñadas por la ley, dado que esta peligrosa invención del legislador allanaba el hogar familiar, al tiempo que atentaba contra la intimidad doméstica⁵⁶³, conduciendo a la eliminación de la autoridad paterna. Por ese mismo motivo se pedía neutralidad a la ley: ni debía procurar la división forzosa ni tampoco debía impedirla. Pero en cualquier caso, una acumulación de tierras procedente de esta práctica sería considerada como un mal menor en comparación con las consecuencias que se predicarían de su infinita división, procedente, principalmente del precepto del Proyecto del Código de 1851 que establecía la cuota legitimaria en función del número de hijos.

⁵⁶¹ CADAVALCH y BUGUÑA, J, *Inconvenientes...* op. cit., p. 54.

⁵⁶² Cadafalch se basó en la apología del derecho catalán, justo y equilibrado, como mejor opción ante cualquier otro derecho. Con un estilo grandilocuente elevó a modelo de legislaciones europeas la legislación catalana. En este sentido, el autor se mostró partidista, con exagerada utilización de un tono patriótico, alejado del cariz objetivo que requiere un análisis comparativo y ecuánime entre legislaciones. Al igual que lo expresado respecto a Durán y Bas, fue común la defensa de la libertad absoluta de testar del mismo modo que con la defensa de la legítima catalana. En esencia, suponía no admitir la libertad en su carácter completo, dado que la legítima catalana mantenía el cuarto de obligado reparto dentro del círculo familiar. Encontramos también opiniones, en su mayoría comunes a esta tendencia. Vives Cebriá, García Goyena, Joaquín Rey y muy anteriormente, Montesquieu, serían el ejemplo. Este último, en MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes* [traducido al castellano por Siro García del Mazo], Librería General de Vitoriano Suárez, Madrid, 1906, T. II, pp. 209-211: “La ley natural manda á los padres criar a sus hijos pero no dejarlos por herederos. La división de bienes, las leyes que la conciernen, la sucesión después de muerto el poseedor, todo ello sólo puede haber sido regulado por la sociedad y, de consiguiente, por las leyes políticas ó civiles. Es cierto que el orden político ó civil pide á menudo que los hijos sucedan á sus padres; mas no siempre lo reclama... Máxima general: la obligación de mantener á los hijos es de derecho natural: la de dejarlos los bienes es de derecho civil o político...”.

⁵⁶³ REY ESTEVE, J., *Discurso...* op. cit. [también citado por CADAVALCH Y BUGUÑA, J., *Necesidad de la libertad de testar. Recopilación de varios escritos é ideas sobre la materia*, Imprenta del Diario de Barcelona, á cargo de Francisco Gabañach, Barcelona, 1859, p. 6., y en CADAVALCH Y BUGUÑA, J., *Inconvenientes...* op. cit., p. 37.].



ii. El sistema foral aragonés y su embate al Proyecto de 1851

Desde la perspectiva del derecho foral aragonés se realizó la impugnación del artículo 642 del Proyecto del Código Civil de 1851 bajo un enfoque singular.

El sistema castellano incitaba a los hijos a huir de todo esfuerzo en que se basaba el trabajo, promoviendo su desmotivación, encauzándoles a no luchar por sus metas, aunque tal vez lo hiciera de forma inconsciente y automática, pero real no obstante, al entenderse instituidos herederos por la ley. Este sistema se enfrentaba a un depurado sistema aragonés, en el que se responsabilizaba a un hijo de mantener el patrimonio en la casa y de cuidar del bien del resto de hermanos⁵⁶⁴. Por el contrario, en Castilla se desmembraba la familia y se aislaba el interés de los hijos, obteniendo como resultado que cada herencia se convirtiera en un concurso. La ley castellana, causaría “la calamidad del país y principalmente de los aragoneses”⁵⁶⁵.

Se criticó la promoción de la anarquía doméstica representada por las cuotas legitimarias, que para evitar el abuso de los padres, pretendían la regulación y el fomento legal de la indisciplina de los hijos, suponiendo un freno a la subordinación y al estímulo que éstos debían tener. Esto hacía pensar que el concepto de herederos forzosos era una realidad desconocida para el Proyecto castellano, una importación del Derecho francés, a través del cual se había pretendido unificar el régimen de las distintas provincias españolas.

La nueva ley suponía un aumento de las restricciones para los herederos, y no fijaba las líneas maestras para adjudicar bienes en función de la buena o mala conducta de los mismos, por lo tanto, no era una institución que pudiera aportar un criterio de justicia a la institución testamentaria.

Con el sistema aragonés, mucho más justo, sí que se evitarían esta serie de despropósitos. El padre elegiría al sucesor que ayudaría al mantenimiento de la casa y al

⁵⁶⁴ Destacó Claver la similitud del planteamiento con las referencias de Durán y Bas respecto al *hereu* en aquello desarrollado en su Memoria. Según el autor, el Proyecto del nuevo Código, castigaba al hermano mayor, destinado al cuidado de la casa, al mantenimiento del linaje y de los bienes del padre, haciéndolo de peor condición que el resto de hermanos. Los hijos menores que se dedicaran a estudiar una carrera, tendrían posibilidad de obtener nuevas rentas, resultado de su formación. Quedaban pues, además, en la misma condición que el hermano mayor, con derecho a una parte, igualmente, de su legítima. Aquí surgiría el agravio comparativo, ante el cual, el hermano mayor quedaba desfavorecido [CLAVER Y FALCES, J., op. cit.].

⁵⁶⁵ CLAVER Y FALCES, J. op. cit., p. 6.



desarrollo social de sus hermanos. De este modo, el resto de hermanos tendrían la posibilidad de alcanzar un patrimonio igual de voluminoso que el del primogénito, manteniendo la casa a salvo de desmembraciones hereditarias⁵⁶⁶.

Las críticas al sistema castellano se sucedían, apuntando a que debía ser tachado de ruinoso, porque provocaba una división de bienes, innecesaria e indefinida. El sistema legitimario del Proyecto del Código Civil de 1851 representado por su artículo 642 y por su sistema basado en los cuatro quintos o dos tercios, en función del número de legitimarios, no traería más que la consecuencia de la orfandad, la desgracia de los padres y la ingratitud de los hijos, contrariamente a lo postulado por el sistema jurídico sucesorio aragonés, tendente al desarrollo de los vínculos del amor en el seno de la familia.

La libre disposición de los bienes se consideraba por muchos la base de la libertad civil, de la libertad natural y de la propiedad⁵⁶⁷. Las leyes naturales debían aplicarse a través de las leyes civiles para atender a su objeto más directo: la libertad. La propiedad era el premio del trabajo y conllevaba la libre facultad de disponer, pero para el cumplimiento de estas premisas también era inexcusable partir del principio que predicaba que la ley debía actuar ante el abuso de las facultades en el hombre, por lo tanto, si el padre abusaba de su libre disposición de bienes en el testamento, sería justa la ley restrictiva de su facultad de testar. En cualquier caso, los pueblos más alejados de la libertad política que no pudieran ejercer este derecho de libre testamentifacción, también serían los más alejados de la libertad doméstica y testamentaria.

Ello hacía pensar que con el Proyecto, los que profesaban la libertad política, pretendían extinguir la libertad testamentaria. Por lo tanto, se debía ser consecuente,

⁵⁶⁶ El sistema aragonés, basado en el derecho de primogenitura, fue considerado en la obra de Claver como un ordenamiento que otorgaba innumerables beneficios a la sociedad frente al propuesto por el Proyecto. El autor estableció dos casos hipotéticos en los cuales el padre testador se vería abocado a la ruina en el caso en el que hubiera decidido dar carrera a todos los hijos en cuyo caso. En el primero, el patrimonio familiar se arruinaría debido a la incapacidad del padre para mantener la elevada carga de trabajo; y en el segundo, en el que ninguno de los hijos hubiera tenido carrera y todos hubieran crecido junto al padre, la familia igualmente se vería abocada a la debacle, porque los hijos seguirían el mal ejemplo del padre, dedicado a otros menesteres, estando predestinados los hijos a la holgazanería y la falta de cuidado de la casa. Discrepamos de este planteamiento, en la medida que no tendrían por qué concurrir ambos factores, esto es, no se menciona el hecho de que los hijos se formaran sin carrera, pero que su comportamiento para con el padre en el auxilio y ayuda que le debieran prestar -tendente al mantenimiento del patrimonio familiar- fuera intachable; o por último, el hecho de, dando carrera a todos, los hijos regresarán a la casa para ayudar al padre a evitar la ruina de su negocio.

⁵⁶⁷ En este caso, se practicó pro Claver una defensa ontológica sobre la libre disposición. Las referencias a Adolphe Thiers son abundantes. Nuestras consultas a esta obra son las referidas a THIERS, A., *De la Propiedad*, traducida al castellano por J. Pérez, Establecimiento Tipográfico de Mellado, Madrid 1848.



creando una autoridad moderada en el jefe de la familia, tomando como modelo la libertad de testar aragonesa y las virtudes de las restantes legislaciones forales.

La legislación foral aragonesa estaba basada en la confianza⁵⁶⁸, estando alejada de su planteamiento la legislación castellana que, pretendiendo evitar abusos de los padres, presuponía extravíos en los hijos los cuales, lejos del espíritu de sacrificio, trabajando o buscando carrera, aguardaban al momento de la muerte de su progenitor para recibir, sin esfuerzo, sus bienes de manera parigual⁵⁶⁹. Esto no era necesario en Aragón, puesto que la figura del padre y sus ponderados criterios de la razón y la verdad, contribuían al desarrollo y a una evolución de la sociedad.

La conclusión que cabía alcanzar sería la de que las legítimas eran injustas e inmorales, que recelaban del padre, considerándolo como un ser desprovisto de cariño, que entrañaban una figura jurídica mortificadora de la autoridad paterna y desquiciaban la familia -que era el pedestal desde donde la sociedad prosperaba y se enriquecía- sentando esta legítima una igualdad material absoluta que finalmente devendría en una igualdad antieconómica, entorpeciendo la mejora del cultivo que perfeccionaba los productos de la tierra, siendo que la distribución de los terrenos en pequeñas partes no podía sostener una familia, y que por lo tanto, dicha desmembración conduciría a la miseria.

Las legítimas eran definitivamente perniciosas a la sociedad porque desmoralizaban a la familia, esterilizaban la propiedad y mermaban la confianza de padres con los hijos y se oponían a la libertad. La libertad de testar traería la virtud a la familia, provocaría un aumento de la propiedad y estabilizaría y fomentaría las relaciones de padres con sus hijos, impulsando el cariño paternal y la prudente acción del hombre para con sus descendientes.

⁵⁶⁸ En este preciso momento histórico, posterior a la redacción del Proyecto de 1851 y antes de que se iniciaran las tareas de codificación, en Aragón, procedente de una arraigada costumbre basada en la práctica testamentaria, regía una absoluta libertad en la disposición en favor de los padres sobre los bienes de los hijos, que podían distribuir la herencia de la forma que mejor consideraran, instituyendo heredero a un solo descendiente, dejando a los restantes lo que correspondiera según su criterio, tal y como inspiraban los Fueros, *De testamentis nobilium* y *De testamentis civium*. A partir del Congreso de Jurisconsultos de 1886 y con la redacción del Apéndice del Código civil de 1925, el *quantum* legitimario consistiría en la atribución de dos tercios de la herencia para los herederos forzosos y un tercio destinado a la libre disposición. El artículo 119 de la Compilación de 1967 mantendría inalterada dicha cuota, que pasaría a la mitad del caudal en virtud de lo establecido por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte; cuantía en la que se mantiene actualmente, por haberse regulado de este modo por el Código Foral de Aragón en el año 2011.

⁵⁶⁹ Bonel, volviendo sobre la ley foral aragonesa, se detuvo en el análisis de lo necesario para la operatividad de la libertad de testar.



Conforme se avanzaba hacia la última década del siglo XIX en la que se acometería el fenómeno codificador civil, el riesgo para la libertad de testar se apreciaba más inminente, identificando bajo la perspectiva de la legislación aragonesa esta reforma como una amenaza. La ley aragonesa era una norma que respetaba las leyes de la naturaleza y promovía la conservación de las familias, con mayores criterios de justicia, de conveniencia pública, de amor, libertad y de respeto al derecho de propiedad, recapitulando en la testamentifacción activa el modo más justo y conveniente de disponer *mortis causa* de sus bienes.

La libre testamentifacción aragonesa no propiciaba que los hijos fueran más respetuosos con los padres, pero la costumbre hacía ver que los padres distribuían los bienes entre sus hijos con igualdad matemática en virtud de los movimientos espontáneos del corazón y los hijos, de la misma forma, demostraban su recíproco cariño aceptando la distribución efectuada por el testador⁵⁷⁰.

Con la libertad de testar parecía evidente que las familias marcharían a la permanencia progresiva e ininterrumpidamente, que se atenuarían los malos instintos y se desarrollarían fuertemente los lazos del amor y del respeto. Contrariamente, la legítima castellana, llevaría a las mismas familias a su disolución.

En resumen, el Código aragonés debía ser un ejemplo al resto de códigos, en la medida que conducía con eficacia y sin rodeos a la estabilidad y continuidad de la familia, porque “la libertad de testar sancionada en el Derecho foral, es más conforme á las leyes de la naturaleza, más propia para la conservación de las familias y para su moralización y bienestar que la sucesión forzosa establecida en el derecho común...”⁵⁷¹.

b. La relativización de la época en el apoyo a la libertad de testar

Si bien es cierto que respecto a la Base 12^a del nuevo Código las posiciones contrapuestas fueron notables, también lo es que partiendo del amplio principio de libertad, se promovió la importancia de la conciliación entre las legislaciones forales y

⁵⁷⁰ Sin embargo, y pese a mencionar a Cataluña como ejemplo de libertad de testar, en algunos casos tampoco se comulgó con el derecho de primogenitura que allí se practicaba y de la decisión de los padres que resultaba en una distribución desigual por parte de los padres, resultado de dicha valoración y adjudicación previa. Dicha objeción fue efectuada por Lausín y Carnicer.

⁵⁷¹ LAUSÍN Y CARNICER, L., op. cit., p. 77.



la castellana. La elaboración de la ley debía realizarse considerando la habitualidad que suponía que el reparto equitativo de la herencia no se ordenara por la misma, sino por la costumbre o ley natural.

Al encontrar dificultades prácticas en la implantación de un sistema general en el que fuera protagonista la absoluta libertad testamentaria, se incidió en una moderación de la puesta en práctica de esta libertad, debiendo considerarse en primer lugar, la instauración de la norma sucesoria en relación con la tendencia de la época— más restrictiva o más libertaria— junto a la influencia del arraigo consuetudinario vigente en la mencionada época⁵⁷²; y en segundo lugar, el rechazo que supondría el hecho de pasar de un sistema a otro de manera súbita y sin mayores adaptaciones. El ejemplo de legislación históricamente desacertada en el sistema testamentario, sería el derecho de Castilla⁵⁷³.

Un error representativo lo referido a la configuración de ordenamientos sucesorios vendría identificado por la facultad desmesurada del padre de su poder de disposición, suponiendo una causa flagrante de injusticias y de actos rayanos en la extorsión por parte de los hijos, aumentando así además, el número de pleitos en las familias⁵⁷⁴.

A ello se unía la crítica de la costumbre en Cataluña, mediante la que se instituía al primogénito como heredero universal, lo cual se traducía en un fraude al resto de hijos de sus legítimas expectativas, e incluso suponía el trato con desprecio de los

⁵⁷² Pero la elocuencia del ensayo y lo categórico del discurso de De Guinán y Eguizábal, viró en afirmaciones relativas. En épocas profundamente cristianas, la libertad de testar no sería peligrosa. En épocas de lucha o de transición, la legislación en materia de sucesión forzosa sería habitual, dada la preocupación por la prosperidad de la familia.

⁵⁷³ DE LIÑÁN Y EGUIZÁBAL, J. P., op. cit., pp. 61-79.: Éste sería el paso previo para comparar, en primer lugar, el sistema castellano con los forales, para centrarse, finalmente, en el catalán. Se aludió a la desigualdad generada por las mejoras castellanas y la semejanza con Cataluña en este aspecto, con la que la diferencia práctica resultaba ser más bien escasa, debido a la mejora —no reglada— a la que el *hereu* tenía derecho en Cataluña, siendo el sistema catalán más justo, no por la cuantía que correspondía a los herederos, sino porque se basaba en la libertad, en la conservación de la familia y en la autoridad de su jefe, mientras que en Castilla se decantaba por el interés de los hijos y el testador se perdía frente a la omnipotencia del Estado y del poder público. La legislación catalana debía ser el lazo que uniera a todas las legislaciones de la península, debiendo tomarla como referencia para la redacción del Código Civil, por ser más completa, acabada y dotada de más estrictos criterios de razón y de justicia, por haber precedido la costumbre al precepto escrito en ella y por haberse anticipado allí, la labor del pueblo a la del legislador.

⁵⁷⁴ DE POU, F., op. cit., p. 27: “En aquellas provincias, que, como en la nuestra, los padres se han creído árbitros de los destinos y de la suerte de sus hijos, porque las leyes les han dado demasiada libertad para disponer de las tres cuartas partes de la herencia a favor del que mejor les parezca, aunque sea á favor de estraños [sic], es en donde se ha abusado más sin duda de esta facultad”.



primogénitos al resto de hermanos o de actos atentatorios contra la vida de los padres; con la esperanza, de que con su muerte se consolidara el derecho de propiedad con el usufructo que los padres se habían reservado en vida, fruto de donaciones previas a la muerte.

Las razones lógicas de humanidad y de conveniencia política debían evitar la consolidación de la figura de la libertad de testar, aconsejando la utilización de la legítima, ya que quedaba demostrada la falta de credibilidad y de beneficios de la mencionada libertad⁵⁷⁵, que a buen seguro se utilizaría de una manera desmedida.

Por otra parte, la existencia civil de los hijos derivaba de la existencia natural, de modo que la libertad de disponer del padre en el momento de tener hijos debía cesar, puesto que el derecho a la manutención de los descendientes bajo la articulación de las reservas forzosas, en ese momento se configuraba como un derecho de los sucesores, que debía anteponerse legítimamente a los derechos de los progenitores⁵⁷⁶.

La crítica del sistema de la libertad de testar en base al derecho de primogenitura también estuvo presente, en relación con la figura de los fideicomisos y sus efectos deplorables y perjudiciales causados por la libertad de testar, atribuyendo a esta libertad la falta de equidad y de justicia en dichas figuras sucesorias.

De la misma manera que concluiría Manuel Alonso Martínez, por encima de las apuestas de carácter absoluto por el sistema de libertad de testar, también se referenciaron las que veían con cierto grado de desconfianza el cambio repentino y la subsiguiente implantación de esta libertad. El condescendiente y permisivo sistema de libertad en la disposición de los bienes por causa de muerte no resultaría apropiado a los territorios que tampoco profesaban este modo de testar con habitualidad, y que, por costumbre o pauta entendían una solución más racional la que pasaba por una regulación tasada por ley de las cuotas reservadas a cada uno de los legitimarios.

⁵⁷⁵ Siempre bajo la perspectiva del marco del derecho de primogenitura en la citada libertad de testar.

⁵⁷⁶ DE POU, F., op. cit., p. 30: “Los padres que han dado la existencia natural á sus hijos deben darles también la civil, como decía un célebre jurisconsulto; les han comunicado el ser y la vida y deben conservarla y mejorarla en cuanto les sea posible. De ahí se desprende, que si los testadores pueden como dueños disponer de sus bienes del modo que mejor les plazca, tienen que llenar como padres los deberes que la naturaleza y la ley les imponen hácia los hijos y la sociedad... Así es que la libertad que el hombre tiene de disponer libremente de sus cosas, debe cesar hasta cierto punto cuando tiene hijos, porque entonces ha contraído la obligación de proporcionarles una subsistencia arreglada á sus medios de fortuna”. [En lo sucesivo esta tesis se combatiría, por no suponerse obligaciones del mismo carácter, la alimenticia y la legitimaria].



2.1.11 Unidad en las legislaciones partiendo del referente de la libertad de testar

Un discurso con carácter más técnico y específico en la materia profundizó en la institución del testamento, tratado como un icono de solidaridad en las familias, en armonía con el derecho natural, tratando las dificultades a las que se enfrentaba el testador que, teniendo vetada la disposición de sus bienes en la hora de la muerte, podría esquivar la obligación impuesta por la sucesión forzosa a través del levantamiento fraudulento de los mismos durante su vida.

La facultad de testar suponía una evolución legítima del derecho de propiedad, disposición practicada en nombre de la libertad. Esta libertad serviría de marco en el que se desenvolvería la sociedad doméstica, incapaz de subsistir dentro de los estrechos límites dibujados por las legítimas. Pero era fundamental que se alcanzara la libertad de testar mediante la uniformidad en el derecho y la unidad en las legislaciones. Con la meritada libertad y en línea con el carácter iusnaturalista de la libertad de testar aducido por algunos jurisconsultos⁵⁷⁷, se conseguían los mismos resultados que cumpliendo por voluntad propia los mandatos que la ley postulaba con la pauta legitimaria y que venía representada por la igualdad en el reparto de bienes para todos los hijos. Ello conducía a la conclusión de que las legítimas, no eran, en absoluto, necesarias.

La libertad de testar contribuiría a la entente entre provincias, a la unidad, sin que resultara necesario el recurso a las mejoras ni a las desheredaciones.

Ante la pregunta de si convendría robustecer el poder paterno y dar solidez al derecho de propiedad mediante la libertad, se debía responder afirmativamente: eliminar el derecho del hombre de transmitir sus bienes suponía la supresión de un derecho esencial, que habría que esforzarse en encontrar, partiendo de los regímenes particulares de cada provincia con el objeto de encontrar una unidad, a pesar del reconocimiento de las diferencias profundas encontradas y cuya solución, a ojos de muchos, se basaba en una reforma metódica y no improvisada. La libertad de testar, pese a las opiniones que opinaban lo contrario, podría suponer un medio para alcanzar la ansiada unidad

⁵⁷⁷ Sobre todo, aquellos que defendieron la libertad de testar antes de que la propia Codificación de finales del siglo XIX tuviera lugar. Entre éstos se encontraban Cándido Nocedal, el que fuera Ministro de Hacienda durante la regencia de María Cristina de Habsburgo, Juan De la Concha Castañeda; el letrado del Colegio de Abogados de Barcelona Joaquín Cadafalch y Buguñà o el magistrado aragonés León Bonel Sánchez.



legislativa, pero no debería atentarse contra las costumbres sectoriales, dado que ello supondría el nacimiento de una ley sin respaldo social. Sería encomiable que a través del hilo conductor que ofrecía cada foralidad, fuera posible alcanzar la unidad, siguiendo el sendero que éstas ya tenían trazado en su respectivo territorio⁵⁷⁸.

2.2 La caracterización de los sistemas legitimarios y de libre disposición en el siglo XX. Visión de conjunto.

En los comienzos del siglo XX ya se observaba un cambio de tendencia, y la propensión hacia cada actitud ideológica se acompañaba de premisas y razonamientos con menor grado de rigidez testamentaria en la materia referida a legítimas. Si la defensa de la libertad de disponer -frente a la definitiva regulación de la reserva forzosa- por causa de muerte era aquello que se ejercía⁵⁷⁹, debían proponerse los medios para un orden en su aplicación⁵⁸⁰, construyéndose sobre unos cimientos jurídicos coherentes⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ En sintonía con Moret y Silvela.

⁵⁷⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil...*, op. cit., p. 748: “La libertad de testar es más conforme á *Derecho* que las legítimas y los peligros por que se la rechaza no nacen de aquella, sino de causas extrañas... tampoco se ofrecen á nuestra vista como un medio eficaz de remediar los males que se achacan á la libertad de testar.”

⁵⁸⁰ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Ibidem*: “Cuando la libertad produce beneficios que compensan con mucho los perjuicios de su abuso, y éste se evita con la salvaguarda de una rigurosa sanción y de un acertado procedimiento para aplicarla, no es motivo justificado y suficiente el temor de que pueda ocurrir un mal; ni menos es admisible que este recelo autorice para cegar fuentes de bienes y sustituir una injusticia probable por otra segura...”

⁵⁸¹ Coincidimos con el catedrático en su opinión de que la solución jurídica era la que se encontraba, técnicamente, más próxima a la esencia de la cuestión. Buena muestra de ello fue, por un parte, la encomiable crítica realizada del ensayo de De la Pisa Pajares, autor que sorprendió, por ceñirse de forma circunspecta y sin extravíos al tema central, sólo referenciando de soslayo la cuestión social y política; y por otra, el detenido estudio de los tres argumentos reseñados –e impugnados por Sánchez Román- por parte de los defensores de la institución legitimaria. No obstante, en cualquier debate que se precie, tanto en los albores del siglo XIX como en la actualidad, es necesario acudir a otras perspectivas, fundamentales –la histórica, por ejemplo-, por otra parte, para dotar de sentido práctico a la norma, que constituye además su razón de ser, en última instancia. Podría ser reprochable un estudio que afectara sólo de manera tangencial al criterio estrictamente jurídico, aunque la solidez para una propuesta de *lege ferenda* emana también desde otros aspectos, y que deben ser considerados, siquiera sea para ser descartar posturas y decisiones que el aparato legislativo de turno tomó en otro momento, basándose en otros condicionantes que inspiraran la elaboración de la ley (vid. la institución familiar). De la Cámara, del mismo modo que antes lo hiciera Sánchez Román, también sostuvo que “Se trata de un tema filosófico-social al que sólo debe hacerse una alusión, pues, evidentemente, lo que aquí interesa es estudiar la legítima como instituto vivo y actuante en nuestro Derecho” [DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio...*, op. cit., p. 189]. De las palabras de Hernández Gil parece desprenderse que es necesario el estudio previo de las cuestiones sociales que necesitan de madurez y asentamiento en el ordenamiento, siendo la norma jurídica un *posterius* engendrado desde las ideas políticas y sociales precedentes, que conformarán el contexto histórico y que coadyuvarán a engendrar la norma [HERNÁNDEZ GIL, A., “En defensa del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1948, p. 778: “Las concepciones, las aspiraciones, los ideales del hombre y de la sociedad precisan de una trayectoria y de una sedimentación antes de consolidarse y estructurarse como contenido y fin de las normas jurídicas. Estas [sic] exigen en



Resultan fundamentales para el objeto de nuestro estudio las abundantes y significativas aportaciones de VALLET sobre la materia. Huelga señalar, por su general conocimiento, la grandilocuencia de la totalidad de su obra, siendo el centro de nuestra atención la clasificación propuesta por el autor, basada en las posturas de defensores y detractores de los sistemas sucesorios -que a su vez, sintetiza el examen realizado por nosotros - de los diferentes posicionamientos a favor y en contra de la legítima⁵⁸².

La cuestión se principiaría por el tratamiento del sector partidario de la defensa de la legítima en nombre del Derecho de propiedad, del Derecho a la herencia y del Derecho natural y positivo⁵⁸³, centrándose a continuación en una parte del discurso en la polémica del período codificador, -considerado por nosotros un aspecto clave-recapitulándose las tendencias, bien en favor de la libertad de testar⁵⁸⁴, bien en favor del instituto legitimario⁵⁸⁵.

aquello que postulan gradación y madurez. La Ley se aviene mal con el ensayo. El derecho es, en gran medida, historia, y la historia no es el simple suceso, sino la huella y la enseñanza que van dejando ciertos sucesos.”]. Vallet contribuyó a ahondar en el concepto histórico, considerando la mentalidad jurídica como factor influyente en los sistemas legitimarios: “Cabe una visión elemental, rígida, de líneas simples, que legisla “ex novo” con visión cartesiana, “ab nosse ad ese”; o, por el contrario, un criterio realista “ab ese ad nosse”, que no olvida la experiencia histórica y que partiendo de ella, realiza una labor de artesanía jurídica para armonizar la voluntad del testador con las normas positivas que la limiten, atendiendo a la ratio de éstas.” [VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*. T. I, *Las Legítimas*, en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, Vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 59]. En sentido semejante Roca Sastre adujo que “Es indispensable tener una concepción historicista del Derecho civil, pues sin ella se corre el peligro de desviarse hacia doctrinarismos estériles y perturbadores, exponiendo al legislador a un evidente fracaso al formular normaciones que la vida jurídica deja inoperantes” [ROCA SASTRE, R.M., “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. I, 1943, p.337]. Alonso Martínez expresó parecido sentir al sostener que “la ciencia jurídica está más íntimamente ligada que otra alguna á la filosofía. Forma parte integrante de esta la ética ó moral, y la moral, el derecho natural y el derecho positivo son, como se ha dicho muchas veces, tres círculos concéntricos.” [ALONSO MARTÍNEZ, M., *Discurso leído por el Excmo. Sr D. Manuel Alonso Martínez, Presidente de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación en la sesión inaugural celebrada por la misma el día 4 de octubre de 1869*, Tipografía de Lezcano y Roldán, Madrid, 1869, p. 4].

⁵⁸² VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Limitaciones...*, op. cit.

⁵⁸³ Factor este último conducido por autores como Vázquez de Menchaca, para el cual las legítimas se suponían de Derecho natural [VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *De successionum creatione, progressu, resolutione efflectuque, et resolutione Tractatus*, ed. Salmanticae, 1559], citado por VALLET DE GOYTISOLO, J.B., op. cit., p. 23., el cual aludió a que el primer autor otorgó este carácter a las legítimas, por ser fruto del instinto natural y del afecto que regularmente tenían los padres de dejar bienes a sus hijos para después de su muerte; y en segundo lugar, por mor del derecho de alimentos, lo cual Vallet discutió, aclarando que esta deuda sólo debía tenerse con los hijos que lo así lo precisaran. Además, adujo que la legítima sólo dimanaba del Derecho civil en la medida en que la propiedad no derivaba del derecho natural; pero que no obstante, en el caso de haber admitido su carácter de Derecho natural, la misma ley podía excluir de este deber de dejarla a los descendientes.

⁵⁸⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Limitaciones...*, op. cit., pp. 25-34. Respaldadas por argumentos individualistas (derechos de personalidad y de libertad, así como de propiedad), de carácter familiar (la familia como conjunto de relaciones que constituían lazos naturales: autoridad paterna, cooperación y esfuerzo de los hijos y mantenimiento y tradición de la familia), político (como exponente de la libertad



La cuestión esencial en el Derecho sucesorio que decantaría por la predilección de uno u otro sistema, se encontraba en la adecuación al sistema y en el objeto tratado⁵⁸⁶, añadiendo una segunda clasificación según el objeto, que diferenciaba a los patrimonios dinámicos y estáticos⁵⁸⁷, uniendo a este desarrollo conceptual razonamientos tendentes a conservación en la sucesión del patrimonio familiar, a través de vinculaciones o de indivisibilidad legal (unidades mínimas de cultivo). Si bien, en repetidas ocasiones se justificó lo numeroso de los sistemas sucesorios en base a una prolija combinación de caracteres, que variaban según los aspectos teleológicos y sociológicos, cualitativos y funcionales y materiales o formales; según la orientación política, el grado de moralidad, su punto de partida (romano o germánico) y la mentalidad jurídica del legislador⁵⁸⁸. De los citados, se podría calificar, como más relevante este último aspecto, que aludía a las máximas procedentes de la experiencia histórica, con la finalidad de conciliar la voluntad del testador con las normas positivas, deseo que no siempre resultaría convertido a la realidad.

En la historia se encontraría un objeto de debate, de manera que “La exposición de precedentes históricos y de posibles criterios para la regulación legal, nos interesa, pero únicamente en la medida que pueda contribuir a la explicación de nuestro derecho

civil, siendo que el legislador en el seno de la familia debía ser el propio padre) y de utilidad social (o económica, como ha sido denominado por parte de otros autores, basándose en la conservación de la familia mediante adquisiciones de orden material o moral y en base a argumentos de carácter empírico o práctico, sobre todo, en la división de la tierra).

⁵⁸⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Limitaciones...*, op. cit., pp. 34-49. En cuyo favor se argumentaron otros motivos (basados en el principio de igualdad de los hermanos en el derecho a heredar), jurídico (los caracteres estudiados en Sánchez Román: copropiedad familiar, fideicomiso tácito y deberes de paternidad) político (fundamentados en la interpretación de que las legítimas, al dividir la fortuna, favorecían la democracia en las familias) y económico-prácticos (para los cuales hubo de referenciar a los protagonistas del proceso codificador en las personas de Alonso Martínez: con las legítimas, la propiedad no se acumulaba en pocas manos, lo cual favorecía su movilización y promovía su defensa en manos de muchos propietarios; Durán y Bas: conciliador con ambos sistemas; Morales Gómez: tajante en la necesaria diferenciación y elección de los mismos; y Franco López: contrario a la elección de la legítima catalana). Dichos aspectos fueron tratados con la debida extensión en el Capítulo I de este estudio.

⁵⁸⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Limitaciones...*, op. cit., p. 49: “Ese el meollo del problema del tan discutido dilema de la libertad de testar o de las legítimas. Lo fundamental en el régimen sucesorio... es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por esto, en nuestro tema hay que valorar el clima moral social de la época y lugar, las costumbres y los usos vividos, e incluso el mismo objeto o contenido de la herencia en cuestión, netamente influido cuando se traduce en bienes raíces por la geografía física y económica en que se hallan ubicados”.

⁵⁸⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Limitaciones...*, Op. cit., p. 52: “Para los primeros [dinámicos], los regímenes sucesorios que mejor cumplen su interés social son evidentemente los sistemas de continuidad, que por un medio o por otro mantienen viva la explotación. Para los sistemas de ahorro o estáticos, la unidad patrimonial no tiene ningún interés social, y entonces parece, como regla general, más justa la tendencia a la división igualitaria”.

⁵⁸⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Limitaciones...*, Op. cit., p. 59.



positivo”⁵⁸⁹, por este motivo no faltaron ocasiones en las que quedó apartada de comentarios la especulación sobre la existencia o no de la libertad testamentaria, teniendo en cuenta que el español era una combinación de ambos sistemas.

La decisión sobre legítima y libertad de testar se estableció en el período codificador porque “la tesis favorable a la libertad de testar contó, en España, - especialmente en la época de codificación- con bastantes partidarios, lo que dio lugar a que se suscitase una viva polémica sobre si debía seguirse ese sistema o mantener el de legítimas...”⁵⁹⁰, pero pese a ello “Prevaleció al fin este último criterio aunque la cuantía de la legítima experimentó una notable reducción”⁵⁹¹.

La libertad civil también debía entenderse como una de las piedras angulares de los sistemas sucesorios que determinaría dentro de un sistema legal, el establecimiento de la libertad de testar o el de sucesión forzosa. Debería decidirse si dejar la sucesión al arbitrio individual del causante en el ámbito de dicha libertad civil, o si debía quedar sometida a determinadas normas jurídicas que la predeterminasen, estableciendo los límites dentro de los cuales ese arbitrio o criterio personal debería circunscribirse en su actuación. Debería pues considerarse el sistema sucesorio más adecuado en cuanto a la imposición de legítimas o no, y debiendo calibrarse según las circunstancias de tiempo y de lugar, las costumbres del país, el uso que de ellas hicieran los particulares y las conveniencias a la comunidad. Sería necesario pues, determinar qué margen de libertad civil sería conveniente conceder al causante en esta materia⁵⁹², explicando de esta manera que la libertad de testar suponía una “consecuencia directa de la libertad civil que responde a la necesidad misma de conservar el patrimonio como base económica de preservación de la familia... Es más bien, un medio proporcionado para la conservación del haber y poder de la Casa”⁵⁹³, identificándola como “una manifestación más de la

⁵⁸⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. 3º, Bosch, Barcelona, 1983, p.8.

⁵⁹⁰ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio...*, op. cit., p. 189.

⁵⁹¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Ibidem*.

⁵⁹² VALLET DE GOYTISOLO, J.B, *Estudios de Derecho Sucesorio*, T. I, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1980, p. 41: “En definitiva, diremos que lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al objeto de que se trate y al fin pretendido. Para determinar esto, hay que valorar el clima moral social en el tiempo y lugar de que se trate, conocer las costumbres y los usos vividos, e incluso atender al objeto contenido de la herencia en cuestión, en una adecuación netamente influida, tratándose de bienes raíces, por la geografía física y economía del lugar en que se hallen ubicados.”

⁵⁹³ RAMS ALBESA, J., “Libertad civil, libertad de testar (notas para su formulación)”, en Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de La universidad de Zaragoza Coord., *Estudios de Derecho Civil homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. I, JM Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1992, pp. 702-703.

libertad civil, de la potestad del querer, que tiene como fin el determinar el destino del patrimonio familiar al albedrío del testador...”⁵⁹⁴.

También se hizo constar, de manera común⁵⁹⁵, la flaqueza del pilar de la familia⁵⁹⁶ en el que se basó el sistema legitimario de los tres tercios, reforzándose la posición favorable a la absoluta libertad de disposición mortis causa, derivada de un importante sector doctrinal, que mostraba una “orientación abolutiva” de la legítima⁵⁹⁷.

Por lo tanto en líneas generales, en no pocas ocasiones se tendía a un desistimiento en el tratamiento de la institución legítimas-libertad de testar, , pero no sin dejar de manifestar la relación de la libertad de testar con la libertad civil⁵⁹⁸ dando lugar a comentarios posteriores de los partidarios de las legítimas y de la libertad de testar y las causas defendidas por las que se adoptaban una posición en concreto⁵⁹⁹, despreciando las ideas de que la legítima se fundara en la idea alimenticia o en la copropiedad familiar. El concepto de las legítimas como injuria o lesión resultó relevante⁶⁰⁰, en la medida que no se apreciaría como un comentario habitual en la doctrina, manifestando una tendencia al equilibrio⁶⁰¹, sosteniendo que “Lo

⁵⁹⁴ RAMS ALBESA, J., Ibidem.

⁵⁹⁵ Por Manuel de la Cámara y al igual que Rams Albesa [RAMS ALBESA, J., op. cit., p. 711: “Las actuales condiciones sociales y económicas y la presencia bien visible de una gran crisis en la concepción y función social de la familia seguidas de un ano menor perplejidad y confusión en el puro enfoque, razonamiento y regulación jurídica de las relaciones familiares propician, entre no pocos estudiosos del Derecho una posición expectante ante el futuro inmediato de estos sistemas de economía familiar, cuando no una especie de escepticismo irónico antes las posibilidades de pervivencia de lo que consideran una muestra de arqueología jurídica artificialmente viva.”.

⁵⁹⁶ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Ibidem. “Se aduce que la familia, en su sentido tradicional, al menos, que es donde encuentra su primer fundamento sociológico la legítima, está en trance de desaparecer y, por consiguiente, no tiene claro sentido mantener una institución que descansa esencialmente en aquel concepto tradicional”.

⁵⁹⁷ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Ibidem.

⁵⁹⁸ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, T. II, Bosch, Barcelona, 1989, p.17: “No es propio aquí ocuparnos de las ventajas e inconvenientes de cada uno de estos sistemas sucesorios y de sus repercusiones en la organización económica y social, tonalidad política, natalidad, moralidad, etc. de un país. En el fondo se está ante el problema relativo a la admisión o no de la libertad de testar, que constituye una manifestación de la libertad civil, cuyo problema ha sido objeto de una honda polémica en la doctrina y en los parlamentos... En realidad, el instituto de la legítima, e incluso el de la reserva, presupone ya resuelta la cuestión de la libertad testamentaria en sentido favorable a la misma, más o menos ampliamente.”.

⁵⁹⁹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 18. Sostuvo que los partidarios de la restricción dispositiva e igualitaria entre hijos del patrimonio relicto se fundaba en la evitación de las desigualdades “enojosas”, impidiendo de esa forma los mayorazgos, vinculaciones y acumulaciones. Los que por el contrario defendían el sistema de libertad de testar absoluta o casi absoluta se basaban en el mantenimiento de la unidad y cohesión de los patrimonios familiares, agrícolas, comerciales e industriales, evitándose la disolución de familias y su excesivo fraccionamiento.

⁶⁰⁰ Sobre todo en el pensamiento de Roca-Sastre Muncunill.

⁶⁰¹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Ibidem: “...la libertad de testar no significa la posibilidad de un ejercicio desordenado de la facultad de disponer por causa de muerte, sino racional. No equivale a una



importante...es acertar la fórmula adoptada con la finalidad de que encaje lo más perfectamente posible con las necesidades, tendencias, ambiente y conveniencias propias respecto del respectivo país”⁶⁰² extrayéndose de ello que “Desde este principio podría afirmarse que...en un país que se utilice...el testamento es preferible la libertad de testar”⁶⁰³.

La falta de pronunciamiento expreso en favor de uno u otro sistema tendría una continua presencia. Así, derivaría el sistema de libertad civil ya mencionado, de la ramificación más lejana del Derecho natural⁶⁰⁴, y la constitución de los distintos sistemas sucesorios concretos dependería de circunstancias extrínsecas -pero necesarias- condicionando la configuración de cada sistema hereditario dentro un ordenamiento jurídico.

La discusión precedente había relajado en intensidad sus planteamientos y lejos de profundizar en las ventajas e inconvenientes de los sistemas legitimarios, serían generales las opiniones relativistas que pretendían comprender en qué tipo de sociedad podía encajar mejor uno u otro sistema, siendo algo más frecuentes los comentarios que de manera sencilla y clarividente observaban la naturaleza legitimaria, advirtiendo en

autorización para poder testar caprichosa o arbitrariamente sin ninguna traba, freno, limitación, tope o garantía, sino que, al contrario, presupone la necesidad de usar el derecho de testar de una manera normal y conforme a equidad. Ocurre aquí algo parecido con lo que sucede con el concepto básico de la libertad civil, que no implica arbitrariedad, y con el concepto de propiedad, que no comporta la absurda noción de un posible *ius abutendi* desorbitado. Una y otra están condicionados, ya no por la ley, sino por su propia esencia y naturaleza, pues el ejercicio subjetivo es el ligamen social que no admite abuso en su ejercicio.”

⁶⁰² ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 26.

⁶⁰³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Ibidem*. En esta misma tendencia siguió el dictamen de la Ponencia de la Sección Cuarta en el Segundo Congreso Jurídico Catalán, celebrado en Barcelona en 1971, del que fue ponente Roca Sastre junto con Ramón María Mullerat i Balmaña, Raimon Noguera i Guzmán, Xavier O’Callaghan i Muñoz, Josep A. Pérez i Torrente, Lluís Puig Ferriol y María Encarna Roca i Trias; referente a “La llibertat de disposició «mortis causa»”, en cuyo Dictamen se expresó que “el «quantum» legitimario del cuarto, dado su arraigo en la vida jurídica catalana debe mantenerse”, [*Llibre del II Congrés Jurídic Català 1971*, Fundació Congreso Jurídico Catalán, Barcelona, 1972, p. 847], puesto que antes se consensuó que “...essencialment, el que aquesta Ponència desitja és, pel que fa a la institució de la llegítima, si no sotmetre-la a una revisió i reforma, assuaujar-la...No hem negligit ni tan sols la possibilitat de suprimir la llegítima...perque ens sembla contrària a les nostres tradicions, vist que la llegítima del quart és una institució plenament admesa pel poble a l’actualitat.”, y por lo tanto “De *lege ferenda*, hem de mantenir la quarta part del cabal relict com a quantia de la llegítima, però només la quarta part, i no més d’una quarta part, que només deixen de vegades un sol quart de lliure disposició, encara que en un sol cas, pero consideracions socials i familiars, la llegítima excedeixi la quarta part.” [*Llibre...op. cit.*, pp. 465 y 467].

⁶⁰⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios... op. cit.*, p. 37: “Y las conclusiones de la razón práctica de ulterior grado, es decir, más lejanas de los primeros principios de la naturaleza... que...se demuestra que están confirmes con la razón atendiendo al bien común de la ciudad... no pueden ser aplicados del mismo modo a todos los hombres... sino que debe hallarse lo más adecuado para el bien común y la pública utilidad de la comunidad humana...atendiendo a las facultades de aquello a quienes han de aplicarse, a las costumbres del país, a lo conveniente al tiempo y lugar.”



algunos casos que “...una precisa construcción jurídica de una institución, o sea la exacta determinación de sus líneas institucionales o verdadera naturaleza jurídica es base decisiva e indispensable para la fiel comprensión y adecuada aplicación de las normas de la misma...”⁶⁰⁵. De este modo, para cuestionarse el sentido de la institución debería ser necesario que “las leyes y los códigos deben producirse de un modo pragmático”⁶⁰⁶, por ello “es ineludible elevarse hacia las líneas directrices y perfiles básicos en los que descansa dicha figura jurídica en un sistema positivo determinado.”⁶⁰⁷.

Es obvio que los estudios detallados sobre la legítima y la libertad de testar estarían presentes también a lo largo de esta centuria, pero parece que los pensamientos ya no perseverarían tanto en cuanto a los motivos y a la justicia de cada sistema, como en la utilidad y sentido de la vigencia de una u otra institución, tendencia ésta más presente en el siglo XXI.

En cualquier caso, sí que estarían presentes versiones más reflexivas que trataron de comprender -en lugar de sólo combatir- en qué tipo de ordenamientos tendría mejor cabida uno u otro sistema, y en el caso de su respectiva adaptación, tratar de encontrar la razón de la misma. En esta ocasión los argumentos escapaban a los clásicos motivos del siglo XIX: se tomaba conciencia de que la familia nuclear de aquel período había experimentado una variación importante, además de que los tradicionales criterios que en algún tiempo vez fueron resultado de la revolución liberal que tenían como finalidad defender o atacar la libertad, habían agotado su validez.

En el siglo XXI la perspectiva ha cambiado y nos encontramos ante un campo de debate diferente en el que asistimos a una detracción de la institución legitimaria, con la divergencia respecto a períodos anteriores más remotos, de que contamos con el respaldo de una experiencia histórica acumulada que justifica probadamente que actualmente podríamos encontrarnos ante un sistema legitimario carente de sentido, por desactualizado y no acorde a las fundamentaciones sociales que imperan en nuestros días. En las líneas siguientes trataremos de examinar los elementos del debate actual.

⁶⁰⁵ ROCA SASTRE, R.M., “Naturaleza jurídica de la legítima”, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1944, Año XXVIII, núm. 324, p. 186.

⁶⁰⁶ ROCA SASTRE, R.M., *Ibidem*.

⁶⁰⁷ ROCA SASTRE, R.M., *Ibidem*.



2.3 Siglo XXI. Un nuevo planteamiento en las ideas sobre las legítimas y la libertad de testar

Hemos de incluir en este apartado el pensamiento de algunos juristas de finales del siglo XX, al presentar una tendencia ya asentada en el siglo anterior, que se patentaría entrado el siguiente siglo XXI.

En la actualidad los argumentos en favor de la legítima se han catalogado en alguna ocasión de “trasnochados”⁶⁰⁸, siendo incuestionable que su creación en el siglo XIX obedeció a una mentalidad diferente, donde las necesidades de la época se presentaban distintas y también los intereses a proteger. Al suponer una construcción jurídica con razón de ser en otro contexto económico, social y político, la mayoría de la doctrina ha postulado que deberían descartarse en pleno siglo XXI los planteamientos de técnica legislativa que motivaron su origen, para buscar otras soluciones de mayor viabilidad actual.

La entrada en el siglo XXI ha venido acompañada de hechos justificativos de este cambio de perspectiva, sobre todo, de la concentración de bienes en pocas manos, del predominio de grandes empresas de servicios, de la titularidad por gran parte de la población de bienes de relativa importancia económica y de la actitud de uno de los cónyuges en el matrimonio tras el fallecimiento del otro.

Los datos empíricos, concretamente, los análisis de las estadísticas más significativas⁶⁰⁹, conducirían a inferir como necesario un cambio en el sistema legitimario debido a una mayor longevidad en la persona de los hijos y del testador y a que la legítima ha quedado desprovista del carácter de sustento de padres para con los

⁶⁰⁸ VALLADARES RASCÓN, E., “Por una reforma del sistema sucesorio del código civil” en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. Coords., *Libro Homenaje al Profesor Albaladejo García*, T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 4893.

⁶⁰⁹ VALLADARES RASCÓN, E., op. cit., pp.4896-4899. La utilización de los siguientes parámetros según el Instituto Nacional de Estadística: 1. Ingresos monetarios, 2.Capacidad de ahorro: Este factor determinará el grupo de población afectado por el sistema sucesorio., 3. La principal fuente de ingresos monetarios: Distinguiendo entre rentas y alquileres. Sostiene que el titular de bienes productivos ha desaparecido en la actualidad, 4.La tenencia de una segunda vivienda: El 86,6% de hogares no dispone de segunda vivienda. Este motivo expresa una preocupación del cónyuge testador por que la vivienda pase al superviviente, 5.La dificultad para “llegar a fin de mes”: Considerando que el porcentaje de las personas que cumplen este parámetro sin dificultad es el del 14,75%, la mayoría tendrían solo su piso y poco más en la sucesión mortis causa.



hijos⁶¹⁰, descartando la necesidad de que los hijos deban recibir bienes productivos de los padres.

Ello no obstante, en el sector peticionario de la derogación de las reservas forzosas, pocos han sido los que se han pronunciado por una total supresión de las mismas, habiéndose esbozado las propuestas de manera cautelosa, abriendo el cerco hacia una mayor libertad de disposición *mortis causa*, pero sin lanzarse decididamente al desarrollo integral de dicho planteamiento. El motivo principal de esta contención parece consistir en que el ejercicio de dicha libertad en el terreno de lo práctico no podría ejercerse sin riesgos y en perjuicio de los que actualmente se determinan legalmente como beneficiarios de su porción hereditaria.

2.3.1 La necesidad de avanzar en la libertad de testar y la superación de obstáculos en un terreno con significativo arraigo de la legítima

En la actualidad se manifiesta extendida la existencia de un sentimiento general de rechazo a la legítima porque “tal limitación ya no cuenta hoy con el soporte tradicional de una familia que se mantenía toda la vida de los padres como núcleo de convivencia y de protección recíproca”⁶¹¹, siendo imprescindible un replanteamiento de la piedra angular del sistema legitimario que obedezca a la formulación de un nuevo esquema sucesorio.

Pero sin dejar de reconocer los avances en la materia en forma modificación de leyes sectoriales y del Código Civil, en no pocas ocasiones, no se ofrece una respuesta concluyente y propicia al problema de fondo.

⁶¹⁰ Por la mayoría de la doctrina –Vaquer Aloy, Magariños, Lora Tamayo- ha sido esgrimido este argumento, advirtiendo que en este caso, la legítima viene a ser un complemento de la pensión de la jubilación de los hijos.

⁶¹¹ MAGARIÑOS BLANCO, V. “La libertad de testar”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2005, p.4. Parte del presente artículo ya se incluyó en el formato de reportaje, titulado “Libertad de testar, hacia una solución justa y equilibrada” en la revista *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2005, núm. 2, con motivo del seminario organizado por la Asociación Joaquín Costa. Con ciertas ampliaciones en la materia, y por alusión a la opinión del Prof. Delgado Echeverría en relación con el comentario referido a la moral social y crítica (susceptible de limitar la libre disposición), el mismo artículo resultó ampliado por Magariños bajo el nombre “La libertad de testar. Una reforma necesaria”, en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, T.I., Consejo General del Notariado, 2012. Agradecemos sinceramente a Elena López Ewert, coordinadora de la revista *El Notario del siglo XXI*, el habernos facilitado para su consulta, con carácter casi inédito, esta última publicación.



Encontramos magníficas recapitulaciones de las posturas partidarias de las circunstancias sucesorias por medio del instrumento legitimario⁶¹², de las voces que se alzaron en su contra a lo largo de la historia, así como la constatación de la necesidad de un cambio en el sistema de legítimas por el de un sistema en el que deba regir la libertad de testar. Una gran cantidad de juristas contemporáneos ha considerado que la libertad de testar debe instaurarse en la sociedad moderna debido a los cambios en la estructura de las familias y en las relaciones afectivas. Uno de los motivos obedece a la “fungibilización” del patrimonio y a que la base de la legítima ya no se sustenta en la transmisión del importante patrimonio integrado por la casa para los hijos. El segundo traería causa del distanciamiento afectivo dentro de las familias entre padres e hijos. Por último, sería esencial en esta evolución, la existencia de un cúmulo de alteraciones en las circunstancias sociales y económicas de la familia, representadas por un decaimiento general de los lazos afectivos.

Partiendo de la opinión de que las limitaciones a la libertad de disponer deben tener un contenido estrictamente justificado basado en la utilidad y la paz social, se ha expresado que las legítimas, en la actualidad realizarían una función social escasa, tornándose en un instrumento peligroso, de marcado acento medieval, desfasado y contrario a los fines que en el siglo XIX la pretendieron justificar –al menos de manera más coherente que en nuestros días- generando en la actualidad el efecto contrario al perseguido, traducándose en una causa clara de desprotección social y familiar y alejándose del fundamento que las vio nacer.

Resulta igualmente sugestivo el desarrollo del criterio limitativo de la libertad de disposición por pretendidas reglas morales, derivadas de un deber de piedad para con los familiares más allegados⁶¹³, las mismas que motivan un reparto equitativo acotando

⁶¹² MAGARIÑOS BLANCO, V., “La libertad de testar”, op. cit., pp. 654-670. La defensa de las legítimas se apuntaló en base a criterios tales como que la naturaleza hacía iguales a los hermanos, en la injusticia de un sistema que permitía el enriquecimiento de un extraño a expensas de la familia, en que los padres no podían desentenderse de los deberes para con los hijos (teoría basada en una deuda alimenticia) y las teorías económicas basadas en la movilización de la propiedad. La defensa de los criterios basados en la libertad de testar fue sostenida mediante el principio general lógico de que, teniendo máximo sentido los principios de libertad y de propiedad en vida, los mismos no podían limitarse por la muerte de su titular; también en el tantas veces mencionado criterio del fortalecimiento de la autoridad paterna, en la justificación que desde el Derecho Público –libertad civil, de propiedad y de contratación- se daba a la misma libertad, y por último, su utilidad social y económica.

⁶¹³ ROCA SASTRE, R.M., “Naturaleza jurídica...”, op. cit, p. 190. En estos términos se pronuncia el autor al hablar de los caracteres de la legítima romana frente a la reserva germánica, señalando el marcado deber moral de asistencia o auxilio económico, lo cual se traducía en una obligación alimenticia en sentido amplio, el denominado *officium pietatis*.



la libertad de testar y para cuyo fin resultaría útil el orden legal de suceder *ab intestato*, esta vez para rechazar contenidos testamentarios arbitrarios e injustificados. Pero este mismo instrumento prohibitivo o limitador, no podría ser empleado para rechazar dichos contenidos testamentarios arbitrarios e injustificados, sino que habría de atenerse a la objetividad y coherencia, por mor de un riesgo en actuaciones ilícitas o punibles por parte del testador⁶¹⁴.

Por otra parte, consciente del papel de las legítimas y de su función asistencial, en la actualidad un sector de la doctrina sostiene que el prisma de enfoque debe ser el social, debiendo garantizar el ordenamiento una protección de la institución legitimaria, aunque una de las transformaciones sociales destacada en la necesidad de la modificación del sistema legitimario, ha sido el aumento de la esperanza de vida junto al concepto nonagenario del patrimonio familiar, que también desaparece “en el sentido de que mayoritariamente los bienes que se transmiten mortis causa proceden del esfuerzo personal, laboral o profesional, del causante, y no ha sido recibido de sus antecesores”⁶¹⁵, lo cual debería replantearse por lo valedores de estas teorías de defensa de las reservas.

Junto a las posturas en favor y en contra de las legítimas⁶¹⁶, se han establecido las procedentes del sector notarial -las más rotundas en contra de su mantenimiento- y las procedentes del sector científico -representado por docentes del Derecho civil- que mantienen una postura más moderada⁶¹⁷. Junto a ellos se vislumbran posturas en países europeos próximos –excepto en Inglaterra- que no desean renunciar a una igualdad mínima entre herederos, pensando, que bien al contrario, la eliminación de la legítima y

⁶¹⁴ MAGARIÑOS BLANCO, V., “La libertad de testar. Una reforma necesaria”, op. cit., p. 682. En el comentario a la SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2007, el autor se inclinó por esta propuesta frente a la de Delgado Echeverría, considerando que “no se puede apelar al orden de suceder en la sucesión intestada, considerándolo como el criterio generalmente justo; ya que tal ordenación igualitaria no tiene más finalidad que suplir la voluntad de los testadores sobre la base de lo que éstos normalmente hacen y quieren.” [op. cit., p. 680], sin que ello sea el equivalente de verdaderos criterios morales.

⁶¹⁵ PARRA LUCÁN, M.A., “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”. Ponencia expuesta en el curso “Reflexiones sobre materias de Derecho Sucesorio” [CGPJ, Madrid, noviembre 2008], p. 1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto “Validez y eficacia de normas y actos”, MCYT DER2008-01169 (2008-2011). También se puede encontrar dicho trabajo en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, núm. 13, pp. 481-554.

⁶¹⁶ En la actualidad, en favor de la libertad de testar, se esgrime el criterio moderno de la solidaridad intergeneracional. El concepto más tradicionalista en favor de la libre testamentación consiste en ser un presupuesto del derecho de propiedad. Los argumentos en favor de las legítimas, sin embargo se basan en la ética familiar.

⁶¹⁷ Partidarios de la reducción de las cuotas establecidas en favor de los herederos forzosos y al fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo, proclives a la flexibilización del régimen, pero no a su eliminación.



la instauración de un sistema legitimario basado en la libertad de testar, abocaría a la sociedad a una mayor litigiosidad⁶¹⁸.

2.3.2 La libertad de testar relativa y su combinación con los sistemas de alimentos

Por otro lado, se ha manifestado una necesaria tendencia renovadora y una nueva realidad individual social y familiar anunciada por el sector notarial, partidaria de una supresión del sistema legitimario combinada con un sistema de alimentos⁶¹⁹.

Una de las soluciones vendría impuesta por la obligación alimenticia susceptible de sustituir a la legítima, y se basaría en la extinción de dicha cuota legitimaria, siendo necesaria la fijación de un límite temporal y de un contenido económico, de modo que fuera posible la garantía del pago de la renta con los bienes de la herencia de modo seguro, sin apartarse de la debida salvaguarda del cónyuge, al que debiera dársele un derecho de habitación de la vivienda común, e igualmente, la administración de un testamento mancomunado a través del cual se pudiera distribuir y combinar el patrimonio de ambos.

Esta propuesta estaría basada en la abolición del sistema de sucesión forzosa, teniendo como contrapunto un deber alimenticio por parte del causante a cargo de la herencia y a favor de los descendientes⁶²⁰, con la finalidad de evitar restricciones a la

⁶¹⁸ Al respecto Parra Lucán ha explicado que “Los Notarios franceses (y algo parecido sucede con los belgas) se muestran partidarios del mantenimiento de la legítima (con retoques), y advierten también que en los países en los que la legítima no existe y está reconocida la total libertad del testador (Estados Unidos, Gran Bretaña), existe una cierta litigiosidad cuando los hijos «desheredados» impugnan los testamentos de sus padres, y cómo los tribunales acaban estimando sus pretensiones por considerar que el testamento que nada deja a los hijos se hizo «bajo influencia» [PARRA LUCÁN, M.A., op. cit., p. 18].

⁶¹⁹ CALATAYUD SIERRA, A., “Consideraciones acerca de la libertad de testar”, *Academia Sevillana del Notariado*, Editorial Revista de Derecho Privado-Edersa, 1995, T. IX, p. 247. Debido a un cambio originado debido al paso de una familia estática y agraria a una industrial, urbana y dinámica, los vínculos familiares amplios a los de la familia nuclear, la evolución de un patrimonio familiar a uno individual y el cambio de valores de respeto a la familia –con Magariños- a otros en los que prima el progreso, individualismo y egoísmo. Progresos sociológicos todos ellos que han influido necesariamente en las instituciones jurídicas.

⁶²⁰ CALATAYUD SIERRA, A., op. cit., p. 259 y ss. En tanto que el derecho de alimentos del artículo 142 CC no está pensado para este planteamiento, las especialidades que deberían regir, sería que este derecho no se fundaría en el parentesco sino en el mero hecho de ser beneficiario de un caudal hereditario. Las personas con este derecho serían los descendientes o el cónyuge no separado, de manera que podría llegar a existir una identidad de sujetos en lo referido a la exigencia de estos derechos y en la obligación de su pago, siendo su fundamento que el alimentista se hallara en posición legal de poder reclamar estos alimentos, debiendo recibirlos en forma de pensión y con un criterio de graduación únicamente relacionado con lo que hubiera recibido a título gratuito por el causante.



libertad del individuo en el acto de últimas voluntades. Con este sistema alimenticio de lo que se trataría es de que “el hijo o descendiente tenga los mismos derechos a cargo de la herencia que tendría si su padre o ascendiente viviera”⁶²¹. En relación con los derechos maritales se ha propuesto alguna variante a este sistema⁶²² -además del desarrollo de la obligación alimentaria- consistente en que la solución no debería referirse a un usufructo global a disfrutar por el cónyuge sobreviviente, sino a un derecho vitalicio de habitación sobre la vivienda conyugal.

Además, el sistema basado en la *family provision*⁶²³ inglesa también se representaría como una alternativa al sistema de sucesión forzosa, sin un fundamento necesariamente idéntico al de la pensión de alimentos, dado que su requisito principal no estaría basado en la necesidad del causante y no supondría una total libertad de testar, puesto que una parte de la herencia podría ser atribuida por el juzgador, a quien el causante no hubiera querido beneficiar, estableciéndose un “equilibrio entre la libertad de testar y las expectativas hereditarias de personas estrechamente vinculadas el testador”⁶²⁴. El ejercicio de dicha acción vendría determinado por la circunstancia de que el testador no hubiera realizado una atribución económica razonable en favor de los descendientes que ostentaran la legitimación activa para su ejercicio⁶²⁵ presentándose amplia la potestad del juez para decidir los criterios que deberían imperar en la determinación de la provisión en favor de los descendientes que la reclamen.

En este sentido, ha de reconocerse que la *Inheritance Act* de 1938 y su modificación en 1975 por la *Inheritance (Provision for family and dependents) Act* ha supuesto una acercamiento entre su régimen de libertad absoluta y los sistemas de

⁶²¹ CALATAYUD SIERRA, A., op. cit., p. 262.

⁶²² Basado en la conclusión que se entiende más significativa, concretamente en la preocupación por el otorgamiento del usufructo universal en la herencia intestada en favor del cónyuge superviviente, a lo que debe adicionarse un derecho de alimentos a costa del patrimonio hereditario para con los hijos necesitados, suprimiendo la legítima de los ascendientes y alterando el orden de sucesión en favor del cónyuge viudo, además de que en la herencia testada debería existir una libertad de testar absoluta que incluyera los alimentos [VALLADARES RASCÓN, E., op. cit.].

⁶²³ VAQUER ALOY, A., Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, julio 2007, pp. 5-6: “Los parámetros legales que debe tener en cuenta [el tribunal] son los recursos y necesidades del solicitante, las obligaciones y responsabilidades del causante, la cuantía y composición de la herencia, la discapacidad del solicitante y de otras personas involucradas, la conducta del solicitante y de otras personas, las razones del causante para no efectuar atribución suficiente y su estado mental.”

⁶²⁴ VAQUER ALOY, A., *Ibidem*.

⁶²⁵ Vaquer aclara que “Uno de los estándares con que decidir si ha tenido lugar una atribución económicamente razonable es el llamado *estándar de mantenimiento*, que no equivale simplemente al sufragio de necesidades elementales para la vida ni a los deseos de bienestar” [VAQUER ALOY, A., *Ibidem*].



legítimas, presentes en el resto de países de Europa⁶²⁶. La falta de tradición jurídica de este método en los sistemas continentales sucesorios, más propia de una legislación anglosajona, podría hacer descartar, a priori, la eficacia de dicho sistema en nuestro ordenamiento⁶²⁷.

La caída de la teoría de la solidaridad intergeneracional, se ha acompañado por parte de VAQUER ALOY, al igual que por VALLADARES, de datos que acreditan un desuso de los argumentos mediante los que se defendió el sistema legitimario, motivados por el desmembramiento de la unidad familiar, los cambios en la composición del patrimonio, la esperanza de vida del causante, el aumento efectivo de renta que acompaña a la evolución de la edad (45-54 años) y por la riqueza neta (en la franja de 55-64 años), de lo que necesariamente se ha deducido que la legítima se recibe con habitualidad en el momento de mayor patrimonio del beneficiado por la misma. Las soluciones⁶²⁸ podrían venir por la vía del establecimiento de una legítima colectiva, siendo las opciones más recomendables que las cuotas legitimarias fijas debieran reducirse ante la mayor importancia que se le pudiera dar a la libertad testamentaria. Otra opción sería la mejora de la posición del cónyuge, que debería pasar a estar en el mismo estrato que los hijos; pero sobre todo sería importante prescindir del sistema legitimario actual en base a la falta de causa de la esgrimida “solidaridad intergeneracional”. Aunque descartando que el sistema de alimentos deba estar

⁶²⁶ En este sentido, Barrio Gallardo asevera que con esta ley Inglaterra “dejó de ser el único país de la Unión Europea que sancionaba una libertad de testar absoluta” [BARRIO GALLARDO, A., “Atemperar la rigidez de las legítimas”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21/2007, p. 19].

⁶²⁷ Dicho parecer lo ha postulado el profesor Vaquer Aloy, frente a la propuesta de Salvador Coderch –a quien cita- de “legítima redimensionada” semejante a la pensión alimenticia en favor de los descendientes.

⁶²⁸ El profesor Vaquer Aloy nos muestra su fino sentido jurídico en otra obra en la que, no tan relacionada como la presente con la libertad de testar como con la desheredación, expone que supone una salvaguarda indirecta de la libertad testamentaria a través de las estipulaciones legales referidas a la desheredación, en el caso de que algunos descendientes hayan tenido relaciones de familia incorrectas respecto a su causante [VAQUER ALOY, A., “Freedom of testation, compulsory share and disinheritance base don lack of family relationship” disponible en <http://ssrn.com/abstract=1711338>, 2010, p 15: “I prefer to stress the reinforcement of the role of freedom of testation, giving testators the opportunity to disinherit the descendants that have not kept a family relationship and to favour the spouse or those descendants who have taken care of him or her. Otherwise it is not possible to hold that the compulsory share sets a balance between freedom of testation, succession and family protection; or that the compulsory share contributes to the social necessity of strengthening the family.”]. En el mismo sentido se muestra RAGEL SÁNCHEZ al señalar que “si el legislador español no se atreviera a reducir el alcance de la legítima sucesoria de la drástica manera que hemos propuesto, sería conveniente que, por lo menos, se acometiera una reforma legislativa que modificara sustancialmente la figura de la desheredación, dando entrada a los deseos del testador de favorecer a aquellos parientes que le hayan demostrado más afecto durante su vida, reforma que podría conducirse a la conversión de los dos tercios de la legítima de los hijos y descendientes en dos tercios que funcionasen como el actual tercio de mejora...” [RAGEL SÁNCHEZ, F., “Comentario al art. 806 CC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Dir., *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Tirant los Blanch Tratados, Valencia, 2013, p. 5848].



vinculado a la legítima, TORRES ha afirmado que esta parte de la herencia forzosa, en cualquier caso, debería estar reservada para el cónyuge y para los hijos sólo si lo precisaran, al ser menores de edad o incapacitados y acogiendo el sistema de imputación legitimaria respecto a los gastos de formación y educación con cargo a la herencia, en el mismo sentido que la teoría postulada por CALATAYUD.

Las transformaciones en las familias y en las fortunas han conducido necesariamente a un cambio social con viraje hacia la confección de un sistema basado en los alimentos para los descendientes necesitados y otorgados con fin asistencial⁶²⁹, susceptibles de modificar los fundamentos que dieron origen a la configuración de las legítimas en el siglo XIX, pero el objetivo de la reforma no conlleva necesariamente la “necesidad de derogar o corregir normas claramente injustas o gravemente contrarias a las concepciones morales de la sociedad, sino más bien de adecuar mejor algunas de ellas a situaciones fácticas nuevas y a estados de opinión que piden o apoyan ciertos cambios en las normas.”⁶³⁰. Estos cambios deberían basarse –en línea con lo apuntado por otros autores- en la mejora de la posición del cónyuge viudo, y en la reducción de la legítima⁶³¹, confiriéndole una mayor flexibilidad, incidiendo, como ya hemos puesto de

⁶²⁹ A tenor del resultado de una encuesta efectuada, se ha asentado una opinión apoyando el criterio de la sustitución legitimaria por el de un recurso similar a los alimentos, manifestándose por Delgado Echeverría la general insatisfacción por el actual sistema legitimario, sin ideas claras, no obstante de modificación o sustitución: “El Plan de trabajo de esta Ponencia, anunciado en abril de 2005, tenía como uno de sus objetivos conocer la opinión de los Profesores de Derecho civil sobre la oportunidad de una reforma del Derecho de Sucesiones del Código Civil y las materias o temas sobre los que parecería más necesario u oportuno introducir modificaciones legales, con el fin de formular propuestas de política legislativa. A estos efectos las Encuestas a los miembros de la Asociación resultaban ser un instrumento de primer orden. Tras una encuesta inicial muy abierta, se presentó el cuestionario de la que ahora analizamos en diciembre de 2005, mediante correo electrónico a todos los asociados y colocación en nuestro sitio <http://www.derechocivil.net>. Hasta 30 de enero de 2006 se han recibido 49 respuestas, que son las que ahora presentamos y analizamos” [DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Una propuesta de política del Derecho en materia de Sucesiones”, *Derecho de Sucesiones, Presente y Futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 145]. El resultado de la encuesta a Profesores de Derecho Civil mostró un amplio consenso en relación con el aseguramiento de la validez de legado de usufructo universal para el cónyuge viudo, optando por dejarle tanto como necesite para su subsistencia en concurso con los descendientes, suprimiendo la legítima de los ascendientes. Pero el dato curioso mayoritario es que la supresión de la legítima de los descendientes fue rechazada, al igual que una configuración asistencial de las legítimas, aceptando el caudal de las mismas hasta el máximo de la mitad del caudal.

⁶³⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Objetivos de reforma del derecho de sucesiones”, *Derecho de Sucesiones, Presente y Futuro...* op. cit., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 99.

⁶³¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Objetivos de reforma...”, op. cit., p. 128. A pesar de la opinión del autor: “Ya se entiende que la propuesta más de mi gusto sería suprimir las legítimas tal como las conocemos y sustituirlas por unas limitaciones a favor del cónyuge, determinados parientes e incluso otros allegados en razón de sus relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento. En definitiva, un sistema de atribuciones necesarias a cargo de la herencia con función asistencial o retributiva, que tuviera también en cuenta la función social de algunos bienes, señaladamente la vivienda.”



manifiesto, en la admisión del testamento mancomunado y en los derechos de las uniones estables. En definitiva, existe una tendencia importante en la sociedad de atender al cónyuge en sus necesidades antes que el resto de parientes –porque la mayoría de las veces, al hacerse testamento, los hijos y otros herederos, no suelen necesitarlo-, lo cual podría llevarse al terreno legislativo mediante una propuesta del aumento de la cuota de usufructo o en propiedad para el consorte.

En el plano antagónico, asistimos al mencionado cambio social que considera inapropiadas las restricciones a la libre disposición, suponiendo que el sistema legitimario del Código Civil impide la realización de los deseos que la sociedad juzga merecedores de tutela.

Sin embargo otras voces, adoptando una postura intermedia, han entibiado el debate que clama que las legítimas están desfasadas, postulando en la actualidad la existencia de otros medios que vienen a mitigar las limitaciones que todos apuntan respecto al sistema legitimario actual⁶³², sosteniéndose que debe tenerse en cuenta la opinión derivada de las “experiencias contrastadas con las situaciones y las realidades vividas”⁶³³ y esgrimiendo que las normas generadas con la finalidad de suavizar el régimen de legítimas suponen un avance útil y necesario⁶³⁴. Pero frente a esta defensa basada en el avance gradual, se ha objetado que con modificaciones parciales es imposible el progreso en este ámbito legislativo⁶³⁵.

⁶³² GARRIDO DE PALMA, M., “Los actuales artículos 831 y 1.056.2.º de Código Civil. Aplicaciones prácticas antes el sistema de legítimas”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2005, núm. 55, p. 124.

⁶³³ GARRIDO DE PALMA, M., “Los actuales...”, op. cit., p.122. Buena parte del sector notarial, precisamente ha sostenido que esta experiencia cotidiana exige la instauración de la libertad testamentaria.

⁶³⁴ GARRIDO DE PALMA, M., p. 124. Identifica estas modificaciones como un “sistema digno de elogio... adaptado a la realidad social y sus necesidades más atendibles.”

⁶³⁵ Vid. en contra, la opinión de DÍAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.”, *Aranzadi Insignis Civil-Mercantil*, 2006, núm. 3, p. 4: “Independientemente de la postura más o menos radical que se mantenga en relación a las legítimas del Código, pienso que la opinión común es que hay que revisar toda su regulación. Hacerlo sin apresuramiento, teniendo en cuenta cuáles son las necesidades a cubrir, así como el sentir en este punto de nuestra sociedad. Y desde luego tomando en consideración las consecuencias que tiene la reforma de cada precepto en los que se relacionan con él. Esto que siempre es esencial, se hace aquí absolutamente imperativo, porque el Derecho de sucesiones es un sector de los más complejos y elaborados del ordenamiento, en el que cada institución se engarza con otras, y es imposible llevar a cabo una buena reforma si no se considera la complejidad y matices de las figuras junto al funcionamiento del sistema completo.”



Por otra parte, la necesidad del desarrollo de un sistema asistencial alimenticio como sustento de los descendientes se ha expuesto repetidamente –como hemos visto– hasta quedar fundamentado en un régimen sustitutivo del sistema legitimario⁶³⁶.

De ello puede derivarse que la legítima sigue entendiéndose como una institución procedente de una realidad económica y social arcaica, por eso, en el ámbito de su reforma, debe señalarse con especial relevancia el contenido relacional con los alimentos⁶³⁷, protegiéndose a los descendientes más desfavorecidos, aportándoles seguridad y estabilidad económica.

Así, en ciertos casos el fundamento de la institución legitimaria podría ser una obligación alimenticia que persistiera a cargo del *de cuius* más allá de su existencia, y en esta línea, sería deseable que las futuras modificaciones legislativas fueran estudiadas con la pretensión de una regulación de la libertad testamentaria de modo absoluto⁶³⁸. Para ello, deberían tenerse en cuenta, las variaciones económicas en el patrimonio y en la estructura familiar, el tantas veces mencionado aumento de la esperanza de vida en las personas, además de una tendencia generalizada en el convencimiento de que “sea el afecto y no la ley, lo que dicte el destino de los bienes del fallecido”⁶³⁹, dado que “resulta desmesurado que los descendientes, además de lo mucho que han recibido de sus padres a lo largo de su vida, tengan derechos sobre los bienes que éstos dejan a su muerte”⁶⁴⁰, por lo tanto “sería una medida legislativa muy afortunada ampliar considerablemente la libertad de las personas a la hora de legar sus bienes”⁶⁴¹.

⁶³⁶ BARRIO GALLARDO, A., *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 593 y 594: “Dentro de este marco general, la operación jurídica que se invita a realizar...consistiría en «prolongar» la obligación legal de alimentos entre parientes... reconocida más allá de la muerte del obligado a prestarlos, quizá por medio de la eliminación actual del instituto y la supresión del artículo 150 Cc... vendría a sustituir a la actual legítima continental, regulada en los arts. 806 y ss. Cc... en consecuencia, sólo en aquellos casos contados en que la atribución testamentaria realizada a favor del supuesto alimentista...no hubiera permitido al hijo estar en condiciones de poder acceder a una fuente de ingresos propia, resultará pertinente la reclamación...”

⁶³⁷ COBAS COBIELLA, M.E., “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista de Derecho Patrimonial-Aranzadi Insignis*, 2006, núm. 17, p. 19: “La propia reforma del Código Civil indica una necesaria consideración de que el sistema de legítimas debe cambiar ampliando la libertad de testar, pero manteniendo una adecuada protección a aquellos parientes o personas ... que más lo necesiten, para lo cual cabría establecer determinados parámetros o condiciones como sucede en materia de alimentos respecto de las legítimas”.

⁶³⁸ RAGEL SÁNCHEZ, F., “Comentario al art. 806 CC” op. cit., p. 5846: “sería deseable que una futura ley concediera la absoluta libertad de testar y de donar al causante en aquellos casos en que sus parientes no tuvieran necesidades económicas.”

⁶³⁹ RAGEL SÁNCHEZ, F., “Comentario al art. 806 CC”, op. cit., p. 5847.

⁶⁴⁰ RAGEL SÁNCHEZ, F., *Ibidem*.

⁶⁴¹ RAGEL SÁNCHEZ, F., “Comentario al art. 806 CC”, op. cit., p. 5848.



Ello no obstante y según otros pareceres, el sistema basado en alimentos -que un gran número de la doctrina respalda- no es adecuado, puesto que representa el equivalente a una legítima limitada que si bien se plasmó en el Código de Cambrónero, en la actualidad se esboza en nuestro ordenamiento a través del derecho de alimentos “con tintes sucesorios”⁶⁴² en los artículos 964, 1408, 1392 y 85 del Código Civil. Con ello se confirma una cierta discrepancia respecto a la teoría de sustitución de la institución legitimaria por la alimenticia, por entender con un criterio divergente el distinto origen de ambas figuras jurídicas⁶⁴³.

Tenemos que considerar, por lo tanto, el palmario reconocimiento de lo obsoleto de la legítima en la actualidad y de una notoria falta de su ajuste a los tiempos vigentes. No obstante, el remedio no pasaría por su abrogación total, sino por un cambio de planteamiento en cuanto a los métodos -cristalizado en la figura de los alimentos- que seguirían basados en la protección de determinados descendientes, así como en el propio cónyuge. Dicho esto, tampoco debemos descartar que otras teorías siguen defendiendo la legítima como figura de adecuada vigencia y que aunque rebajada en su cuantía, es necesario mantener con el fin de no desproteger a los miembros que son susceptibles de sufrir un desamparo dentro del grupo familiar ante la muerte del progenitor.

2.3.3 La figura necesaria de las legítimas en el ordenamiento jurídico

Ya hemos mencionado que otros juristas han juzgado conveniente que la legítima debería ser estimada como necesaria en su estado actual, aunque no por ello deben desconocerse las distintas opiniones que defienden ambas posturas en sus vertientes de restricción y de libertad⁶⁴⁴, fundando un mayor protagonismo en las

⁶⁴² TORRES GARCÍA, F.T., “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, *Derecho de Sucesiones, Presente y Futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p.223.

⁶⁴³ TORRES GARCÍA, F.T., “Legítima, legitimarios...”, op. cit., p.224: “No creo que «los alimentos» como ha sido configurado en los diversos textos normativos...sea la solución idónea en un sistema que con la implantación de la libertad de testar se intentara compensar los derechos de los descendientes, lo que supondría que si éstos no tuvieran necesidades económicas la obligación de prestar alimentos no se originaría...la legítima se debe en todo caso, en cambio no siempre el presupuesto necesario en los alimentos la necesidad del alimentista. El carácter eventual y temporal que los alimentos tienen ya que su función es la de satisfacer necesidades vitales en mayor o menos extensión se contraponen con el carácter permanente de la legítima la cual no responde a ningún presupuesto vital.”

⁶⁴⁴ BERMEJO PUMAR, M.M., “Atribuciones legales (Legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte Primera. La Legítima (función y estructura)” en DELGADO DE MIGUEL, J.F.



razones de la libertad⁶⁴⁵. No trasciende a este parecer, por lo tanto, una reforma del derecho sucesorio, sino que son necesarios juristas que “profundicen en la norma para extraer sus posibilidades de aplicación”⁶⁴⁶.

Los posiciones que defienden el mantenimiento de las legítimas no entienden adecuada la inserción de la idea de libertad de disposición en el sistema de sucesiones, dado que ésta libertad debería acompañarse de un marco legal apropiado, con la finalidad de evitar una estructura sucesoria frágil y vulnerable, por cuanto dicha libertad, sin mayor contenido, sería susceptible de devenir en un desorden en el momento del uso legislativo⁶⁴⁷.

Por lo tanto, aunque el deseo de la mayoría sea el de libertad en abstracto⁶⁴⁸, resultaría desaconsejable que debiera primar el principio de la libre testamentifacción, siendo probable que no se obtuvieran los resultados esperados con su aplicación. De hecho, considerando esta premisa, “los fines que pueden obtenerse con la libertad son infinitos. Pueden ser los que se invocan o sus contrarios. Por lo que algunos de los que se dicen no parecen conciliables entre sí. Todos ellos son muy discutibles como fines que pueden alcanzarse con la libertad, ya que van a depender de su uso”⁶⁴⁹.

Habida cuenta del carácter difuso de libertad y de la imposibilidad de acotar su uso de acuerdo con unos estándares generalmente válidos para todos sus beneficiarios, la libertad de testar no respondería a un fin eficaz en sí mismo, debido, paradójicamente, a su carácter de servicio universal⁶⁵⁰.

Coord., *Instituciones de Derecho Privado*, Thomson-Civitas/Consejo General del Notariado, Navarra, 2005, T. V, Vol. 3º, pp. 30-33.

⁶⁴⁵ BERMEJO PUMAR, M.M., op. cit., Ibidem: Los argumentos en favor de la libertad de testar se invocan en base a razones de distinto orden: desarrollo libre de la personalidad, derecho de la propiedad, deseo común de libertad, razones de carácter familiar, de utilidad social y económica, jurídicas, o el basarse en una relación económica conmutativa, justificándose en la igualdad aritmética que impone el Código Civil.

⁶⁴⁶ GARRIDO DE PALMA, M., Ibidem.

⁶⁴⁷ BERMEJO PUMAR, M.M., op. cit., p. 22: “Por otra parte, la idea de libertad no excluye la de regla jurídica. Libertad en Derecho no significa ausencia de norma. Por la existencia de la regla no sólo se evita la anarquía, sino, sobre todo, se garantiza la propia libertad, entendida como el no sometimiento a la arbitrariedad.”

⁶⁴⁸ BERMEJO PUMAR, M.M., op. cit., p. 33: “El argumento que funda la libertad en el deseo de la mayoría nos llevaría muy lejos, ya que el deseo no se estima como la mejor razón ni fin de la norma.”

⁶⁴⁹ BERMEJO PUMAR, M.M., op. cit., p. 34.

⁶⁵⁰ BERMEJO PUMAR, M.M., Ibidem: “La libertad es un concepto inmensurable y sus usos pueden ser muy distintos. El reconocimiento de la libertad individual de testar no responde a una congruencia de intereses perseguidos por una voluntad general, ya que las personas inmediatamente afectadas por cada decisión son concretas, sus intereses, también, y, sobre todo, los usos de la libertad, muy variados. Por esta razón la libertad de testar no garantiza por sí sola, ninguna utilidad... el fundamento de la libertad de



2.3.4 La búsqueda de la conciliación entre un sistema de libertad y de legítimas

El planteamiento ideal de *tábula rasa*⁶⁵¹ en el sentido de derogar las legítimas, viene moderado por un contrapeso importante, como es el de una moral arraigada en nuestra sociedad que no tolera que quien tiene descendencia deje voluntariamente sus bienes a personas extrañas⁶⁵². Por otra parte el interés del Estado en la tutela individual no parece que sea aceptado unánimemente, estableciendo un sistema legitimario de *ius cogens*⁶⁵³.

No es generalizada pues, la eliminación de las legítimas, debido al arraigo histórico de la propia figura, aparte del motivo fundamental expresado en el eventual abuso de los testadores que puedan utilizar dicha facultad en perjuicio de los descendientes; basando el enfoque de unas u otras opiniones bajo el prisma de la libertad civil o de la solidaridad familiar, cuando no, en el inmovilismo de los que no se pronuncian⁶⁵⁴, siendo esta libertad un fenómeno que podría desplegar sus efectos en cuestión de tiempo, debido a la fuerza que cobraría una tendencia de opinión favorable en este sentido.

testar no es otro que la propia libertad de actuar: la idea del libre desarrollo de la personalidad... de la experiencia nace la regla jurídica, y por la experiencia, la libertad en Derecho es la aceptada. El propio sistema legitimario se explica en su origen como sanción y más tarde como corrección y freno a los abusos en el ejercicio de la libertad de testar”. El encuadramiento de la teoría de la autora, se reconduce al análisis jurídico, en términos semejantes a los empleados por DE LA PISA PAJARES en su estudio, al considerar la experiencia como base de la regla jurídica. No podemos más que disentir de su opinión en el planteamiento de su aserto en que expresa que la libertad de testar “no responde a una congruencia de intereses perseguidos por una voluntad general”, cuando actualmente la voluntad de la sociedad en el terreno de lo jurídico demanda un cambio en los planteamientos legales que obligan al testador a repartir de modo forzoso sus bienes y en contra de su voluntad.

⁶⁵¹ Vid. en este sentido la opinión de O’Callaghan.

⁶⁵² DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Objetivos de reforma...”, op. cit, p. 124: “Que los hijos hereden es, incluso antes que una pretensión normativa o un criterio de corrección, una realidad empírica. Casi con independencia de lo que dispongan las normas de Derecho estatal, los hijos heredarán de ordinario a sus padres. Es natural. Los bienes de los que fallecen sólo pueden ser recibidos por los que todavía viven y pasarán así de generación en generación.”

⁶⁵³ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Objetivos de reforma...” op. cit, p. 126.

⁶⁵⁴ BARRIO GALLARDO, A., “Atemperar...”, op. cit., p. 24: “...la mayoría de los que por ahora no se han pronunciado, dado que el debate se ha reabierto hace muy poco, deben ser ubicados, a mi entender, en el inmovilismo o, a lo sumo, en las corrientes de opinión más moderadas que abogan por la reducción en vez de por la supresión de la legítima, pues el hecho de permanecer en silencio ha de interpretarse como un signo inequívoco favorable al mantenimiento del «status quo». Otro argumento sólido en contra de su supresión es la visión conservadora que ha caracterizado a nuestro Tribunal Supremo, conceptuando las legítimas, en forma semejante a las Partidas, como una imposición cercana al Derecho natural que limitaría la libertad de testar”.



En este caso, las propuestas que deben efectuarse serán aquellas relacionadas conjuntamente con la reducción de la cuota legitimaria y la respectiva reducción de la libertad de testar o la ampliación de la misma, aunque con límites, en el caso de la existencia de discapacitados, incapacitados o menores⁶⁵⁵.

Por esto deberá entenderse que la modificación de las normas legitimarias deba tener un carácter prudente, habida cuenta de su complejidad técnica, de los valores instaurados en la sociedad y de la responsabilidad que ello entraña, para lo cual debe mantenerse el sistema vigente en el Código Civil, pero con la salvedad de que la parte impregnada de los matices de obligatoriedad deberá variar en función de las circunstancias y necesidades del heredero, con lo cual no se elimina la legítima, sino “su carácter absurdamente obligatorio”⁶⁵⁶.

En otros casos se ha considerado necesario un enfoque constitucional para acometer el alcance del debate entre legítimas y libertad de testar, así como la búsqueda de soluciones basadas en una continuidad de la legítima⁶⁵⁷, aunque con sus efectos atenuados.

⁶⁵⁵ Se muestra como un ejemplo del cambio respecto a este carácter incólume legitimario, la ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, que regula una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta que daba corresponder a los descendientes incapacitados. En este sentido, se encuentra la reforma insuficiente, y respecto a ello se pronuncia DÍAZ ALABART, S., en “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)” en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M.E. (Coords.) *Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 1060: “Aceptando plenamente la necesidad de modificar el sistema de legítimas..., debería haberse acometido una verdadera reforma, y no hacerlo así, como un parche en un caso concreto.”. Vid. también, con el mismo contenido, DÍAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima...”, op. cit. Idéntica opinión mantiene el notario RAFAEL LEÑA al sostener que “En cuanto a las soluciones que da la ley 41/2003 vuelven a ser lo mismo, vuelven a ser salidas pequeñas que a veces causan más problemas que los que realmente se tratan de resolver.” [LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Libertad de testar, hacia una solución justa y equilibrada” *El Notario del siglo XXI*, núm. 2, julio-agosto de 2005, p. 154.].

⁶⁵⁶ COBAS COBIELLA, M.E., op. cit., p.24. La autora es tajante al expresar su opinión: “La institución de las legítimas debe ser sometida a un análisis exhaustivo, siendo quizás una postura ecléctica la más adecuada para un tema de esta magnitud. Resulta complejo tomar partido, por un lado la desaparición de la legítima instaurando la libertad de testar me parece excesiva, pero igualmente encuentro también absurdo el carácter permanente de las mismas y la rigidez que las caracteriza porque aun cuando el tercio de mejora tiende a flexibilizar siempre será a favor de los descendientes del testador.”. En este sentido se muestra una prudencia similar reflejada en la opinión general de los Profesores de Derecho civil según el estudio de Delgado Echeverría o incluso de la mano de un representante, como Lora Tamayo, del sector más progresista encarnado por el Notariado. La inyección del convencimiento de la modificación de la legítima procede de la experiencia, traducida en el sentir del testador, de la injusticia del sistema: una injusticia material que despliega efectos y se conoce en lo cotidiano en las tareas del jurista práctico.

⁶⁵⁷ TORRES GARCÍA, F.T., “Legítima, legitimarios...”, op. cit., p. 221: “...Una nota destaca en todos ellos [refiriéndose a los ordenamientos autonómicos renovados] y esta es, la permanencia de la legítima.”.



A pesar de que la realidad social de 1889 era muy distinta, el sistema legitimario actual transcurre por unos cauces normales de actuación⁶⁵⁸ con las limitaciones le son propias. No puede desoírse el desajuste de la legítima respecto al origen actual de los bienes de la familia, la evolución social y jurídica, los cambios sociales y el diferente fundamento de protección de la familia. Por ello se necesitan unas herramientas más adecuadas para regular la sucesión según las nuevas normas.

No cabe más que inferir según esta línea de opinión que el sistema legitimario protege excesivamente a los hijos en detrimento del cónyuge viudo, pero que –en la línea de lo aducido por TORRES- la legítima tiene un arraigo social que debe respetarse⁶⁵⁹, debiendo regularse como mínimo el tercio en el caso de la existencia de un hijo y de dos tercios en el caso de que más de uno. Otros pareceres han recomendado que del tercio de mejora debería participar también el cónyuge viudo –al que se debe ofrecer una mayor protección-, siéndole atribuidos además, los derechos de vivienda familiar, aunque éstos excedieran del tercio de libre disposición y de mejora. En lo referido a la sucesión intestada y según esta sugerencia, el cónyuge viudo debería atribuirse, o bien el usufructo universal de la herencia o bien el tercio de libre disposición en pleno dominio adicionando el usufructo del tercio de la herencia; prefiriéndole a los ascendientes en cuanto a los bienes adquiridos constante matrimonio con el testador a título oneroso como consecuencia de su trabajo o profesión.

Por otra parte, también se han añadido nuevos datos sociales al cambio histórico que ha contribuido a que la legítima sea una institución anacrónica, entre ellos, la

⁶⁵⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. “Podría decirse que el sistema actual funciona, al menos en un primer momento, en el sentido que con las fórmulas que casi todos los notarios usamos de protección al cónyuge, no suelen plantearse problemas en la partición de la herencia y que en su inmensa mayoría el viudo opta por el usufructo universal.” Reproducimos literalmente los apuntes personales que el autor utilizó y sirvieron de base en su ponencia “Una perspectiva universal de la legítima” insertada en el reportaje “Libertad de testar, hacia una solución justa y equilibrada” publicado en la revista *El Notario del siglo XXI*, núm. 2, julio-agosto de 2005, de los cuales nos dio traslado amablemente, con la finalidad de aclarar y ampliar su intervención en aquel debate. Agradecemos por ello, su inestimable asistencia bibliográfica.

⁶⁵⁹ Igualmente se ha pronunciado López Beltrán de Heredia, en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C, “La legítima en el Código Civil” en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. et al. Dir. y CAPILLA RONCERO, F. Coord., *Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 305: “En todo caso, facilitar el pago de las legítimas no significa, en modo alguno, intentar suprimirlas, por el contrario se trata de mantener el sistema de legítimas adaptándolo a las nuevas circunstancias. La legítima es, como todas las instituciones jurídicas, fruto de una larga evolución histórica, todavía inconclusa, puesto que sigue viva en nuestro Derecho positivo y pujante en la práctica. Seguramente, hoy por hoy, su eliminación total del Código Civil iría en contra del sentir de la mayoría, pues está arraigada en la conciencia social la creencia de que los parientes más próximos del causante, o por lo menos los descendientes, no pueden ser excluidos por el testador, sin razón suficiente, de la sucesión.”.



composición de las familias, apartadas de su antigua concepción tribal⁶⁶⁰, que junto a los factores de la independencia de la mujer, la emancipación de los hijos y el papel de la clase media, trabajadora, profesional y dependiente; debería conducir a una inexorable reforma de las legítimas en Derecho Común.

La única finalidad -no poco perniciosa, por cierto- que cumpliría la legítima en la actualidad, estribaría en “ser una especie de seguro del hijo a la herencia del padre, cualquiera que sea el comportamiento afectivo del hijo con su progenitor”⁶⁶¹.

Los partidarios de este enfoque, han sostenido que las legítimas deben modificarse de forma sustancial, pero no suprimirse, dado que la porción basada, por ejemplo, en el cuarto asignado a la misma resultaría una cuota hereditaria suficiente, debiendo ser la mejora la mitad del cuarto, atribuible en función de la edad, la educación y de las condiciones de minusvalía del sujeto en que la misma recayera. Las legítimas de los ascendientes deben suprimirse y comúnmente con la opinión de otros autores, se debería atribuir al cónyuge por medio de la ley la vivienda familiar o bien sustituirse por un derecho de alimentos.

En resumen, la legítima debería reducirse en cuantía, porque en última instancia sería inevitable que contribuyera a la proliferación de los actos de fraude, vaciándola de contenido.

La asignación de los bienes por parte de los padres a los hijos debería efectuarse en función de su merecimiento, contribuyendo a suavizarse su regulación sin su completa eliminación. Está claro que la institución legitimaria está desactualizada y fuera de los cauces de necesaria actuación en el ordenamiento, principalmente debido a la longevidad de la vida y porque la solución no estribaría en asegurar la subsistencia de unos hijos, que en el momento del fallecimiento del padre, ya no la necesitarían, sino que se trata de “...que los padres queremos para nuestros hijos no es dejarles dinero para que vivan sin trabajar, sino darles una educación para les permita ganar dinero

⁶⁶⁰ GUTIÉRREZ ALVI-CONRADI, P., “La legítima no es intocable”, *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2009, núm. 24, p. 2 [edición electrónica en <http://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1623-la-legitima-no-es-intocable-0-3552222590476482>]: “Hemos pasado de la saga tribal a la familia monoparental. En el tránsito, ha quedado por el camino la clásica familia nuclear conyugal, que ha derivado en una creciente diversificación de fórmulas alternativas de convivencia como son los hogares unipersonales. Esta nueva tipología presenta muchas variantes de familias: madres solteras, progenitores viudos, padres / madres separados, divorciados o adoptivos.”

⁶⁶¹ GUTIÉRREZ ALVI-CONRADI, P., op. cit., p. 6.



trabajando”⁶⁶². Así, la postura de erradicar desde su raíz la institución legitimaria respecto de padres e hijos, también se hace patente, aunque manteniendo únicamente la legítima del cónyuge como reflejo de una protección del derecho de familia. Sería necesario por lo tanto que, atendiendo a las necesidades de los hijos debiera contemplarse que pudiera dejárseles, al menos, una cuarta parte de los bienes hereditarios.

Por lo tanto, sería conveniente resucitar los viejos debates en favor y en contra de las legítimas que ya se dieron en la época codificadora⁶⁶³ para descubrir que se deben admitir los argumentos en favor de la libertad de testar, aunque a pesar de ello deben realizarse críticas y matizaciones de los anteriores motivos en su favor, por estar algunos de ellos, desactualizados, habiéndolo demostrado así también la práctica diaria, lo que obliga a atender al aspecto más realista del asunto⁶⁶⁴ para descubrir qué aportaría una libertad de testar efectiva y si en base a la misma, podrían evitarse situaciones que claman por injustas y poco coherentes.

Las manifestaciones de autores antiguos relacionadas con las virtudes del trabajo como premio del padre, que podrá disponer del fruto de sus bienes para legar a sus hijos, y en la misma medida, como virtud presente en los hijos que se afanan a trabajar

⁶⁶² O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. “Libertad de testar, hacia una solución justa y equilibrada”, *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2005, núm. 2, p. 152. En el mismo sentido se pronuncia Langbein, citado por Vaquer Aloy en VAQUER ALOY, A., “Reflexiones...”, op. cit., p. 10: “Señala este autor que hoy, por lo menos para las clases medias, la transmisión de la riqueza no se centra en los elementos más importantes del patrimonio, como la propiedad de una finca o de una empresa, cuanto en la inversión en conocimiento y formación, lo que, a su vez, supone que esa transmisión de riqueza no tiene lugar a la muerte del causante, sino en vida tanto de los progenitores como de los hijos”.

⁶⁶³ DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P., “Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión”, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 1097 y ss. Presenta y combate debidamente, tal y como se ha mostrado, argumentos en favor de las legítimas, agrupados del siguiente modo: la libertad de testar es contraria a la unidad de la familia; los conocidos argumentos basados en el condominio familiar y en el derecho hereditario como el derecho necesario a heredar de los padres, (aislando la perspectiva y el interés del causante); las legítimas como institución derivada del derecho natural y los deberes de paternidad (basados en el derecho de alimentos); las teorías basadas en el fideicomiso tácito; la conciliación del individuo con la familia y con la propiedad; el hecho de que las legítimas tratan de evitar injusticias que acontecerían en un sistema de libertad sin restricciones; que la Naturaleza hace igual a los hermanos, y por eso la ley no puede atribuirles derechos diferentes; y por último, motivos varios de carácter político, económico y práctico. Por otra parte, alude igualmente a los argumentos a favor de la libertad de testar, de la cual, él es partidario; éstos, de tipo individualista, basados en los derechos de personalidad y libertad (la naturaleza racional del hombre hace necesario que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones jurídicas destinadas a sobrevivirle), y propiedad (la propiedad privada conduce a la propiedad hereditaria), de carácter familiar y de carácter empírico (la libertad de testar hacer a los hijos más reflexivos, menos vanos y merecedores de la herencia).

⁶⁶⁴ DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P., op. cit., p. 1114: “...quizá debamos preguntarnos: 1. ¿Qué vemos los notarios en nuestros despachos?, 2. ¿Qué ocurre en la realidad social?, 3. En definitiva, ¿qué reclama la sociedad?”.



para obtener esa recompensa por parte de su progenitor el día su muerte como reflejo de la más pura autoridad paterna; no son olvidadas, y ello se demuestra al afirmar que “la realidad social muestra como más frecuente que el tener hijos exige y espolea a trabajar y a crear riqueza”⁶⁶⁵. Si a ello añadimos el amor natural de los padres por los hijos, detectamos caracteres de vigente aplicación, a pesar de que igualmente fueron promulgados por los defensores de la libertad de testar en aquel -puede que no tan conceptualmente lejano- siglo XIX.

En buena lógica, no debe renunciarse a los antecedentes históricos que justifican esta libertad de testar, cuando la conclusión se ha de basar, precisamente en los mismos: el sentimiento natural de los padres de dejar sus bienes a sus hijos; la posibilidad de no castigar a los descendientes, sino de no premiar a los que no se lo merecen; la reivindicación de la insuficiencia de las causas de desheredación⁶⁶⁶ y el fortalecimiento

⁶⁶⁵ GARRIDO DE PALMA, M., op. cit, p. 122.

⁶⁶⁶ En realidad, dichas causas de desheredación han sido matizadas por el Tribunal Supremo, ampliando su ámbito de actuación en la STS 258/2014 de 3 de junio (TOL4.395.123) en este aspecto, es significativa, pues realiza una interpretación extensiva de los supuestos de desheredación, que a continuación reproducimos por lo interesante de su relato y la similitud con los supuestos de hecho expuestos: “Fundamento de Derecho Segundo: 3. ...aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo...” “.. En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley...y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.; 4. En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993 , esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004; 5. Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de "favor testamenti", entre otras, STS de 30 de octubre de 2012 , núm. 624/2012; 6. En el presente caso,



del viudo en la familia⁶⁶⁷; la inexistencia de que los padres abandonen en la indigencia a sus hijos; la poco probable captación de la voluntad del testador y en definitiva, la posibilidad de la plena disposición de los bienes de su propiedad, expresión más individualista dentro del Estado liberal⁶⁶⁸.

2.3.5 Armonización de legislaciones europeas en materia legitimaria

Si bien, no ha habido una decisión unánime en la doctrina en orden a suprimir las legítimas en su totalidad, tampoco existe “un impulso exterior procedente de

y conforme a la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido "abandono emocional", como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios”. Igualmente ha venido a pronunciarse la STS 59/2015 de 30 de enero (TOL 4.748.346), dictada por el mismo Ponente, Francisco Javier Orduña Moreno, en su Fundamento de Derecho Segundo, núm. 3: “Resuelto el contexto interpretativo y, por tanto, descartada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia, nada empece para la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices. En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció esta Sala en la sentencia de 28 de septiembre de 2011 al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia.”.

⁶⁶⁷ Postura ésta prácticamente unánime en todos los autores.

⁶⁶⁸ No podemos expresar otra opinión que la de una completa connivencia con el autor, que como Magariños, aporta un gran repertorio de ejemplos representativos de la torticera legislación legitimaria, aplicada a la realidad testamentaria. Semejantes casos hemos conocido en el quehacer diario de nuestra práctica jurídica relacionada con la liquidación y aceptación de patrimonios hereditarios y que igualmente, relatamos brevemente a modo ejemplo: Un testador sin esposa y sin hijos, falleció habiendo otorgado testamento en favor de su madre y de las dos hermanas que le atendieron en los momentos postreros de su vida, cediéndoles a las tres, la parte de legítima larga y de libre disposición de su único bien (la vivienda familiar). La madre llegó a heredar de su hijo la parte correspondiente de la vivienda (la mitad del haber hereditario), pero falleció sin testar dos años después del fallecimiento del mismo y al no existir otros herederos, los seis hermanos restantes del difunto (junto con los dos hermanos que cuidaron del causante) heredaron la parte proporcional de la legítima de su madre, repartiéndose dicho importe. En un principio podría no parecer extraño dicho supuesto, si se omitiera el dato de que uno de los seis hermanos vejó de palabra y obra a su hermano a lo largo de su vida y el resto, sin relación con él, ni siquiera asistieron a su funeral. El resultado no es otro, que, al no haberse ejercitado acción de desheredación por parte del causante, los seis hermanos que no cuidaron del testador fallecido, a su muerte, sin relación previa o bien con enemistad manifiesta, heredaron –si bien por vía indirecta- la mitad del importe de su vivienda, con la consecuente indignación de los dos hermanos que se responsabilizaron de su situación de indigencia. Algo parecido sucedió con otra familia de cuatro hermanos, de los cuales, sólo tres se ocuparon de los cuidados de su padre viudo, pensionista y con una única vivienda. Uno de los cuatro hermanos, que igualmente que en el caso anterior, tampoco asistió al funeral, tras más de quince años sin saber de su padre, de su estado de salud, ni de los cuidados que el resto de hijos le prestaron, no tuvo reparos en personarse en la notaría con la finalidad de aceptar su parte legítima de la herencia.



instancias europeas que conduzca a una reforma del Derecho de sucesiones en general y de la legítima en particular”⁶⁶⁹, aunque “sí existe una preocupación por los problemas de determinación de la ley aplicable”⁶⁷⁰, y ello se ha visto plasmado a través de la entrada en vigor del Reglamento europeo 650/2012 desde el 17 de agosto de 2015⁶⁷¹, aplicable con carácter universal, incluso cuando se trate de intereses sucesorios de súbditos de estados de no miembros y cuya regulación abarca la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones, aceptación y ejecución de documentos públicos y la creación de un certificado europeo sucesorio⁶⁷².

Tras haber esbozado el compendio de argumentos realizado en favor de la legítima y de la libertad de testar⁶⁷³ nos acercamos por primera vez a la búsqueda de la armonización entre legislaciones europeas, para preguntarnos si es posible navegar hacia un Derecho de Sucesiones Europeo con el objeto de lograr una mínima unificación normativa.

La materia legitimaria en dicha armonización no ha escapado de las observaciones pertinentes en cuanto a derecho sustantivo se refiere⁶⁷⁴ y se ha destacado que “El diseño de la legítima en los sistemas continentales europeos se encuentra desligada de las necesidades del heredero forzoso, su reconocimiento legal, anclado en las raíces históricas, no tiene el mismo fundamento que el derecho de alimentos, propio del Derecho de familia, esto es, la mayor o menor precariedad económica del

⁶⁶⁹ PARRA LUCÁN, M.A., op. cit., p. 4.

⁶⁷⁰ PARRA LUCÁN, M.A., Ibidem.

⁶⁷¹ De acuerdo con lo establecido en su artículo 83.

⁶⁷² Como dato importante se ha incluido en el artículo 25 del Reglamento la determinación de la ley aplicable para los aspectos referidos a la admisibilidad, validez y efectos vinculantes de los pactos sucesorios, figura jurídica presente en numerosos países y que no ha pasado desapercibida para el legislador comunitario.

⁶⁷³ CÁMARA LAPUENTE, S. “New Developments in Spanish Succession Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 14.2, october 2010, <http://www.ejcl.org>. Resulta llamativo el aspecto que venimos señalando a lo largo de este segundo capítulo, de que a través de idénticos planteamientos se alcanzan conclusiones antagónicas, sobre todo en el tratamiento de los argumentos legales, ético-familiares y económicos. Los incisos constantes en la necesidad de la diferente perspectiva de enfoque debido a un entorno y circunstancias actuales totalmente alejados de la realidad del siglo XIX también se encuentran en análogo ámbito de tratamiento de autores como Magariños, De la Esperanza, Torres, O’Callaghan o Delgado Echeverría, por no expresar que casi la totalidad de los consultados, refieren la consciencia de que el cambio es necesario, por haberse transformado la realidad de la vida, 125 años después de la promulgación del Código Civil.

⁶⁷⁴ Cámara Lapuente ha observado que “...en lo que se refiere a eventuales labores de armonización europea; cualquier tarea en este sentido debe comenzar por plantearse la oportunidad de mantener la legítima y, en su caso, determinar su alcance, delimitación y sistemas de defensa. El principio de libertad de testar está en este juego. Este principio se encuentra reconocido en todos los ordenamientos vigentes en Europa, el problema reside en fijar sus límites” [CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte” en CÁMARA LAPUENTE, S. Coord., *Derecho Privado Europeo*, Cólax, Madrid, 2003, p. 1218].



beneficiado...”⁶⁷⁵, además de incidir en la falta de armonización en la forma de fijar la cuota legitimaria en los distintos ordenamientos⁶⁷⁶.

Por lo tanto, se concluye como factor esencial y necesario la necesidad de armonización de regulaciones en el ámbito del derecho internacional, sin perder de vista la sensatez en el reconocimiento de la dificultad de la armonización, basándose en un escollo tan importante como el aspecto de supresión o no de las legítimas. Aunque representa tarea difícil la propuesta de reglas específicas para encontrar una hipotética armonización, no se debería descartar un intento, que resultaría positivo y beneficioso⁶⁷⁷.

Por ello, aunque debe tenerse en cuenta lo complejo de la tarea habida cuenta de lo numeroso y dispar de legislaciones europeas, el empeño de buscar dicha aproximación ha de mantenerse, puesto que “Ni la actual falta de competencia comunitaria en relación con el Derecho sucesorio, ni otros argumentos renuentes a una tal aproximación jurídica...pueden impedir que se profundice en la vía del estudio y la proposición de soluciones técnico-sustantivas unificadas...”⁶⁷⁸. En dicha pretensión, se ha sostenido⁶⁷⁹ que debería otorgarse primacía al *favor testamenti*, para lo cual habría de sortearse, no sin dificultades, cada ordenación estatal técnico-legislativa de la sucesión, así como la existencia de la figura legitimaria y sus límites.

En el mismo sentido cabe destacar el empuje de la revisión de los derechos autonómicos⁶⁸⁰, que con su inercia, necesariamente deberán animar al derecho del Código Civil a este cambio referido a la materia de reservas forzosas. La importancia

⁶⁷⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Derecho europeo...”, op. cit., p. 1222.

⁶⁷⁶ Cámara ha clasificado a los países europeos en tres grupos según manera del establecimiento de su cuota legitimaria: En primer lugar, los que fijan la cuota *per relationem*, típico de la familia germanista, donde se establece una fracción de lo que el legitimario percibiría del mismo modo que si hubiera sido llamado a heredar intestado; que incluye a países como Alemania, Austria, Grecia, Finlandia, Suecia y Países Bajos. En segundo lugar, los ordenamientos romanistas, que distinguen el sistema de cuota disponible y el de cuota reservada a la legítima, donde se incardinan Francia, Bélgica, Luxemburgo, Italia; Dinamarca, Francia, Portugal y Escocia. Por último, se destacan aisladamente los que tienen en cuenta una suma de dinero como derecho legitimario del cónyuge, donde igualmente se incluye Suecia [CÁMARA LAPUENTE, S., *Ibidem*].

⁶⁷⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., “New Developments...”, op. cit., p. 35: “Instead, it should initially explore real coincidences and differences between national systems, identify converging trends and detect areas in which harmonisation proposal may be successful in the future.”

⁶⁷⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Derecho europeo...”, op. cit., p. 1230.

⁶⁷⁹ Seguimos con nuestras referencias a Cámara.

⁶⁸⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., “New Developments...”, op. cit., p. 31: “In terms of legislation, some of the latest reforms in the Spanish Civil Code have clearly been inspired by the the revised regulations incorporated in autonomous community civil law systems, as is the case with the Laws of Aragón or Navarre with respect to the new article 831 Cc.”

económica de la que viene revestida el Derecho de sucesiones, así como sus orígenes comunes con otros países, podría servir como acicate para dicha armonización comunitaria⁶⁸¹, desconfiando de iniciativas armonizadoras de las instituciones europeas a corto plazo⁶⁸² y activando la cooperación entre países con el objeto de consolidar acuerdos en el marco de investigación jurídico-sucesoria común para alcanzar fines legislativos concurrentes y provechosos para todos los Estados miembros⁶⁸³.

2.3.6 Un apunte sociológico referido a la familia. La *juvenilización* como factor de regeneración de los lazos

Las continuas referencias a la debilitación de los lazos afectivos dentro de la familia nos obligan a reflexionar sobre su situación actual desde este prisma y de si realmente, puede influir en la decisión de testar en favor de los legitimarios la influencia de este parámetro de la afección parental. Pese a que mantenemos una anuencia en que

⁶⁸¹ Aunque admitiendo la dificultad, debido al complicado encaje entre tradiciones locales con las características socioculturales de cada pueblo. Cuestión enjundiosa la que propone el autor, teniendo el ejemplo, -lejano pero claro- en el relato de Alonso Martínez. Si hubo que respetar la costumbre y las tradiciones regionales para que fuera posible la conciliación en el nacimiento de nuestro Código Civil, deviene en situación casi utópica la posibilidad de armonizar una normativa sucesoria de 28 países. Puede que reconocer la dificultad en conseguirlo -así como la valentía en proponerlo- sea un conveniente punto de inicio.

⁶⁸² Frente a este pensamiento Leleu ha mantenido la convicción en la viabilidad real de llevar a cabo la meritada armonización de normas sucesorias, si bien depositando la confianza para ello en los Tratados Internacionales vigentes-principalmente el Tratado de Roma- y en la aplicación del Derecho comunitario mediante la actuación del Parlamento Comunitario, la Comisión Europea y el Consejo de Ministros: "L'harmonisation du droit familial ne relève plus de l'utopie, compte tenu de l'avancement des projets d'unification du droit privé européen. Cinq enseignements tirés de l'expérience américaine nous autorisent à conclure sur une note optimiste. Tout d'abord, à l'évidence, l'unification des règles de transmission successorale est possible. Ni son prétendu ancrage familial, ni l'opposition entre le droit continental et le droit anglo-américain ne soulèvent des objections décisives. Ensuite, il y a lieu de suivre une méthode de travail en trois étapes: mener une recherche comparative, établir un modèle théorique synthétisant l'essentiel d'une réglementation idéale, et concrétiser ce dernier dans un texte réglementaire. Une organisation internationale doit encadrer le projet d'harmonisation et lui offrir l'infrastructure nécessaire à sa réalisation. A l'issue des travaux, cet organisme peut se transformer en organe supranational d'arbitrage des conflits d'interprétation: Comme technique d'harmonisation, nous conseillons la convention internationale contenant loi uniforme, para laquelle les Etats s'engagent à remplacer leur ancienne législation par les règles nouvelles, sans y apporter de réserves. L'adoption simultanée de la loi uniforme n'est pas une condition nécessaire de son succès, mais les problèmes soulevés par les divergences dans les réglementations ne disparaîtront qu'au gré des réformes." [HENRI LELEU, Y., "Nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe", *European Review of Private Law*, 1998, núm. 6, p. 193].

⁶⁸³ Prescindiendo de las instituciones comunitarias, Cámara ha definido este método como el *bottom up* o armonización "desde abajo": "Es decir, potenciar el conocimiento del derecho sucesorio a través de un mayor estudio comparatista... De esta forma, el Derecho sucesorio europeo, si bien probablemente sea tomado en consideración en una primera «hornada» del hipotético Código civil europeo -en caso de adoptarlo por fases o gradualmente-, sí podrá gozar de un grado de comprensión tan elevado como el que se pretende para otros ámbitos del Derecho privado." [CÁMARA LAPUENTE, S., "¿Derecho europeo...", op. cit., p. 1232].



el modelo de familia atraviesa por un cambio constante, entendemos que no debe suponer esta circunstancia del afecto entre miembros directos de la familia el mal que causa, con carácter determinante, una reflexión sobre la finalidad y posibilidad de modificación del sistema legitimario actual, por cuanto el menoscabo de dicho afecto podría no darse con la asiduidad que ha sido pretendida por muchos autores casi de manera axiomática. A continuación trataremos de esbozar una perspectiva jurídica y otra social en defensa de dicho argumento.

a. Perspectiva jurídica

Del estudio precedente se desprende la coincidencia consensuada del cambio en los caracteres de la familia. A la luz de lo expuesto, la mudanza en el concepto de la institución de la familia, debe admitirse de manera incuestionable.

El cambio en la familia suele venir atribuido a la crisis en los valores, propiciado por un resquebrajamiento de los vínculos sociales, generándose una variedad de modelos de familia admitidos, frente a un encasillamiento de los modelos precedentes⁶⁸⁴. El cambio viene motivado fundamentalmente por la primacía de los derechos individuales y la entrada en escena de los nuevos y diversos tipos de familia, evolucionados desde aquella familia institucional; momento en el que se despoja de este carácter, para que el individualismo –sobre todo en los hijos- adquiera mayor protagonismo.

El patrimonio familiar se urbaniza, debido a diversos factores socio económicos, demográficos y políticos, siendo a partir de entonces cuando acontece la “conyugalización de sociedad”⁶⁸⁵, traducida en el deseo de que el cónyuge superviviente “...reciba la totalidad del patrimonio que han formado conjuntamente en vida con el objeto de dotarle de la autonomía necesaria cuando el otro falte”⁶⁸⁶. Debido a la intangibilidad legitimaria y con pocos remedios más que acudir al ejercicio de la

⁶⁸⁴ GOMÀ LANZÓN, I. “Atribuciones legales (Legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte Segunda. Los derechos del cónyuge viudo” en DELGADO DE MIGUEL, J.F. Coord., *Instituciones de Derecho Privado...* op. cit., p. 919. Identifica estas tipologías, según la clasificación de Roussel, como familia “institucional”, “alianza”, “fusión” o “asociación”. Según el criterio de clasificación seguido por Imaz, se identifica como “nuclear”, “de núcleo estricto”, “monoparental” y “reconstituida” [ELZO IMAZ, J. et al., *Valores Sociales y Drogas*, FAD, 2010, p. 160.].

⁶⁸⁵ GOMÀ LANZÓN, I., op. cit., p. 927.

⁶⁸⁶ GOMÀ LANZÓN, I., *Ibidem*.



llamada *cautela socini*, uno de los cónyuges convierte su intención de legar el usufructo universal al otro, debido en gran parte a que los hijos ya no simbolizan el punto de inflexión en la herencia de los padres.

Posturas más intransigentes han aseverado que el alejamiento físico, afectivo y asistencia por parte de los hijos, dando lugar a una situación de distanciamiento y egoísmo⁶⁸⁷.

Dichos cambios “...en hipótesis pueden coincidir de manera más relevante en el ámbito de los deseos de los testadores a la hora de realizar los actos de disposición *mortis causa* de su patrimonio”⁶⁸⁸, que según los datos estadísticos públicos y privados se han traducido en formas de entender la familia en la actualidad, algunas habiéndose alterado y otras manteniéndose⁶⁸⁹.

A pesar de la universalidad de la institución familiar, ello “...no significa inmutabilidad en el tiempo y en el espacio”⁶⁹⁰, y por ello la familia ha sido objeto de importantes transformaciones prácticamente desde principios del siglo XX, a las cuales el Derecho sucesorio debería adaptarse para desempeñar una adecuada protección de sus intereses.

Por este motivo, la nueva realidad familiar debería incidir de manera directa en la realidad legitimaria, de manera que se avalaría una reforma orientada hacia la innovación referida a la reducción –no supresión- de la porción legitimaria, del tipo

⁶⁸⁷ MAGARIÑOS BLANCO, V., “La libertad de testar. Una reforma necesaria”, op. cit., p. 673 “Frente al acercamiento que caracterizaba la familia antigua, hoy predomina el distanciamiento físico y afectivo, que termina en soledad y abandono en muchos casos, especialmente cuando los padres se hacen mayores y se convierten en una carga, que los hijos, ... no están dispuestos a asumir.” y p. 674: “El alejamiento que estamos analizando se hace más patente cuando los padres se jubilan ...pierden, entonces la compañía de las personas con las que trabajaban, y al aislamiento familiar se une el social. Con lo que la jubilación se convierte en la mayoría de los casos en causa de un apartamiento de la vida civil...”.

⁶⁸⁸ REBOLLEDO VARELA, A.L., “La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. Coord., *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 28.

⁶⁸⁹ Según Rebolledo, la consolidación de la familia nuclear sigue siendo una constante, aunque en los últimos años asistimos al fenómeno de postnuclearización, con núcleos familiares incompletos. Se destaca también la importancia del cónyuge frente a la de los hijos, pero también un aumento de las rupturas conyugales, la igualdad, no obstante, entre los cónyuges, el aumento de los ancianos dependientes y la institucionalización de nuevas formas de pareja [REBOLLEDO VARELA, A.L., *Ibidem*].

⁶⁹⁰ FACAL FONDO, T. y TORRÉNS CALLE, M.P., “Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el Derecho de sucesiones”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. Coord., *La familia en el Derecho de Sucesiones...* op. cit., p. 44.



empleado por las Comunidades Autónomas en el ámbito del desarrollo de su Derecho foral⁶⁹¹.

No obstante, entendemos que debe ser matizada la rotundidad con la que se ha puesto de manifiesto dicha modificación. La posibilidad de entender como plausible la libertad de testar, no significa que ésta venga motivada por un correlativo derrocamiento de la familia⁶⁹² -tal y como se ha dejado ver por muchos autores- sino que, pese a admitir este cambio en el seno de la institución familiar, deben contemplarse otros motivos no tan trágicos, que dan lugar a la demanda de esta libertad testamentaria.

Los análisis que sobre el particular se han efectuado en relación con la modificación de los cánones y la estructura familiar antigua demuestran que ante nosotros se presenta una realidad evidente, pero no es menos cierto que dicho cambio en relación con épocas anteriores, ya se venía experimentando, apenas, medio siglo después de la confección del Código Civil. Parece pues que la crisis de la familia debe presentarse no como un fenómeno tan reciente⁶⁹³, sino como constante –nos atreveríamos a sostener- al compás de la evolución de cada período histórico, sin que los afectos –elemento más importante susceptible de influir en la redefinición de la

⁶⁹¹ En las propuestas de reforma formuladas por la profesora Serna en relación con la evolución de la familia se han propuesto “...adecuar la legislación del Código civil a las realidades sociales actuales y sobre todo a acomodar las normas que regulan las legítimas de los hijos y descendientes a los nuevos modelos familiares. Por ello no se sugiere una desaparición de la legítima de los hijos y descendientes, no solo por las razones expuestas anteriormente...sino porque los padres...quieren dejar sus bienes a sus hijos. Ahora bien, sí creo necesaria la reducción de su cuantía y flexibilizar su reducción. En este sentido, nos podrían servir como modelos, los sistemas establecidos en las legislaciones civiles autonómicas” [SERNA MEROÑO, E., “Los derechos sucesorios de los hijos en los nuevos modelos familiares” en REBOLLEDO VARELA, A.L. Coord., *La familia en el Derecho de Sucesiones...* op. cit., p. 260]. No obstante, a pesar de que éstos sean los deseos mayoritarios de los padres, la libertad de testar también se plantearía como solución, por cuanto, con ella, los progenitores seguirían siendo titulares de las facultades de dejar todo el patrimonio a sus descendientes.

⁶⁹² De hecho Facal y Torréns han manifestado que “...la familia no está en crisis pero sí los valores que la sustentan y cómo en, en su evolución, se especializa en la función de afectividad y solidaridad familiar” [FACAL FONDO, T. y TORRÉNS CALLE, M.P., “Cambios sociológicos...”, op. cit., p. 55].

⁶⁹³ Si bien, aunque en relación con la familia más antigua y pretérita, ya se afirmó por Castán que “Hay que reconocer, en efecto, que la familia ha perdido, en gran medida, la extensión, la cohesión y la estabilidad que la caracterizaron durante la Edad Media. Ha perdido verdaderamente la familia mucha de su antigua extensión, especialmente en la línea colateral, pues la complejidad de la vida moderna dispersa con facilidad a los miembros de la familia: Ha perdido también su carácter económico, pues la antigua producción doméstica...ha cedido el puesto a la organización industrial. Ha perdido...todo su carácter político, pues el principio de igualdad civil y política y el individualismo propio del Estado moderno han hecho que ya no sea la familia elemento orgánico del Estado, ni se derive de ella, por lo común, ninguna condición política particular. Por otra parte, en los últimos tiempos se ha dejado sentir en no pocos países...una fuerte corriente destructora de la familia: por fortuna, y a pesar de ello, la familia conserva aún gran vigor...y lo que ha perdido en fuerza política lo ha ganado quizá en la intensidad de sus afectos” [“CASTÁN TOBEÑAS, J., “Familia y propiedad. La propiedad familiar en la esfera civil y en la del Derecho agrario”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1955, núm. 6, pp. 220-221].



libertad testamentaria- hayan sucumbido al paso de los años, tal y como a continuación trataremos de demostrar.

b. Perspectiva social

Si bien, las tendencias de los estudios iniciales muestran un debilitamiento de la familia tradicional⁶⁹⁴ en un público adulto y con el tono general imperante de escepticismo frente a la función de familia en el momento actual, la consciencia en los jóvenes, parece no seguir esta tendencia⁶⁹⁵. De modo que si bien existe un desarrollo argumental, que “generado fundamentalmente a partir de las palabras de los adultos, simboliza el debilitamiento de la institución”⁶⁹⁶, existe otro sector en el que la familia se entiende como el sustrato de estabilidad, de apoyo y cariño incondicional⁶⁹⁷. Dentro de ésta existe otra subclasificación entre hombres y mujeres⁶⁹⁸ que refuerza el disenso de opiniones, sin que, no obstante, prime la opinión de la desvalorización de la familia. Se demuestra pues, que en la última década se nos muestra en esta “tendencia evolutiva lo que se podría llamar un cierto proceso de *juvenilización*”⁶⁹⁹, identificada como “los valores atribuidos a los jóvenes, los que el tópico señala como característicos de éstos,

⁶⁹⁴ ELZO IMAZ, J. et al., *Valores Sociales y Drogas*, FAD, Madrid, 2010, pp. 161 y 162. Situación comprobada por medio de una encuesta cuya metodología empleada en cuanto al diseño y características de la muestra fue la siguiente: Tamaño: 1.200 entrevistas; Población: Entre 15 y 64 años, tipo de muestreo: aleatorio, estratificado por tamaño de hábitat, con cuotas de edad y sexo proporcionales a población general y selección de unidades últimas de muestreo (individuos) por el sistema de rutas aleatorias.

⁶⁹⁵ ELZO IMAZ, J. et al., op. cit., p. 164: “Mientras en los grupos de adultos se percibe claramente ese cierto escepticismo a la hora de glosar las bondades de la familia ..., entre los jóvenes, sobre todo los más jóvenes, la familia parece seguir ocupando un lugar privilegiado a la cabeza de los valores. Quizás, más allá de que en su momento presente la familia suponga el sustento básico de los jóvenes dependientes, puede ser clave que para esos jóvenes la familia es el único referente real que les liga al futuro, a su proyección como adultos: en tiempos inciertos sólo están en disposición de asegurar que la familia seguirá siendo la referencia permanente en un horizonte vital que difícilmente se vislumbra; sin la convicción de que la familia es y seguirá siendo la base de la vida en sociedad, los recursos identitarios de no pocos jóvenes se pueden venir abajo.”

⁶⁹⁶ ELZO IMAZ, J. et al., op. cit., p. 166.

⁶⁹⁷ ELZO IMAZ, J. et al., op. cit., p. 165: “Podría decirse que la reivindicación de lo familiar se sostiene en base a la promesa de continuidad de la institución, lo que asegura a su vez el equilibrio social”.

⁶⁹⁸ ELZO IMAZ, J. et al., op. cit., p. 168: “Ellas destacan la estabilidad que ofrece la familia por encima de todo, otorgando especial importancia a la estabilidad “emocional” como forma, entre otras cosas, de asegurar una adecuada, armónica y coordinada transmisión de valores de padres a hijos; algo que los hombres no señalan con tanta claridad.”

⁶⁹⁹ ELZO IMAZ, J. et al., op. cit., p. 212.



que al tiempo se esperan y son reprochados, los únicos que parecen haber aumentado en valoración en el conjunto de la población española”⁷⁰⁰.

En estudios posteriores⁷⁰¹ se reconoce que las relaciones familiares pierden fuerza normativa interna en sus relaciones internas, “renunciando de hecho el grupo familiar a un control estricto de sus miembros más jóvenes y a una regulación de la vida familiar regida por normas estrictas, y aplicando de hecho fórmulas basadas en los arreglos democráticos y en el predominio de lo individual frente a lo colectivo”⁷⁰², pero esta situación se caracteriza “por una vindicación absoluta a las demandas de confort y comodidad y, sobre todo, de la seguridad que la familia otorga, algo que se busca entre los jóvenes como garantía de supervivencia y de futuro”⁷⁰³.

Por otra parte, la continuación de los anteriores sondeos, plasmada en el resumen ejecutivo de SANMARTÍN⁷⁰⁴ también refleja el aumento en la satisfacción de vida familiar, en el siguiente gráfico, en el que queda demostrado que las relaciones interpersonales entre las que se encuentran las relaciones de pareja, las amistades y las relaciones familiares, ocupan un lugar relevante en la puntuación de la escala de valores, siendo representativo el hecho de que, entre los citados factores, las relaciones de familia ocupen las posiciones más elevadas:

⁷⁰⁰ ELZO IMAZ, J. et al., op. cit., Ibidem. En el apartado de Conclusiones, la importancia atribuida a lo familiar, alcanzó el rango máximo de 9,14, incluyéndose la familia en la parte más elevada de la jerarquía de finalidades.

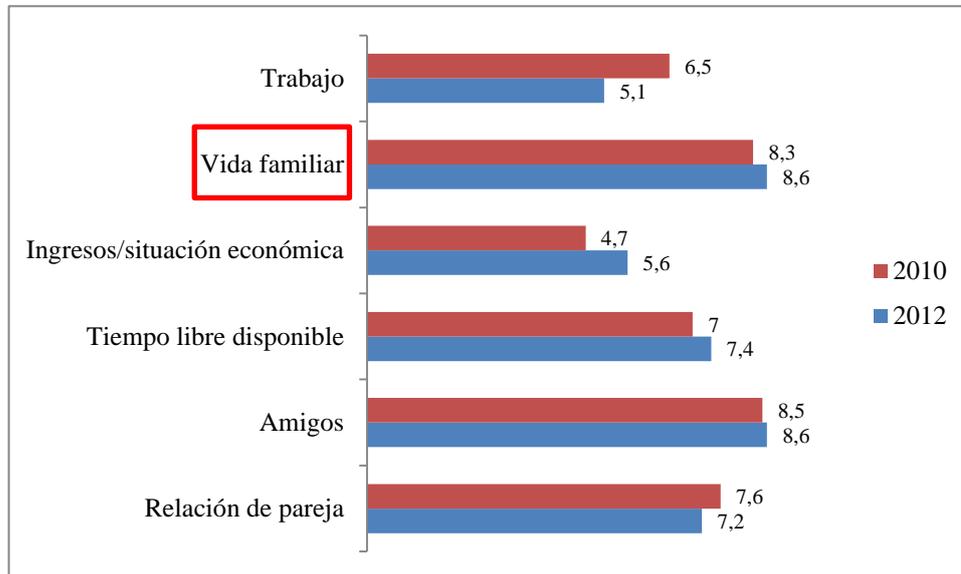
⁷⁰¹ BALLESTEROS GUERRA, J.C. et al., *Jóvenes y emancipación en España*, FAD, Madrid, 2012, p. 66.

⁷⁰² MEIL LANDWERLIN, G., *Padres e hijos en la España actual*, La Caixa, Colección Estudios Sociales, nº 19. Barcelona, 2006., citado por BALLESTEROS GUERRA, J.C. et al., en *Jóvenes y emancipación en España*, FAD, Madrid, 2012, p. 66.

⁷⁰³ BALLESTEROS GUERRA, J.C. et al., op. cit., p. 108.

⁷⁰⁴ BALLESTEROS GUERRA, J.C. et al., *Crisis y Contrato Social. Los Jóvenes en la sociedad del futuro*, FAD, Madrid, 2013, resumen del Informe del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, elaborado por SANMARTÍN ORTÍ, A., con obtención de resultados a través de una metodología combinada: La investigación se realizó mediante el empleo de una metodología combinada. La encuesta se aplicó sobre una muestra representativa de 1.000 jóvenes entre los 18 y los 24 años, realizándose 8 grupos de discusión en Madrid, San Sebastián, Sevilla y Alicante, con jóvenes entre los 20 y los 24 años, teniendo en cuenta las variables de grupos mixtos: - Grados formativos: estudios universitarios, FP, secundarios, - Situaciones de actividad: en paro, trabajando, sin haber trabajado nunca, - Clase social: alta, media alta, media baja; realizándose la obtención de los datos de la encuesta entre abril y noviembre del año 2012.

SATISFACCIÓN CON DIFERENTES ASPECTOS DE LA VIDA (2010-2012). JÓVENES ESPAÑOLES DE 18-24 AÑOS. MEDIAS ESCALA 1-10



Fuente: BALLESTEROS GUERRA, J.C. et al., *Crisis y Contrato Social...*, op. cit., p. 13.

Un último apunte de esta evolución en la familia de mayor espectro analítico de valores de 2014 comparado con otro similar realizado en el año 2006 y con la misma metodología⁷⁰⁵, indica que los valores que más importan a los jóvenes, debido a que superan ampliamente la nota media y se sitúan en el gradiente que va del 8 a 9 en la escala, son aspectos que apuntan a valores dirigidos a beneficios emocionales⁷⁰⁶, incluyéndose entre ellos el de “tener buenas relaciones familiares”, puntuado con 8,67,

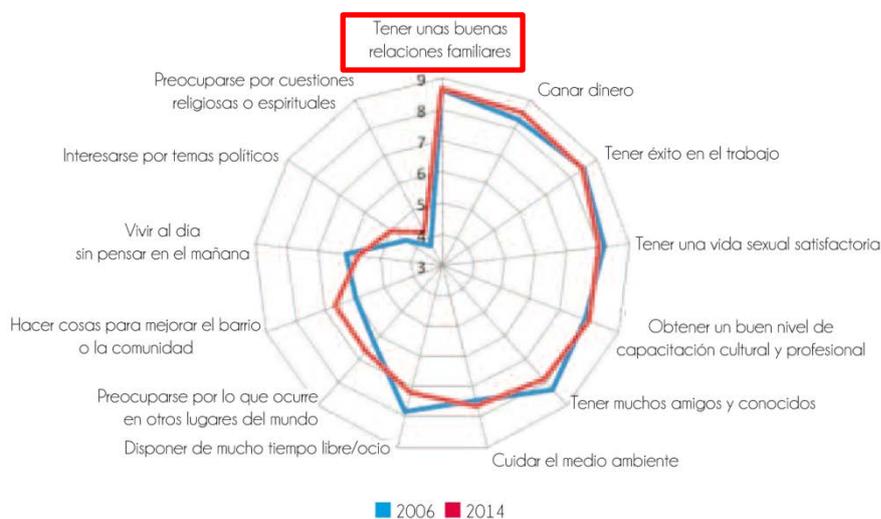
⁷⁰⁵ La metodología cuantitativa se basó en la aplicación de un cuestionario cerrado y estructurado. El uso de esta técnica permitió recoger la información requerida mediante preguntas cerradas que se planteaban a todos los sujetos participantes de forma idéntica y homogénea, lo que facilitó su cuantificación y tratamiento estadístico. En esencia, esta fase de la investigación trata de medir y graduar la intensidad de los fenómenos a estudiar, y la generalización de los mismos a todo un universo a partir de una muestra pequeña de éste, dentro de unos márgenes de confianza y error previamente fijados. El cuestionario fue aplicado, en su propio domicilio, a una muestra representativa de jóvenes españoles entre los 15 y 24 años (un abanico de edades que permite la posible segmentación de resultados en función de posiciones vitales en principio bien diferenciadas). Los temas generales abordados en el cuestionario fueron los siguientes valores: finalistas, asociados a comportamientos, asociados a asignación de recursos, a la identidad, implícitos en la selección de formas de gobierno, implícitos en el proyecto existencial, el impacto de la crisis en la situación vital, proyectos de futuro, confianza institucional y vivencias de satisfacción.

⁷⁰⁶ ELZO IMAZ, J. et al. *Jóvenes y valores. Un ensayo de tipología*, FAD-Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Madrid, 2014, p. 24: Se califican estos valores de “«finalistas» en la medida en que construyen un marco de referencia para la conducta personal, para la consecución objetivos vitales y para la orientación del proyecto de vida.”.

que “concita más del 80% de los acuerdos en el rango alto de la escala”⁷⁰⁷ y ocupando de forma ininterrumpida los primeros puestos en las valoraciones de importancia.

Igualmente, las relaciones familiares se definen como un factor con gran peso explicativo “por cuanto se presentan como garantía de seguridad y estabilidad personal, y son ejes de integración social y normativa exitosa”⁷⁰⁸, con lo cual, la posición en el siguiente gráfico es representativa de su relevancia:

ESTRUCTURA DE LA IMPORTANCIA CONCEDIDA A DETERMINADOS VALORES FINALISTAS EN 2006 Y 2014. DATOS EN PUNTUACIONES MEDIAS



Fuente: ELZO IMAZ, J. et al. *Jóvenes y valores...*, op. cit., p.35.

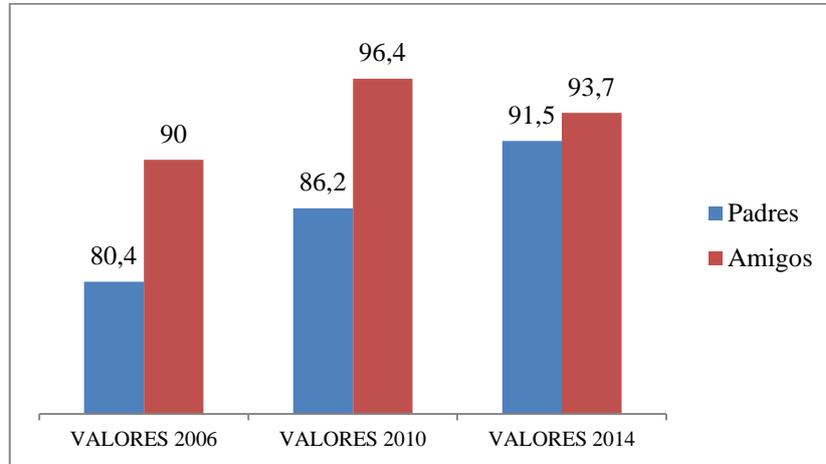
Respecto a las vivencias de satisfacción, los indicadores para las relaciones con los progenitores alcanzan el valor más alto en los indicadores de satisfacción (91,5%) respecto a los valores de 2006:

⁷⁰⁷ ELZO IMAZ, J. et al. *Jóvenes y valores...*, op. cit., p.28.

⁷⁰⁸ ELZO IMAZ, J. et al. *Jóvenes y valores...*, op. cit., p.37.



EVOLUCIÓN CON LA SATISFACCIÓN CON PADRES Y AMIGOS. POBLACIÓN DE 15 A 24 AÑOS. DATOS EN PORCENTAJES DE 7 A 10 EN LA ESCALA DE SATISFACCIÓN



Fuente: ELZO IMAZ, J. et al. *Jóvenes y valores...*, op. cit., p.78.

De los estudios comentados podría concluirse que, si bien es cierto que asistimos a una serie de cambios en la familia desde el siglo XIX -lo cual debe conformar un cambio en el sistema legitimario más abierto a un sistema de libertad- tampoco nos encontramos ante la claudicación de dicha institución, aunque ello deba ser entendido en términos relativos y sin obviar las propias opiniones del público encuestado de mayor edad, que muestra, tal vez una actitud algo más reticente al resurgimiento del valor familiar. El sistema de libertad de testar puede ser compatible en una sociedad en la que, tal vez la familia no se encuentra tan depreciada o minusvalorada como algún sector doctrinal sostiene.

En este aspecto, la reagrupación familiar debería tenerse en cuenta para aunar intereses, considerando la perfecta viabilidad de un sistema de libertad de testar, con la garantía de que los bienes a repartir, a buen seguro quedarán en el entorno de la familia, como ha quedado demostrado en los territorios forales. Este podría ser el punto de inicio para confiar en el buen uso del criterio ancestral de la autoridad paterna.



2.4 Conclusiones

- Los análisis históricos de las ventajas de los sistemas basados en la legítima y en la libertad de testar siguen resultando útiles, y siendo conscientes de que existen variantes en el concepto de familia que dan al traste con el antiguo concepto de solidaridad intergeneracional -por existir una notoria evolución jurídica y social- el concepto de familia como ente capaz de perdurar a través de largos períodos, pese a opiniones contrarias, no sólo resiste, sino que se regenera ante los embates que hacen pensar que la libertad es el único concepto válido en la actualidad, sin perjuicio que esta libertad pueda actuar como una institución complementaria, al estilo de los territorios forales en el concepto de familia.

- Aunque sin duda, la realidad aludida es la constante preocupación de los cónyuges de prestarse auxilio mutuo en las etapas finales de la vida, por haber quedado demostrado en los años postreros que nadie más merece ser acreedor de los bienes adquiridos o disfrutados en común; debe considerarse como opción igual de válida, la de educar a los hijos con la finalidad de incentivar una habituación al trabajo; que a su vez, será su futuro medio de subsistencia.

- Se ha apuntado numerosas otras soluciones alternativas a la sucesión forzosa, como la de sustituir la actual legítima de tercios por una en forma de alimentos, con cargo a la herencia y sólo en caso de necesidad de los derechohabientes; que además, parece la propuesta de *lege ferenda* más razonable.

- Frente a los argumentos de los defensores de la sucesión forzosa, los partidarios de la libertad de testar expresan razones que ganan en convicción, pero la idea subyacente en la práctica y en la realidad es el triunfo de las inveteradas e imperecederas legítimas, cuyo meridiano efecto viene a ser un menoscabo de la justicia material en la distribución de los bienes a los hijos y cónyuge.

- En el caso de España, el fundamento de este cambio debería ser impulsado por el legislador ordinario, avalando de este modo de manera contundente la más alta expresión de la libertad civil; dado que está en su mano activar las iniciativas que en orden al cambio en la supresión o reducción de legítimas fueran necesarias. Los impulsos europeos apuntan a un cambio de tendencia, pero ello contrasta con el



desarrollo de tendencias contrarias por parte de algunos Estados, cuyas instancias constitucionales se desvían de una mayor promulgación de esta libertad.

- Merecen el debido reconocimiento las modificaciones que a través de diversas leyes y de recientes interpretaciones jurisprudenciales en nuestro país, indican un cambio que apunta a una reducción en las cuotas legitimarias o interpretación extensiva de diversos algunos preceptos normativos. Los estudios o movimientos que en principio se muestran más resueltos a suprimir íntegramente el sistema de legítimas, finalmente se muestran prudentes y se decantan por su meritada reducción o atenuación, plasmada en el último siglo a través de leyes estatales o autonómicas, que no afrontan de manera valiente una reforma del Derecho de sucesiones, que todavía se vislumbra lejana.

- A la vista de los resultados estudiados desde la práctica, la instauración de la libertad de testar demostraría que el sistema de sucesión, amparado bajo este criterio menos restrictivo, puede asentarse sobre los mismos pretendidos estándares de justicia y de garantías que el actual sistema de legítimas. El sistema sucesorio en los territorios forales, demuestra que incluso con mayor libertad, el patrimonio siempre permanece en la familia y los progenitores desempeñan con plena responsabilidad su cargo en el reparto del caudal relicto. Sin duda, el sistema foral debe ser el ejemplo a seguir de cara a una eventual modificación de las legítimas en el Derecho Común.

- Si bien, considerando los anteriores análisis, más que una propuesta de *lege ferenda* basada en el deseo de una mayor o menor libertad de testar, deberíamos emitir un juicio legislativo realista, que consistiría en pronosticar una evolución reduccionista de los dos tercios de legítima larga hacia un tercio de legítima corta. En línea con las recientes modificaciones de los derechos forales, sería previsible pues, una disminución de la cuota legitimaria, encontrando inviable su supresión total.



CAPÍTULO III. LA EXPLOTACIÓN Y LA PROPIEDAD FAMILIAR. SU RELACIÓN CON LA RESERVA FORZOSA

3.1. Introducción

Partiendo de las observaciones desarrolladas en los anteriores capítulos, sostenidas bajo un aspecto puramente económico, en torno al que gravitaron las tendencias de aliados y enemigos de la legítima, no podemos más que reconocer que aquella perspectiva económica basada fundamentalmente en lo agrario, tuvo una significación crucial a través de un representativo desarrollo en los sistemas forales por medio de la persona del primogénito, designado como guardador de la casa –máxima insignia de la familia- o bien, presente dentro del entramado del Derecho común, como constante reivindicación de un sistema más permisivo, cuya concesión suponía un anhelo permanente en este ámbito por parte del testador para con sus herederos.

De este modo, en sistemas en los que a la libertad de testar no le resultaba posible alcanzar sus objetivos articulando dicha libertad, eran necesarias alternativas que posibilitaran la transformación de las intenciones de los padres en un proyecto de futuro al otorgar el negocio de la familia al hijo o hijos más capaces, predispuestos y tenaces.

A la propia definición de la problemática agraria y con la activación de la sucesión que tenía como objeto el cuidado del centro de mantenimiento y subsistencia, se adhería un carácter esencialmente familiar, encabezado por la pretensión -entendida como natural- del padre de conservar y desarrollar dicho patrimonio en el estrecho círculo de parientes más cercanos.

Las limitaciones en esta libertad de testar tendrían un contrapeso compensatorio en disposiciones normativas sectoriales, imbricadas a su vez en un entramado jurídico largamente debatido y controvertido, como el pago en metálico de la legítima por parte del heredero adjudicatario a los que quedaban descartados de la recepción de su parte en la herencia.

El análisis que pretendemos en el presente capítulo supone, por una parte, la debida identificación de la relevancia del negocio de familia dentro de la sucesión,



desde la época de la codificación y presente en el pensamiento de distintos autores, hasta la articulación de soluciones normativas con las que conseguir este resultado que dotaría de un mínimo carácter de continuidad a un negocio susceptible de merecer todas las consideraciones por parte de su fundador y cuya esperanza iba a depositar en sus hijos en la mayoría de las veces.

Ejemplo de esta preocupación por parte del legislador de la época tuvo su reflejo en los propios debates parlamentarios, al referirse en diversas ocasiones algunos de sus ponentes a la empresa que se disolvía irremediamente por la muerte del padre y cuyo único camino para la subsistencia era el de evitar su fragmentación, otorgando la propiedad y el mando al hijo con más virtudes y méritos. Igualmente, entrado el siglo XX, se trataría esta temática con base en el Derecho agrario. La norma en cuestión – como veremos- se gestaba sin precedentes por vez primera en el ordenamiento decimonónico y contra el principio general del reparto de bienes *in natura*, en base al cual, -excepcionalmente y junto a otros artículos más antiguos que sí que incluían esta variante-; la legítima no podía pagarse en metálico.

3.2. Los debates parlamentarios y la conservación de la empresa

En atención al mencionado interés económico centrado en evitar la fragmentación de los bienes inmuebles con origen en la agricultura, vieron la luz diferentes alegatos basados en dicha defensa. El gran servicio que la libre testamentifacción facilitaba a la empresa mercantil se declaraba evidente para algunos o se discutía por otros miembros de la Comisión del Senado⁷⁰⁹, entendiendo que la mejora

⁷⁰⁹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 336, Sesión de 21 de abril de 1885, Núm. 105 (p.2174 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado): Benito Gutiérrez sostuvo que “En cuanto á las ventajas que produce o puede producir la libre testamentifacción, me atribuyó su señoría el olvido de no haber hablado de las industrias, de los servicios que la libre testamentifacción puede prestar para la conservación de las industrias. Ciertamente omití esta indicación...que por lo demás era uno de los extremos en que me había fijado, suponiendo que para conservar y desenvolver las industrias o se necesita libre testamentifacción ni mucho menos [sic]. Pues, qué ¿por ventura no existen y se desenvuelven las industrias en los países más demócratas del mundo, en los que absolutamente para nada se conoce la vinculación?...La libertad de testar ¿es necesaria para esto? No; basta con la facultad del padre de designar los bienes que se han de dar á cada uno de sus hijos, como la libertad que se le concede para hacer él mismo las particiones, que muchos las hacen, y yo he recomendado á muchos que las hagan en vida, que ellos mismos distribuyan en vida su fortuna, que hagan las particiones, y si no, que señalen á los testamentarios las condiciones á que han de sujetarse las particiones, y cuál es su voluntad en la distribución de sus bienes. ¡Si las leyes de Toro lo dijeron!; Si dijeron que el padre tenía el derecho de designar los bienes en que había de consistir la mejora!¿tendrá nada de particular que se diga ahora, en la reforma del Código, que el padre tenga la facultad de señalar los bienes en que consiste la mejora; que tenga el derecho de decir: la fábrica para tal



legitimaria era institución suficiente para repartir los bienes entre los hijos bajo la discreción del padre o que incluso, uno de los mejores remedios consistiría en efectuar el reparto de los bienes durante la vida del testador. Por lo tanto, se descartaba la libertad de testar como remedio eficaz para atribuir el negocio o empresa mercantil a cada uno de los herederos.

En sentido análogo se erigieron distintas voces, que descartaron las legítimas como la expresión del mal causante de la destrucción de la economía⁷¹⁰ y de la hacienda del padre; sin embargo, en otros casos analizados en las enmiendas a su respectiva base se encontró necesaria la indivisibilidad de las industrias y de las grandes unidades productivas, como factor necesario para el desarrollo del fenómeno fabril.

En este orden de cosas, también resulta conveniente dirigirse, o bien a opiniones que encumbraron la utilización del metálico para dar unidad a la empresa en su transmisión hereditaria por medio de mecanismos que en aquella época ya estaban vigentes en algún territorio foral, como el catalán⁷¹¹; o bien a la constante comparación

hijo, que es el que tiene más condiciones; el establecimiento agrícola para tal otro, que es el que ha seguido la carrera con el objeto de que adelante su explotación, etc., etc.”. En el mismo sentido, Silvela [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1181, Sesión de 14 de febrero de 1889, Núm. 45 (p.704 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado)] parecía estar satisfecho con la solución legitimaria propuesta en las Bases para que el hijo pudiera disponer de los bienes cedidos por su padre, relevándole en su papel de director del negocio de la familia: “Este pensamiento [se refiere al de la implantación del sistema legitimario castellano de tercios] responde también á otras ideas; á que es indispensable evitar ese *morcellement*, es decir, esa división en pequeños pedazos que conduce hasta el atomismo de la propiedad. Con esta disposición que evita ese atomismo, puede mantenerse una explotación agrícola o industrial, que exige grandes capitales, á lo cual ayuda aquella otra disposición del Código...mediante la cual el padre puede señalar los bienes en que la mejora haya de consistir, así como aquella otra, en virtud de la que puede el padre dividir sus bienes para cuando fallezca. Por estos medios pueden conservarse las grandes fortunas, las grandes explotaciones industriales y evitarse esa disgregación atomística de la propiedad.”

⁷¹⁰ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 362, Sesión de 23 de abril de 1885, Núm. 107 (p.2213 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado): Así lo expresó el senador Fuente Alcázar: “Yo deseaba demostrar que con el mantenimiento de las legítimas castellananas la propiedad no se subdivide más que lo propiamente necesario, y que esta subdivisión no es perjudicial, como se cree, á los intereses de la agricultura, de la industria y del comercio, porque aunque por el mantenimiento de las legítimas los hijos tengan el derecho dividir la hacienda del padre, y por consiguiente de subdividirla, resulta que hay dentro de la misma propiedad, por condiciones inherentes á su naturaleza, medios propios que tienden á su reconstitución, como dije antes; la no división voluntaria, la asociación, el matrimonio, etc....”

⁷¹¹ CORTES GENERALES, op. cit., Vol. I., p. 689, Sesión de 18 de junio de 1885, Núm. 176 (p.5181 del Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso). En este caso, Durán y Bas da cuenta de la relevancia de la figura del *hereu* –cuya figura no desmerecía en absoluto la importancia de los hijos segundogénitos, que por otras vías recibían idéntica porción de cuota hereditaria- en connivencia con el adecuado sistema legitimario catalán; destacando la idoneidad del pago de las legítimas en metálico, con la finalidad de evitar la disgregación del patrimonio familiar: “...Y la disposición de la legislación de Cataluña, de que no sea obligatorio dar la porción legítima en fincas, sino de que pueda darse en dinero, con lo cual la unidad del patrimonio se conserva, y los patrimonios allí se distinguen con el nombre de las familias que los han fundado ó los han mejorado, permite que la tierra sea fecundada por la labor del poseedor, pero que á esa labor concurra el primogénito o el *hereu*, el cual, en la seguridad de conservarla, une á los sudores del padre sus propios sudores, lo cual es de inmenso provecho, así en el terreno moral como en el



de sistemas sucesorios entre provincias, en la cual, resultaba igualmente vencedor del modo más absoluto, el establecido en Cataluña⁷¹².

3.3 La libertad de testar como factor integrador y unificador de la empresa familiar en el panorama agrario del siglo XIX

Podríamos decir, con carácter general, que el modo de testar en los territorios de Derecho foral en los que ha imperado la libertad del padre para repartir su patrimonio discrecionalmente es el método para asegurar que el negocio de la familia quede en manos del heredero más capaz. Tanto es así, que tradicionalmente y con relación directa con el ámbito económico, la libertad de testar se ha llegado a identificar con el instrumento a disposición del testador para dejar en manos del primogénito dicho patrimonio, que generalmente estaría constituido por una unidad de explotación de cuya viable reconducción y bajo los designios del primero, sería responsable el heredero. Claro está que en ocasiones la mencionada unidad de explotación podría no existir⁷¹³ y no llegar a conformar una explotación familiar, siendo los bienes disponibles y

económico.” En el lustro posterior, ensalzaría nuevamente el sistema de pago en metálico, siempre frente al sistema castellano: “No siguiendo este principio [el de la mayor libertad de testar], hay necesidad de dividir la propiedad en pequeñas partes, que hacen que las fincas heredadas sean infructíferas y que no haya más remedio que venderlas á un tercero; mientras que con aquel principio, el heredero paga la legítima en dinero á sus hermanos y continua la obra que empezó su padre...” [CORTES GENERALES, op. cit., V.II., p. 1323, Sesión de 23 de febrero de 1889, Núm. 53 (p.883 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado)]. Otros Senadores como Romero Girón, combatieron con firmeza esta teoría de Durán y Bas, manifestando la existencia de normas castellanas equivalentes las catalanas, de modo “...que puede establecer los modos y maneras de hacer su testamentaria, y la distribución que debe darse a sus bienes” [CORTES GENERALES, op. cit., V.II., p. 1345, Sesión de 26 de febrero de 1889, Núm. 55 (p.933 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado)].

⁷¹² El Senador Maluquer comparó ambos sistemas a través del dramático ejemplo de un padre que al testar era libre en el sistema catalán, otorgando sus últimas voluntades con mayor viabilidad al negocio familiar, al contrario que en el sistema castellano. Ello lo utilizó apoyándose en Bofarull [CORTES GENERALES, op. cit., Vol. II., p. 1154, Sesión de 9 de febrero de 1889, Núm. 41 (p.610 del Diario de las Sesiones de Cortes, Senado)]: “...Uno de los hijos, continuando la industria de su padre, vivía a su lado; los demás, aunque separados, estaban unidos á la familia con los lazos de afecto y reconocimiento, y se habían conquistado con su laboriosidad una situación desahogada. El testador, que al hacer sus últimas disposiciones manifestó igual afecto para todos los hijos se sintió más inclinado á favor de aquel que venía sirviéndole de apoyo... que había contribuido al porvenir de sus hermanos, y en el cual tenía puesta la confianza de que sería consuelo suyo hasta el último momento.”

⁷¹³ Ante supuestos concretos en los que se ha intentado forzar el tenor literal de la norma, representada por el art. 1056.2 antes de su reforma, autores como JORDANO BAREA vinieron a delimitar su alcance, preconizando la evitación sobre el uso abusivo de la norma, de manera que si no se encontraba presente la unidad económica y la gestión organizativa en la producción agrícola, debía considerarse la explotación de manera aislada y no amparada por dicha norma [JORDANO BAREA, J.B., “Dictamen sobre el abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1.056 del Código civil y otras cuestiones”, *Anuario de Derecho Civil*, 1964, Vol. XVII-IV].



transmitidos de otra clase y por lo tanto, distintos al objeto de nuestro estudio –la empresa familiar- y de aquello que se dejaba en herencia bajo el ámbito de esta libertad.

Por una parte, encontramos tendencias desde el albor de la redacción del Proyecto del Proyecto del Código de 1851, en autores que centraban su teoría en el entorpecimiento de la continuación de la profesión del padre en los hijos, causada por el constante mal de la división hereditaria generada por la sucesión forzosa. Así lo expresarían las voces más autorizadas, entendiendo que “...no es fácil que todos los hijos se avengan á la profesión del padre cultivador...es evidente que cesa ya el concurso de voluntades y la sociedad de familia que tenga por objeto acrecentar los haberes de esta.”⁷¹⁴ y reconociendo que sería difícil que los hijos fueran capaces de alcanzar una entente en la manutención de la casa, porque vendría la ley a deshacer sus proyectos.

Contrariamente, la doctrina científica más clásica sostuvo que la tradición del paso del fruto del trabajo de padres a hijos podría resistir incluso la legislación más restrictiva⁷¹⁵, frente a un distinto pensamiento más basado en un sentimiento de tradición, que se desmoronaría, a pesar de la resistencia inicial de la agricultura, fruto de una desmotivación de los padres ante la ley francesa, que instaba la división de la herencia “No siendo posible á los padres de familia hacer seguir á sus hijos la misma profesión que les ocupára, y habiendo perdido anticipadamente la esperanza de encontrar en ellos un socio y más tarde un sucesor... por ellos iniciado en la práctica de los negocios”⁷¹⁶, propiciando finalmente la liquidación de las empresas. Sin embargo, en la ley inglesa “Todos se preocupan en conservar unidas al nombre de la familia la propiedad, la industria ó la clientela que han creado o recibido de sus padres”⁷¹⁷, porque los padres guardan tranquilidad, dado que “Con la libre facultad de elegir entre ellos á

⁷¹⁴ FAGES DE ROMÀ, N. “Memoria...”, op. cit., p. 11: “¡Y cómo por otra parte se han de prestar los hijos del cultivador á trabajar unidos en derredor del padre común y en aumento de la hacienda del mismo, animados por la esperanza de trabajar en provecho propio en virtud del nuevo sistema de sucesión, cuando todos han de tener la certidumbre de que por mucho que trabajen no han de conseguir que la parte que les corresponderá al llegar el momento de la división sufrague ni con mucho a su establecimiento!”.

⁷¹⁵ MONTALEMBERT, citado por CADAVALCH Y BUGUÑÀ, J., en *Necesidad de la libertad de testar...*, op. cit., p. 9: “Si bien es cierto que una ley reciente ha limitado la facultad de sustituir, cabe decir, sin embargo...que puede inocular en el seno de la nueva familia principios de duración, de pujanza, de estabilidad e integridad...ya que puede prevenir el traspaso íntegro de los establecimientos y demás intereses, y por último crear una tradición que servirá de guía en las empresas de la agricultura, del comercio y de la industria.”.

⁷¹⁶ LE PLAY, citado por CADAVALCH Y BUGUÑÀ, J., *Ibidem*.

⁷¹⁷ CADAVALCH Y BUGUÑÀ, J., *Necesidad de la libertad de testar...*, op. cit., p. 28.



aquel que ha de continuar su obra, no ocurren temores de que, contando con jóvenes activos, se vea la vejez en el aislamiento y en la privación a la sombra de un sistema que así satisface a los hijos como a los padres de familias.”⁷¹⁸.

En nuestro entorno, fue la legítima francesa la generadora de la subdivisión de la propiedad inmueble, de forma que “Cuando la propiedad es industrial, esta participación de todos los hermanos en ella ocasiona frecuentemente...la venta de la fábrica o inmueble en que se halle establecida la industria, con la grave pérdida del capital moral, representado por la inteligencia y crédito de aquel de los hijos a quien el padre hubiese asociado en su dirección.”⁷¹⁹; profundizándose más si cabe en el tratamiento temporal del negocio mercantil agrario, que precisaba de tiempo para madurar a través de sucesivas generaciones, por lo cual devenía imprescindible el ejemplo de los padres al alentar a sus hijos en la continuación del negocio familiar⁷²⁰. Los perniciosos efectos de la legítima contribuían a un fatal desenlace en la permanencia de la empresa, desmenuzadores por excelencia de los patrimonios, alejando a los hijos del negocio familiar por no poder retener “a su lado al que debía ser guardador de la casa paterna”⁷²¹. Sin duda, una mayor libertad en las posibilidades de testar hubiera afianzado a los vástagos en la implicación del mantenimiento del negocio familiar, disipando las intenciones de esta movilidad promovida por el testador, pero más justificada por razones de necesidad que por el deseo de los hijos de abandonar el hogar paterno⁷²². ROCA SASTRE mantendría años después la misma tesis, sosteniendo lo nocivo de la división igualitaria en los territorios rurales⁷²³, cuya consecuencia sería el éxodo hacia los centros urbanos.

Del mismo modo se respaldó la disminución de la cuota legitimaria como mejor opción, puesto que la división forzosa sólo podría hacer sucumbir el negocio generador

⁷¹⁸ CADAFALCH Y BUGUÑA, J., *Ibidem*.

⁷¹⁹ RODRÍGUEZ DE CEPEDA Y MARQUÉS, R., *op. cit.*, p. 59.

⁷²⁰ CATÀ DE LA TORRE, R., *op. cit.*, p. 35: “No basta una generación para dar cima a la mayor parte de las empresas y sobre todo para conducir a buen término la mayor parte de las explotaciones agrícolas. Todo va perfectamente cuando... el hijo sabe de esta suerte continuarlos [los trabajos del padre] sin que se note la falta del padre el día que éste ya no exista.”

⁷²¹ CATÀ DE LA TORRE, R., *op. cit.*, p. 38.

⁷²² CATÀ DE LA TORRE, R., *op. cit.*, *Ibidem*: “La influencia nociva de la sucesión forzosa es óbvia, pues a nadie se oculta que si el representante de la casa y patrimonio, grande ó chico, hubiera continuado gozando de su antigua consideración, ni los padres ni los hijos hubieran ido en pos de nuevas posiciones sociales...”

⁷²³ ROCA SASTRE, R.M., *La necesidad...*, *op. cit.* pp.374-375. “...pues tratándose de un patrimonio agrícola que sólo da para vivir una familia modesta, si al morir el padre dejando varios hijos se impone su partición por efecto de una legítima de excesiva cuantía, el resultado será, en general, que los hijos vendan sus lotes, yendo después aquellos a engrosar la masa proletaria de las ciudades...”



de riqueza⁷²⁴, ratificándose en otro ámbito en los mismos términos el impacto perjudicial de la figura legitimaria para la empresa familiar, tal vez con tono algo más alegórico⁷²⁵.

Voces acordes sonaron en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, aunque con fundamento en el antiguo y arraigado concepto de familia nuclear aragonesa, al que se debía dotar de un alto grado de estabilidad, convirtiendo así a la empresa familiar en un elemento más de un patrimonio sólido⁷²⁶.

Por otra parte también se consideró la libertad de testar como el medio para alcanzar la permanencia del establecimiento mercantil en manos de la familia⁷²⁷, cuya continuidad no debía confundirse con el resultado de las figuras de vinculaciones y mayorazgos y cuya disolución debía prevenirse con el fin de evitar la “ruina periódica de las industrias que caen bajo la ley de la división forzosa”⁷²⁸.

Asimismo mereció la misma apropiada significación la cesión de la industria del padre en favor de sus hijos, poniendo de relieve el gran mal que la legítima suponía para este modo de actuar, dado que “la industria que [el padre] fundó, aquello que es hijo de su trabajo y de su inteligencia, pasa intacto á uno de sus descendientes, conservándose de este modo sin modificación ni desmembramiento alguno. Hay en esto un premio justísimo al trabajo de aquel hombre...”⁷²⁹; aunque en todo momento se apreció con

⁷²⁴ VIVES CEBRIÀ, P.N., *Observaciones...* op. cit., p. 15: “¡Qué industria puede arraigarse si á cada generación está sujeta a un reparto forzoso!”.

⁷²⁵ DE BOFARULL Y DE PALAU, M., op. cit., p. 13: “...la división exigida por la legítima castellana imposibilita casi siempre la continuación de la empresa, industria, explotación agrícola ú oficio de los padres; y al desaparecer, con detrimento de estas fuentes de producción y riqueza, el taller ó pasar á manos extrañas la hacienda solariega y hasta el mismo hogar doméstico, se amortiguan ó desaparecen los felices recuerdos de aquellas costumbres, creencias y carácter de las familias que constituyen para ellas y la sociedad un inapreciable tesoro de la vida moral.”.

⁷²⁶ COSTA MARTÍNEZ, J., op. cit., p. 466: El ponente Ibarra, en su intervención apuntó que “Si es cierto que la misión de la familia es perpetuar la humanidad, se la ha de revestir de condiciones de estabilidad, ha de constituirse como una colectividad indisoluble, que no termine con los individuos que la fundaron; y esto exige como requisito esencial un patrimonio también indisoluble, una propiedad permanente. A esta necesidad responde admirablemente el instinto de los padres. Quieren sobrevivir en sus hijos; quieren llevar aquella familia, que es su obra, más allá de su vida individual y a ese propósito consagran los bienes que han acumulado con su trabajo.”.

⁷²⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...* op. cit., p. 725: “La libertad de testar permite al padre acumular el patrimonio en uno ó varios de sus herederos ó distribuirle más racional y deliberadamente y menos casualmente para que perpetúen la tradición patrimonial familiar; dejar *pro indiviso* á sus hijos las grandes explotaciones industriales, que nada valen *despedazadas*.”.

⁷²⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...* op. cit., p. 748. En este caso, utilizando a Lanfrey como la guía de su discurso.

⁷²⁹ MORET Y REMISA, L., op. cit., p. 22.



realismo la dificultad que suponía el mantenimiento de dicha industria, debido al arduo obstáculo de lograr la avenencia entre hermanos en la dirección del negocio común⁷³⁰.

Igualmente se trató el asunto del establecimiento mercantil desde el pragmatismo y la claridad, atribuyendo a la restricción castellana en la libertad de testar la culpa del declive en los negocios de familia hasta el punto de que “Con la división forzosa es imposible la conservación de los establecimientos mercantiles; de esas fábricas, de esas industrias, de esas casas de comercio, que para que sean verdaderamente útiles han de vivir más de una ó de dos generaciones, lo que no acontece con las legítimas”⁷³¹. Se abordó con ello el tratamiento de las ventajas económicas proporcionadas por la libertad de testar desde la perspectiva de la planificación por parte del padre en la sucesión de la empresa, planificación que se vería limitada dentro de un sistema de legítimas, tanto por eventuales oposiciones de los hermanos como por las mismas trabas de la ley⁷³², frustrando así las expectativas y la vocación del hijo o hijos llamados a conducir en el futuro el establecimiento familiar mercantil. Siendo esto así, “...mientras no se diga á los hijos que no tienen ningún derecho a la herencia de los padres, continuaremos presenciando inmoralidades de que tomen prestado sobre su legítima, y veremos desaparecer las fábricas, las industrias y los establecimientos mercantiles con la primera generación.”⁷³³.

Así pues, los planteamientos de finales del siglo XIX relativos a la conservación de la empresa en la letra de la ley, ubicada en un precepto específico del Código, se basaban en buena parte en encontrar una trabazón con el sistema de legítimas que permitiera conciliar una continuidad de la explotación en el heredero único y una mínima satisfacción de la cuota legitimaria a los legitimarios que quedaban fuera. Ello condujo en ocasiones a la opinión de que la legítima sólo suponía un obstáculo que

⁷³⁰ MORET Y REMISA, L., op. cit., p. 23: “La experiencia nos dice que son muy raras las ocasiones en que pueden marchar juntos en la dirección de una gran industria ó comercio varios hermanos; surgen al momento antagonismos, envidias, ó cuando ménos diversidad de criterio, que obliga á liquidar el negocio con gran perjuicio de la riqueza social y con merma del nombre y fama del autor de aquella industria.”

⁷³¹ DE LIÑÁN Y EGUIZÁBAL, J., op. cit., p. 49.

⁷³² DE LIÑÁN Y EGUIZÁBAL, J., Ibidem: “Con la legislación castellana, el hombre que á fuerza de sudores y de economía, de actividad y de talento haya fundado un establecimiento mercantil, verá que desaparece á su muerte, pues aunque haya entre sus hijos uno que reuna las condiciones necesarias para continuar á su cabeza, sus hermanos pondránle inconvenientes, si no se los pone la ley ordenando la venta para la oportuna división. Sin esta ley absurda, el hijo con vocación á esa clase de trabajo ú otra persona idónea, podría evitar que aquel establecimiento...desaparezca al poco tiempo de haber nacido.”

⁷³³ DE LIÑÁN Y EGUIZÁBAL, J., op. cit., p. 54.



salvar a la hora de confeccionar una redacción compatible de la norma con la intangibilidad legitimaria.

3.4 La conciencia de lo familiar en la tradición rural y su focalización en el mantenimiento de la unidad de explotación, frente a las imposiciones del Estado

Algunos años más tarde ganaría protagonismo el patrimonio rústico empresarial, a raíz de la formulación de la teoría de VALLET de los patrimonios dinámicos y estáticos.

La voluntad continuista en el negocio de familia parecía más acorde con los patrimonios dinámicos o de producción, siempre enfrentados a la fórmula representada por la división en partes alícuotas de la propiedad, representada por el concepto patrimonial estático⁷³⁴.

La libertad de testar debía instrumentarse a través de un conveniente empleo de la costumbre implantada en los territorios forales y con la finalidad de mantener la indivisibilidad de la *casa*, el *mas* o el *caserío*, así como la estabilidad de la organización agraria, identificándose el Derecho foral con las materias de ámbito rural.

El derecho de testamentifacción fue un concepto unido a la tradiciones y costumbres “arraigadas y saludables, adaptadas al medio físico en el cual vive y trabaja [el jefe de familia]”⁷³⁵ mediante las que se posibilitaría la conservación de la unidad agrícola⁷³⁶, para el que una de las formas institucionales que permitiría una adecuada

⁷³⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Limitaciones...* op. cit., p. 52: “Para los primeros, los regímenes sucesorios que mejor cumplen su interés social son evidentemente los sistemas de continuidad que por un medio o por otro mantienen viva la explotación. Para los sistemas de ahorro o estáticos, la unidad patrimonial no tiene ningún interés social y entonces parece, como regla general, más justa la tendencia de la división igualitaria”.

⁷³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La relación hombre-tierra en la política agraria”, *Revista de Estudios Políticos*, 1968, núm. 157, p. 146 y “El fenómeno sucesorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, núm. 57, p. 782.

⁷³⁶ Idea compartida con Salleron [SALLERON, L. “El poder en la empresa”, *Verbo*, 1964, p. 1145.] y que VALLET DE GOYTISOLO enfatiza afirmando que “...si el pueblo tiene esa vitalidad propia que se traduce en sus costumbres peculiares, no es fácil que ley las venza, aunque la aplicación de ésta la impongan los Tribunales en los casos que se les sometan. Hay una presión, una coacción, una represión social que expulsa al miembro que use de la ley contra las costumbre vividas de verdad” [VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de derecho foral”, *Anuario de Derecho Civil*, julio-agosto 1970, T. XXIII, p. 509].



entronización del candidato sucesor a la cabeza de la empresa vendría de la mano de la tantas veces mencionada costumbre⁷³⁷.

Igualmente se postuló una especie de simpatía al apoyo a los antiguos usos y a la autoridad paterna con el objeto de “Restablecer una forma de herencia que dé a la propiedad familiar la posibilidad de perdurar, de no estar sometida a la obligación de disgregarse, de destruirse, que es actualmente su suerte”⁷³⁸ y se reconoció que el carácter esencialmente familiar de la explotación podría, precisamente, proporcionarle cohesión; además de otorgarle un carácter propio, siempre preferible a la gran explotación, contribuyendo a la continuidad de la propiedad campesina, porque “Este aspecto del campesinado, junto con el de la explotación en familia, era capital para la vida del país...”⁷³⁹.

De algún modo se podría afirmar que existían puntos de encuentro, apuntalados por una fuerza de la tradición y transmisores de un carácter sempiterno a la explotación familiar.

Sin embargo, frente a ello, se trató de enfatizar la diferenciación entre tradición y costumbre, revelándose que “Las nuevas formas de vida han penetrado por doquier y ya no se puede contar siquiera con el apego a lo tradicional”⁷⁴⁰, mencionando la propuesta de la libertad de testar como fuerza insuficiente “para mantener la unidad de la explotación agrícola y se acude a normas imperativas”⁷⁴¹; declarándose “Que el hijo del dueño o patrono pase a dirigir la fábrica a la muerte de su padre es un precedente histórico, pero no una costumbre engendradora de normas, de reglas de conducta obligatoria”⁷⁴².

Por otra parte, también fue objeto de debate en el ámbito sucesorio la importancia de la determinación del heredero empresarial, para lo cual, el sistema de

⁷³⁷ Un planteamiento algo menos técnico mostró Bourget en su obra [citado por Vallet en *Estudios...* op. cit., p. 34], confirmando un significado fundamental al principio hereditario, al que correspondía promover una lidia infatigable para la conservación de la herencia en el hogar, contra el incesante transcurrir del tiempo; en una puntualización con reminiscencia de los discursos de los letrados del siglo XIX, en los que se practicó una defensa a ultranza de la autoridad paterna como representante de la libertad de testar.

⁷³⁸ DE BEAULIEU, H., “El campesinado”, *Verbo*, 1963, núm. 20, p.47.

⁷³⁹ DE BEAULIEU, H., op. cit, p. 54.

⁷⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., “El Derecho Agrario en España. Notas para su estudio”, *Anuario de Derecho civil*, abril-junio 1954, Vol.VII, núm. 2, p.387.

⁷⁴¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Ibidem*.

⁷⁴² CONDOMINES VALLS, F. DE A., “Crisis del derecho sucesorio”, *Anuario de Derecho civil*, 1970, núm. 4, p.709.



libertad de testar podría ser el elemento útil que mejor obedeciera a tal fin, dimanante, bien de un principio individualista, bien de un principio conservador del patrimonio familiar a través de distintas generaciones, estando siempre basado en la idea de arraigo y continuidad. Siendo así, ante esta libertad encauzada dentro de un orden natural el legislador no debía temer a su eventual uso indebido; habida cuenta de que precisamente lo que se perseguía era delegar en el padre, atribuyéndole la decisión de mantener la unidad o la división de las heredades bajo el mando del heredero que mayor confianza mereciera.

Esta idea de continuidad debía manifestarse mediante la vitalidad del campesino a través de una correcta planificación de la sucesión, debiéndose inculcar como una necesidad a los hijos, acompañada paralelamente del pertinente auxilio del legislador, que debía conceder los suficientes medios al padre para “mantener íntegra la explotación en manos del hijo o descendiente más apto para llevarla adelante”⁷⁴³.

Así, desde épocas tempranas se persiguió un interés en que la dotación a los hijos de la pertinente cuota de la herencia no provocara la descapitalización de las distintas unidades productivas, observando de soslayo la precaución y cordura con que el testador debía hacer uso de su libertad. Si este arraigo al cultivo provocaba que la libertad de testar fuera el canal adecuado para la transmisión íntegra del patrimonio rural familiar, habría que respetarlo, cuestión que se enturbiaba en el momento en que el Estado totalitario e intervencionista conducía “a la destrucción de aquello que la sabia previsión de las costumbres comarcales y de las tradiciones familiares conservaron fructífero durante siglos”⁷⁴⁴.

El predominio de la sucesión igualitaria provocaba que se posicionara la libertad del individuo frente al Estado, al que se acusó de practicar un uso desmedido de su poder confiscatorio, que mediante la presión fiscal “imponer la pérdida de aquellos bienes, dada la necesidad de venderlos a fin de pagar el impuesto sucesorio”⁷⁴⁵, y cuya posición era necesario desubicar, porque “la labor más eficaz...que el Estado puede

⁷⁴³ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La relación hombre-tierra...”, op. cit., p. 147.

⁷⁴⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La conservación del «fundus instructus» como explotación familiar, tema básico de los Derechos civiles forales o especiales españoles”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1968, T. XVI, p. 633.

⁷⁴⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del derecho de sucesiones*, Civitas, Madrid, 1982, p. 39.



acometer es la de ayudar a que se forme una sana y realista mentalidad campesina en defensa de la estabilidad de las casas labradoras y, con ella, de la propia agricultura.”⁷⁴⁶.

Planteado el dilema entre la elección de un sistema entre sucesión forzosa y libertad de testar se descartaron los sistemas de acumulación forzosa como métodos eficaces para mantener la concentración de un patrimonio, sistema que en este caso, ni siquiera permitía la elección del heredero con mayores aptitudes. Tal vez el remedio podría residir en el establecimiento de una legítima colectiva que posibilitara la elección dentro del grupo familiar legitimario.

A la antítesis entre los sistemas de vinculaciones y de acumulación forzosa frente a los de división igualitaria, debían añadirse aquellos en los que imperaban criterios más flexibles, donde la libertad civil era clara protagonista.

Dicha diferencia entre sucesión estatutaria entendida como unidad y subsistencia del patrimonio familiar bajo la institución de heredero único -vía mayorazgos y vinculaciones- y distribución igualitaria entre todos los llamados a la herencia, se anunció por ROCA SASTRE MUNCUNILL, que añadió la respectiva asignación de caracteres romanos o germánicos a la anterior clasificación, sin descuidar el *tertium genus* de la libertad de testar, que venía a solucionar la incompletas e injustas propuestas ofrecidas por sistemas vinculatorios y de división igualitaria aludidos, brindando este sistema sucesorio de libertad, la posibilidad de “cohesión y unidad de los patrimonios familiares, agrícolas, comerciales o industriales y por tanto, su conservación y no pulverización, evitándose la disolución de las familias...”⁷⁴⁷

Los anteriores asertos fueron enlazados con las ideas de cariz más filosófico, que basándose en la relevancia de la localización del mejor heredero a propósito del fenómeno sucesorio en la empresa centraban el objeto de sus estudios en la conciliación

⁷⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La relación hombre-tierra...”, op. cit., p. 148. En este sentido resultan especialmente interesantes las alusiones del autor, que profundiza en el estudio de la libertad civil frente al totalitarismo estatal en la obra filosófica “La libertad civil”, *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios (Actas de la VI Reunión de Amigos de la Ciudad Católica, Madrid 28-29 octubre 1967)*, Madrid, Speiro, 1968, p. 178; en el que citando a De Corte sostiene que “... todo Estado sin sociedad es axiomáticamente un estado coercitivo, policíaco, armado de un arsenal de leyes y reglamentos encargados de dar sentido a las conductas imprevisibles y aberrantes de los individuos. Su tendencia al totalitarismo es directamente proporcional a la desaparición de las comunidades naturales, a la ruina de las costumbres...”. Vallet profundizó en esta materia en su artículo “Fundamento y soluciones de la organización por cuerpos intermedios”, *Verbo*, 1969; al igual que Creuzet en las cuatro partes de la obra completa “Los cuerpos intermedios”, *Verbo*, 1964.

⁷⁴⁷ ROCA SASTRE MUNCUNILL, op. cit., p. 17.



de los conceptos entre legalidad y legitimidad⁷⁴⁸, lo que conducía al cuestionamiento de si en materia de empresa era necesaria la supresión de la herencia, cuya aplicación automática podía ejercer un notable menoscabo sobre el segundo de los conceptos, resultando necesario que el heredero del conjunto empresarial se mostrara “a la altura del poder que le ha sido conferido”⁷⁴⁹.

3.5 La cuestión sucesoria en el denominado *Derecho agrario*

Consideramos, como paso previo necesario, la referencia a la explotación agraria como la antecesora directa de la actual explotación, que actualmente puede conocerse como empresa familiar, de carácter agrario o no.

La cultura y la tradición apuntadas en líneas anteriores nos conducen al estudio de este tipo de organizaciones, en las que resulta igualmente relevante la adecuada ordenación sucesoria y en la que asistimos a la convergencia de los factores de familia, estabilidad mercantil y sobre todo, el componente cultural de la sucesión.

3.5.1 El debate sobre la autonomía en el Derecho agrario

Claro es -tal y como ya se ha referenciado- que en gran parte de la estructura de nuestro Código del siglo XIX, el legislador mostró ávido interés por el aspecto agrario, del mismo modo que también ha habido multitud de autores que han tenido la oportunidad de demostrar su preocupación por la cuestión, plasmada en buena parte de la legislación sectorial.

Las líneas de pensamiento de períodos más recientes contrastan con las de una materia -la agraria- que desde antiguo, se ha pretendido enmarcar y conceptualizar dentro de su correspondiente rama del Derecho.

Pero el propio transcurso de la historia en los países europeos por una parte, y la evolución de la tecnología y la modernización general de los estilos de vida en la

⁷⁴⁸ SALLERON, L., op. cit., p. 1143: “La legitimidad es la conformidad a una ley superior que pone de relieve las ideas de moralidad y de finalidad, con referencia al bien común de la colectividad a la que concierne.”

⁷⁴⁹ SALLERON, L., op. cit., p. 1145.



sociedad, por otra, ha modificado la concepción agraria de las normas civiles, lo cual no empece para admitir este sustrato agrario en nuestro ordenamiento de muchas de ellas.

Así, la cuestión de la existencia de este Derecho agrario perdió impulso progresivamente desde principios del siglo XX, para llegar a presentar en la actualidad un perfil desdibujado, atravesando por distintos estadios en los que, en muchos casos, actuó a través de nuevas iniciativas en los sistemas legales sucesorios vigentes⁷⁵⁰, viendo así una oportunidad para encontrar nueva cabida en los mismos al activar nuevas propuestas sucesorias, pero que en la actualidad no han sido más que meros amagos sin mayor incidencia en la legislación civil general.

Por ello, sin duda, la discusión sobre la materia, tiene más de antiguo de que útil. Tanto fue así que la doctrina más pretérita ubicó el origen de la especialidad en nuestro país, a comienzos de la dictadura de Primo de Rivera⁷⁵¹, aunque otros tratadistas italianos, como BONFANTE, en su momento adujeron que lo agrario, en lo jurídico, debía remontarse al Derecho romano de las XII Tablas.

Se llegó a afirmar que nuestro Código Civil era un código agrario por naturaleza, debido a la regulación preferente de la materia referente a bienes inmuebles, considerándose como un cuerpo legal que intrínsecamente albergaba normas agrarias, derogatorias de preceptos de Derecho civil general, y por lo tanto, indiciarías de autonomía y sustantividad⁷⁵². De este modo “por no existir entre nosotros ningún cuerpo legal análogo, la fuente fundamental para las normas del Derecho agrario patrio está contenida en el Código civil, que se ocupa de aquél en diferentes pasajes, principalmente en los libros II y IV”⁷⁵³, siendo no obstante, mejor implementadas en el

⁷⁵⁰ En nuestro caso, tenemos claro ejemplo de ello en la Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y Agricultores Jóvenes de 1981.

⁷⁵¹ BONET RAMÓN, F., “Progresión legislativa y directrices del Derecho Agrario en España”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. extraordinario conmemorativo del Centenario, 1953, p. 186: “...hasta el advenimiento de la dictadura militar del general don Miguel Primo de Rivera y Orbaneja no puede hablarse de normas especiales de Derecho agrario.”. Vid también GARCÍA RODRÍGUEZ, C., “En torno a la Ley de explotaciones familiares”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1963, núm. 587, p.4.

⁷⁵² CAMPUZANO Y HORMA, F., “El Derecho agrario en España. Ensayo de sistematización”, *Revista de Derecho Privado*, 1933, año XX, núm. 242, p. 363. [siguiendo la tesis de Carrara].

⁷⁵³ CAMPUZANO Y HORMA, F., op. cit., p. 365.



terreno práctico y aplicables en las relaciones jurídicas desde el ámbito de la costumbre⁷⁵⁴.

De lo que no cabe duda es de que numerosa doctrina científica, encabezada por la italiana⁷⁵⁵ fijó una base firme que legitimaba, por abundante, la relevancia de su derecho sustantivo, lo cual a su vez, permitió identificar el Derecho agrario como una materia dotada de autonomía, al menos en ese país, pero actualmente, éste es un debate que ha perdido toda su intensidad⁷⁵⁶.

Encontramos tendencias diferentes atendiendo a una recopilación de conceptos que culminó en la diferenciación entre los objetos estaticista y dinamicista del Derecho agrario y traducido en la relación de “los principios de conservación [que] afectan al Derecho sucesorio...como ocurre con los que regulan la institución del patrimonio familiar”⁷⁵⁷. La misma tarea recopiladora –esta vez de posiciones doctrinales y con la finalidad de ubicar el Derecho agrario – se adujo apoyándose en los cuerpos normativos, de forma que “...el medio más adecuado es el de valerse de los Códigos Civiles para regular la parte sustantiva del Derecho agrario, sin perjuicio de que su parte adjetiva pueda contenerse en preceptos reglamentarios o en disposiciones legales de inferior categoría...”⁷⁵⁸, situando su naturaleza en una suerte de especialidad del Derecho civil, siendo que una gran mayoría de civilistas españoles y transalpinos también se mostraron partidarios de ello, negando la autonomía del Derecho agrario y manteniendo la unidad del Derecho civil.

De este modo, el Código Civil debía ser el hito armonizador y el icono de la modernidad, en el que vinieran a contenerse las normas agrarias propias de Derecho

⁷⁵⁴ AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Don Clemente Felipe De Diego*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1940, p. 84. La costumbre fue destacada por sus virtudes, entre ellas, una mejor adaptación que la ley a las tradiciones y necesidades económicas y una multiplicidad de problemas que sólo la dicha ley podía suplir. Como veremos en algunos autores del estilo de Milani, precisamente la costumbre se sostendría como el inconveniente en la unificación de un Derecho agrario comparado.

⁷⁵⁵ MARSÀ VANCELLS, P., “Derecho agrario y Derecho civil”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1970, núm. 72, p. 61. Se refiere este Registrador a la relación de juristas transalpinos: “Pero donde ha rayado a una insospechada altura, ha sido en los países de extraordinario desenvolvimiento jurídico, como Italia, donde sus grandes jurisconsultos...han llevado a cabo una intensísima labor con el fin de construir doctrinalmente la ciencia del Derecho Agrario.”. El concepto de Derecho agrario ha evolucionado desde Arcangeli y Romagnoli, que fijaron sus bases, hasta Basanelli y Germanò, que lo han reconducido a un derecho patrimonial de la empresa, separándolo incluso del propio Derecho mercantil.

⁷⁵⁶ Carozza sostiene que este debate ha finalizado sin bandos vencedores.

⁷⁵⁷ LEAL GARCÍA, A., “El Derecho agrario y sus modernas orientaciones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1938, núm. 128, p. 610.

⁷⁵⁸ MARSÀ VANCELLS, P., op. cit., p. 108.



privado, que debían encontrarse en un todo armónico, unitario y agrupado, al igual que otras distintas materias civiles. Suponía ésta una petición de escaso esfuerzo, pues teniendo en consideración la existencia de dichas normas en el Código Civil, así como en otros cuerpos normativos dispersos, el único paso que restaba para alcanzar la mudanza y hermanamiento de normas en un cuerpo orgánico, era una verdadera voluntad normativa recopiladora⁷⁵⁹.

De forma igual de circunspecta se admitió que el Derecho agrario no podía constituir un cuerpo “coherente y unitario en la doctrina, sino algo más circunstancial y problemático, dado su carácter momentáneo, salvo en aquellas materias en las que, por estar sólidamente asentadas en el ordenamiento, pertenecen a algo tan estable como el Derecho privado”⁷⁶⁰. Es por ello que el Derecho agrario debía considerarse como un *ius novum* que afectaría, tanto al Derecho público como al privado.

Pero una de las posiciones más conservadoras se limitó a encuadrar este derecho en el ámbito del Derecho civil, observándolo incluso como un propio reflejo del ordenamiento jurídico privado o público deviniendo en un *ius proprium* de la agricultura⁷⁶¹.

Tampoco debe sorprendernos que en el camino hacia el punto de equilibrio entre posturas existan puntos de inflexión a partir de los cuales se hayan patrocinado tendencias manifiestamente favorables al surgimiento del Derecho agrario como ente autónomo, hasta llegar a la situación de otorgarle una notabilidad de nivel coactivo, puesto que “la omisión de toda actividad agrícola podría legitimar ciertas

⁷⁵⁹ En este sentido, García Cantero, tomando la idea de Hernández Gil, se refirió a la influencia del Derecho agrario sobre las instituciones de Derecho común, que debían venir a reforzarlo en la medida que el Código civil suponía la herramienta de mayor efectividad en las relaciones sociales: “...bien puede sostenerse que el Derecho Agrario...ha mo-delo [sic] instituciones cuya bondad se ha acreditado a lo largo de muchos años de vigencia, de modo que, al tiempo de alcanzar algunas de ellas plena madurez, están en condiciones de incorporarse al Código para revitalizarlo y dotarlo, en buena medida, de interés social [el mismo interés social que con posterioridad se atribuiría –como veremos– a la explotación o empresa familiar]” [GARCÍA CANTERO, G., “Lectura crítica del Código Civil a la luz de la vigente legislación agraria”, en AMAT ESCANDELL, L. y LOMBART BOSCH, D. Coords., *Ponencias y Comunicaciones del VII Congreso Nacional de Derecho Agrario*, Servicio de Publicaciones Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1999, p. 479.].

⁷⁶⁰ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “El Derecho agrario. Estado actual de la cuestión”, *Anuario de Derecho Civil*, 1976, Vol. XXIX, núm. 3, p. 823.

⁷⁶¹ ALONSO PÉREZ, M., “Actitud metodológica en la sistematización del Derecho agrario”, *Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario Salamanca-Valladolid, Noviembre 1972*, Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976, p. 332.



sanciones...”⁷⁶², y que frente a otros agraristas más entusiastas, se sostuviera la operatividad y utilidad de una recopilación de textos agrarios legislativos, aunque manteniendo la autonomía del Derecho agrario de manera relativa, insertándolo en las normas de Derecho privado y como parte del Derecho civil, a pesar de que éste pudiera comprender normas de Derecho privado y de Derecho público, postura por otra parte, no compartida por algún sector entre la doctrina publicista⁷⁶³. En el mismo sentido, otros, también en connivencia con los valores humanos, han aspirado a tener un Derecho agrario con elevada apoyatura, “...a la luz de los derechos humanos fundamentales, receptando la transversalidad del ambiente, el desarrollo sustentable, la seguridad alimentaria...Se trata de un Derecho que mira el futuro, cada vez más humano y social que tiene un compromiso con la Justicia y la Paz”⁷⁶⁴.

Junto a ello, se destacó la urgente necesidad de un Código Agrario o Rural, debido a las abundantes lagunas y omisiones, con cuya confección “se establecerá una robusta y fecunda solución de continuidad que ha de unirse en un todo armónico sus distintos miembros”⁷⁶⁵ que comprendería las materias de Derecho privado necesarias. En este caso, brilló por su ausencia, la formulación de soluciones para activar dicha iniciativa. Igualmente, otros autores, ambicionaron la conversión de la materia en un ámbito autónomo, pues el Derecho agrario surgiría nutriéndose de las instituciones civiles, realizándolas con sus caracteres propios, tanto, que era necesario “ruralizar la legislación española, debido a la carencia de elementos de Derecho agrario”⁷⁶⁶. Parecía pues que existía determinada esperanza en algunos de que el Derecho agrario conformara una nueva especialidad centrada en una mayor atención a la explotación

⁷⁶² DEL VECCHIO, G., “Sobre el Derecho Agrario”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre 1952, T. XXIV, p. 543.

⁷⁶³ MARTÍN RETORTILLO, S., “Derecho agrario y Derecho Público”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura- Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, p. 172: “...ese marco jurídico-público...es también el auténtico inspirador de la ordenación jurídica que se establece de la Agricultura y el que, guste o no, fija y determina directamente los principios básicos del sistema, y ello no sólo cuando actúa la Administración, sino también cuando lo hacen sujetos privados...¿sería muy herético el señalar que el Derecho agrario, con los matices y especialidades que se quiera, no es, en definitiva, sino una parte del Derecho público interno o, más concretamente todavía, del Derecho administrativo?”.

⁷⁶⁴ ADRIANA VICTORIA, M. “La construcción del Derecho agrario para el comiendo del nuevo milenio: entre el desarrollo sustentable y la globalización de la economía”, *El Derecho agrario ante el tercer milenio*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 1279.

⁷⁶⁵ CERRILLO QUÍLEZ, F., “La codificación del Derecho agrario español”, *Revista de Derecho Privado*, 1952, Año XXXVI, núm. 428, p. 918.

⁷⁶⁶ CLEMENTE DE DIEGO, F., op. cit., p. 108.



agraria y a todo lo que ella se refería⁷⁶⁷, frente a la doctrina que empequeñecía su aplicación e importancia por su relación obligatoria con el Derecho civil⁷⁶⁸.

El Derecho agrario ha superado obstáculos en la última década, representando una parcela jurídica civil con valor añadido, al revestirse de valores más sociales, aunque no debe olvidarse la relevancia que también supone y ha supuesto en el aspecto económico⁷⁶⁹.

Pero el derecho que nació en nuestro entorno fruto de una reacción jurídico-social ante la dejación y abandono que originó la revolución burguesa con el individualismo de la Codificación, no ha alcanzado a formarse como un conjunto de normas con carácter propio, al existir sólo conceptos nacidos desde el pensamiento de cada uno de los integrantes de la doctrina científica más autorizada.

En realidad, en este caso lo realmente importante no se presenta como el hallazgo de una noción estandarizada del Derecho agrario, sino que su verdadero mérito y utilidad deriva de las aportaciones realizadas por un gran número de juristas que han pretendido –y en su búsqueda siguen– acotar el significado de una rama del Derecho a la que realmente se ha considerado digna de engrandecer mediante el tributo consistente en una regulación normativa justa y adecuada, siquiera sea bajo la figura de

⁷⁶⁷ ÁLVAREZ CARVALLO, J.M., “Propiedad y explotación agraria en la legislación y en la situación fáctica de España”, *Jornadas italo-españolas...*, op. cit., p. 472: “...se abre una cierta esperanza para el desarrollo inmediato del Derecho Agrario español especialmente al tener en cuenta cómo la reciente legislación parece iniciar un camino de mayor atención a las dimensiones de la explotación agraria y a los aspectos humanos de la capacitación profesional...”.

⁷⁶⁸ MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., “Notas sobre algunas tendencias doctrinales acerca de la sistematización del Derecho agrario y su enseñanza”, *Jornadas italo-españolas...* op. cit., pp. 358 y ss. Milani, a pesar de encuadrar su nacionalidad en la cuna de los más arraigados agraristas también sostuvo que no existe posibilidad de unificación, porque “...quizá aún menos se advierta su utilidad.”, dado que “...las instituciones agrarias se encuentran en relación con el ambiente y la costumbre, y ésta es de muy difícil transplante de un lugar a otro.” [MILANI, F., “La sistemática del Derecho agrario comparado”, *Jornadas italo-españolas...* op. cit., p. 368].

⁷⁶⁹ Así lo expresaron autores como Luna Serrano, al defender que “...por estar la disciplina agraria en trance de perder su especificidad en temas como...la sucesión agraria...el derecho agrario vea mermadas sus tradicionales y todavía en parte actuales razones de ser”, siendo ello compensado por el hecho de que “...el derecho agrario como *ius proprium* se verá colmado constantemente por la fuerza imparable de los productos agrarios...” [LUNA SERRANO, A., “El sentido de la evolución del Derecho agrario”, *El Derecho agrario ante el tercer milenio*, op. cit., p. 742]; u otros como Orduña Moreno, que postuló que “...se resalta la orientación al mercado, que prevalece sobre la antigua protección centrada en el núcleo familiar; y por otro, se ha pretendido consagrar la concepción unitaria u orgánica de la empresa o del establecimiento, más bien descartándose la teoría atomista.” [ORDUÑA MORENO, F.J., *El derecho agrario. Su marco jurídico y económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 63].



desiderátum, que según algunos, tan sólo se ha homogeneizado a la luz del Derecho comunitario⁷⁷⁰.

3.5.2 Empresa y empresa agraria

El objeto del Derecho agrario entendido desde la postura dinamicista, nos conduce al análisis de la ubicación de la empresa en el seno de la construcción de este mismo sistema normativo.

Precisamente fue objeto fundamental en la evolución del mismo Derecho agrario -y en la defensa de su pretendida autonomía, basada en institutos propios- el aumento del protagonismo de la empresa agrícola, con relevancia propia.

Se suscitó un alejamiento entre tesis en la materia, concretamente entre las basadas en que el concepto explotación, como unidad, no podía colocarse en el ámbito de lo empresarial -en el sentido de no ser considerada la unidad de explotación como empresa industrial- y entre las que propugnaban lo contrario, esto es, que debían establecerse las necesarias "...concomitancias entre la unidad de explotación y la empresa"⁷⁷¹, de manera que, pese a las diferencias iniciales entre ambas definiciones, dichos conceptos debían confluir en una noción con significado común, que debía desembocar inevitablemente en la temática del cultivo agrario, cuyo origen venía a ser, eminentemente familiar⁷⁷².

⁷⁷⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., "El Derecho Agrario en España: Perspectiva Histórica y Prospectiva", *El Derecho Agrario ante el tercer milenio*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 1122: "...tomando como base la PAC, han surgido principios de Derecho comunitario que han pasado a informar...ciertos principios del Derecho Agrario de los Estados miembros. En suma, el Derecho Agrario puede convertirse, con el paso del tiempo, en una suerte de Derecho común europeo.". Complicado nos parece esta idea, que el autor toma de De los Mozos: si tantas dificultades existen para fijar un concepto unitario de Derecho agrario en el ámbito interno de los Estados, los escollos se multiplicarán en un entorno jurídico mucho más amplio.

⁷⁷¹ Aunque autores como López Jacoiste han justificado convincentemente que la unidad de explotación supone "La unidad de orden precisa para la explotación", que a su vez entraña "...la integridad instrumental precisa para el fin a que aquella tiende", por lo cual debe estar dotada de protección jurídica, que no viene a ser sino, la protección de su indivisión, que "tiende a actualizarse a través de los negocios transmisivos de la integridad instrumental." [LÓPEZ JACOISTE, J.J., "La idea de explotación en el Derecho civil actual", *Revista de Derecho Privado*, 1960, T. XLV, pp. 365-366].

⁷⁷² LÓPEZ JACOISTE, J.J., "La idea de explotación...", op. cit., p. 367: "...desde el punto de vista práctico debe reconocerse que en cuanto una actividad de explotación, por su entidad considerable, da lugar a una de esas unidades de explotación, tiende a constituirse en verdadera empresa...Tal ocurre... con la explotación agraria que por su precisión de fundarse sobre una tierra...lleva en sí la exigencia de la correspondiente unidad." El hilo natural del discurso del autor le condujo al enfoque familiar de la unidad de explotación, por lo que "evidentemente, al tocar el tema de la consideración de la familiar como sujeto



En otro tiempo sí que hubo lugar al reconocimiento de estas interferencias, que marcaban los matices entre empresa mercantil o industrial y empresa agrícola -en función de que quién realizaba las primeras transformaciones de los productos⁷⁷³-, pero ante la evidencia posterior de la existencia de grandes empresas tampoco podía entenderse dicha diferenciación con la rigidez apuntada⁷⁷⁴.

De esta confrontación se dedujo como regla general por parte de un sector doctrinal que no era dable la extrapolación del modelo de empresa industrial al de la explotación agraria⁷⁷⁵. Se estableció también la misma diferenciación entre conceptos, destacando intromisiones entre ambas estructuras, empleando como fundamento los elementos de subsistencia que servían a cada modelo, ello sin concretar una causa que pudiera motivar dicha interferencia. Aunque, en este caso, podría suponerse, por la época, la reticencia referida al fenómeno industrial.

Por otro lado, se trató de suavizar tan tajante disensión intentando encuadrar en un ámbito de compatibilidad y complementariedad –por no hablar de evolución natural y necesaria de ambas nociones- el concepto de empresa agraria junto con el de empresa mercantil a modo de agrupación previa para intentar una posterior escisión entre ideas⁷⁷⁶.

Otros pensamientos más moderados reconocieron el paralelismo entre empresas agrícolas y mercantiles y con ello, la posibilidad de otorgar un “tratamiento jurídico unitario”, que en cierta época se contempló con grandes reservas debido al temor de

efectivo de la actividad de explotación, la alusión al cultivo agrario resultaba inexcusable. No puede olvidarse que, en su origen, el trabajo familiar –en su carácter de explotación-fue un trabajo agrícola.”

⁷⁷³ Incidió en dicha diferenciación Campuzano [CAMPUZANO Y HORMA, F., op. cit., p. 368 y en *Libro Homenaje al Profesor Don Clemente Felipe*..., op cit, p. 101.].

⁷⁷⁴ Esto se vislumbra con evidencia al hablar de grandes organizaciones como las citadas bodegas de Jerez de la Frontera, *Byass y Domecq*. Aun así, autores como Campuzano, sostuvieron que el artículo 1056 del Código seguía recogiendo una tímida protección de la empresa agrícola.

⁷⁷⁵ LEAL GARCÍA, A., “Perspectivas generales de la reforma de estructuras agrarias”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1968, núm. 64, p. 15: “...la estructura empresarial de la agricultura nacional y la estructura interna de las empresas y explotaciones agrarias no podrán seguir el modelo de las empresas industriales. Por eso creo que cuando, por ejemplo, se propugnan sociedades anónimas agrarias, a imitación de las sociedades anónimas industriales, no siempre se tiene claramente en cuenta que la sociedad es una forma jurídica del sujeto, y lo importante para nosotros...es el objeto, la explotación o, ...la empresa en sentido objetivo...esta característica estructural de la organización empresarial del país y de las explotaciones mismas, hace que las estructuras sociales y las jurídicas en la vida rural, no sigan igual trayectoria que las de la vida industrial y comercial propia de los ambientes urbanos, aunque en algún caso, para la empresa agraria, se utilicen formas mercantiles.”

⁷⁷⁶ LAMO DE ESPINOSA Y ENRÍQUEZ DE NAVARRA, E., “Proceso formativo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura- Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, pp. 39-40.



inundar lo agrario con un régimen jurídico inadecuado⁷⁷⁷, junto a los que reconocían una integración plena, aun en el mismo período temporal⁷⁷⁸ o los que mostraron su opinión sin reservas en favor de esta unificación⁷⁷⁹, por entender la actividad agrícola subsumida en la actividad industrial y su inmutabilidad, aunque en algunos casos dicha actividad agrícola estuviera más o menos industrializada⁷⁸⁰. Además, algunos autores discreparon en que se había alcanzado algún tipo de consenso⁷⁸¹.

No faltaron las teorías que sostuvieron la autonomía de la empresa agraria como una unidad que conducida por la inercia del mercado, no podía dejar de configurarse como tal empresa agraria, por la causa principal de las numerosas normas propias de la empresa comercial, aplicables a la misma, razón por la cual, dicha tipología de empresa se sostenía con carácter autónomo con independencia de afecciones doctrinales y en base a un mero desarrollo legal.

⁷⁷⁷ Se adujo un temor general a una mercantilización jurídica de la empresa agraria que “pueda resultarle nociva por falta de adaptación o porque se considere que el tratamiento jurídico del Derecho mercantil establece para las empresas comerciales sea más riguroso que el que el Derecho civil puede continuar dispensando a los agricultores” [AMAT ESCANDELL, L., “Noción jurídica de la empresa agraria”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1966, núm. 57, p. 107].

⁷⁷⁸ LONGO, M., “La empresa agrícola en el Código Civil italiano”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1955, núm. 10, p. 119: “En el gran tronco común de la empresa se inserta la noción específica de «empresa agrícola», a la que, aunque vanamente, alguno... ha pretendido negar las características empresariales fundamentales”.

⁷⁷⁹ CARROZZA, A., “La noción de lo agrario (Agrarietà). Fundamento y Extensión”, *Jornadas italo-españolas... op. cit.*, p. 325: “No parece cierto que las actividades agrícolas se diferencien de las mercantiles... por la presencia de ese específico factor que es la tierra... ni por la naturaleza específica del medio productivo empleado.”, pero pese a ello, no renunció a trazar una serie de rasgos generales que caracterizaran esta empresa, diferenciándola de la empresa comercial en base a los requisitos de profesionalidad, tipología de la actividad y no ocasionalidad en su ejercicio, aludiendo a la irrelevancia en el plano jurídico entre grandes o pequeñas empresas agrícolas [CARROZZA, A., “L’impresa agricola”, *Lezioni di Diritto Agrario*, Vol. I, Giuffrè Editore, 1988]. En el mismo sentido encontramos a Giuffrida, que basó su opinión en un estricto concepto legal: “Así las cosas, hay que advertir antes de nada, que la figura general de empresario, lógicamente incluye al empresario agrícola: siendo como es la actividad agraria una actividad económica, hallándose fácilmente en el ejercicio de la misma los elementos requeridos para la cualificación jurídica de empresario. Incluso es conveniente anticipar que la propia naturaleza de la actividad agrícola, por el modo como se desarrolla, exige necesariamente la organización y la continuidad (más exactamente: profesionalidad), propia del empresario.” [GIUFFRIDA, G., “Acerca de la empresa agraria”, *Jornadas italo-españolas... op.cit.*, p. 510.].

⁷⁸⁰ CARROZZA, A., “La noción de lo agrario...”, *op. cit.*, p. 326: “... el adjetivo «industrial» no evoca ningún criterio distintivo entre lo mercantil y lo agrario” y “...el hecho de la industrialización no destruye lo agrario para beneficio de lo mercantil.”

⁷⁸¹ LUNA SERRANO, A., “Limitaciones al derecho de propiedad que se consideran necesarias para el desarrollo de la explotación agrícola y para la ordenación del territorio”, *Jornadas italo-españolas... op. cit.*, p. 540: “Entre los agraristas españoles... tampoco puede decirse que se haya logrado unanimidad en las definiciones y en los conceptos”.



Esta postura denominada *exegética*⁷⁸² parece que se basó más en la comodidad de la existencia de un contenido jurídico-mercantil en el que apoyarse, previamente establecido por el propio ordenamiento nacional -y en última instancia, comunitario- que en un discurrir lógico y elucubrador de la materia agraria.

Aun así, entendemos que supone un criterio válido en el que tomar impulso para razonar sobre la pretendida dicotomía entre empresa agraria y empresa mercantil, reconduciendo a una única tipología de persona jurídica.

Sin embargo la postura más acertada, a nuestro juicio, sería la de incardinar sin titubeos en el sistema jurídico mercantil y civil vigente las diferentes explotaciones agrícolas por tratarse de entidades que, aunque muestran características propias dentro de su sector y en su organización –como pueda mostrarlas cualquier empresa con peculiaridades en cualquier parcela de mercado- se someten a un régimen que ni puede ni debe escapar a una regulación común y uniforme, de lo que se mostró partidario con total llaneza y precisión SOLDEVILLA⁷⁸³, aspecto que por otra parte recibió

⁷⁸² BUCCIANTE, A., *Lezioni di Diritto Agrario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 119: “A parer nostro la nozione di «azienda agraria» a fronte di quella commerciale, è stata dal legislatore del 1942 espressa in forma decisamente riduttiva; nella stessa forma con cui detto legislatore ha limitato la espansione della «impresa agricola», mantenendola ai margini della commercializzazione. En consecuencia “Se si considera poi che è nel nostro ordinamento ravvisabile una impresa agricola sotto forma di società commerciale, come tale soggetta a registrazione..., ne consegue che numerose sono le norme codicistiche in materia di azienda applicabili a questo tipo di impresa sostanzialmente agricola.”. Por ese motivo, “Questi dati esegetici trovano, a parer nostro conferma nel dato sistematico che vede i due istituti della impresa e dell’azienda necessariamente connessi; se c’è impresa non può, al di là di casi limite, non esserci azienda. Prescindendo per il momento dalle vicende circolatorie dell’azienda agricola, la legislazione speciale successiva al codice civile e quella comunitaria, hanno confermato e rafforzato il concetto autonomo della stessa, sempre più inserita nel dinamismo produttivo e di mercato.”.

⁷⁸³ SOLDEVILLA Y VILLAR, A.D., *Derecho Agrario, Lecciones para un curso*, Vol. II, Valladolid, 1992, pp. 271-272: “...si nos concienzamos [sic] con la moderna agricultura comunitaria y la amplia actividad del titular de la explotación, tendríamos que llegar al último período y con la profesionalidad, la organización, la responsabilidad y la economicidad, admitir plenamente el concepto de empresa y dejar a un lado el de explotación, por ser éste menos amplio, más material y no comprender la totalidad del complejo problema de la actividad agraria.”. Pero la cuestión, en esencia es abordada al sostener que “...por esta natural repugnancia a lo mercantil que siempre se ha reflejado en la actividad agraria, apartado de situaciones comerciales con lucro y especulación, no ha prosperado en nuestra patria la concepción empresarial y aún con supuestos casi idénticos el legislador, prefiere denominarla «explotación» que aunque implica idea económica y actividad para el mejor aprovechamiento y rentabilidad de una finca, es también ajena al puro mercantilismo empresarial.”, afirmando que las distintas leyes en materia agraria no resuelven la cuestión entre ambos términos, “...seguramente por entender que es una controversia inoperante y sin trascendencia práctica, a nosotros, defensores de la idea empresarial agraria, que puede tener significación independientemente de su antecedente mercantilista decimonónico, nos agrada más la expresión *empresa*, que por otra parte es más acertada y completa la totalidad de la compleja actividad agraria.”, habiendo mantenido la misma opinión unos años antes, al referirse al Proyecto de la Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes de 6 de marzo de 1980: “...el paso de la idea de propiedad (agricultura familiar) a empresa, supone la conversión de la agricultura de unidades productivas en entidades complejas, que tienden a la productividad... de los productos y a su transformación industrial...la Empresa agraria futura será,



matizaciones⁷⁸⁴ referidas al tamaño de la explotación, acentuándose la desvinculación en virtud de los conceptos asociados habitualmente entre empresa agrícola, empresa familiar y pequeña empresa, desvinculación justificada por la existencia de grandes organizaciones –agrícolas o no- que han elevado su productividad a un grado superlativo y que por lo tanto están ávidas de una regulación no específica en la materia, sino de otra más propia de aplicación general a empresas industriales.

Por lo tanto, no puede negarse -y en la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias tenemos un ejemplo, donde la empresa agraria adquiere un *status* propio que le ha servido para que, doctrinalmente, se haya llevado a cabo su definición con caracteres diseñados *ad hoc*⁷⁸⁵ - que pese a que finalmente los caracteres de la empresa agraria se refunden con los de empresa mercantil, se ha podido teorizar sobre un concepto autónomo de empresa agraria, aunque sin dejar de reconocer la sumisión a un ordenamiento jurídico en el que el Derecho mercantil marca la pauta de la empresa mercantil o industrial, genéricamente entendida.

indudablemente asociativa o societaria...” [SOLDEVILLA Y VILLAR, A.D., “La Explotación Agrícola Familiar de la agricultura tradicional a la nueva empresa agraria”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, p. 65]. Herrera, siguiendo a Carozza, también recientemente ha defendido que “...la teoría de la empresa se ha desarrollado casi exclusivamente sobre el terreno del Derecho comercial, por lo tanto, no existe una literatura específica para la empresa en el Derecho Agrario” [HERRERA CAMPOS, R., “Hacia un nuevo modelo de empresa agraria”, *Estudios Jurídicos de Derecho Agrario*, Ediciones del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2008, p. 67]. También Sánchez Hernández defendió la globalidad del significado de lo agrario, que “no queda determinado por la modalidad de desarrollo de la actividad de producción agraria. Tan actividad agraria es la desarrollada para el autoconsumo...como aquella cuya finalidad sea la producción para el mercado.”, concluyendo que “constituye una excepción marginal toda modalidad que se aparte del modelo de empresa agraria.” [SÁNCHEZ-HERNÁNDEZ, A., “Nueva configuración jurídica de la actividad agraria”, *Jornada Temática «Empresa Agraria y Cooperativismo» celebrada en Madrid, el 18 y 19 de abril de 2002*, p. 16.].

⁷⁸⁴ DELGADO DE MIGUEL, J.F., *Derecho Agrario de la Unión Europea*, Editorial Thebook, Oviedo, 1996. Con remisión a estadísticas internacionales relativas a explotaciones familiares agrarias, y la rentabilidad y productividad de las mismas sostuvo que “...no es del todo cierta la equiparación entre explotación familiar y pequeña explotación.” [pp. 39-40].

⁷⁸⁵ Autores como Vattier y Millán Salas han dedicado algunos de sus artículos, que abarcan en su totalidad, la explicitación de los caracteres de la empresa agraria, que se concretan en la economicidad, organicidad, profesionalidad e imputabilidad. Ejemplos representativos de sus obras encontramos en VATTIER FUENZALIDA, C., La empresa agraria y las explotaciones prioritarias”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, 1997, pp. 45-57. y MILLÁN SALAS, F., “Requisitos de la empresa agraria”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 1993, núm. 3, pp. 215-226.



En la misma línea de normalidad en la equivalencia de una y otra entidad se ha asimilado en diferentes fueros que “la institución central seguirá siendo la empresa o explotación agrarias, cuyo concepto y regulación compete a los civilistas”⁷⁸⁶.

Se trataría en última instancia de encontrar la compatibilidad entre la empresa agraria y el concepto genéricamente entendido de “empresa”⁷⁸⁷ y la inserción de la agricultura en un contexto de modernidad, donde necesariamente, dicha empresa agraria deberá someterse a los avatares del Derecho mercantil, como cualquier empresa industrial, integrada en un ordenamiento jurídico que respete los principios del libre mercado y la mayoría de veces, de una economía capitalista.

Cuestión distinta supondrá la repercusión del elemento intelectual⁷⁸⁸, clave del convencimiento personal de una actuación profesional del empresario en un ámbito u otro. A priori, parece que este aspecto esté desprovisto de interés, pero los efectos prácticos provenientes del sentir de esta parte de la población, podrían incidir en una realidad social, que en última instancia, podría ser susceptible de alterar una realidad jurídica, influyendo en una determinada categorización jurídico-normativa, traducida en la diferente creación de normas sucesorias agro-empresariales sobre el particular.

3.5.3 El patrimonio familiar en la sucesión en el Derecho común y foral

a. El debate sucesorio actual sin sentido, en lo agrario

Las tendencias contemporáneas que apuntan a una visión un tanto menos idealizada sobre la implementación de una mayor flexibilidad legal en la atribución de cuotas legitimarias, se ha enfrentado a posturas más reivindicativas que abogan por un

⁷⁸⁶ GARCÍA CANTERO, G., *Un siglo de Derecho Agrario*, [Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Zaragoza el 5 de abril de 2001, con ocasión de la Clausura del VI Curso de Derecho Agrario], p. 7.

⁷⁸⁷ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “El Derecho Agrario en España...”, op. cit., p. 1111: “La empresa sería, para los partidarios de estas ideas, la verdadera protagonista del Derecho agrario, siempre que abarque toda unidad de explotación agrícola, sea cual fuere el grado de desarrollo o tecnificación de su organización. Por otra parte, se consideró necesario perfilar un tipo o tipo de empresas agrícolas lo suficientemente capaces para evaluar la existencia de una agricultura moderna e industrializada”.

⁷⁸⁸ HERRERA CAMPOS, R., op. cit., p. 73: “Hoy día se puede decir que en España existe una escasa cultura de empresa agraria, pues los propietarios de las explotaciones agrarias no se consideran como verdaderos empresarios.”.



giro en el sistema de reservas, con la finalidad de posibilitar la transmisión íntegra intergeneracional del patrimonio familiar.

En este sentido, se ha sostenido por las primeras que “la organización del trabajo en la explotación (empresa) puede relacionarse...con la propiedad y poderes de gestión, con la responsabilidad y los riesgos, y de ahí la relación con el patrimonio familiar, y así lo ha hecho la legislación...como muestran las leyes sobre patrimonios familiares y el derogado Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de 1981”⁷⁸⁹.

Se atribuye la correspondiente relevancia a este aspecto, debido a la significación de la tierra como activo patrimonial, bien como un régimen jurídico en general, bien como el objeto de la explotación familiar, bien como “objeto de algunas medidas especiales, entre las que se destaca el aspecto sucesorio”⁷⁹⁰, en tanto que “la familia y la herencia no son inmunes al despliegue histórico”⁷⁹¹.

Como se ha expuesto, existe cierto antagonismo con algunas ideas más pretéritas mencionadas, propensas a la adopción de una reforma legitimaria en la cuantía individual reducida al mínimo necesario⁷⁹², generada por una necesidades distintas en el agro actual y puesto que el comportamiento de familias campesinas que en la actualidad muestran otro interés en la materia, más dependiente de precios y ayudas que del sistema sucesorio hereditario, siempre que a este sistema le sea posible aportar la suficiente flexibilidad –que actualmente ya confiere el Código Civil- para posibilitar un reparto sucesorio equitativo, y en esa línea de pensamiento se ha argumentado que “...toda la palabrería en torno al CC y su sistema hereditario como máquina destructiva de explotaciones no se sostiene en un mínimo de análisis de la experiencia jurídica histórica”⁷⁹³.

El problema de fondo pues, no estriba en aportar medios jurídicos para una correcta sucesión del negocio familiar –que considera suficientes los existentes en el

⁷⁸⁹ NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., “La explotación agrícola de tipo familiar ¿problemas de conservación o de supervivencia?”, *La protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch 2006, p.263. El autor expone un pensamiento fundamentalmente crítico frente a las ideas de ROCA SASTRE.

⁷⁹⁰ NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., op. cit., p.270.

⁷⁹¹ NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., op. cit., p. 277.

⁷⁹² ROCA SASTRE, R.M., “*La necesidad...*” op. cit., p. 376: “La verdadera fórmula solucionadora aquí es...que los Códigos adopten fórmulas *amplias* en materia sucesoria...y concretamente al punto vital del *quantum* legitimario, cabe establecer el tipo máximo del cuarto y con las flexibilizaciones convenientes del instituto legitimario o bien, si se quiere, extender el juego de la mejora a base de legítima larga, pero con cuota legitimaria individual reducida.”

⁷⁹³ NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., op. cit., p.285.



Código Civil- sino que es necesario centrarse en los problemas estructurales de la agricultura y en el abandono del tratamiento de la explotación; sin que por ello deba desdeñarse como esencia de las soluciones valoradas como favorables para la integridad y conservación del negocio de la familia. En vista de ello, no será necesario buscar los medios para alcanzar un sistema sucesorio agrario con este fin, sino que la prioridad estribaría en atender a otras instituciones algo más políticas, mediante las cuales se aliviarían, en cierto modo, algunos problemas agrarios, industriales y económicos.

b. La idoneidad del Derecho común postulada por José Luis De los Mozos

En una distinta línea temporal se respaldó la no reducción de la legítima, advirtiéndose la inclinación por el remedio del pago en metálico con el fin de evitar así la división empresarial, sin necesidad de tener que recurrir a las soluciones vigentes en el Derecho foral⁷⁹⁴, basándose en su propia debilidad para este cometido, aseverándose - frente al decir de la doctrina partidaria de tomar como referencia el modelo del Derecho foral como criterio para la conservación de la explotación- que “También existen otras instituciones de los Derechos forales que son contrarias a la protección de la explotación agraria, o cuyo fundamento es muy dudoso en un Derecho moderno...”⁷⁹⁵.

Un posicionamiento contundente rechazaría la reforma de la legislación civil para este fin de conservación de la empresa⁷⁹⁶, lo cual incluyó la apuesta por las instituciones de protección a través de mecanismos que regularan expresamente las

⁷⁹⁴ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. “Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código Civil, en los Derechos Forales y en Derecho de colonización)”, *Anuario de Derecho civil*, 1974, p. 529: “...sistemáticamente no existe ningún inconveniente para que esta situación pueda corregirse, no suprimiendo o reduciendo la legítima, sino permitiendo su pago en dinero y estableciendo otros remedios para que la explotación no se divida. Pero para esto bastan unos pequeños retoques y no es preciso modificar el sistema, ni en cuanto a la reducción de las cuotas, ni en cuanto a la conservación de la legítima en un mero *derecho de crédito*...”. Del mismo modo vuelve a pronunciarse a posteriori en esta misma obra: “Además, hay que rechazar que el Código Civil en el tema de conservación de unidades agrarias y de la propia explotación agrícola a través de la sucesión mortis causa tenga que ser corregido desde el derecho foral, aunque otra cosa es que las diferentes técnicas que se presentan en los Derechos forales...sirvan para suscitar el reencuentro con la propia tradición vernácula del Código civil” [p. 541].

⁷⁹⁵ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Hacia un Derecho sucesorio agrario...”, op. cit., p.543.

⁷⁹⁶ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, Vol. LVIII, núm. 10, p. 886: “...lo que debe hacerse, desde el punto de vista de la política legislativa, es acentuar la protección de la explotación agrícola, desde su aspecto dinámico, desarrollando al máximo las posibilidades que ofrecen los supuestos ya admitidos... por lo que es preferible renunciar a un planteamiento unitario y acudir a soluciones parciales.”



transmisiones *inter vivos* o *mortis causa*. De este modo se podría fomentar la conservación y explotación de la unidad agraria. A priori, se detecta un cambio de tono en el discurso sobre el rechazo de métodos sucesorios que tomaran como patrón el Derecho foral⁷⁹⁷, pero con posterioridad, en disertaciones mucho más extensas⁷⁹⁸, se desarrolló un pensamiento que disipó las dudas sobre un cambio en este razonamiento, negando que “en los derechos forales se encuentren todas las excelencias que faltan en el Código”⁷⁹⁹ en la medida que el Derecho foral resultaba igual de arcaico, tendente, de la misma manera, al fraccionamiento de las unidades agrarias⁸⁰⁰.

Se destacó más bien el derecho territorial como un recurso nostálgico que reconducía la unidad familiar agraria dentro de unos cauces normalizados en el ámbito sucesorio, habiéndose llegado a estimar y calificar el derecho foral como “útil, completo y verdadero Derecho agrario actual”⁸⁰¹. No obstante, debía considerarse que la preocupación de los derechos forales por la explotación se basaba más en el fin para concentrar bienes en la familia que en la explotación como un medio para la producción; siendo estos derechos, debido en gran medida a su antigüedad, de “técnica muy deficiente”⁸⁰².

⁷⁹⁷ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “En torno al régimen jurídico...”, op. cit., p. 888: “Si estas medidas se completan o complementan con otras, en el campo de la sucesión *mortis causa*, a imagen de las que se van produciendo en el derecho de colonización...con algunos retoques en el Código civil, o aprovechando algunas de las fórmulas que ofrece el Derecho foral, llegaremos a conseguir una protección suficientemente amplia, para el desarrollo y mejora de la explotación agrícola.”

⁷⁹⁸ Un ejemplo lo tenemos en la obra de DE LOS MOZOS, *Propiedad, Herencia y División de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario*.

⁷⁹⁹ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “La influencia de la sucesión «*mortis causa*» en el proceso de la modificación de las explotaciones, planteamiento general, en derecho foral y en el derecho especial agrario”, *Propiedad, Herencia y División de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario*, Serie Estudios, Ministerio de Agricultura, Secretaría General Técnica, Servicio de publicaciones agrarias Madrid, 1977, p. 78.

⁸⁰⁰ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “La influencia de la sucesión «*mortis causa*»...”, op. cit., p. 91: “...cuando se echa la culpa al sistema de legítimas del Código del fraccionamiento de las *unidades agrarias* y para evitarlo se pretende reducir la cuota legitimaria del tercio al cuarto, o suprimirla en absoluto en interés de la conservación de tales unidades agrarias. Sin tener en cuenta que, un sistema legitimario de este tipo no ha impedido el desarrollo de la agricultura en regiones como Valencia o Murcia...Cuando especialmente en estos territorios [habla de Aragón y Navarra], lo mismo que en el resto de los Derecho forales, se encuentran instituciones que no solamente favorecen la conservación de la *explotación agrícola*, notablemente, causando extrañeza el hecho de que los foralistas que tanta diligencia han mostrado para demostrar el individualismo del Código civil, no la hayan tenido igual para lamentar el arcaísmo del Derecho foral, sobre todo cuando se muestra contrario para servir a tales intereses. Por eso creemos que si hay que reformar el Código civil, también hay que reformar el Derecho foral, para adaptarlo a las necesidades de la realidad...”

⁸⁰¹ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Instituciones de Derecho foral que favorecen la continuidad de la agrícola y que convendría entender en algún modo a todo el territorio nacional”, *Propiedad, Herencia y División de la explotación agraria...*, op. cit., p. 138.

⁸⁰² DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Instituciones de Derecho foral...” op. cit., p. 146.



Así pues, la solución a estas carencias estribaba en el establecimiento de un *quantum* legitimario armónico y adecuado con cuya asignación a cada reservatario debería comprobarse la resistencia de una explotación mínimamente productiva y “si ese *quantum* es suficiente para el cumplimiento de los deberes familiar-sucesorios que el titular o titulares tienen para con sus legitimarios”⁸⁰³, reconociendo a su vez, la importancia de la flexibilidad de la que precisaba la explicitada porción legitimaria, a lo cual, contribuía notablemente el artículo 1056 CC en su formulación. Por lo tanto, se exoneró al tercio legitimario de la responsabilidad en la disgregación de la explotación ante la eventualidad –inminente al final- de la sucesión⁸⁰⁴. La alternativa de los foralistas fue, o bien la supresión del tercio legitimario, para sustituirlo por el cuarto, o bien directamente la sustitución por un derecho de alimentos; aunque los defensores del sistema de Derecho común, siguieron insistiendo en que la flexibilidad del sistema legitimario vendría determinada por el respeto del *officium pietatis*, que “no entorpezca al causante su ordenación sucesoria mortis causa y no quebrante esencialmente la libertad de testar”⁸⁰⁵, aduciendo, no obstante, que no era razón de suficiente peso para promover un modificación en el Código, del tipo del art. 1056 CC⁸⁰⁶ aunque haciendo constar sus mismas reservas al respecto.

⁸⁰³ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., Ibidem.

⁸⁰⁴ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Instituciones de Derecho foral...” op. cit., p. 156: “...no parece que la legítima de un tercio de distribución igualitaria, que puede ser pagada en metálico, sea la causante de una imposibilidad de mantener indivisa la explotación agrícola mínimamente productiva, y que esa supuesta imposibilidad desaparezca con la simple reducción de la legítima de un tercio a un cuarto de la herencia.”

⁸⁰⁵ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Instituciones de Derecho foral...” op. cit., p. 162.

⁸⁰⁶ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Instituciones de Derecho foral...” op. cit., p. 175: “...probablemente no es necesario, para conseguir una verdadera flexibilidad legitimaria en el Derecho común, el reducir el *quantum* legitimario global a la cuarta parte del caudal, porque parece una cuantía no excesiva la del tercio de legítima estricta de los descendientes. No sería necesario a este respecto, una evolución normativa del Código, pero esta evolución parece sin embargo necesaria para la flexibilidad legitimaria en sí, porque, como ya hemos dicho, ésta exige no sólo una libre conformación de la legítima, por el testador, un poder dejarla éste por cualquier título como admite el art. 815 del Código, sino también un modo flexible de pago acomodado al menos a esta conformación, y esto último no aparece en el Código donde hay un excesivamente primordial derecho del legitimario a obtener la legítima en bienes de la herencia...de modo que la excepción del pago en dinero del pfo. 2º del art. 1.056 no parece acomodada, por su timidez y estrechez, a aquella libre conformación que permite el art- 815. Mas aún, incluso admitida la repercusión plena de esta libre conformación en el modo de pago, ello no sería suficiente para una total flexibilidad de este pago si no evoluciona la naturaleza de la legítima...Pero es que, aún dándose tal conformación del testador con una consiguiente disposición de pago en metálico, la flexibilidad [sic] de éste para la legítima en general no sólo para la de los descendientes y para cuando la explotación se adjudique a uno de ellos, exige también una evolución normativa.”. Al contrario que en anteriores ocasiones, parece que el autor atenúe su oposición a ultranza a modificar la cuantía de la legítima, por los beneficios que ello puede reportar, sin restar importancia del mismo modo a la incorporación de medidas trascendentes en el Código susceptibles de facilitar la sucesión de la explotación. Ante ello nos cuestionamos si podría presentarse como mejor remedio la modificación o sustitución del sistema de tercios por otro sistema que ofreciera un mayor respeto a la libre disposición por parte del causante, o si



c. Invitación a la moderación

Posturas afines, sostuvieron que el sistema del Código Civil ofrecía velar por la conservación de las explotaciones y que “Desde el punto de partida de la libertad testamentaria el sistema de mejora combinado con la libre disposición del tercio de la herencia permiten al testador encontrar solución, en muchos casos, a la conservación de una explotación agrícola.”⁸⁰⁷. Además, apreciaron un reconocimiento a los méritos del Código Civil en la atribución indivisa de los bienes a uno de los hijos y pago en metálico a los no adjudicatarios, aunque sin olvidar que “...las exigencias del Derecho agrario no pueden satisfacerse por un cauce tan estrecho. Es preciso orientarse hacia una reforma de la sucesión en la explotación agrícola.”⁸⁰⁸; para lo cual sería necesario supeditar la toma de decisiones legislativas a la realidad socio-económica del momento, respetando la parte parigual de la reserva correspondiente a cada uno de los legitimarios, coordinando esta solución con otras emanadas de los Derechos forales⁸⁰⁹ o del derecho comparado⁸¹⁰. Con ello se alcanzaría la evitación del desmembramiento sucesivo y antieconómico de la tierra, así como la conservación de las explotaciones agrícolas.

También se entró a conocer de la materia, de forma más somera y dedicando mayores líneas a la cuestión más técnica, del artículo 1056 CC, analizándose la relación de las unidades agrarias con dicha norma, en estrecha relación con la problemática que afectaba al sistema de legítimas, notando como el mal principal, “la partición antes que las propias legítimas, la que puede llegar a pulverizar tanto las unidades agrarias en sentido lato, o más particularmente las explotaciones”⁸¹¹, aunque sin desdeñar el mérito ganado por el Derecho foral, cuyos mecanismos coadyuvaban al mantenimiento de la

por el contrario resultaría suficiente recurso la utilización de un remedio puntual, como el del artículo 1056.2 CC. Parece ser que su opinión está en sintonía, al menos parcialmente, con la de un legislador que casi un cuarto de siglo después desde la formulación de las ideas del jurista mentado, otorgaría mayor desarrollo al mencionado artículo, esclareciendo y ampliando su casuística, su aplicación, y por ende, ratificando si cabe, su vigencia.

⁸⁰⁷ ESPÍN CÁNOVAS, D., “La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil español”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, Vol. LXIII, núm. 4 (abril), p. 310.

⁸⁰⁸ ESPÍN CÁNOVAS, D., “La conservación...”, op. cit., p.317.

⁸⁰⁹ Parece pues, que en última instancia se mostrara el respeto por el Derecho foral.

⁸¹⁰ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Ibidem*. “Se impone en el régimen del Código una amplia reforma que permita coordinar el respecto a los derechos cualitativos de la legítima de todos los herederos con la conservación de las explotaciones agrarias.”. En el mismo sentido encontramos la opinión más contemporánea de la profesora Parra lucán.

⁸¹¹ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Algunos aspectos de la regulación de la sucesión «mortis causa» en el Código Civil español, que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, Vol. LXIII, núm. 6, p.549.



unidad familiar, o en otros casos, propugnándose la necesidad del trazado de unas líneas legales sucesorias de la explotación familiar, tomando como también referencia el Derecho foral, cuyo punto de partida en el mismo, tanto se había criticado por la anterior doctrina⁸¹².

En el mismo sentido, se detectó un convencimiento de que “...donde más ha perdurado la tendencia legislativa y social a conservar la propiedad familiar es en las regiones forales...”⁸¹³, mostrando la tendencia de dichas regiones a la “...perpetuación de la familia por la conservación e indivisión por la conservación e indivisión del patrimonio familiar.”⁸¹⁴, reconociendo la inexistencia en el Código Civil de los debidos preceptos que indujeran a la conservación de la propiedad familiar. Pero tampoco se dejaba de admitir la necesidad de un sistema mixto mediante el cual, los elementos de Derecho foral pudieran subsistir con los vigentes del Código Civil, habida cuenta de la insuficiencia de los derechos territoriales para ofrecer todas las soluciones al problema planteado, debiendo tomar medidas sobre la cuota de la legítima –que nunca debía llegar a extinguirse- o aplicando los medios legales vigentes, aunque éstos tampoco serían aptos para dar completa satisfacción a los inconvenientes de la propiedad familiar⁸¹⁵.

⁸¹² LUNA SERRANO, A-FERNÁNDEZ BOADO, P., “Método y posibilidades de una planificación agraria en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1964, núm. 428-429, p. 84: “No deja de ser del mayor interés que las reformas aquí propugnadas como necesarias y urgentes, y que una planificación de la agricultura forzosamente deberá realizar si quiere asegurar la eficacia de sus realizaciones, tienen un ejemplo vivo en las normas legales y consuetudinarias vigentes en las llamadas regiones forales. En estos países, de economía en general agraria y pobre, se consigue a través de institutos como los aquí propuestos -liquidación de las legítimas en dinero...- dar a la empresa agraria una mayor estabilidad y seguridad que goza en los territorios sujetos al llamado Derecho común...no basta con defender la unidad agraria, sino que es preciso también proteger jurídicamente la estabilidad de la empresa que funciona sobre aquella unidad. En la muy difícil tarea que para lograr esto debe intentar la política planificadora, debe partirse de la experiencia que proporcionan las viejas normas forales”.

⁸¹³ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Familia y propiedad...”. op. cit., p. 664.

⁸¹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Ibidem*.

⁸¹⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Familia y propiedad...”, op. cit., pp. 672-673: “Las legislaciones forales, en efecto, ofrecen una magnífica fórmula, de tipo convencional, para la conservación de la propiedad familiar [en párrafos anteriores, el autor se refiere a dichos derechos como instituciones cuyo uso debería generalizarse]...Pero esta solución no bastaría para proteger los patrimonios familiares...Se impone, pues, combinar aquella solución con algunas otras...que puedan dar impulso en el Código Civil a la protección de la familia. Y entre ellas podrían figurar las siguientes: a) Reducir la cuota legitimaria estricta de los hijos o, cuando menos, dar más elasticidad a la fórmula del actual artículo 1.056 sobre el pago en metálico de la legítima, permitiendo que se arbitren las formas de compensación que en cada caso resulten más convenientes.”. Pero a tampoco se cierra el paso a la combinación de estos dos elementos (derechos forales y métodos del Código Civil), en la medida que “La solución que el segundo párrafo del art. 1.056 del Código civil ofrece al problema de la división y pulverización de los patrimonios rurales, no lo resuelve plenamente, por dos razones: Primera, porque no siempre el coheredero tendrá medios para abonar a los legitimarios en metálico su porción hereditaria y, tratándose de pequeños patrimonios, puede asegurarse que nunca será eso viable. Segunda, porque dicha solución



Por otra parte, se produjo un ahondamiento en la cuestión de conservación del patrimonio familiar que convergió con la cuestión de la porción legitimaria, admitiéndose la facilidad en la transmisión y en la preservación del citado patrimonio, mediante la propuesta de una mayor libertad de disposición a la hora de testar, siempre dentro de unos justos términos "Sin excesivos radicalismos, que en el Derecho civil no son aconsejables nunca...una fórmula de amplia, pero no absoluta libertad testamentaria, parece ajustada a las exigencias teóricas y prácticas y también al sentido de la evolución histórica del Derecho patrio."⁸¹⁶.

La unión conceptual entre el protagonismo de la empresa agraria y el Derecho foral⁸¹⁷ tomaba como punto de partida la sinergia entre Derecho foral y Derecho agrario en relación con las "corrientes modernas del Derecho de la empresa agraria"⁸¹⁸. De este modo, se ubicaron otros pareceres en un justo ecuador⁸¹⁹, desechando los defectos y tomando las virtudes del primero, pero sobre todo, manteniendo la necesidad de una reforma en la legislación especial y en el Código Civil. Posturas éstas que recorrieron el Derecho agrario, deteniéndose en el ámbito sucesorio, así como en la explotación familiar. La explotación agraria y la conservación de su unidad se mostraron como fenómenos estrechamente unidos cuyo tratamiento podría abordarse mediante el

presupone disposición testamentaria y no resuelve el problema de los casos de fallecimiento abintestato." (en este sentido, comprobamos que ya se apuntaban las debilidades del apartado segundo de dicha norma).

⁸¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., "Familia y propiedad...", op. cit., p. 676. Postuló un constante acercamiento entre Derecho común y foral: una modificación que aportara un mayor margen de actuación en el derecho castellano junto al reconocimiento de las virtudes sucesorias propias del Derecho foral. Esta sería la postura intermedia que quizás, debía servir para templar posiciones exacerbadas, al tiempo que para brindar la utilización del necesario margen de libertad en el fenómeno sucesorio empresarial: "Nos parecería un poco violento llevar a las provincias castellanas un principio absoluto de libertad testamentaria...allí donde las condiciones del medio y la costumbre impongan el reparto igualitario de los bienes, los padres no harán uso de la libertad de testar que la ley pueda concederles. Y en cambio, el sistema de legítimas, cuando es muy cerrado y restrictivo, impide de manera irremediable, por las particiones forzosas, la conservación de los pequeños patrimonios agrícolas y de las pequeñas empresas industriales." [pp.675-676].

⁸¹⁷ BALLARÍN MARCIAL, A., "El Código Civil y la agricultura", *Revista de Estudios Agrosociales*, 1953, núm. 2, p. 14: "Basta pensar que toda la tendencia actual a proteger la unidad de la empresa agraria en el momento crítico de su transmisión sucesoria, viene a coincidir con las previsiones de nuestros Derechos Forales para la conservación de «la casa»: la libertad de testar, las legítimas en metálico, los fideicomisos..."

⁸¹⁸ BALLARÍN MARCIAL, A., "El Código Civil...", op. cit., p. 15.

⁸¹⁹ BALLARÍN MARCIAL, A. *Ibidem*: El Derecho foral adolecía de una "...falta de sentido social, y, por lo tanto, le llegará también la hora de ser reformado en tal dirección. Así, por ejemplo, con la libertad de testar, igual que a la pequeña empresa se favorece a la grande. En cambio, el Derecho Agrario moderno tan sólo desea salvar de la división pulverizadora [sic] a la pequeña y, todo lo más, a la mediana unidad productiva. Otros muchos defectos de este tipo podríamos señalar en nuestro Derecho Foral, pero, en resumen, preferimos limitarnos a afirmar que, con retoques que corrijan su individualismo, el Derecho Foral puede ser una de las bases de partida para construir un nuevo Derecho Agrario español, fundado en la empresa, y en la familia como principal grupo productivo..."



acogimiento a un sistema similar al foral –más ajustado a las necesidades agrosucesorias- o bien a un sistema legitimario con las características del Derecho común vigente; con algunas matizaciones⁸²⁰. Para resolver el problema sucesorio en la explotación agraria⁸²¹ se remarcó la carencia de la que adolecían ambos sistemas jurídicos debido a la falta de principios de conservación de la misma, así como de atribución preferencial entre herederos, fundamentales para atribuir a un ordenamiento la calificación de continente de garantías de un derecho sucesorio agrario. Sería necesario entonces, llevar a cabo una labor de interpretación que, por el momento, sólo tenía el respaldo en unos endebles cimientos jurídicos necesitados de desarrollo.

d. El Derecho foral como solución

Por otro lado también se formularían opiniones favorables al Derecho foral, propugnando su adopción como un ejemplo a imitar debido a las limitaciones del Derecho sucesorio común, con el fin de la conservación *mortis causa* de las explotaciones⁸²².

Los criterios de este Derecho foral deberían tomarse como complementarios, de cara a la constitución de un adecuado sistema sucesorio que pudiera ofrecer la debida estabilidad jurídica a las empresas agrarias y por lo tanto, pudiera procurar “la

⁸²⁰ BALLARÍN MARCIAL, A., “La sucesión *mortis causa* en la explotación agraria”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2001, núm. 38, p. 10: “Un primer sistema lo fiaría todo a la libertad de testar, de modo que el padre pueda elegir a su heredero único respecto de la explotación... El otro método consiste en mantener el sistema legitimario en vigor, pero atenuado mediante la regulación de la atribución integral facultativa, lo que ahora se puede estimar logrado en España tras la reforma de los artículos 841 a 847 del Código civil y regular la obligatoria para las explotaciones de tipo familiar.”

⁸²¹ BALLARÍN MARCIAL, A., “La sucesión *mortis causa*...”, op. cit., p. 11: “Como lo estamos viendo, no se cumplen esos requisitos [de conservación de la organización productiva y de valoración preferencial] ni en el Derecho estatal ni en ninguno de los Derecho autonómicos o forales, aunque se ha venido estimando que estos últimos responden mejor a las necesidades de la agricultura y, en términos generales, cabe ver una ventaja de las estructuras agrarias de las Comunidades Autónomas de Derecho foral respecto de las demás... Así pues, los Derechos españoles relativos a la sucesión en las explotaciones nos ofrecen retazos o bases de partida, pero nada más.”

⁸²² GARRIDO DE PALMA, V.M., “Oportunidad de un derecho sucesorio agrario”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1978, núm. 104, p. 70: “¿Qué para lograrlo [que la legislación plasme la función social de la propiedad] hay que modificar adecuadamente la legislación española y, en concreto, el Código Civil?. ¿qué duda cabe!; los mimbres legales son insuficientes... e insuficiencia en derecho sucesorio... ¿a qué se espera... para regular con precisión y claridad plenas la postura de los legitimarios, con su derechos, pero con sus límites ante la necesidad de conservación «mortis causa» de las explotaciones? En definitiva, pues, una *sola conclusión* saco como final; a mi juicio un Código Civil reformado en lo estrictamente necesario y completado con los principios que inspiran los Derechos forales y algunos europeos en los aspectos estudiados contiene los mimbres, las bases fundamentales que requiere el Derecho sucesorio agrario español.”



conservación de una explotación agraria en su integridad”⁸²³ empleando para ello el anhelado recurso de la libertad de testar, debido al escaso margen de actuación ofrecido por el artículo 1056 CC y por la insuficiente alternativa del uso del tercio de mejora y de libre disposición, que sólo suponía un remedio “aleatorio y parcial”⁸²⁴. Se demostró así la más absoluta fe en la necesidad de la confección de un nuevo sistema, que debería estar dotado de notables diferencias respecto al establecido⁸²⁵, dado que para alcanzar la necesaria perdurabilidad del negocio agrario no resultaba suficiente contar con la complementariedad de preceptos adecuados, sino la sustitución casi por completo de un sistema legitimario defectuoso y perjudicial para los intereses del agro.

Asimismo sería reseñable la existencia de posturas híbridas que se decantaron finalmente por el Derecho foral. Aunque la manifestación de la debilidad del sistema sucesorio en el Código Civil en lo concerniente al negocio agrario familiar fue una constante -y aunque por parte de la doctrina se postuló que sólo podría afianzarse mediante normas especiales- en un principio también se juzgó el sistema normativo vigente como bueno y preservador de unidades agrícolas. Ello sin olvidar que en la consciencia de la necesidad de la evitación de la disgregación de la explotación de este carácter familiar, también se mostró la relevancia del reconocimiento de los derechos forales, más capaces de promover y posibilitar la sucesión de la unidad agraria familiar; no así como el Código Civil, que producía “la partición igualitaria entre los herederos... Así pues, el sistema del Código junto con esta tradición han hecho frecuente la fragmentación de las explotaciones y la dispersión parcelaria. Esto sucede no tanto por sus normas imperativas, por las legítimas, como por la falta de un adecuado sistema

⁸²³ LUNA SERRANO, A-FERNÁNDEZ BOADO, P., op. cit., p. 82-83. Los autores no sólo referenciaron las carencias del sistema legitimario actual ni las consecuencias de una mera inacción legislativa, sino que además apuntaron una acción perjudicial derivada de la vigencia de los artículos 806 a 847 del Código Civil y la escasa solución ofrecida por la combinación de la cuota legitimaria con el tercio de mejora y libre disposición: “Sin duda alguna, el sistema legitimario del Código civil español necesita de una reforma en esta materia, exigencia... que cada día se manifiesta como más urgente... [y que por lo tanto] habría de dirigirse a evitar los graves inconvenientes que la aplicación de ciertos preceptos de alcance general proporcionan a la agricultura...”.

⁸²⁴ LUNA SERRANO, A-FERNÁNDEZ BOADO, P., p. 82.

⁸²⁵ Esta solución se traduce en el continuo envite contra el sistema legitimario vigente, proponiendo una reforma del estilo francés y reconociendo que “No cabe duda que una modificación tan importante del sistema legitimario y particional no sería fácil, pero ello no debe arredrar al legislador para una reforma del Código civil en el sentido indicado. Tras la acción del legislador habría de venir, naturalmente, la mayor estabilidad de la empresa agraria... y si aquella reforma fuera consecuente y estuviera complementada con normas que hicieran posible hacerla efectiva sin lesionar los intereses de los herederos no sucesores en una explotación, se evitarían muchos de los males- a veces de indudable trascendencia social- que hoy aquejan a nuestras zonas rurales.” [LUNA SERRANO, A-FERNÁNDEZ BOADO, P., op. cit., p.83].



imperativo...”⁸²⁶. Por lo tanto, suponía “una necesidad la reforma de los preceptos del Código en cuanto afectan a las sucesiones en los ámbitos rurales”⁸²⁷ que debían tomar como patrón los parámetros seguidos por los derechos forales, en cuyos territorios parecía inextinguible aquella sociedad campesina que alimentaba la llama de la familia patriarcal y unida, relacionada estrechamente con el mantenimiento de la explotación agrícola familiar, decidida a mantener su viabilidad a través de las generaciones bajo los parámetros esenciales de la atribución unitaria de los patrimonios y la determinación del heredero favorecido a cambio de la compensación a los demás hijos.

Esto implicaba que debía reaccionarse frente a la constante e injusta igualdad de las particiones hereditarias por medio de un aumento de las facultades dispositivas en el testador, o bien, con la implantación de un “sistema orgánico de atribución unitaria de la unidad agrícola al heredero más apropiado, que debe compensar a los demás su cuota igual o restringida”⁸²⁸, tradición vigente en el derecho comparado. De este modo, al igual que tratadistas especializados en el ámbito jurídico-agrario, como CATÀ DE LA TORRE, FAGES DE ROMÀ o DE UHAGÓN Y GUARDAMINO en el siglo anterior; se demandaba una reforma de las deficiencias que generaba la trituración de la propiedad y la dispersión parcelaria, acciones éstas que debían venir de la mano de un derecho sucesorio pertinentemente formulado⁸²⁹, considerando que la solución menos perjudicial para la explotación sería aquella que se apartara de la división *in natura* del patrimonio hereditario; ello sin perder de vista que el derecho sucesorio no dejaría de estar en estrecha relación con la “...concepción social y tradicional de la familia y del patrimonio familiar”⁸³⁰.

Estos postulados ya parecían acordes a los que con posterioridad defendería VALLET en relación con la adaptación de los sistemas legitimarios a la sociedad y al momento histórico en que debieran ser aplicados. Encontramos esta relación de conceptos en las propuestas de modificación del sistema sucesorio igualitario que trayendo causa del Derecho agrario, consideró PEÑA que obligaba a una profunda

⁸²⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “La conservación de las unidades agrarias”, *Anuario de Derecho civil*, 1959, Vol. XII, núm. 3, p. 947.

⁸²⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., op. cit., p. 949.

⁸²⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., op. cit., p. 980.

⁸²⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., op. cit., p. 1003: “Un buen Derecho sucesorio puede conseguir la adecuación del tamaño de las unidades existentes a las necesidades económicas con la amplia eficacia – espacial y temporal-, con el equilibrio y solidez y con el recato que caracteriza a las medidas de Derecho civil.”.

⁸³⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Ibidem*.



reflexión de las consecuencias sociológicas y económicas⁸³¹, para lo cual, además, no se podría hacer depender esta reforma del derecho hereditario agrario de una reforma del Código Civil, al existir “incompatibilidad entre la urgencia de las soluciones mantenedoras de las unidades agrícolas con la obra necesariamente lentísima de una codificación civil”⁸³².

La profundización en el análisis de la relación entre la familia y la sucesión, considerando estos dos ámbitos enraizados en la ordenación popular, condujo a la atribución de los caracteres a los derechos forales de “sistemas jurídicos completos y autosuficientes”⁸³³, con el fin de alcanzar un objetivo continuista de la empresa agraria, cuyo máximo promotor sería el ánimo familiar, que incitaba a perpetuarse en el tiempo, consciente de que “una fuerte corriente de opinión defiende la empresa familiar como uno de los fines a que ha de atender la futura política agraria”⁸³⁴. Siguiendo la tendencia de defensa de los derechos territoriales en la interpretación de que aquéllos eran los más preparados para una regulación más transigente de la ordenación sucesoria frente a la rigidez del Código, se justificó su mayor solvencia destacando como puntos fuertes del ordenamiento sucesorio foral “un sistema de legítimas lo suficientemente flexible como para permitir la transmisión íntegra del patrimonio al sucesor único, aunque sean muy pocos los bienes que resten fuera de él, o acaso ninguno”⁸³⁵.

También se trató la cuestión desde un enfoque europeísta, del que debería surgir una legislación agraria moderna, destinada a conformarse como una disciplina con entidad propia y diferenciada: la de la sucesión *mortis causa* en relación directa con los bienes rústicos, con el fin de “evitar el fraccionamiento excesivo de la explotación agrícola y de mantener su unidad en el tránsito sucesorio”⁸³⁶ y a través del vínculo familiar de la propiedad se articulaban distintas formas particulares de sucesión, como el pago de legítimas en metálico, propio de un Derecho agrario moderno en el que seguía atendándose a la continuidad sucesoria de la explotación agrícola.

⁸³¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., op. cit., p. 1004: “Pero el condicionamiento histórico del sistema particional, su enraizamiento en la estructura íntima de la sociedad, obliga a una especial meditación del que debe sustituirlo, y de sus repercusiones sociológicas y económicas...”.

⁸³² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., op. cit., p. 1005.

⁸³³ LACRUZ BERDEJO, J.L., “La aportación de los derechos forales españoles a un derecho sucesorio rural”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1964, Vol. XXXIII, núm. 3-4m, p. 412.

⁸³⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., “La aportación...”, op. cit., p. 414.

⁸³⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., “La aportación...”, op. cit., p. 418.

⁸³⁶ VATTIER FUENZALIDA, C., “Algunas notas comunes del Derecho agrario europeo y del español”, *Revista de Derecho Privado*, 1977, Vol. LXI, núm. 10, p.841.



Sin duda, se convertía en el principal factor de preocupación “el derecho de disposición del titular, los derechos legitimarios de su parientes próximos y el interés económico en conservar la explotación agrícola intacta a través de normas específicas”⁸³⁷.

Se volvía a insistir en la estabilidad generada por el arraigo del cultivador a la tierra, basándose en la tradición a la cual poder extender el concepto de empresa. Sin embargo, al hablar de la relación entre familia y empresa, se le atribuyó a la primera un papel fundamental, que debía ser el punto de inicio para una evolución desde la unidad agrícola –entendida como cultivador personal- hacia explotación empresarial. Prueba de ello fue que “Más bien parece, y ello puede afirmarse con plena seguridad en relación al ordenamiento jurídico español, que la institución que sirve de fundamento a este concepto del cultivo directo y personal es la familia y no la empresa”⁸³⁸, enlazando dicha idea con el papel de la sucesión, entendida como un sistema de protección familiar de cooperadores que convivían con el causante. Igualmente se destacó el recio sentimiento familiar en el patrimonio, relacionado con la sucesión de la empresa y con la convicción de que la explotación no debía sobrepasar el círculo de la familia, donde el derecho de sucesiones debía hacer valer el respeto a la explotación, al menos lo suficientemente como para modificar el derecho de los legitimarios, permitiendo incluso la reducción de sus derechos o el pago en metálico, definiendo esta última medida como verdaderamente sustancial⁸³⁹. El Derecho agrario, entendido como una parte especial del Derecho civil⁸⁴⁰ y como un reflejo de la idiosincrasia de los diferentes derechos

⁸³⁷ VATTIER FUENZALIDA, C., “Algunas notas comunes...”, op. cit., p.842.

⁸³⁸ DE COSSÍO Y CORRAL, A., “El concepto de «pequeña empresa agraria» y la moderna legislación española”, *Anuario de Derecho civil*, 1955, Vol. VIII, núm. 3, p. 734.

⁸³⁹ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “La idea de explotación...”, op. cit., p. 369. Además, aunque antigua, destacó la idea-fuerza en torno a la cual orbitaron las disertaciones de este capítulo: “...la regulación de los patrimonios familiares descansa en una concepción familiar tan fuerte [y]...Este interés familiar es tan intenso que...los distintos miembros...entran a formar parte de un sistema recíproco de cooperación con todos los componentes. Esta idea es fecunda, sobre todo en punto a la regulación de la sucesión hereditaria. Porque se aprecia como latente el deseo de que la explotación permanezca en la familia...también en el Derecho de sucesiones ofrece una proyección considerable...Y como consecuencia de esa indivisibilidad, a la hora de regular la sucesión hereditaria, se establece un sistema especial de reducción de los derechos legitimarios a fin de que pueda conservarse la unidad de explotación a través de la división del caudal consiguiente al fallecimiento del titular...Tan grande es el respeto que merece la explotación de las cosas que, en su virtud, se llegar a modificar derechos tan fuertes como son los de los legitimarios...de si las legítimas se deben satisfacer o no necesariamente *in natura*, es lo cierto que la permisión de reducir las y pagarlas en metálico constituye, dentro del sistema sucesorio español, una medida verdaderamente importante.” [pp.368-369].

⁸⁴⁰ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “El Derecho foral como Derecho agrario”, *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Vol. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, p. 488: “No puede...hablarse de autonomía del Derecho agrario, sino sólo de



forales, también fue tratado con especial interés⁸⁴¹, destacando igualmente, la relación de la empresa con la de la sucesión hereditaria⁸⁴². Sin embargo, en algo debía desmarcarse el Derecho agrario del estrictamente foral, cuando “El Derecho privado general, aportando fórmulas relativas a la explotación agraria no contempladas de modo explícito por los Códigos civiles...el Derecho agrario entraña un carácter renovador, y que esta nota no se aviene con la ranciedad de lo foral.”⁸⁴³, aunque más bien parecía que en esencia, la relación debía obedecer a una simbiosis, por cuanto “Los distintos Derechos regionales contienen una rica serie de instituciones que permiten realizar, en importante medida, el designio concreto postulado por el moderno Derecho agrario”⁸⁴⁴. Así, los derechos forales deberían impulsar la integración de este Derecho agrario de cara a la elaboración de esta nueva disciplina⁸⁴⁵, sin que ello significara que la configuración resultante debiera afectar extintivamente a dichos derechos territoriales: más bien al contrario, deberían articularse métodos de convivencia entre los mismos, en la medida que éstos podrían ser su principal fuente de inspiración⁸⁴⁶.

especialidad, de una peculiar coherencia y sistematización de ciertos principios y normas en orden a la estabilidad social y económica de la explotación agrícola, pero sin perder conexión y congruencia con los restantes del Derecho privado general...por eso, el Derecho agrario se presenta, por una parte, como Derecho nacional o más bien regional, y por otra, hondamente arraigado en costumbres y tradiciones... Estas dos notas, regionalidad y tradición, enlazan en España la caracterización del Derecho agrario con el problema de la coexistencia de los distintos Derechos forales”.

⁸⁴¹ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “El Derecho foral como...”, op. cit., p 492: “Así se explica que la nueva disciplina encuentre en España una conexión adecuada con los Derechos forales, pues éstos también constituyen una realidad histórica referente, de modo destacado, a la organización de la familia en función de una vida fundamentalmente agraria. Derecho foral y Derecho agrario se enlazan al superponerse sobre una misma tradición jurídica. De ahí que tiendan a comunicar sus recíprocos contenidos...El Derecho foral aparece dotado de notable valor ordenador de la vida agraria actual. Su secular contraste con la actividad agrícola determinada [sic] que sus ordenaciones ofrezcan un conjunto de criterios armónico y coherente en orden a la destinación de los bienes rústicos, al cultivo por la familia, a la continuidad de ésta en la explotación, al mantenimiento unitario de entidad real de la tierra cultivada...Por ello, el Derecho foral, como condensación histórica de una tradición jurídica que contempla la actividad familiar agraria, nos representa la línea orientadora de una de las corrientes más apropiadas para alcanzar el Derecho agrario de España.”

⁸⁴² LÓPEZ JACOISTE, J.J., “El Derecho foral como...”, op. cit., p. 489. “El Derecho agrario propende, en importante medida, a la protección de la explotación agraria, principalmente la mediana y la pequeña explotación, a la adscripción de la tierra a la familia que la trabaja, y a salvar la continuidad familiar en el cultivo a través de la sucesión hereditaria.”

⁸⁴³ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “El Derecho foral como...”, op. cit., p. 494.

⁸⁴⁴ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “El Derecho foral como...”, op. cit., p. 497.

⁸⁴⁵ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “El Derecho foral como...”, op. cit., p. 503: “Al pensar en un Código general, parece razonable y verosímil que los Derechos forales, sin perjuicio de su vigencia como Derecho esencial de la región respectiva, ofrezcan valor, en su espíritu y en la mayoría de sus instituciones, como Derecho especial de la agricultura.

⁸⁴⁶ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “El Derecho foral como...”, op. cit., p. 505: “si el orden profundo de las cosas es respetado, la inclusión de ciertas instituciones forales entre las de orden agrario no ha de significar una ruptura de la continuidad foral, sino una nueva incumbencia de su desarrollo: la de contribuir a ordenar e inspirar la especialidad jusprivatística rectora de la vida agraria del presente. Para ello aboca hacia una concepción más científica y especializada, precisamente la que le ofrece el Derecho



e. La plasmación en los ordenamientos jurídicos

En los razonamientos que anteceden se reitera el axioma del esfuerzo, de la preocupación y de la inquietud constante en la necesidad del mantenimiento de la explotación en el seno de la comunidad familiar por medio de métodos legales, accesorios a los puramente legitimarios, cuando no, reflejados en propuestas relacionadas con la alteración de las porciones exigidas al testador para con sus descendientes en virtud del imperativo legal vigente. Precisamente consideraríamos hallados los vestigios demostrativos de que, en nuestro entorno, la regulación del objeto de la herencia en la unidad explotación tuvo origen en el medio rural y que los Derechos forales han sido los ordenamientos que mayor número de soluciones han aportado a esta variante concreta de la sucesión, con el fin de la evitación de conflictos sucesorios.

Al hilo de dicho discernimiento en el que se basan las opiniones de numerosos y reputados juristas con tendencias de mayor o menor signo foral, hemos de aseverar del mismo modo que desde temprano, se han erigido con cierta determinación -a través de normas sectoriales ante y postconstitucionales, de mayor o menor acento intervencionista- las miras a facilitar la prosecución de la descendencia en el seno de una organización agraria que nos atreveríamos a sostener, impulsó la posterior modificación normativa de carácter sucesorio dentro de nuestro Código civil⁸⁴⁷, más perfecta y preparada para ser extrapolada a estructuras societarias de mayor complejidad, alejadas de un carácter inicialmente agrario. En las siguientes líneas trataremos de esbozar las líneas maestras de los cuerpos normativos específicos que podrían considerarse como el precedente remoto -con permiso del art. 1056 CC y otras normas de nuestro Código con similar espíritu y finalidad de evitación de disgregación patrimonial- de los intentos de presentar alternativas a la sucesión empresarial en aras de su conservación.

agrario.”. Con la misma tendencia, sobre la convivencia entre Derechos forales y Derecho común, De Castro ya se pronunció en sus comentarios a la Conclusión Cuarta del Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza, en el año 1946, en la que “se haría un especial examen de la situación de las pequeñas explotaciones agrícolas y de la conveniencia de dictar normas especiales sobre ellas, teniendo en cuenta las disposiciones forales...” [DE CASTRO Y BRAVO, F., “La cuestión foral y el Derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, Vol II, núm. 3, p. 1045.] El contenido de dichas sesiones es comentado de forma exigua por Lacruz [LACRUZ BERDEJO, J.L., “El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946”, *Anuario de Derecho Civil*, 1948].

⁸⁴⁷ Podríamos citar un ejemplo en la evolución del artículo 1056.2 CC, modificado por la ley 7/2003 de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.



3.5.4 Derecho sucesorio como consecuencia necesaria del Derecho agrario y patrimonio familiar como su objeto principal

La imbricación entre las tres perspectivas citadas no resulta de fácil deslinde, por cuanto se alcanza un punto en su estudio en el que cada concepto queda interrelacionado con el siguiente de una manera prácticamente inescindible, siendo no obstante útil el hecho de vislumbrar la concomitancia entre materias al objeto de formular una teoría que sirva de interés a nuestro estudio.

El Derecho agrario está revestido de una personalidad que innatamente impele a centrar el punto de atención en su variante –si así se quiere denominar- de Derecho sucesorio. Preocupa la transmisión del patrimonio por esta vía, al igual que otro tipo de aspectos, pero la vertiente del Derecho sucesorio siempre se incardina en el debate en el momento en el que se habla del agro, existiendo por otra parte, un direccionamiento al patrimonio familiar como materia indudablemente relacionada. Tanto es así, que se ha sostenido que en el Derecho agrario la propiedad ha sido desplazada por la empresa, como instituto fundamental del mismo.

En un principio se pretendió acotar el concepto de Derecho agrario mediante el subtipo relevante del *Derecho sucesorio agrario*, integrante, a su vez, de las “tres esferas normativas” de este sistema jurídico, representadas por el Derecho civil agrario, el Derecho de reforma de la agricultura y el Derecho de la empresa y del empresario agrícola. Destacable resultó la firme creencia en la fe de un sistema sucesorio del Código Civil –frente a otras posturas más próximas a sistemas de Derecho foral– reiterando una posición inamovible en un debate que no podría finalizar “...atribuyendo al Código males que hay que encontrar en otras causas, sin que por ello sea justo dejar de reconocer que el individualismo del mismo ha supuesto una pérdida de sensibilidad para captar las necesidades de la agricultura en este aspecto...”⁸⁴⁸, pero que de todos modos “...no hay que referir machaconamente al sistema de legítimas del Código Civil, sino a lo sumo a las formas de pago de las legítimas y a las reglas sobre la partición fácilmente adaptables a los fines que se persiguen en relación con la conservación de la unidad de la explotación agrícola”⁸⁴⁹. Es decir, con el sistema de pago en metálico –y

⁸⁴⁸ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “El Derecho agrario. Estado actual...”, op. cit., p. 829.

⁸⁴⁹ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “El Derecho agrario. Estado actual...”, Ibidem [cita núm. 27].



no con el dilema de la mayor o menor justicia del sistema de legítimas- se cerraba el círculo, pareciendo que de este modo quedaban contestadas algunas respuestas sobre la sucesión en la dirección de la explotación agraria.

Sin embargo esta postura se presentó contraria a la de un sector más partidario de ver en el Derecho agrario una fuente propia de creación de un sistema sucesorio autónomo en el patrimonio dentro de la familia, aquel que había de conservarse partiendo del criterio de conservación de la tierra y de la explotación, dotado de un nivel tan elevado de autonomía que desde esta perspectiva, vería como algo necesario la separación del Derecho civil⁸⁵⁰.

En el mismo sentido también se trató la necesidad de la indivisibilidad *post mortem* de la explotación agraria, y se contemplaron ambos derechos sucesorios –el civil general y el sucesorio agrario- como especialidades de un mismo ordenamiento que debían ser separadas, con la intención de evitar injerencias mutuas que pudieran evitar la corrupción del segundo por parte del primero⁸⁵¹. Revestía el Derecho agrario tal envergadura que debía estar investido de un *status* sucesorio propio, al regir en un área tan importante a la vez que delicada, en la medida que debía tratar de mantener la integridad de la empresa, evitando su disgregación, puesto que el verdadero enemigo por excelencia de la hacienda agraria, era el malogrado acontecimiento de la división hereditaria.

El Derecho sucesorio agrario surgía para algunos, del mismo Derecho agrario, pero debería obedecer a una regulación de la propiedad agraria distinta del propio Derecho civil. El Derecho sucesorio agrario debía entenderse de manera diferente al Derecho sucesorio del régimen general, de cuya aplicación derivaban necesariamente

⁸⁵⁰ AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Don Clemente*, op. cit., p. 107: “Nótase en él [en el Derecho agrario] una tendencia defensiva para el mantenimiento de la indivisibilidad en la explotación o hacienda agraria. Diversas instituciones de nuestra tradicional legislación son reflejo de esta tendencia concebida y practicada con el propósito de no mermar los patrimonios agrícolas principalmente. El *hereu*, el heredamiento universal, la libertad de testar y el heredero único en capitulaciones matrimoniales son testimonios irrefutables de esta tesis. La característica del Derecho agrario en la esfera de las sucesiones es tan destacada que incluso en algunos casos llega a establecer un orden sucesorio propio y distinto del orden establecido por el Derecho civil.”

⁸⁵¹ BREBBIA, F. P., *Manual de Derecho Agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 600 y ss.



consecuencias fatales, debido a su falta de adecuación a las particularidades del Derecho agrario⁸⁵².

Ante esta situación, parecía que los únicos recursos del Derecho común para la regulación particular de la temática empresarial –derivándose hacia la explotación agrícola- en cuanto a su conservación hereditaria, sólo podían ser afrontadas mediante el recurso frecuente a la reivindicación del fortalecimiento de la libertad de testar y del método clásico consistente en la utilización del pago en metálico de la legítima⁸⁵³.

Tanto fue así que con estas fórmulas se consideraban desatendidas las necesidades de la economía agraria, a pesar de que el Código Civil había realizado esfuerzos por cubrir una especialidad del Derecho donde el sistema de la sucesión en la explotación se erigía como una materia crucial.

Por estos motivos que el Código no alcanzaba a solucionar, era necesario este Derecho agrario sucesorio, de gran relevancia, por su aspecto patrimonial y personal de la situación hereditaria, pero sobre todo, por la capital repercusión sobre la hacienda agrícola y la casi imperativa necesidad del mantenimiento del complejo productivo en relación con la tutela que debía resultarle inherente.

El Derecho agrario, de este modo, otorgaría a la empresa productiva la ubicación que merecía dentro del Derecho hereditario, lo cual denotaba la asunción de una posición de efectividad –en virtud de la meritada idoneidad del heredero- y el desarrollo de una función social por parte de la sucesión hereditaria del mencionado Derecho agrario⁸⁵⁴.

Debido a esta polémica separada por tan delgada línea, se preceptuaba como fundamental alcanzar un equilibrio entre vocación voluntaria y legal, que no fuera aquella establecida por el *corpus* legislativo general representado por el Código Civil.

⁸⁵² En este sentido, Brebbia discutió la tesis citada por el mismo de la Dra. Bainotti –acertada a nuestro entender-, partidaria de una defensa de la indivisibilidad de la explotación agraria, pero basada en la remisión a pautas generales de la legislación civil, a las cuales deberían remitirse las de Derecho agrario.

⁸⁵³ DELGADO DE MIGUEL, J.F., *Estudios de Derecho Agrario*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, p. 84. El académico y notario se refirió a este método como "...el cauce legal más conveniente para la transmisión de la explotación agrícola, más a modo de portilla exculpatoria, que como lógica y normal solución a un problema real".

⁸⁵⁴ Según esta tesis definida por CARROZA y ZELEDÓN, "...heredero no es y no puede ser uno cualquiera de los familiares, sino únicamente quien de ellos esté en grado de retomar el ejercicio de aquella actividad productiva que ha cesado el causante por efecto de la muerte; o sea, en buena sustancia, quien *quiere, puede y sabe* hacer el oficio de agricultor." [CARROZZA, A. y ZELEDÓN ZELEDÓN, R. *Teoría general e institutos de derecho agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 380].



Esta antítesis continua entre el ordenamiento sucesorio en el ámbito más ordinario y la sucesión dentro del perímetro en que la *agrarietà* despliega sus efectos, nos conduciría a reflexionar sobre la pretendida necesidad de un Derecho sucesorio agrario específico; cuestión que, bajo nuestro punto de vista supondría un embrollo innecesario en lo referido a la transmisión sucesoria de la explotación agraria. Tal vez, lo requerido sería la formulación de soluciones en el ámbito de la legislación civil general que apuntaran a un tratamiento de este problema concreto, más allá de los establecidos en la actualidad para dar solución bajo la forma del abono en metálico extrahereditario.

No fue rechazada esta posición, aunque dentro de este Derecho civil general, también se otorgó validez a la especialidad de la norma de sucesión, siempre incardinada sustancialmente dentro del Derecho civil, por razones políticas, sociales y económicas, con el fin último de mantener una continuidad en las labores del campo y de evitar la fragmentación en los sucesivos actos de apertura hereditaria⁸⁵⁵.

Llegados a este punto, lo más lógico sería la elaboración de un texto que confiriera amparo legal suficiente y propio, en virtud de las dificultades que plantea la atribución de la explotación o de la empresa a un heredero único⁸⁵⁶, cuya dificultad, con asiduidad queda engarzada con el sistema del pago de las legítimas a los no-adjudicatarios, considerándose comúnmente, pese a los mecanismos legales en vigor, que su utilidad resulta, más bien, poco provechosa. Esta colisión entre conceptos provoca que con cierta inercia, volvamos la vista hacia el problema de la tangibilidad legitimaria, preguntándonos, si más bien, la mejor solución estribaría en una reinención de la sucesión forzosa y en su sustitución por métodos más maleables cuya

⁸⁵⁵ CASANUEVA SÁNCHEZ, I. y DE PERALTA Y CARRASCO, M., *Principios básicos de Derecho Agrario*, Librería Técnica Universitaria Figueroa 2, Cáceres, 2006, p. 129. Es de destacar pues, la relación directa con la reivindicación de los defensores de la libre testamentifacción, en relación con la afirmación contundente de que las legítimas tenían como efecto perjudicial esencial la fragmentación de la tierra, lo cual conducía a un empobrecimiento progresivo generalizado. Bien puede entenderse que dichas afirmaciones tuvieron un sentido mucho mayor en una época marcada por el fenómeno económico-campesino, sobre todo, por los tratadistas galos en las postrimerías de la Revolución Francesa; sin embargo, en nuestros días y un siglo después, no deja de mencionarse

⁸⁵⁶ En nuestra opinión queda como un tópico encorsetado y tal vez, heredero de concepciones más antiguas, el hecho de que se persiga con habitualidad la atribución de la explotación a un único heredero como continuación típica del negocio de los ascendientes. En no pocos casos podrá verse, del mismo modo, cómo hermanos unidos en pos de una misma causa, comparten esfuerzos por mantener íntegra la explotación familiar. Es claro que el hecho de mantener la indivisibilidad en las explotaciones es un factor, muchas veces, esencial para la rentabilidad y supervivencia del negocio, pero, ¿también resulta absolutamente imprescindible que la empresa quede sólo en manos de una persona, cuando, bien al contrario, un control compartido –y dicho sea de paso, entre hermanos bien avenidos- con un adecuado reparto de tareas, puede reportar excelentes resultados?.



transigencia permitiera una ordenación de la sucesión que respetara, en última instancia, la conservación del negocio familiar.

El mentado amparo legal podría sucederse en forma de cuerpo normativo confeccionado *ad hoc* para la empresa familiar –agraria o no, dado que de lo expuesto se deduce una aplicación de normas semejantes, tanto en el ámbito agrario como en el de Derecho común, que perfectamente podía tener aplicación en empresas de otro carácter- en un cuerpo normativo específico -que bien podría ser el propio Código Civil- una vez practicadas en el mismo las modificaciones pertinentes⁸⁵⁷.

3.6 Análisis de la evolución de los preceptos sucesorio-legitimarios en la normativa patrimonial agraria de mayor relevancia desde la segunda mitad del siglo XX

La existencia de normas que demostraran la preocupación del legislador por la reglamentación del dominio familiar a perpetuidad en la explotación no resultó de exclusiva regulación del Código Civil.

Aunque la finalidad de las distintas leyes formuladas desde la mitad de 1930 fue diferente a la estrictamente conservadora del patrimonio familiar en el sentido en el que lo entendemos en la actualidad –en la medida que se trató, en su mayoría, de normas estatales intervencionistas cuyo objetivo principal radicaba en un claro propósito de reactivación económica, fundamentalmente desde su vertiente agrícola- no faltaron preceptos entre su articulado que entraron a conocer de forma audaz de la materia sucesoria estrictamente relacionada con el *quantum* legitimario y con las cuotas del haber hereditario que cada heredero debería recibir al activarse la sucesión en este tipo de patrimonios.

Merece pues que realicemos un mínimo detenimiento en el análisis de los mencionados cuerpos normativos y en el pertinente tratamiento de la presente materia, dado que algunos de sus artículos, aunque a propósito de la conservación de bienes que

⁸⁵⁷ BARRÓN ARNICHES, P., *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001, p. 320: “...la viabilidad de las explotaciones agrarias, en lo que se refiere a su transmisión hereditaria, depende ahora de una oportuna reforma del Código civil.”



en la actualidad se conceptualizan en diferente modo⁸⁵⁸, propusieron un reconocimiento de variedades legitimarias, si bien siempre dentro del respeto a lo establecido en el artículo 806 del Código Civil.

De este modo, un artículo esencial del Código Civil, como es el 1056- sobre todo en su última versión en lo que a nuestro objeto de estudio concierne-, puede haberse visto influido por tendencias más antiguas, o simplemente nos invita a descubrir que algunos de sus planteamientos más recientes (2003) no revisten la originalidad esperada⁸⁵⁹, por encontrarse en leyes sectoriales previamente existentes.

Por lo expuesto, a continuación, nos detendremos en la materia normativa que bajo nuestro punto de vista merece un mayor reconocimiento y crítica positiva en su valoración, siquiera sea sólo por el hecho de haber supuesto un mínimo avance o una propuesta de contenidos novedosos, frente a la inquebrantable consistencia del régimen legitimario.

3.6.1 La ley de 15 de julio de 1952 por la que se regulan los Patrimonios Familiares creados por el Instituto Nacional de Colonización

Con anterioridad al momento de gestación de dicha ley, ya se mantuvo un particular enfoque sobre el patrimonio familiar, entendiéndose primero y contrariamente a otras tendencias, que el Derecho sólo aseguraría la pervivencia de este patrimonio mediante la limitación de la libertad de testar, haciendo especial hincapié en la acción fundamental del sistema de expropiación con la finalidad de garantizar la estabilidad en los cultivadores. El patrimonio familiar sería la base para procurar la evolución de la clase campesina, y a ello iban a contribuir en gran medida los cotos sociales del estilo de los referenciados por CABALLERO, sin perder de vista las afecciones que debieran incidir en el régimen sucesorio para evitar la divisibilidad de la tierra, ello unido a las constantes evocaciones que inundarían el sentir legislativo de la nueva época que comenzaba y que darían razonable entrada al “derecho de licitación entre coherederos,

⁸⁵⁸ Destacar en este caso la diferenciación entre explotaciones agrícolas frente a empresas familiares de distinto cariz.

⁸⁵⁹ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio familiar, la ley española de 15 de julio de 1952*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma-Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. 15, Roma-Madrid, 1962, p. 26: “El párrafo 2º del artículo 1.056 del Código civil es un afortunado precedente de las normas sucesorias de la Ley de patrimonios familiares.”



para su adjudicación íntegramente a uno de ellos, con determinadas compensaciones a favor de los restantes...”⁸⁶⁰ según los principios del *Homestead*⁸⁶¹ anglosajón o del *Anerbenrecht* alemán o, sin necesidad de caminar tan lejos, convirtiendo “...en derecho común el hoy foral o consuetudinario establecido en distintas regiones”⁸⁶².

A pesar de sus precedentes en las Leyes de Reforma Agraria de 1932 y 1935 - cuya finalidad principal fue la de conceder el alivio de la precariedad laboral en el campo, así como la de sentar unas bases de racionalización de la agricultura- las leyes impulsadas en sendos años respectivamente por los ministros Marcelino Domingo y Nicasio Velayos no alcanzaron una verdadera relevancia en lo sustantivo, al menos hasta el importante hito normativo posterior, que en 1952 daría lugar a la Ley de Patrimonios Familiares, apoyándose -en lo relevante al objeto de nuestro estudio- en las Declaraciones V y XII del Fuero del Trabajo⁸⁶³, cuerpo normativo basado en -según la dicción literal de su escueta Exposición de Motivos- “la necesidad de perpetuar las explotaciones y la conservación del patrimonio por exigirlo la estabilidad social y el interés de la agricultura” mediante el mecanismo de “impedir la división de las explotaciones creadas por el Instituto Nacional de Colonización”.

El marcado carácter sucesorio de la ley fue manifiesto por la abundancia de artículos que incluía de esta índole, siendo representativo su número, que sobrepasó el tercio de la extensión de dicha norma, añadiendo relevancia a este dato si consideramos

⁸⁶⁰ VIÑAS Y MEY, C., “El patrimonio familiar inembargable”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1924, p. 217.

⁸⁶¹ La institución basada en el patrimonio familiar ha recibido, por parte del profesor Fernández Domingo, un atento tratamiento, dentro de lo que ha denominado un “...origen claramente español del patrimonio familiar inembargable” reflejado a países de latinoamérica y cuyo uso y buen resultado ha provocado que pueda plantearse su extensión, preconizando del mismo modo que: “...quizás convendría sacar al patrimonio español de su reducido ámbito rural, para hacer de éste una figura extensa, garante de unas posibilidades familiares que no se aseguran en esta época, en la que el endeudamiento inmobiliario y la legislación mercantil lo harían especialmente aconsejable” [FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., “El «Homestead». Una legislación de ida y vuelta”, en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1346-1347].

⁸⁶² VIÑAS Y MEY, C., *Ibidem*.

⁸⁶³ Consideramos valiosa la transcripción de las Declaración relevantes, sancionadas por el Decreto de 9 de marzo de 1938:

- Declaración V.1: “Las normas de trabajo en la empresa agrícola se ajustarán a sus especiales características y a las variaciones estacionales impuestas por la naturaleza.”
- Declaración V.4: “Se tenderá a dotar a cada familia campesina de una pequeña parcela, el huerto familiar, que le sirva para atender a sus necesidades elementales y ocupar su actividad en los días de paro”.
- Declaración XII.3: “Reconoce [el Estado] la familia como célula primaria natural y fundamento de la Sociedad y al mismo tiempo como institución moral dotada de derecho inalienable y superior a toda la ley positiva. Para mayor garantía de su conservación y continuidad se reconocerá el patrimonio familiar inembargable.”



su brevedad. En definitiva, seis artículos, de los diecisiete que conformaron la totalidad de la misma.

Así pues, para adentrarnos en el examen de esta norma sería necesario recurrir a las teorías que mantuvieron la creencia en el carácter de piedra angular de los patrimonios familiares en la legislación foral, dentro de la cual, dichos patrimonios eran considerados institución fundamental por suponer la “coordinación entre los derechos de familia y sucesiones”⁸⁶⁴, pretendiendo incluso atribuir un fundamento iusnaturalista a los principios de conservación y estabilidad de la familia que presidían la mencionada ley, “como es de observar meridianamente en el instante de la sucesión de titulares, cuando el hijo, favorecido con su herencia, asume la titularidad”⁸⁶⁵. En tanto que su pieza fundamental suponía la evitación de la ruptura de la continuidad del negocio al fallecimiento de su titular, se debían articular mecanismos sucesorios en base a los cuales se perseguiría que el sucesor tuviera, como mínimo, las mismas cualidades que el causante, para lo que se proponían varias soluciones, ya apuntadas en su momento por LE PLAY⁸⁶⁶; y a cuya opinión se sumó la de juristas y académicos en la materia agraria que defendieron la libertad de testar en el caso de sucesión testamentaria, dado que “el causante debería tener libertad de elegir sucesor entre los herederos al que considere más apto”⁸⁶⁷, siendo consciente de que pretender la indivisibilidad fundiaria del patrimonio familiar suponía uno de los escollos de mayor relevancia en la sucesión hereditaria, sobre todo, considerando que una visión realista de la cuestión abocaba necesariamente a la incompatibilidad entre la continuidad de la unidad familiar y los legítimos derechos a la herencia. Así pues, la citada indivisibilidad “es nota esencial del patrimonio”⁸⁶⁸ y la respuesta al problema aritmético, social y familiar de dividir la explotación debería venir en virtud de la elección del mejor sucesor.

⁸⁶⁴ AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *El patrimonio familiar*, Ministerio de Trabajo, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1954, p. 27.

⁸⁶⁵ AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., op. cit., p. 58.

⁸⁶⁶ AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., op. cit., p. 118. En ninguna de las épocas hasta la fecha analizadas se prescinde de la opinión del eminente ingeniero, sociólogo y economista francés, que curiosamente ofreció como solución frente al método de la libre testamentifacción, una ampliación de la cuota legítimaria para procurar la conservación del patrimonio de la familia: “El heredero de la hacienda familiar será el elegido libremente por el padre, y por tanto, el hijo más apto y en mejores condiciones de conservarla; para ello se ha de restablecer la libertad de testar, o cuando menos, ampliar la legítima en proporciones suficientes para que el padre pueda transmitir íntegramente la tierra o la empresa a uno solo de sus hijos, a condición de que el favorecido indemnice a sus hermanos, si el resto de la herencia no basta para asegurar a éstos la parte que les corresponda”.

⁸⁶⁷ ANTÓN CANO, E., *El patrimonio familiar agrícola*, Murcia, 1945, p. 298.

⁸⁶⁸ ANTÓN CANO, E., *Ibidem*.



Partiendo no obstante, del hecho de que la ley especial, en su artículo 16⁸⁶⁹, trataba de ser armónica con la ley común -dado que se mantenía el principio de conservación de cuotas legitimarias- junto a ello, se incorporó una titularidad especial, semejante a la adjudicación en interés de la familia, llevada a cabo, por aquel entonces, por el padre⁸⁷⁰; reduciendo la cantidad legitimaria de los herederos forzosos no adjudicatarios de la explotación, sólo para el caso de que el haber hereditario hubiera estado integrado únicamente por el patrimonio familiar, mientras que el titular de la explotación recibiría, además de su propia cuota de legítima estricta, los tercios de mejora y de libre disposición.

Entendemos pues, que el cambio de tendencia impuesto por la necesidad político-social era más acuciante en este caso que las circunstancias en que imperaban los criterios adoptados en otros momentos históricos, en los que no se consideró tan necesaria la afectación sobre el propio tenor literal de la ley, en el que se sucedía en la titularidad de la explotación en base a unos criterios subsidiarios de colaboración habitual, masculinidad y mayor edad.

Destacable resultó igualmente el escrutinio de los preceptos de la ley, basándose en los derechos del sucesor único en relación con la reducción de la porción cuantitativa legitimaria del resto de herederos y en la compatibilidad y encaje de los preceptos de los derechos forales respecto a los de Derecho común especial –con claro detrimento de los primeros respecto del segundo- así como en las asignaciones automáticas en favor del heredero único, que debían activarse *ope legis* ante un eventual desliz del causante en las asignaciones de la explotación, donde dichas asignaciones debían entenderse siempre realizadas respecto al tercio de legítima corta. Así, la ley, pese a derrocar en parte los criterios del derecho territorial, protegería “plenamente a la familia campesina,

⁸⁶⁹ El tenor literal del primer párrafo de dicho artículo quedaba establecido de la siguiente manera: “Artículo dieciséis: En el caso de que no existan bienes independientes del patrimonio familiar o no sean éstos suficientes para el pago de las legítimas, el patrimonio quedará afecto a su pago, total o parcial, hasta un límite máximo equivalente al tercio de su valor, entendiéndose reducidas las porciones legitimarias en la cantidad precisa.”

⁸⁷⁰ Citado por AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, A., op. cit., p. 123: “Este Patrimonio común se regulará por el Derecho Civil aplicable, aquél según la L.P.F y disposiciones complementarias. En principio, pues, se considera una masa general de bienes y dentro de ella la existencia de una titularidad especial cuya sucesión, que se asemeja en cierta manera a la adjudicación por el padre, hecha en interés de la familia, de la explotación indivisa a un heredero, quien abonará a los demás en metálico la legítima (artículo 1.056, párrafo 2º del Código Civil)...”.



reforzando su arraigo al terruño”⁸⁷¹. Sin duda, se consideró que el régimen de legítimas del Código Civil, contrastaba de forma significativa con el de la Ley de Patrimonios Familiares, inclinándose esta última por tendencias más propias de Derecho foral, dentro de los que “la aplicación de los principios de la ley planteará pocos problemas”⁸⁷², notando un distanciamiento respecto de las normas de Derecho común y una correlativa afinidad por el derecho territorial “como se demuestra en la regulación de la sucesión del patrimonio, con el sucesor único, la disminución de la legítima, su liquidación en dinero, etc.”⁸⁷³. Fueron tales los elogios hacia dicha norma, que a pesar de sus reconocidas limitaciones⁸⁷⁴ en lo referido a la sucesión *mortis causa*, fue propuesta como una referencia a seguir en la elaboración de normas posteriores⁸⁷⁵. Se cumplían por tanto, los pronósticos que se habían efectuado una década antes a propósito de la misma norma, basándose en los caracteres de indivisibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad, así como en el privilegio que debía envolver el patrimonio familiar en su vertiente transmisiva *mortis causa*⁸⁷⁶.

La mejor coronación de las precedentes ideas, la encontramos en el juicio del profesor LÓPEZ JACOISTE, que advirtió que los preceptos de la Ley de Patrimonios Familiares deberían tomarse únicamente como una serie de disposiciones marco, cuyo fundamento podría resultar aplicable sólo después de una previa adaptación legislativa. En la actualidad aquellas teorías no se han despojado íntegramente de su razón de ser, al menos en lo referido a los estereotipos comúnmente utilizados para defender la situación del patrimonio familiar.

Aquella ley, pues, únicamente obedecía a las pretensiones de estabilización de la familia, aspirando a suplir las carencias de un Código Civil que no conseguía establecer un sistema normativo coherente y orientado a la continuidad del patrimonio dentro de la

⁸⁷¹ SAPENA TOMAS, J., “En torno a la ley de Patrimonio Familiar”, *Revista de Derecho Privado*, julio-septiembre, 1953, p. 731.

⁸⁷² LUNA SERRANO, A., *El patrimonio familiar...* op. cit., pp. 232-233.

⁸⁷³ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio familiar...* op. cit., p. 262.

⁸⁷⁴ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio familiar...* op. cit., p. 265: “La parte normativa de la Ley...tiene bastantes extremos rechazables en cuanto a su técnica jurídica y legislativa”. Puntualizó dicha afirmación por medio de una cita en la misma página de su obra, añadiendo que “A pesar de ser la parte regulada con más detalle en LPF., la sucesión *mortis causa* del p. f. plantea infinidad de cuestiones y problemas, muchos de los cuales son de difícil o imposible solución.”

⁸⁷⁵ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio familiar...* op. cit., p. 266: “Aun con sus defectos, muchos y graves, ella marca una pauta nueva y de gran valor dentro de la evolución jurídica española y tiene un significado ejemplar y orientador...”

⁸⁷⁶ PALÀ MEDIANO, F., “El patrimonio rural vinculado”, *Estudios de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1942, p. 63.



familia, desplegando más bien unos efectos contrarios reflejados en el fraccionamiento de tierras, cuestión ésta debatida desde antiguo en vetustos debates parlamentarios.

Aun considerando la realidad política de la norma, -entendida en su respectivo contexto político y social de la época- la Ley de Patrimonios Familiares daba entrada a tradicionales principios de Derecho foral, que venían a suplir el vacío de la normativa de Derecho civil, con tanta contundencia, que hacía tambalear el consagrado principio de intangibilidad legitimaria⁸⁷⁷; ello a pesar de que el principio de ruptura de dicha tangibilidad ya existía en otras normas concretas en el Derecho común. Además, la nueva ley limitaba la atribución de la cuantía legitimaria con la intención de “cercenar la responsabilidad a que, en su caso, pueda estar afecto el patrimonio familiar para el pago de la legítima”⁸⁷⁸, aunque “en orden lógico no se disminuyen directamente las legítimas, sino la responsabilidad del patrimonio familiar”⁸⁷⁹, protegiendo además al cónyuge viudo que en este caso, iba a revestir el carácter de legitimario cualificado, debiéndosele dotar de atribuciones suficientes para ejercer con éxito la “soberanía doméstica”⁸⁸⁰. Lógica resultaba pues, la enervación en dicha norma de prescripciones particionales paritarias si el fin perseguido parecía ser la guarnición de los bienes inmuebles dentro de un patrón familiar unitario.

3.6.2 La Ley 51/1968 de 27 de julio, sobre régimen de las tierras adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización o afectadas por sus planes

Los patrimonios familiares no iban a caer en el olvido, al menos, no antes de tres lustros, momento en el cual, el Instituto Nacional de Colonización, decidiría abordar, en pos de una mayor flexibilidad en la atribución sucesoria de inmuebles, un nuevo método en la constitución de los mismos a través de la ley 51/1968, donde en su propia Exposición de Motivos, se demostró la preocupación de “evitar el excesivo endeudamiento de los herederos que lleguen a ser propietarios de los lotes habiendo otros legitimarios”, especificando que, en el empeño de seguir el criterio de la ley de

⁸⁷⁷ Haciendo que la misma se abonara en metálico a los herederos no adjudicatarios.

⁸⁷⁸ LÓPEZ JACOISTE, J.J., *El patrimonio familiar rústico*, Ateneo, Madrid, 1958, p. 26.

⁸⁷⁹ LÓPEZ JACOISTE, J.J., *El patrimonio...* op. cit., p. 27.

⁸⁸⁰ Entendemos que este concepto guarda cierta similitud con el de autoridad paterna, y por lo tanto, consideramos necesario insistir en el hecho de las constantes evocaciones basadas en el pensamiento de autores anteriores, que mantuvieron la libertad de testar como un medio para conservar la unidad del patrimonio, fundamentado en la unidad de la familia.



1952 “...se estima pertinente reducir las cuestiones legitimarias en mayor grado que el establecido en la citada ley, sin perjuicio de la legítima estricta”.

Más que una reducción, su artículo 24 concretó con los mismos efectos que su antecesora⁸⁸¹, la reducción de la legítima a la cuota estricta que deberían recibir los no adjudicatarios del patrimonio, de conformidad con los incisos doctrinales que tuvieron la oportunidad -durante el período acaecido entre ambas leyes- de acotar su significado, partiendo de una precisa interpretación de la norma de 1952.

La expresión “hasta un límite máximo equivalente al tercio de su valor”, evolucionó a la de “tercio de legítima estricta” -de conformidad con las propuestas iniciales, formuladas por SAPENA- de igual forma que, al incluir la conciliación de dicha legítima estricta con la de “legislación civil aplicable”, se demostraba una mayor madurez y respeto hacia los derechos forales. No obstante, se vislumbraba un punto débil en la no fijación de plazos para el pago del metálico a los no adjudicatarios – extremo éste delimitado por su predecesora –contrariamente al propio tenor literal de la exposición de motivos respecto a la evitación del endeudamiento de los herederos, tal vez porque la interpretación del legislador fue la de que la evitación de dicho endeudamiento únicamente podría conseguirse mediante la supresión de plazos de financiación, mediante un solo pago al contado. En definitiva, con carácter casi premonitorio, por cierto- la larga lista de distintas leyes con función colonizadora dictadas desde 1939 a 1968 “...acusa claramente la necesidad de una refundición legislativa”⁸⁸², que no tardaría en llegar en el decenio subsiguiente.

⁸⁸¹ Artículo veintitrés de la Ley 51/1968: “Si concurrieran a la sucesión dos o más herederos y la explotación no fuera declarada divisible, se adjudicará ésta a uno solo. El testador, sin perjuicio del usufructo sobre la totalidad de la explotación, que en todo caso corresponderá al cónyuge superviviente que sea cultivador directo, podrá designar al heredero o legatario a quien haya de atribuirse ésta. Si hubiera legitimarios hará la designación entre ellos salvo justa causa de desheredación. A falta de disposición testamentaria al respecto, la adjudicación se hará al legitimario que lo pretenda y hubiere cooperado habitualmente en el cultivo, o al que de entre ellos elijan por unanimidad, si existen varios en quienes concurren tales circunstancias. Si no existieren legitimarios cooperadores, la explotación se atribuirá al que elijan entre ellos, unánimemente, los herederos. En defecto de acuerdo, la adjudicación se hará en favor del de mayor edad.”. A continuación, el artículo 24.1 de la citada Ley postulaba que “El adjudicatario tendrá, en su caso la obligación de abonar el exceso en dinero a los herederos que sean legitimarios. Si el adjudicatario fuera un legitimario, tal obligación se limitará al importe de la parte que a éstos corresponde en el tercio de legítima estricta, salvo que hubiere otros bienes en el caudal relicto bastantes para su pago, o que, con arreglo a la legislación civil aplicable, la legítima fuera de cuantía inferior...”.

⁸⁸² LEAL GARCÍA, A., “La transformación del medio rural a través de la puesta en regadío y de la colonización”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1969, núm. 66, p. 119.



3.6.3 La Ley 118/1973 de 12 enero, de Reforma y Desarrollo Agrario

La presente norma fue objeto de reprobación por lo limitado de su alcance a pesar de los altos fines a los que pretendió aspirar, traducidos en las mejoras de las condiciones de vida de la población campesina, de las explotaciones agrarias y el mejor aprovechamiento en recursos y aguas. Este esfuerzo normativo debía reconocerse como lo que realmente fue, siendo descrito como “un paciente y cuidadoso trabajo para conseguir...un cierto grado de armonización y de clarificación en preceptos oscuros y contradictorios”, puesto que “no es más que eso, un trabajo,...de refundición...” y “En realidad, lo único que ha hecho...es codificar la política del pasado”⁸⁸³.

Resultaba evidente que la ley se gestó con la intención de agrupar afinadamente diecinueve leyes anteriores referidas a estructuras agrarias; ley que sin embargo sería calificada como “texto legal”, suprimiéndose el adjetivo “refundido”, en cuyo Libro II se iban a regular los Patrimonios Familiares.

Además, los envíos del cuerpo normativo al régimen sucesorio fueron conceptuados como excesivamente complejos⁸⁸⁴ en virtud del establecimiento en la propia ley de la transmisión de explotaciones familiares en dos regímenes concretos, de concesión y de propiedad, lo cual se dijo depender de “...un dato puramente formal...lo que pone en evidencia la inconsistencia de los regímenes sucesorios”⁸⁸⁵, además de mantener una crítica de dicha institución, en la medida que convertía la explotación familiar en una maraña de rígidos dogmas, cuyo punto débil venía representado por los criterios propios de una sociedad estática. Por este motivo apuntó PEÑA que no cabía más que formular una adecuada propuesta con la sana intención de renovar y modificar, paradójicamente, la recién nacida ley, apostando por el remedio universal, capaz sin ningún género de dudas, de salvaguardar los intereses de la explotación, titularidad de la familia: el aumento de la libertad de testar, la utilización del recurso del abono en metálico de la legítima, la sucesión contractual o la toma conjunta de decisiones entre ambos cónyuges.

⁸⁸³ GÓMEZ Y GÓMEZ JORDANA, F., “Líneas Generales de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura- Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, pp. 94-95.

⁸⁸⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “La conservación de las unidades agrarias en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario”, *Comentarios...* op. cit., p. 114.

⁸⁸⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “La conservación...”, op. cit., p. 115.



Se evocaba así el argumento común de aquellos defensores decimonónicos de la libertad de testar, que hacían constantes sus reivindicaciones del incremento en la autoridad paterna y ello quedó demostrado al aseverarse que “Nadie mejor que el testador para organizar adecuadamente su sucesión. Él sabe mejor que el legislador, si en su casa, dadas las circunstancias de su familia, debe primar la necesidad de conservar la explotación agraria o la necesidad de atender a ciertos hijos, si los bienes rústicos deben distribuirse entre varios o asignarse a uno solo de ellos...”⁸⁸⁶. No fue menos criticada la norma por autores que vieron en ella la instrumentación de una sucesión anómala, que debía más su racionalidad al interés del mantenimiento de la empresa que a su continuidad dentro de la familia, que además, sobresalía de los límites típicos del Código Civil y de las Compilaciones forales, planteando el problema de “la pluralidad de sucesiones del adjudicatario y el de la sensibilidad o intersección entre uno y otro fenómeno sucesorio”⁸⁸⁷.

Sin duda, la ley de 1973 venía a refundir un cúmulo de normas agrarias y a simplificar su planteamiento en los preceptos sucesorios dispersos; sin embargo, conservaría aquel carácter que identificó el régimen propio en materia hereditaria desde la Ley de Patrimonios Familiares de 1952. Es por ello que, debido a la ratificación de la norma y a su parecido con las anteriores, parecía que la implantación de la ley, tendría visos de instaurarse con carácter indefinido⁸⁸⁸.

Tampoco faltó la presencia de opiniones que catalogaron de “sustanciales” las modificaciones realizadas por la Ley en relación con el Código Civil, referidas a la liquidación de la cuota legitimaria en metálico⁸⁸⁹, situando el origen de la norma en las

⁸⁸⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “La conservación...”, op. cit., p. 120.

⁸⁸⁷ LUNA SERRANO, A., “Régimen de tierras en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario: La sucesión «mortis causa» del concesionario de tierras de reforma agraria”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura- Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, p. 142.

⁸⁸⁸ Como se vio más tarde, esto sólo quedó en una mera apariencia.

⁸⁸⁹ Artículo 35 de la Ley de 1973: “Las transmisiones «mortis causa» de las tierras, viviendas y demás elementos de la explotación, y no constitutivos de Patrimonios Familiares, se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de Derecho especial o foral, con la excepción de las reglas contenidas en este artículo. 2. Si concurrieran a la sucesión dos o más herederos y la explotación no fuera declarada divisible, se adjudicará, ésta a uno sólo. El testador, sin perjuicio del usufructo sobre la totalidad de la Explotación, que en todo caso corresponderá al cónyuge superviviente que sea cultivador directo, podrá designar al heredero o legatario a quien haya de atribuirse ésta. Si hubiere legitimarios hará la designación entre ellos, salvo justa causa de desheredación. 3. A falta de disposición testamentaria al respecto, la adjudicación se hará al legitimario que pretenda y hubiera cooperado habitualmente en el cultivo, o al que de entre ellos elijan por unanimidad, si existen varios en quienes concurren tales circunstancias. Si no existieren legitimarios cooperadores la Explotación se atribuirá, al que elijan entre ellos, unánimemente, los herederos. En defecto de acuerdo la adjudicación se hará en favor del de mayor



ideas propias del Derecho foral y atribuyéndole a los correspondientes artículos, el carácter de “derecho sucesorio agrario”, alcanzándose las mismas conclusiones que en la Ley de Patrimonios Familiares de 1952⁸⁹⁰. Si bien en algunos casos, surgían de nuevo las alabanzas del recurso a la mejora, que servía al fin de “conservar las explotaciones agrícolas en el seno de la familia, de suerte que así se asegure su estabilidad”⁸⁹¹.

Otras voces más críticas y concluyentes se alzaron para juzgar dicha Ley, las cuales detectaron cierta indefinición y falta de solidez de diferentes preceptos, postulando su parcialidad, a la que se sumaron los calificativos de “confusa y provisional”, considerando necesaria una reforma integral, tanto de la misma ley como del Código Civil, así como la elaboración de políticas tuitivas del agricultor e impulsoras del aspecto económico y social, que debía conformar el soporte básico del cultivador profesional.

En estos casos la opinión respecto al Código Civil también fue escasamente generosa, puesto que los preceptos contenidos en dicho cuerpo normativo resultaban favorecedores pero no determinantes de la continuidad de la explotación “por ser normas de carácter dispositivo de forma que sólo sirven como cauce de las previsiones de las partes, pero no cuando las partes queden al margen de todo [sic] iniciativa”⁸⁹², reconociendo que una vez más, los derechos forales aportaban mayor flexibilidad “adaptándose mejor a las peculiaridades tradicionales”⁸⁹³, pero adoleciendo –por el contrario- de la limitación a un territorio o región concretos.

Cabría decir entonces, que la Ley de 1973 supuso un esfuerzo legislativo en aunar criterios agro-jurídicos, siguiendo la estela de la Ley de 1952, y por ende, pretendiendo elevar a la categoría de “ley especial”, preceptos sucesorios que hasta

edad, 4. El adjudicatario tendrá, en su caso, la obligación de abonar el exceso en dinero a los herederos que sean legitimarios, Si el adjudicatario fuera un legitimario, tal obligación se limitará al importe de la parte que a estos corresponde en el tercio de legítima estricta, salvo que hubiere otros bienes en el caudal relicto bastantes para su pago, o que, con arreglo a la legislación civil aplicable, la legítima fuera de cuantía inferior...”

⁸⁹⁰ Referidas a la tesis de SAPENA de que la reducción de las legítimas se deducía respecto de la legítima estricta

⁸⁹¹ TORRES GARCÍA, F.T., “La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión «mortis causa» del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario”, *Anuario de Derecho Civil*, 1980, Vol. XXXIII, núm. 2.

⁸⁹² FERNÁNDEZ COSTALES, J., “La eficacia protectora del Derecho sucesorio en la continuidad de la explotación agrícola”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, Vol. LXIII, núm. 1, p. 41.

⁸⁹³ FERNÁNDEZ COSTALES, J., *Ibidem*.



entonces sólo habían tenido cabida dentro del Código Civil, aunque fue más conocida como una ley más recopiladora que innovadora.

3.6.4 La Ley 49/1981 de 24 de diciembre del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes

Esta ley derogó los apartados 1,2, 3 y 4 del artículo 32 y los apartados 1, 2, 3 y 7 del artículo 35, así como los artículos 36 a 42, todos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Con esta nueva legislación venían a suprimirse el conjunto de preceptos sucesorios en vigor hasta la fecha referidos a la conservación del patrimonio familiar, a pesar de que en su artículo primero se pretendía proteger la explotación familiar agraria “manteniendo su integridad y continuidad como unidades empresariales”.

Con la nueva redacción la traslación de los principios inspiradores de los derechos de distintos territorios forales adquirió relevancia⁸⁹⁴ hasta el punto de incluir en esta edición legislativa de principios de la década de 1980 figuras jurídicas manifiestamente contrarias, inadmitidas y prohibidas en el Derecho común⁸⁹⁵ -en su mayoría, vigentes en el Derecho foral- tales como los pactos sucesorios, testamentos por

⁸⁹⁴ Además, cabe recalcar, más allá de este carácter foral, lo lejos que apuntaron otros autores al atribuir una suerte de iniquidad a la norma, en la que tomaban protagonismo incluso figuras de talante medieval: “El Proyecto pretende marcar una decidida evolución hacia fórmulas patriarcales de sentido metajurídico, hacia técnicas jurídicas donde el cabeza de familia se cualifica como empresario. Con la posibilidad de utilizar las formas sucesorias que se implantan, se recoge las ventajas de los mayorazgos y vinculaciones, en cuanto a la continuidad de la explotación, y se soslaya lo que tiene de discriminatorio el principio de primogenitura sin más, al admitirse la elección del sucesor en el colaborador y, cuando haya varios, entre ellos el más idóneo.” [CABALLERO GONZÁLEZ, J.M., “Los colaboradores en el Proyecto de Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores”, *Explotaciones Familiares Agrarias...* op. cit., p. 95]. LLOMBART se pronunció en los mismos términos, sin mostrar demasiada simpatía por la norma, al expresar que “Faltó en el Código Civil alguna norma tendente a la protección de la integridad de estas explotaciones, tal y como lo encontramos en las Compilaciones forales... Pero tampoco es laudable el que a menudo esta unidad se mantenga, hecho que sucede en casi todos los Derechos forales, a fuerza de favorecer al heredero único instituido, con claro desequilibrio de los derechos hereditarios de los demás herederos, que aún destaca con mayor rigor, si la explotación se transmite al mayor de los hijos y que sólo sea su primogenitura la única razón que justifica su designación, relegando a sus hermanos a un segundo plano en la sucesión paterna.”, además de reconocer previamente, refiriéndose al artículo 1056.2 CC que “La posibilidad del testador de elegir un sucesor único no es figura extraña en el Derecho común...” [LLOMBART BOSCH, M.D., “Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular el testamento mancomunado en el Proyecto de Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores”, *Explotaciones Familiares Agrarias...* op. cit., p. 209-210].

⁸⁹⁵ Aunque con juicio diferente se ha pronunciado BARRÓN en su convencimiento de que “...el régimen sucesorio contenido en la Ley de 24-XII-1981 no se entiende como una serie de reglas excepcionales respecto al Derecho privado general, sino como un estatuto propio aplicable siempre que el objeto sobre el que recae sea una explotación familiar agraria, al margen de la vecindad civil, común o foral que ostente, en cada caso, el empresario agricultor.” [BARRÓN ARNICHES, P., op. cit., p. 264].



comisario o testamentos mancomunados⁸⁹⁶. De hecho, los comentarios a esta ley han estado más basados en la propia naturaleza inédita de sus preceptos, que en los preceptos, propiamente dichos.

La causa que obedeció precisamente a la extrapolación de estas herramientas jurídicas desde los derechos territoriales fue la experiencia y especialización de dichos ordenamientos en el ámbito del mantenimiento de la empresa familiar agraria, habiéndose afirmado que venía a “formar y potenciar la empresa familiar y la explotación agraria y a garantizar su continuidad”⁸⁹⁷, que además, y por medio de la utilización de los recursos forales, provocaría “una foralización del derecho común”, suponiendo un “trasunto de viejas normas sancionadas en los derechos territoriales españoles”⁸⁹⁸.

Fueron calificados de “pilares firmes” los representados por el ánimo empresarial, el concepto de colaborador integrado y el de sistema sucesorio garantizador de la continuidad del patrimonio familiar que constituyeron la idea capital de esta norma, junto a la abundancia constante de artículos relacionados con la sucesión.

Asimismo, volvía a cobrar protagonismo el ya clásico criterio del abono en metálico de la herencia por parte del sucesor en la titularidad, constituido la mayoría de veces por la explotación; esta vez con una nueva fijación de un plazo para el reembolso a los no adjudicatarios, en un período de diez años, con una vinculación de cuotas, pagaderas en el primer quinquenio desde la apertura de la sucesión y nuevamente, reduciendo la legítima para dichos no adjudicatarios hasta el tercio de su valor⁸⁹⁹,

⁸⁹⁶ Presentes en el Capítulo III B) y C) de la Ley 49/1981, concretamente en sus artículos 16, 22 y 23.

“Art. 16: Uno; El titular de la explotación podrá convenir la sucesión en dicha titularidad con uno de sus legitimarios que reúna la cualidad de colaborador. Dos. Si ninguno de los legitimarios reuniera dicha cualidad, el pacto, mediando el consentimiento de aquéllos, podrá otorgarse a favor de quien ostentara la cualidad de colaborador. Tres.-De no existir legitimarios, podrá convenirse dicho pacto con quien fuese colaborador de la explotación.

Art. 22: Uno. Los cónyuges podrán otorgar testamento abierto mancomunado, a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad. Dos. Este testamento sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos Cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge....

Art. 23: Uno. El testador podrá nombrar comisario a su cónyuge, al solo objeto de designar sucesor en la explotación familiar agraria.”

⁸⁹⁷ MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., “De la familia foral a la familia agraria: la explotación familiar rural y la protección a su integridad”, *Revista de Derecho Privado*, 1982, año 66, mes 1, p. 1041.

⁸⁹⁸ MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., op. cit., p. 1047.

⁸⁹⁹ Los artículos 32 y 33 de la Ley de 1981 así lo regulaban: “Art. 32: Uno. En el caso de que no existan bienes independientes de la explotación familiar, o no sean éstos suficientes para el pago de las legítimas de los herederos que no reciban aquélla, la explotación quedará afecta a su pago total o parcial, hasta un



quedando suprimido el régimen jurídico sucesorio en sus facetas de adquisición por concesión y por propiedad.

El régimen sucesorio establecido en la ley se mostraba como una verdadera innovación excepcional dentro del ordenamiento jurídico civil⁹⁰⁰, habiendo sido admitido que “Interesante aparece, como hito de una etapa largamente deseada, este acercamiento entre las leyes forales y el Código Civil; tendiéndose hacia la unificación legislativa con la circulación de la savia vivificante contenida en aquellas legislaciones históricas y tradicionales.”⁹⁰¹, afirmaciones que respaldó JAIME LAMO DE ESPINOSA, siendo Ministro de Agricultura, en su discurso de presentación de dicha ley al Congreso⁹⁰², y a las que CUENCA objetó reparos, por entender, posicionándose junto a la tendencia de DE LOS MOZOS, que “la aproximación a los derechos forales es más aparente que real; se han importado los instrumentos empleados al servicio del mantenimiento de la integridad de las explotaciones, pero no las instituciones... subyacentes.”⁹⁰³, porque “la ley no resuelve ni intenta resolver... el régimen jurídico de la explotación con el de los bienes que la integran”⁹⁰⁴, concluyendo que “...es un castillo de naipes montado en el aire”, convencido así de la imposibilidad de que las normas forales pudieran tener el mencionado ámbito de actuación supletorio a las disposiciones de la ley, sin posibilidad, igualmente del recurso al artículo 1 del Código

límite máximo equivalente al tercio de su valor. Dos. Para garantizar el pago de las porciones legitimarias que afecten a la explotación familiar se establece hipoteca legal cuya constitución podrá ser exigida por el heredero o herederos forzosos a quienes no hubiere correspondido suceder a su causante en la titularidad de la explotación". Art. 33. En la partición hereditaria en que queda incluida una explotación familiar agraria, el haber de los coherederos distintos del sucesor en cuanto a la misma podrá pagarse en dinero.

⁹⁰⁰ AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., “La explotación familiar agraria. Breves comentarios a la ley de 24 de diciembre de 1981”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1982, núm. 120, p. 26: “...el sistema sucesorio establecido por la Ley de la Explotación familiar agraria tiene carácter de excepcional frente al general del Código Civil; y de supletorio en cuanto especial respecto a las legislaciones forales.”. En otros de sus trabajos y refiriéndose a la norma cuando todavía era un proyecto, sostuvo lo excesivo de esta remisión, dado que “...debería haberse prescindido de muchas de sus normas y remitir a preceptos del Código civil y de las Compilaciones Forales, máxime cuando paralelamente existe en el Congreso un proyecto de reforma de artículos del Código Civil afectantes a la familia y los regímenes económicos matrimoniales.” [AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., “Anotaciones críticas al Proyecto de Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores”, *Explotaciones Familiares Agrarias...* op. cit., Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, p. 54].

⁹⁰¹ AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Ibidem*.

⁹⁰² Reproducir el texto citado por CUENCA ANAYA, F., en su trabajo “Transmisión «mortis causa» de la explotación familiar agraria”, publicado en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1983, núm. 25, pp. 75-92; y en *Revista de Estudios Agrosociales*, 1983, núm. 123, p. 48: “De este modo, puede afirmarse que dar cabida a tales instituciones [se refiere a las de Derecho foral] en la legislación civil común no sólo significará atender la demanda de cualificados sectores doctrinales, sino también la aproximación a las peculiaridades de los derechos forales, haciendo comunes, en parte, algunas de las que el transcurso del tiempo y su moral ejercicio han hecho prestigiosas y eficaces en Cataluña, Aragón o Baleares.”.

⁹⁰³ CUENCA ANAYA, F., *Ibidem*.

⁹⁰⁴ CUENCA ANAYA, F., op. cit., p. 50.



Civil vía costumbre, cuando ni siquiera aquella costumbre podía garantizar en el Derecho común la vivencia de dicha institución que procuraba la supervivencia de la explotación familiar.

Del mismo modo, algún tiempo después, otros autores también contribuyeron a manifestar las carencias de la ley, su falta de integridad, su dependencia de las normas del Derecho civil, así como su escasa aplicabilidad⁹⁰⁵.

Teniendo en cuenta todos estos antecedentes, irremediablemente, la batería de distingos argumentados contra la norma, condujo a la natural conclusión de su rechazo, defendiendo la normativa en vigor, que el mismo papel podía desempeñar⁹⁰⁶.

Con visión algo más esperanzadora fue encauzado el análisis de dicha ley –en ciernes todavía, puesto que detentaba el carácter de proyecto legislativo– por otros partidarios, que sin dejar de reconocer ciertos aspectos comunes con la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, admitieron en este nuevo cuerpo legislativo una influencia positiva directa de los derechos forales sobre el sistema hereditario del Código civil, habiéndose pretendido avanzar hacia una unidad legislativa. Por este motivo, parecía que se estaba proponiendo una postura de renovación en el derecho de sucesiones general⁹⁰⁷. Si bien, el Proyecto de la Ley suponía una afectación legitimaria en lo cuantitativo y en lo cualitativo, se referiría, con deficiencia técnica a la “cuantía

⁹⁰⁵ BARRÓN ARNICHEs, P., op. cit., pp. 263 y 265. Aunque elogia que “...el aspecto más sobresaliente de esta normativa es su alejamiento de las reglas tradicionales de sucesión contenidas en el Código civil, para acogerse a ciertas instituciones forales” también advierte que “...el punto más vulnerable en la Ley de 24-XII-1981 es la pretensión del legislador de configurarla como la superación y perfecta síntesis de los principios sucesorios común y forales, cuando en realidad dicha norma carece de un sistema completo que regule el fenómeno sucesorio en todas sus fases...Sin embargo, algunas instituciones no presentan un régimen jurídico exhaustivo, sino que precisan el complemento de las normas generales del Derecho civil...Los regímenes forales ya cuentan, en su mayoría, con mecanismos para lograr la indivisión de la empresa familiar agraria, y respecto a las personas sometidas al régimen civil de Derecho común, la realidad demuestra que esta Ley agraria no ha sido conocida ni empleada por los particulares ni por los juristas prácticos [exponiendo las sentencias del Tribunal Supremo de 1988 y 1992, únicos casos en las que se enjuiciaron supuestos de hecho referidos a dicha Ley]”.

⁹⁰⁶ CUENCA ANAYA, F., op. cit., p. 63: “...vuelvo a afirmar que tales preceptos, además de inviables, son innecesarios, pues el Decreto vigente [refiriéndose a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973] ofrece cauce para mantener la integridad de la explotación agraria.”.

⁹⁰⁷ Traducido en la *vis expansiva* del Proyecto de la Explotación Familiar Agraria que, según Vattier, incidiría “... en el régimen del Código Civil y de los Derechos forales” [VATTIER FUENZALIDA, C., “La transmisión «mortis causa» de la Explotación Familiar Agraria”, *Explotaciones Familiares Agrarias*...op. cit., p. 105]. Nos cuesta entender esta postura, dado que dicha Ley siempre se consideró como un cuerpo jurídico embebido de instituciones precedentes, más bien, del Derecho foral. Cuestión distinta es que deba realizarse un análisis de la mencionada postura a la luz de la doctrina desarrollada por De los Mozos, para el cual, ni siquiera el Derecho foral resultaría en sí mismo suficiente para dar respuesta a los acontecimientos sucesorios en la familia en relación con el negocio común, debido a que en los últimos tiempos ni siquiera revisten las aptitudes necesarias para este fin, en virtud de su arcaico carácter.



mínima” y no a la “legítima estricta”⁹⁰⁸, suponiendo la conformación de un régimen de transmisión *mortis causa* “tendencialmente único y uniforme”⁹⁰⁹, pretendiendo la adquisición a título traslativo íntegra e indivisa a un heredero único, siguiendo las tendencias y principios del Derecho foral y del Derecho comparado europeo, constituyendo “...una verdadera sucesión particular agraria, lo que constituye la *ratio iuris* del mismo”⁹¹⁰.

La moderación pues, en el establecimiento del uso de la cuota legitimaria fue un rasgo diferenciador de la Ley, afirmándose que “la reducción tiene una medida variable que no necesariamente desciende hasta la legítima estricta, sino hasta donde sea preciso para que la explotación quede íntegra, en sede de partición, en el lote que se adjudique al sucesor en la titularidad de la misma.”⁹¹¹.

Que la libertad de testar iba a intentar conciliarse con un orden sucesorio impuesto por la Ley en interés de la familia y de la productividad, parecía de nuevo evidente en esta nueva versión legislativa⁹¹², a través de aquellos recursos que combinaban la reducción del *quantum* legitimario con la figura del heredero único y con la utilización del efectivo en metálico para resarcir a los que no estaban llamados a dirigir la explotación.

Cabe decir que el momento en el que fue redactada la ley –poco después de comenzada la Transición hacia un período democrático- hace pensar en un ambiente proclive a la difusión del respeto hacia la postura de cada Derecho foral, al igual que en la conformación de cada ordenamiento propio de cada Autonomía.

Del mismo modo, también se aprecia una tendencia sorprendentemente transgresora⁹¹³, que sobrepasó la línea de lo tradicional, línea que circundaba figuras

⁹⁰⁸ El artículo 32 de la Ley modificó la redacción al simple “tercio de su valor”.

⁹⁰⁹ VATTIER FUENZALIDA, C., “Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1983, núm. 557, p. 887.

⁹¹⁰ VATTIER FUENZALIDA, C., “Los perfiles esenciales...”, op. cit., p. 888.

⁹¹¹ VATTIER FUENZALIDA, C., “Los perfiles esenciales...”, op. cit., p. 927.

⁹¹² GARCÍA FERNÁNDEZ, G.L., “Oportunidad y justificación del Proyecto de Ley”, *Explotaciones Familiares Agrarias...* op. cit., p. 13: “Se trata de un Proyecto realista que no pretende abordar una reforma agraria en el sentido tradicional, sino de mejorar la agricultura que tenemos.”, *Explotaciones Familiares Agrarias...* op. cit., p. 13.

⁹¹³ De los Mozos, al clausurar, con sus Conclusiones el *Seminario sobre el Proyecto de Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores* afirmó que “En el Derecho comparado se ha seguido el sistema de las soluciones graduales. Aquí estamos ante una solución a la española, todo o nada. Lo que tiene sus inconvenientes, pero también sus ventajas, entre otras, destaca la necesidad de



jurídicas inamovibles en el Derecho común, tendencia que finalmente, quedó en bien poco.

Con esta ley culminaron modificaciones que nuestros juristas contemporáneos reivindicaban en la actualidad, y aunque en su mayoría, supuso una redundancia –sobre todo de los preceptos sucesorios- de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, no faltó la ilusión en su comentario, venida de la mano de los más notables civilistas⁹¹⁴.

Por los antedichos motivos, podríamos concluir que su contenido, en realidad, anunció más, un cúmulo de buenos propósitos; y que las medidas que a priori, podrían parecer vanguardistas, no vieron una plasmación efectiva en la realidad jurídica. Por lo tanto, la norma quedó en un “ambicioso y poco aplicado Estatuto de la Explotación Familiar Agraria”⁹¹⁵ y no perduraron en el tiempo estas medidas progresistas, por su falta de conveniente adaptación a la realidad social de su tiempo, pudiéndose considerar el resultado de su derogación en la década siguiente, una ratificación de las oscilaciones legislativas anteriores.

recuperar el tiempo perdido, la voluntad de incorporar... nuestra agricultura a los modelos de la agricultura a los modelos de Europa occidental, saliendo del paternalismo y del arbitrismo, verdadero mal endémico de nuestra legislación agraria, y sin caer en una equivocada y demagógica socialización del problema.” [DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Conclusiones del Seminario”, *Explotaciones Familiares Agrarias...op. cit.*, p. 257]. Igualmente, el profesor Carozza, que, con una referencia al método seguido en la elaboración del Proyecto de Ley, lo elogió, destacando que “...el legislador español se dispone a hacer, con este Estatuto algo parecido [refiriéndose a su metáfora del edificio legislativo que debe demolerse por haber llegado a ser inservible, comparándolo con textos legales obsoletos en la materia], haciendo estremecer probablemente a los civilistas más aferrados a aquellos principios ya consolidados, pero que caen derrumbados, uno después de otro, como bolos.” [CARROZZA, A., “Originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho Agrario de los años ochenta”, *Explotaciones Familiares Agrarias...op. cit.*, p. 33].

⁹¹⁴ Un ejemplo de los agasajos al Proyecto de la Ley, se encontró en el Seminario sobre el Proyecto de Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores de 1981, que dio lugar a una obra recopilatoria por parte del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (obra ya mencionada por nosotros en distintas citas); al igual que la publicación con el mismo carácter adulador de la ley respectiva, lo hizo a través de los comentarios del año 1975 a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en el ámbito de las Jornadas Nacionales de Derecho Agrario celebradas en 1974.

⁹¹⁵ VATTIER FUENZALIDA, C., “La empresa agraria y las explotaciones prioritarias”, *op. cit.*, p. 46. En el mismo sentido opina Barrón, al afirmar que “...se trata de un sistema sucesorio que, aunque ineficaz en la práctica en cuanto a los objetivos perseguidos por el legislador. Puede describirse como un intento fallido de flexibilizar los principios sucesorios que informan el Código civil...la finalidad de esta normativa consiste en que la sucesión hereditaria no suponga un perjuicio económico para las explotaciones agrarias ni para sus titulares, por la obligada división de los elementos que la componen.” [BARRÓN ARNICHES, P., *op. cit.*, p. 275]. En este sentido se manifiesta también Gutiérrez: “La derogación de estas especialidades por la Ley 19/1995, en su disposición derogatoria única, nos hace rememorar la sorprendente inoportunidad de la Ley 49/1981, al incluir excepciones sucesorias como las mencionadas, en una norma de Derecho civil común, que provocaban la distorsión de los principios básicos sucesorios, que como se ha puesto de manifiesto, ha tenido un corto período de vigencia en el que no creemos que se haya aplicado con profusión especial.” [GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., “La sucesión en la explotación agraria”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 2009, núm. 9, p. 3].



Tampoco aportó esta línea tan innovadora, avance alguno relacionado con la libertad de testar en la transmisión de la explotación. Únicamente y con una tímida pincelada en este sentido, a través de la instauración del sistema del heredero único.

Ni tampoco fue suficiente tomar de los derechos forales la metodología, que sólo compartía algunos criterios de aplicación en el ámbito agrario, pero que en realidad distaba en buena medida de los parámetros sucesorios generales existentes en el Derecho común⁹¹⁶. Cabe decir, que pudo entenderse como una oportunidad perdida de instaurar en el ordenamiento general instituciones que difícilmente podrían haberse adaptado por otras vías al Código Civil.

3.6.5 La Ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias

La presente disposición representó la efigie de la modernidad frente a la normativa más antigua⁹¹⁷ que, o bien debido a la falta de adaptación que traía causa de un diferente contexto político -por mera incompatibilidad con el período posterior- o bien, a una intención excesivamente reformadora; no alcanzó el debido grado de éxito que de ellas se esperaba.

Su propia Exposición de Motivos, en sintonía con su Disposición Derogatoria, eliminó del plano normativo vigente la Ley 49/1981, así como otras disposiciones de la Ley 118/1973, dando lugar a una nueva redacción del artículo 35 de la Ley de Reforma

⁹¹⁶ Precisamente algunas leyes forales, como la ya derogada Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, en su Exposición de Motivos manifestaba el mérito de haber ejercido cierta influencia sobre la legislación estatal, presentando cierta aproximación a la normativa foral, de manera que “La existencia de ordenamientos civiles muy diversos en Europa, algunos de ellos más cercanos a nuestras instituciones vizcaínas y vascas, es una realidad enriquecedora, y el hecho de que algunas instituciones se mantengan diferenciadas respecto al Código Civil es una nota de contraste que, en el futuro, permite esperar síntesis más perfectas. Conviene fijar la atención en que las últimas reformas del Código Civil suponen, en muchos casos, una aproximación al Derecho Foral, y es sorprendente que la Ley de 24 de Diciembre de 1981, que aprobó el estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, recoge instituciones esenciales a la ley vizcaína –como los testamentos mancomunados y «por comisario», los pactos sucesorios, la transmisión íntegra del patrimonio familiar, etc.– y desconocidos en el Código Civil.”.

⁹¹⁷ Pese a ello, no renunció a “rescatar de su contenido [de la ley de 1981] algunos aspectos que conviene mantener o incluso ampliar o matizar” [*Notas para la estructura y contenido del Anteproyecto de Ley de Bases sobre modernización de las estructuras agrarias*, Secretaría de Estado de Estructuras. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1993, núm. 20, p. 22].



y Desarrollo Agrario⁹¹⁸, entre otros, de cariz más simplista, que destacó sobre todo por su sencillez y elemental planteamiento sucesorio. Se atisbaban entonces decididas muestras por parte del legislador de abandonar una tendencia consistente en garantizar la continuidad de la explotación mediante la instauración de enrevesados preceptos legales, insertados a su vez, en entramados normativos de similar complejidad⁹¹⁹.

Por lo tanto se llegó a establecer un nuevo método sucesorio en las explotaciones, cuya simplicidad vino determinada por una evolución natural con un carácter algo menos prolijo y más enfocado a un interés práctico, traducido en una legislación más sencilla, que viró hacia una norma de mayor pragmatismo.

Podríamos destacar dos vertientes fundamentales sucesorias de la norma: por una parte, la indivisibilidad parcelaria instaurada a través del novedoso régimen de las unidades mínimas de cultivo, en base a los cuales se venía "...a poner fin a los desaguisados que han tenido lugar a lo largo de más de veinte años, introduciendo una acertada medida que...contribuirá de modo notable a mantener la integridad de las fincas y a potenciar la viabilidad de las explotaciones"⁹²⁰, en virtud de su naturaleza imperativa, aún contra las disposiciones del testador y con fundamento en su artículo 24, que posibilitaba, mediante los artículos 404 y 1062 del Código Civil, se pudiera adjudicar la explotación a uno de los herederos, a cambio de compensación al resto, al estilo de las normas precedentes, cuyos protagonistas resultaron ser los herederos adjudicatarios y el abono de la legítima en metálico.

Por otra parte, tal y como ya se ha expuesto, "la adopción del criterio sencillo de volver a las normas generales sucesorias de nuestras leyes ordinarias"⁹²¹, por la vía del

⁹¹⁸ La Disposición derogatoria única de la Ley 19/1995 estableció que "Quedan derogados la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, y el Título II del Libro Primero, el Título III del Libro Segundo y el Título IV del Libro Cuarto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero". Por su parte, la Disposición Final Segunda de la Ley de 1995 establecía en su Disposición final segunda que "Se modifican el apartado 3 del artículo 28, y los artículos 32, y 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, quedando redactados de la siguiente forma...: Artículo 35. Por muerte del propietario la explotación no podrá ser objeto de división, y la transmisión «mortis causa» de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de igual carácter en las Comunidades Autónomas que sean de aplicación."

⁹¹⁹ Prueba de ello es la manifestación expresa de la ley en su Exposición de Motivos, en su párrafo VI: "Así, las normas...que regulan las transmisiones «inter vivos» o «mortis causa» de las explotaciones constituidas por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, han de considerarse todas ellas integradas en el ámbito de la legislación civil..."

⁹²⁰ CORRAL DUEÑAS, F., "Comentarios a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias (Ley 19/1995, de 4 de julio)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, Año 71, núm. 630, p. 1780.

⁹²¹ CORRAL DUEÑAS, F., op. cit., p. 1794.



modificado artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, por la Disposición Final Segunda de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias. Aunque cabe decir, que se echó en falta una más detallada regulación en la materia que pudiera haber aportado “resultados prácticos al problema de la indivisibilidad”⁹²².

Ello llevó a la interpretación de que la Ley 19/1995 restauraba el régimen sucesorio especial de la norma de 1973 “si bien con ciertos retoques”⁹²³, considerando en virtud del texto legal que “el legislador no tiene interés especial en extender la calificación de dichas explotaciones [se refería a las agrarias] más allá de la muerte de su titular”⁹²⁴.

Efectivamente, únicamente se mantenían las limitaciones derivadas del régimen de legítimas, aportándose como medios en la misma Ley, el mantenimiento de la explotación, la formación de comunidades hereditarias y el respeto a las ya mencionadas unidades mínimas de cultivo.

Por lo tanto la puesta en escena de estas reinventadas técnicas sucesorias condujo a indicar que “Es misión del Derecho Agrario ir configurándose con normas jurídicas que encuentren en la transmisión, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, la fórmula más adecuada para mantener la integridad de unas fincas y explotaciones que sean viables...”⁹²⁵.

Pero la culminación a las tímidas críticas de esos autores a las viejas leyes, vendría de la mano de DE LOS MOZOS, señalando el carácter “pintoresco” y “muy absurdo”⁹²⁶ de la ley de 49/1981 y lo “fascista”⁹²⁷ de la ley 118/1973, a cuyas adjetivaciones se unió la valoración de la evolución del Derecho social y económico, posicionándose en el parecer basado en la inexactitud de afirmar que todavía, los imperfectos derechos forales preservaban la unidad de la explotación agrícola, cuestión que debía quedar ya anclada en el pasado, siendo más propia de una interpretación anacrónica y de vana revalorización de este derecho territorial, válida tal vez en su

⁹²² CORRAL DUEÑAS, F., op. cit., p. 1795.

⁹²³ MALDONADO RAMOS, I., *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, 1996, Año 72, núm. 632, p. 121.

⁹²⁴ MALDONADO RAMOS, I., *Ibidem*.

⁹²⁵ CARRETERO GARCÍA, A., “Comentario a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, Vol. L, núm. 2, p. 691.

⁹²⁶ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Hacia un concepto de explotación agrícola (marginales a Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997, Año 73, núm. 641, p. 1358.

⁹²⁷ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Hacia un concepto...”, op. cit., p. 1346.



momento, pero ya anticuada, dada la proximidad de la entrada del siglo XXI. La legislación había reorientado su método, adaptándose a la realidad, siendo necesario el enfoque del asunto con miras más amplias, alejándose de la perspectiva reduccionista del derecho de colonización y ajustándose a una lógica de un mercado en el que comenzaban a regir las exigencias de la Política Agrícola Común.

Se perfilaba pues el cambio de rumbo que debería acometerse, que además predeterminaría una diferente manera de legislar y de interpretar las nuevas normas nacidas en el nuevo contexto europeo al afirmar que “La mayoría de la normativa agraria fundamental es anterior a la adhesión de España a la Comunidad Europea, luego no hay suficiente sincronización ni una línea clara de adaptación a las directrices marcadas por la CE en algunos aspectos fundamentales...”⁹²⁸.

Este acertado cambio de criterio estaría pues, a nuestro entender, en línea, con la simplificación de un nuevo régimen sucesorio implantado en la Ley sobre Modernización de Explotaciones Agrarias. Y es que el lógico viraje de tendencia impuesto por las circunstancias europeas fue utilizado como ariete por precursores agraristas – cuya portavocía podríamos atribuir a DE LOS MOZOS-, para arremeter contra una legislación trasnochada, restando importancia al fenómeno sucesorio que en la misma se contenía⁹²⁹.

Sin embargo una solución tan ortodoxa como la remisión directa a las vías sucesorias de Derecho común tampoco debía ser interpretada con tanto optimismo, dado que estos medios, por sí mismos, seguían encerrando carencias en el método de transmisión de bienes. Sirva como ejemplo la referencia a sectores que no se mostraron en absoluto benevolentes con la derogación normativa sucesoria por parte de la ley 19/1995, que con la convicción de que “esta vuelta del régimen sucesorio de las explotaciones agrícolas al lugar de donde no debían haber salido –arts. 32 y 35 LRDA- puede no ser tan inocua como parece.”⁹³⁰, porque, si bien se respaldó la idea del regreso a una realidad normativa representada por la remisión a los preceptos aplicables del

⁹²⁸ CARRETERO GARCÍA, A., op. cit, p. 674.

⁹²⁹ Cabe decir que De los Mozos encabezó la defensa de la suficiencia de medios disponibles en el Código Civil, rechazando los recursos forales, que a juicio de otro sector doctrinal ofrecía mejores remedios en el ámbito unitario-sucesorio de la explotación agraria.

⁹³⁰ TORRES GARCÍA, F.T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos.*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, T. II, p. 772.



Código Civil, que posibilitaría la asignación del negocio a un único sucesor, a través de mecanismos tan comunes como los artículos 841 a 847, 821, 829, 1062 o 1056.2 del Código Civil, se contempló de soslayo el título sucesorio general al que habilitaba el artículo 35 de la LRDA y que venía representado por la utilización sin distinciones del régimen sucesorio testado e intestado. De este modo se postuló que la utilización de los recursos generales del Código Civil sería la única posibilidad de convergencia entre las legislaciones de los territorios forales y el primer cuerpo normativo citado; referentes al régimen sucesorio de la explotación agrícola⁹³¹, cuya transmisión unitaria en la LMEA parecía quedar relegada a un segundo plano en virtud de la primacía de otros factores, que venían propiciados por la implantación de una perspectiva dinámica en el funcionamiento de la empresa agrícola y basada más en criterios de capacidad productiva⁹³².

El verdadero germen de los inconvenientes de la transmisión residía normalmente en la vertebración normativa civil existente en cada ordenamiento y en el grado de libertad de testar que en el mismo se permitiera, por lo que también se aludió a la preocupación por mantener la integridad del establecimiento, no debiendo desplazar - o al menos no obviar- el delicado asunto del heredero legitimario adjudicatario, que para pagar su parte al resto debía descapitalizarse o provocar la desintegración de la propia empresa, razonándose que “Es cierto que existen diversos cauces para atribuir en bloque la explotación a uno de los sucesores, pero siempre existirá el problema de la necesidad de que el adjudicatario afronte el pago en metálico de la cuota hereditaria de los demás legitimarios...”⁹³³.

Por otra parte, aunque sin efectuar valoraciones adicionales sobre la cuestión hereditaria, se consensuó una opinión favorable sobre la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, coincidiendo en el matiz dinámico de las estructuras agrarias

⁹³¹ TORRES GARCÍA, F.T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El patrimonio agrario...”, op. cit., p. 773: “Se ha querido con esta nueva redacción del artículo 35 LRDA una mayor equiparación entre el régimen sucesorio de la explotación agrícola así configurada en esta legislación y el que en el Código Civil se establece para mantener indivisa una explotación art. 1056.2...”. También encontramos otras perspectivas disonantes. Tenemos un clara prueba de ello en voces tan autorizadas como la de Ballarín, que criticaron la norma por centrarse en el aspecto puramente fiscal y en las explotaciones prioritarias, entre otros aspectos [BALLARÍN MARCIAL, A., “Introducción y Crítica a la Nueva Ley de Modernizaciones Agrarias”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 1995, Año 11, núm. 27, pp. 11-12].

⁹³² Tal y como sostuvo la propia ley en su Exposición de Motivos: “...como medio de sostener y elevar la capacidad de competir en los mercados...”. Si bien quedaba citada expresamente y bajo un aparente interés en “...seguir conservando la tradicional atención histórica acerca del mantenimiento de la unidad del establecimiento agrícola.”

⁹³³ TORRES GARCÍA, F.T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El patrimonio agrario...”, op. cit., p. 830.



creadas a su abrigo, manifestándose el propósito de la superación de las deficiencias en anteriores leyes estructurales agrarias, que la hacía suponer “una norma dotada de estabilidad y equilibrio...”⁹³⁴, y por lo que a nuestro estudio mayor interés podría suscitar, realizándose loables esfuerzos para evitar el fraccionamiento de las explotaciones⁹³⁵; se manifestó que la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias “...abre etapa en el ciclo histórico del Derecho Agrario”⁹³⁶, resultando adecuada y claramente efectiva la derogación del Estatuto de la Explotación Familiar y su “intrincado sistema sucesorio” que hacía que “las aguas vuelven a su cauce”⁹³⁷.

Así, aspectos conceptuales y dedicación a determinadas materias en la ley se presentan como criticables, aunque parecían “superar el anquilosamiento del sector”⁹³⁸.

Con todo, pese a la renovación de conceptos técnicos y adaptación de los nuevos esquemas agrarios a una sociedad más moderna, ha persistido un fin duradero, resistente al paso del tiempo, siendo por este motivo que deberíamos mantener que, más que un fin tendencial acorde a una concreta coyuntura histórica, el contenido de la ley ha seguido unos cauces técnicos y lógicos, desligados de posturas insertadas en posicionamientos filosóficos o historicistas, que se sostuvieron un siglo atrás, con el interés de evitar el excesivo fraccionamiento de la tierra. El fin lógico pues, habría trascendido a las disputas ideológicas, y tenía reflejo en una de las leyes más elitistas⁹³⁹, que trataba de sentar unas bases en un territorio de más vasto origen, con acentuado tinte europeísta.

Por lo tanto, no existió un adentramiento profundo y exhaustivo en materia sucesoria en esta ley, en la que tan solo resultó notable el paternalismo *ope legis* y por consiguiente, el encarrilado de la sucesión hacia un heredero único, justificándose por

⁹³⁴ DE PERALTA Y CARRASCO, M., “Ley 19/1995 de 4 de julio, Modernización de las explotaciones agrarias, Impulso y Desarrollo del Derecho Agrario”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1996-1997, núm. 14-15, p. 397.

⁹³⁵ DE PERALTA Y CARRASCO, M., op. cit., p. 403.

⁹³⁶ MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.A., “Aspectos Generales de la Ley 19/1995 sobre Modernización de las Explotaciones Agrarias”, *Anuario de la Fundación Ciudad de Lleida*, 1996, núm. 7, p. 330.

⁹³⁷ MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.A., “Aspectos Generales...”, op. cit., p. 347.

⁹³⁸ DE PERALTA Y CARRASCO, M., op. cit., p. 413.

⁹³⁹ Así lo entendió el Consejo Económico y Social, valorando en la Conclusión I de su *Dictamen núm. 5 sobre el Anteproyecto de Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias en su sesión del 6 de julio de 1994*, p. 72 “...positivamente el intento perseguido por el Anteproyecto de Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias como instrumento legal que sirva de marco de referencia para el desarrollo y adecuación del sector agrario, tanto en el ámbito general de la PAC como en su aplicación concreta en el contexto de la política agraria nacional”.



esta vía la indivisión forzosa, instrumentada por su artículo 24⁹⁴⁰ -cuya aplicación tampoco ha resultado satisfactoria- en la transmisión *mortis causa* de la explotación agraria, abstracción hecha de las referencias a todo matiz legitimario.

3.7 Un apunte sobre la ubicación y relevancia de la empresa en el ordenamiento civil sucesorio

La integración del concepto de empresa en una determinada rama del ordenamiento jurídico, a priori, no debería resultar una tarea que revistiera excesiva complejidad.

Y realmente no la tiene cuando se trata de ubicar la idea dentro de materias tan especializadas en su tratamiento como el Derecho mercantil o el laboral.

Tomando como punto de partida este aspecto, el Derecho privado puede no parecer ser la disciplina en la que la empresa pudiera tener lógica cabida; presunción ésta a la que no deberemos otorgar validez, sin haber efectuado previamente un bosquejo conceptual en razón del objeto empresarial y de los fines a los que atiende, en relación con la materia sucesoria.

De la búsqueda de estas razones y del posicionamiento adoptado en favor de posturas más atomistas o unitaristas⁹⁴¹ podría colegirse que la empresa contribuye al

⁹⁴⁰ La técnica que empleó la LMEA en su artículo 24 para mantener la indivisión de la explotación, tampoco convenció a autores como Barrón, que sostuvo que dicho precepto arrastraba el mismo defecto de confección que el artículo 35 de la LRDA y venía a imponer la "...indivisión de las explotaciones familiares agrarias, en defecto de lo que esté regulado al respecto en los ordenamientos civiles forales" [p. 280], lo cual la convierte en una regla imperativa de indivisión para empresas agrarias que ostentan la vecindad civil común y que, por tanto "...deben regirse por las reglas sucesorias del Código civil". Ello condujo a la autora a concluir -habida cuenta de que el Derecho foral, en la mayoría de ocasiones, regulaba de forma autónoma los supuestos de indivisión de la empresa agraria, y que por lo tanto no cabría en sus territorios, la aplicación de la norma de Derecho común- que "no es la mejor solución sustituir la naturaleza dispositiva, característica de las leyes civiles, por la imperatividad de una norma aplicable sólo a determinados sujetos. Parece más atinado promover una reforma seria del Código civil, a través de la cual puedan superarse las deficiencias que presenta hoy día el Derecho privado en relación a las necesidades planteadas desde el ámbito agrario." [BARRÓN ARNICHES, P., op. cit., p. 280].

⁹⁴¹ ROCA SASTRE, R.M., "La unidad de la empresa en el impuesto de Derechos Reales", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1952, T.II, p. 360: "En general, es forzoso reconocer que la doctrina coincide en admitir que la empresa constituye una unidad jurídica, pero existe acusada discrepancia acerca del alcance atribuible a esta unidad y concretamente en si hay que conceder a la empresa el rango o categoría de cosa... A nuestro entender, este problema ha de dilucidarse dentro del campo del Derecho civil, del cual ha de recibirlo ya resuelto el Derecho mercantil, puesto que todo lo concerniente a lo que debe entenderse por cosa, bien y objeto de derecho, es de la competencia privativa del Derecho civil o general..." aclarando a continuación que "...desde el momento que la empresa es una organización productiva de varios elementos, a consecuencia de cuya organización el conjunto de estos



desarrollo de un fin social con un peso específico tan elevado dentro del Derecho civil, que se posibilita la instauración de un régimen sucesorio empresarial adecuado, que a su vez, contribuye a su pervivencia, con el paso de una generación a otra⁹⁴².

En este sentido se destacó que la empresa, imbuida de esta fuerza procedente del mencionado carácter unitario, representaría, el núcleo de la sociedad, en manos de un grupo social, y que por este motivo, necesitaba pertrecharse de caracteres personales y familiares⁹⁴³, habiéndose reivindicando por esta razón su tratamiento por el Derecho civil.

Efectivamente, la necesidad del adecuado manejo y circulación en el tráfico jurídico de la empresa se hacían necesarias, al igual que la posibilidad ilimitada de su transferencia, bien *inter vivos*, bien *mortis causa*⁹⁴⁴.

Pese a ello, el ordenamiento jurídico, en el ámbito del Derecho privado, no le otorgaba ese tratamiento jurídico a la empresa, derivándose de ello un atomismo manifiesto⁹⁴⁵. El Derecho civil sólo regulaba los elementos empresariales, sin haberse podido adaptar a un tratamiento global, tratando de manera independiente las cuestiones que abordaban la materia de personas, bienes y derechos. Sólo desde esa perspectiva se encontraría un mínimo resquicio para la viabilidad en la regulación de la sucesión por causa de muerte de algunos de sus componentes de carácter patrimonial.

elementos arrojan un valor *distinto y mayor* que la mera suma de los mismos, es evidente que el Derecho no puede permanecer indiferente a este resultado, y, por tanto, ha de reconocer que institucionalmente tal conjunto forma un nuevo bien; que si económicamente los elementos integrados o fundidos en la empresa forman una unidad, por estar afectos todos a una misma comunidad de destino que invierte al conjunto organizado una vida propia, atribuyendo a la empresa una categoría unívoca, es lógico que a esta unidad económica corresponda en el campo del derecho a una *unidad jurídica*...adquiere relieve el hecho de que el de la mera suma de tales elementos singularmente considerados..." [p. 366], concluyendo que "... no entraña dificultad para que las universalidades, y por ende, la empresa, tengan la consideración de un bien único, la circunstancia de que, dada la diversa índole de los elementos singulares organizados se requieran a veces operaciones especiales en orden a su enajenación o traspaso... [p. 370].

⁹⁴² Así lo expresó Dávila, quien, siguiendo al profesor Gustav Radbruch, concretó que la empresa estaba destinada a servir a fines sociales y colectivos, y sobre todo, a perdurar en el tiempo, huyendo del sistema individualista de los sistemas jurídicos tradicionales de la herencia, quebrantando el atomismo tradicional y sustrayendo a la empresa de las contingencias e incertidumbres del derecho sucesorio, proponiendo incluso el establecimiento de un estatuto testamentario para la empresa. [DÁVILA GARCÍA, J., "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1946, T. III, pp. 574-576].

⁹⁴³ MOSSA, L., "Ensayo sobre la empresa y sociedad", *Revista de Derecho Mercantil*, 1948, p. 177.

⁹⁴⁴ RUBIO GARCÍA-MINA, J., "El principio de la conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en derecho español", *Revista de derecho Privado*, 1935, p. 290.

⁹⁴⁵ Encontramos en el transcurso de 3 décadas (desde 1940 hasta casi 1970) posturas enfrentadas, unas – como la de Robles y Roca Sastre- que defendieron que se había alcanzado el tratamiento unitario de la empresa (y por lo tanto la consolidación real de una doctrina de conservación de la empresa) y otras – como la de Martín-Ballester- partidarias de la lejanía de esa realidad y de la presencia de un atomismo como un futurible que el Derecho civil debía venir a resolver.



Desde esta perspectiva, la empresa podría encontrar el tratamiento anhelado en la materia de sucesiones y de Derecho de la familia debido, sobre todo, a su óptima capacidad, aunque ello podría parecer paradójico, dadas las veces que había sido referida la insuficiencia del Derecho sucesorio, por su origen agrario, orientado a lo exclusivamente rural y no a lo mercantil⁹⁴⁶.

Lo mercantil entonces, debería venir a solapar la materia sucesoria agraria, que adolecía de serios inconvenientes; principalmente la aportación de una solución “menos humana”⁹⁴⁷ en la transmisión de la explotación familiar.

Detectados estos defectos, debería ser entonces el Derecho civil el responsable de la sucesión de las unidades jurídicas mercantiles individualizadas del negocio, regulando el nuevo objeto de la sucesión: la empresa mercantil, la cual, además, destacaría por su carácter contributivo social⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ DÁVILA GARCÍA, J., op. cit., p. 577: “Las normas del derecho sucesorio, casi todas supletorias de la voluntad individual, están inspiradas en un tipo de economía agraria, no mercantil; de escaso tráfico y para una economía desarrollada en el cambio; y con la vista fija siempre en el interés individual (seguridad del derecho), omitiendo casi el interés del público (seguridad en el tráfico de terceros).” ROBLES se movía en la misma tendencia, y ello queda reflejado en su pensamiento: “Las mismas normas del Derecho civil, pensadas para un tipo de tráfico distinto del mercantil, fundamentadas en el régimen de propiedad agraria, dictadas para un ordenamiento que tiene en cuenta otros intereses distintos a los contemplados por la nueva organización económica, son insuficientes para disciplinar el fenómeno de la empresa y, como consecuencia, todos los demás aspectos parciales que hacen relación a la vida misma.” [ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, A., “El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, octubre 1947, Año XXIII, núm. 233 p. 586].

⁹⁴⁷ PUIG BRUTAU, J., “El testamento del empresario”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1960, p. 850. En el sentido de que, como en la explotación agrícola, los hijos que no están llamados a la dirección de la empresa, no queden excluidos de sus beneficios; conciliando la “necesidad de mantener indivisa la empresa con el ideal de institución en partes iguales de todos los hijos” [vid. cita 21 de la misma obra].

⁹⁴⁸ MARTÍN-BALLESTERO manifestó esta inclinación por la confianza en el Derecho civil para el tratamiento de la cuestión: “...sería mucho más difícil e inexplicable considerar la empresa y su concepto dogmático como teoría ajena totalmente al Derecho civil... Pues no hay ninguna otra rama del Derecho con más abolengo y mejor estructura para estudiar la empresa. Del Derecho civil parten tanto el Derecho mercantil como el Derecho laboral, principales dos ramas jurídicas que hoy han hecho resaltar y sobresalir la consideración jurídica de la empresa. Corresponde al Derecho civil evitar la dualidad que esas dos ramas especiales tienen sobre esta nueva e interesante figura jurídica; y establecer, o restablecer, un equilibrio capaz de poder determinar la firma base...en donde se cimiente y tras el que se desarrolle la espléndida y rica gama de perfiles y de matices que hoy de modo disperso nos ofrece la empresa...y susceptible de una construcción doctrinal precisa y preciosa.” [MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, L., “La empresa y el Derecho civil”, *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Vol. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, pp. 602-603]. Vid. también la referencia al enfoque social en ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, A., op. cit., p. 586: “Pero los valores ligados a la conservación de la empresa, su naturaleza específica y la orientación general que el Derecho experimenta en nuestro tiempo hacia la idea social, hacen que se revisen una serie de criterios hasta ahora válidos en la materia, y que sin considerar la especialidad del problema de la transmisión hereditaria de la empresa, no protegían en la medida de lo deseable los múltiples aspectos o intereses ligados a su conservación como organismo de la Economía nacional”.



De lo expresado se desprende que el sector civilista ha avalado la madurez del Derecho civil para afrontar la regulación y sucesión empresarial, y su catalogación como sector del ordenamiento capaz para acometer dicha función. En este sentido no se debe prejuzgar el Derecho civil como inapropiado o incompetente desde el punto de vista de la materia, dado que precisamente, resulta un Derecho con suficiente idoneidad y en el que tendría una mejor cabida la regulación de la transmisión sucesoria. La prueba es que de manera reiterada ha pretendido esta maduración normativa a través de la elaboración de preceptos que han pretendido alcanzar el *status* más óptimo en la regulación combinada de la conservación y sucesión empresarial, sin perjuicio del deseo de avances más sustanciales en la materia.

3.8 El párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil

3.8.1 Notas introductorias

Debemos concretar nuestra atención en el plano general del Derecho común y hacer referencia a la norma en la cual se plantea la posibilidad de que el testador establezca como posible la continuidad de la empresa familiar marcando pautas que, en atención a la indivisibilidad de la misma, determinen la transmisión de la titularidad del negocio a favor de uno solo de los legitimarios, instaurándose por otra parte que la legítima correspondiente al resto de herederos deba ser satisfecha en metálico por el causahabiente que se designa como receptor del bien principal, siendo entendido por tal, el negocio familiar.

a. Redacción inicial

Como precedentes remotos del artículo encontramos las Leyes 19 y 20 de Toro, en las cuales se permitía que el testador señalase cosas singulares en las que se pudiera satisfacer la mejora del tercio o del quinto. Así, la Partida 6.10.2 también expresaba que

el heredero podía sacar su legítima de la cosa si ésta fuere a tal que se pueda partir sin daño e sin mal, mas si fuese cosa que non pudiesse partir, asi como sieruo o cauallo o libro o otra cosa semejante, entonce deuenla apreciar, el del precio della daua tomar el heredero la su parte.



Y de este modo fue adaptada al derecho castellano la doctrina de BARTOLO Y BALDO, manteniéndose que si la cosa donada no pudiera dividirse cómodamente y excediere del valor del tercio y quinto y legítima del mejorado, éste debía tener preferencia para adjudicársela en la licitación.

En el Proyecto de 1851, en el art. 899 (precedente directo del actual artículo 1056) no se contemplaba el supuesto del actual segundo párrafo del artículo objeto de nuestro estudio, que se consideró, antes de la reforma de 1981 como una prolongación de los arts. 821 y 829 del Código Civil⁹⁴⁹.

En esencia y al hilo de lo ya estudiado, se detectó una preocupación en el legislador por la conservación de las explotaciones, reflejo de la inquietud económica y social de la época, la cual carecía sin embargo de referencias en nuestro ordenamiento, apareciendo por vez primera en el Anteproyecto de 1882 a 1888⁹⁵⁰. Dicha norma venía precedida por el interés en la regulación normativa de la suerte que debían correr las explotaciones agrícolas e industriales en las particiones, cuestión abordada por el Código de Napoleón, en cuyo artículo 832 se hizo referencia a que en la composición de lotes se debía evitar la parcelación de las heredades y la división de las explotaciones.

b. Redacción tras la Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa

Debe considerarse el año 2003 un punto de inflexión, o al menos, un año en el que se manifiesta un evento legal trascendente, reflejado en una nueva creación normativa, la ley 7/2003 de 1 de abril de la Ley de Responsabilidad Limitada Nueva Empresa; que tras su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico civil, autoriza a dar un nuevo enfoque al artículo 1056. 2 del mismo texto articulado.

⁹⁴⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Comentarios al artículo 1056 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. Coord., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XIV, Vol. II, art. 1035 a 1087, Edersa, Madrid, 1989, p. 157: “...el art. 1056.2, significa pues, la extensión de esa doctrina recogida en los arts. 821 y 829 y, además, sin exigir licitación, a las explotaciones agrícolas, industriales o fabriles que el padre, en interés de la familia no quiera dividir. Es decir, su peculiaridad consiste en considerar como cosas que no admiten cómoda división a dichas empresas, aunque se integren con elementos materialmente divisibles, dejando a juicio del padre, la decisión de no estimarse divisible jugándolo [sic] conforme su personal criterio y su apreciación del interés de la familia a este respecto.”

⁹⁵⁰ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Vol. I, Sección 3ª. Madrid 1964, p. 948: “El artículo 1.056.2...carece, por el contrario, de precedentes y constituye un precepto nuevo en el derecho español.”



Es interesante destacar la norma que concede la licencia al art. 1056 CC para la redacción de su nuevo segundo párrafo, concretamente, la Disposición Final Primera, apartado 2º de la ley. Dicho artículo es el 1271.2 CC, al que se añade la expresión “y otras operaciones particionales”, que dio pie a la nueva redacción del citado 1056.2 CC, tal y como se anticipaba en líneas anteriores.

Para su correcto análisis e interpretación, proponemos una comparación entre redacciones, procediendo a continuación a examinar con detalle la meritada norma.

En primer hemos de atender a la redacción anterior:

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.

Dicho texto contrasta con el extenso segundo párrafo⁹⁵¹ incorporado al art. 1056 CC desde el año 2003:

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844⁹⁵².

⁹⁵¹ RUEDA ESTEBAN, L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio familiar, profesional ...*, T. IV, op. cit., Bosch, Barcelona, 2005, p. 209: “Nunca había tenido el artículo 1056.2 una redacción tan larga, detallada y aglutinadora de las tendencias doctrinales de los últimos cincuenta años – y a mi juicio tan farragosa como peligrosa en su interpretación-. Pero es evidente que no fue ésa la intención del legislador de la génesis de la norma, sino exclusivamente la del redactor técnico de la misma”.

⁹⁵² BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Senado, Serie II, 12 de febrero de 2003, núm. 101. El texto de la ley es el resultado de la enmienda del grupo Parlamentario Popular en su tramitación en el Senado como Proyecto, que reproducimos a continuación:

ENMIENDA NÚM. 21 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP).

El Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente enmienda a la Disposición Final Primera (nueva):

ENMIENDA (De adición):

Se propone añadir una nueva Disposición Final Primera modificando los artículos 1056, párrafo segundo; 1271, párrafo segundo, y 1406.2º del Código Civil. Las restantes disposiciones finales del Proyecto de Ley se numerarán correlativas a la que ahora se introduce.



A pesar de que el origen de las inquietudes relativas a la empresa familiar parte de un punto algo más remoto, guarda estrecha relación la modificación en esta norma con el *Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa familiar* del año 2001⁹⁵³, en la que destacaron los discursos de algunos ponentes, cuyos

«Disposición Final Primera. 1. Queda modificado el artículo 1056, párrafo segundo, en los siguientes términos: Se sustituye el actual párrafo segundo por el que a continuación se establece: “El testador, que en atención a la conservación de la empresa o interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el *pago*, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador. Podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago cualquiera de ellos podrá exigir el pago de su legítima en bienes de la herencia.

No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en los artículos 843 y 844.1º de la sección octava del capítulo dos de este Libro, relativa al pago de la porción hereditaria en casos especiales.”.

2. Se modifica el párrafo segundo del artículo 1271, en los siguientes términos: “Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, *en orden a la sucesión en la empresa familiar*, [la porción de texto en cursiva, nuestra, es la que finalmente no vio la luz] conforme al artículo 1056 párrafo segundo.”.

A continuación, se motivó la enmienda por medio de un texto aclaratorio en el que se puso de manifiesto la pretensión antifragmentadora del artículo en la sucesión intergeneracional de las empresas:

JUSTIFICACIÓN

Las modificaciones propuestas se justifican atendiendo a un elemento integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado. Se buscan instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada en la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, paquete mayoritario en varias empresas o paquetes de control. Se persigue evitar la fragmentación de la empresa manteniendo la unidad en la siguiente generación. Es por tanto objetivo de esta modificación, preservar indivisa una explotación económica permitiendo, para ello, que se pague en metálico su legítima a aquellos herederos a los que no se atribuya la sucesión en la empresa. Por lo que se refiere al artículo 1056, párrafo segundo, hay que indicar que la modificación se circunscribe al patrimonio empresarial. *Se pretende, con la reforma, producir una adecuación a la realidad social ya contemplada por el conjunto de los Ordenamientos civiles autonómicos* [la cursiva es nuestra]. Esta modificación sólo surtirá efectos cuando al fallecimiento del testador esté prevista la forma de sucesión en la empresa. En caso contrario, el testador habrá de acudir a otros procedimientos. Por lo que hace al párrafo segundo del artículo 1271, la modificación propuesta no supone en modo alguno una alteración de los principios sucesorios, sino simplemente una interpretación más extensiva del citado precepto. En efecto, desde 1915, el Tribunal Supremo vino entendiendo que este precepto se refería a la totalidad de la herencia y no a bienes concretos. Tanto la Ley de 1989 sobre Arrendamientos Rústicos, en su artículo 79, como la de 24 de Diciembre de 1981 sobre el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y los Jóvenes Agricultores establecen normas ya no particionales sino sucesorias, en orden a un tipo singular de empresa: la agraria. Por último, en cuanto al artículo 1406.2º, la nueva redacción propuesta refleja la interpretación más extendida del precepto, ajustándola a la terminología actual.

⁹⁵³ Así lo ha hecho notar PARRA LUCÁN al afirmar que “Por su contenido, parece clara la conexión entre esta enmienda y la elaboración del Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar...” [PARRA LUCÁN, M.A., “Legítimas, libertad de testar..., op. cit., p. 56.]



comentarios merece la pena poner de manifiesto, sobre todo, por la alusión directa al artículo 1056.2 CC en relación con el concepto de empresa familiar.

La materia de Derecho civil se hizo ver como fundamental, y como uno de los puntos fuertes en que debía apoyarse la sucesión empresarial⁹⁵⁴, siendo tan perfecta y robusta bajo algunos puntos de vista que no necesitaba de mayores adiciones ni reformas⁹⁵⁵, por disponer el Código civil “de suficientes facilidades y posibilidades para mantener a la empresa en manos del hijo competente”⁹⁵⁶.

Tras la mayoría de alusiones a las necesarias modificaciones en Derecho fiscal el debate finalmente retornó a la perspectiva civil con el contraste entre defensores del sistema normativo vigente -capaz de coadyuvar a la transmisión en el negocio de

⁹⁵⁴ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Senado, Serie I, 23 de noviembre de 2001 núm. 312, *Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa familiar, Ponencia de Mario Moliner Monleón e Ignacio Tormo, Presidente y Asesor del Instituto Valenciano para el Estudio de la Empresa Familiar (5 de abril de 2001)*, pp. 8-9: El Derecho civil debería actuar en materia sucesoria y testamentaria, exponiendo “...la conveniencia de armonizar el Código civil, y concretamente su artículo 1271 que prohíbe los pactos sucesorios con la legislación de los territorios forales...Señaló que el artículo 1056 del Código Civil admite que el testador pueda mantener una explotación económica indivisa en interés de la familia, pero que este precepto debiera ser desarrollado y adaptado a las especiales circunstancias que en estos tiempos condicionan la existencia de las empresas familiares...”, junto con la necesidad del complemento del “...protocolo familiar como instrumento de regulación de los derechos sucesorios.”

⁹⁵⁵ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Senado, Serie I, 23 de noviembre de 2001 núm. 312, *Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa familiar, Ponencia de Inmaculada Rodríguez Cuervo, Presidenta de la Comisión de Empresa Familiar de la Confederación de Empresarios de Galicia (30 de mayo de 2001)*, p. 13: “...a su juicio, no era necesario establecer un régimen jurídico específico para las empresas familiares, ya que existen en la legislación mercantil vigente suficientes posibilidades para flexibilizar la adopción de soluciones, y cuantos más regímenes diferentes se establezcan, más complicada resultará la gestión...”

⁹⁵⁶ Una de las afirmaciones más contundentes procedió del sector notarial, por parte del notario de Madrid, Gerardo Muñoz de Dios: “...desde el punto de vista civil, tanto del Derecho Común como de la legislación autonómica, existen medios suficientes para conseguir el sostenimiento de las empresas familiares. Tras una explicación del sistema de legítimas en el Derecho Foral, explicando el origen histórico del citado sistema, manifestó que sigue subsistiendo una limitación de las legítimas, que son mucho más cortas que en el Derecho Común. En éste, apuntó a que era injustificada la mala prensa que tiene la legítima desde la óptica de las empresas familiares, manifestando textualmente que no era cierto que las legítimas atacaran a las empresas familiares. Tras explicar los conceptos de legítima estricta, mejora y tercio de libre disposición, aportó una serie de ejemplos en el sentido de acreditar que el sistema no perjudica a la continuación de la empresa familiar, destacando que en concreto, el artículo 1056 del Código Civil, permite alternativas a favor de la continuidad de la empresa familiar. En la misma línea se refirió a los artículos 841 y siguientes del Código Civil y a la posibilidad que el 831 concede de que un cónyuge permita al otro el que pueda mejorar a los hijos comunes. El compareciente llegó a la conclusión de que el mayor obstáculo o ataque a la empresa familiar no se encuentra en la herencia...”, y además “...insistió en que si el empresario fundador tiene varios hijos, de los que sólo alguno o algunos están capacitados para dirigir y gestionar la empresa familiar, el Código Civil ofrece suficientes facilidades y posibilidades para mantener a la empresa en manos del hijo competente.” [BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Senado, Serie I, 23 de noviembre de 2001 núm. 312, *Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa familiar*, p. 14].



familia- y entre sus detractores, que achacaron al sistema de legítimas una influencia negativa para esta continuidad empresarial⁹⁵⁷.

No obstante, la Comisión no arriesgó en su parecer y en el ejercicio de una posición equidistante y moderada –expresando también el sentir en la misma preocupación sobre el particular en países de nuestro entorno, como Francia e Italia-, simplemente recapituló las opiniones de los comparecientes, manteniendo los inconvenientes del sistema sucesorio español, basado en la legítima, al tiempo que puntualizó las soluciones establecidas en el ordenamiento, al alcance de los fundadores, para sortear estos obstáculos, provenientes de la aplicación la reserva forzosa⁹⁵⁸. De ahí, podría colegirse el acuerdo en el avance en la nueva redacción del artículo 1056.2 CC, tras la enmienda del año 2003⁹⁵⁹: no tocar las legítimas y dotar de una mayor

⁹⁵⁷ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Senado, Serie I, 23 de noviembre de 2001 núm. 312, *Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa familiar Informe de la Ponencia de Estudio para la Empresa Familiar de 21 de noviembre de 2001*, V.2, p. 29: *La empresa familiar ante el ordenamiento jurídico*: “Los especialistas y los comparecientes han destacado en que forma las normas del Código Civil pueden suponer un factor negativo para la continuidad de la empresa familiar, aunque tampoco han faltado comparecientes que han demostrado que existe regulación suficiente en el Código Civil para conseguir que la empresa siga perviviendo a pesar de la desaparición de los fundadores. En el fondo, puede estimarse que existe soterrada una cierta polémica entre los partidarios del sistema anglosajón de absoluta libertad de testar y los partidarios del sistema de legítimas tal como está configurado en España.”.

⁹⁵⁸ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Senado, Serie I, 23 de noviembre de 2001 núm. 312, *Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa familiar Informe de la Ponencia de Estudio para la Empresa Familiar de 21 de noviembre de 2001*, Ibidem: “...lo cierto es que si el empresario no ya [sic] preparado la sucesión, mantener la empresa unida va a ser difícil ante la necesidad de respetar las legítimas y el principio de igualdad de la partición.”. Sin embargo, también es cierto que en el supuesto de empresa familiar (no privativa) el fundador puede hacer uso de la facultad del artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil, cuando desee asegurar la sucesión a favor de uno sólo de sus hijos.”.

⁹⁵⁹ En el turno de fijación de posiciones de las enmiendas, mantuvieron, los representantes del grupo parlamentario popular y del socialista, posturas enfrentadas: Así, Joaquín Sánchez Garrido, del grupo socialista, sostuvo que “En esta ley, en sus disposiciones adicionales, se modifica peligrosamente, creo yo, el Código Civil. Creo que se hace una referencia al 1.056 y al 1.406 del Código Civil en lo que se refiere a la legítima. ¿Por qué se tiene que modificar este tema procurando un aplazamiento de hasta cinco años por parte del testador o del contador-partidor para mantener supuestamente la unidad de empresa? Si ya estaba regulado así, si no había ningún problema. Esto es un error porque se está modificando un precepto importante y esto va a dar lugar a bastante controversia” [Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2003, VII legislatura, núm. 235, p.11984]. Es este argumento un tanto endeble, a nuestro entender, el de mantener las cosas, sólo por el hecho de que “no dan ningún problema”. Celso Luis Delgado Arce, del grupo popular, respondió que “Otra de las problemáticas de la empresa familiar era la de la sucesión, la sucesión familiar, el relevo generacional, por qué desaparecían tantas empresas familiares a la segunda o a la tercera generación. Nos pedían que retocásemos el artículo 1.056 y dos concordantes del Código Civil. Es lo que hemos hecho con este proyecto de ley; no hemos creado un nuevo artículo 1.056, sino que hemos retocado dicho artículo dando facilidades para que si el titular de la empresa familiar decide en su testamento que la empresa quede en manos de uno solo de los herederos, se pueda abonar al resto su legítima con efectivo extrahereditario con un plazo y en unas condiciones. Por tanto, hemos operado en el Código Civil una alteración mínima suficiente que se circunscribe al patrimonio empresarial, lo cual quiero dejar muy claro para que no se confundan los términos. En relación con el protocolo familiar, también se reclamaba por parte en el informe de esta ponencia — aprobado, repito, por asentimiento con el voto de todos los grupos, incluidos Socialista, Vasco e Izquierda



flexibilidad a los mecanismos legales vigentes. Seguramente una opción destinada a satisfacer a todas las posturas, pero que en la realidad se ha traducido en pocos progresos.

3.8.2 Análisis comparativo

Una vez fijado su contenido, podemos efectuar el examen del artículo antes y después de la reforma, haciendo referencia a cada una de sus partes.

a. “El padre-el testador”

i. El padre

Desde su redacción originaria, se consideró el término “padre” extensible a todo ascendiente (abuelo)⁹⁶⁰ e incluso al causante que no dejara descendientes (aunque sí ascendientes) legitimarios. Dicha postura ha sido sostenida por la mayoría de la doctrina⁹⁶¹, aunque lo que parece claro es que dicho ascendiente debe ser el testador en sentido propio, por lo cual se impone la necesidad de un testamento básico sobre el que descansa el acto divisorio.

Unida— que se formalizase la posibilidad de que se diese publicidad a los protocolos familiares y que pudieran acceder al Registro Mercantil aquellos pactos que contengan cláusulas que pudieran afectar a terceros. Un protocolo familiar que tiene su importancia para reglamentar las relaciones entre la titularidad de la empresa familiar y la gestión de la misma, evitando conflictos innecesarios” [Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2003, VII legislatura, núm. 235, p.11985].

⁹⁶⁰ STS DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1925 (Ar. 129). Aunque dicha sentencia trata de una donación, Vallet de Goytisolo la entendió aplicable por analogía al supuesto de considerar infringido el art. 1056 CC: “...como en la escritura de donación que de los dos tercios de todo su haber hereditario hizo cierto señor a su nieta y en su testamento el propio donante estableció por modo claro que si la expresada donación excediera de los dos tercios mencionados se abonará en metálico a los demás herederos el exceso, es evidente que no puede reputarse inoficiosa dicha donación, y al no entenderlo así la Sala, incide en notorio error de hecho...”.

⁹⁶¹ Vid. por ejemplo VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Comentarios al artículo 1056 CC”, op. cit., p.158, también HUERTA TRÓLEZ, A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril –junio 2004, núm. 50, p. 124 o DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “Estudio sobre el pago con metálico...”, op. cit., p. 950.



ii. El testador

En virtud de lo anterior, en la nueva redacción se cita única y exclusivamente al testador, por haber procedido a la asunción de los principios doctrinales y jurisprudenciales anteriormente mencionados; esto es, cualquier testador, tenga o no descendientes, puede usar de la facultad particional, resultando indiferente que sus legitimarios, a quienes se haya de pagar en metálico, sean hijos, nietos, ascendientes o cónyuge (incluso herederos voluntarios extraños).

Encontramos sentencias que ya expresaban dicho principio rector relacionado con la voluntad de testar y con su actual plasmación formal, como la citada STS de 6 de marzo de 1945 (Ar. 272), en las que se enuncia que la voluntad particional debe ser concordante en lo dispositivo con la partición que debe figurar en el testamento o en otro documento incluso privado, siempre que este último se apoye en ese testamento, entendido como requisito imprescindible.

Al emplearse el término “testador”, se exige que la disposición sea por testamento (previo, simultáneo, posterior y válido), con lo que habría que plantearse la exigencia estricta de este requisito, para lo cual hemos de remitirnos a las antedichas resoluciones, las cuales aseveraron decididamente el uso de documento solemne para confirmar cualquier acto de última voluntad, ya fuera *inter vivos* o *mortis causa*. Dicha jurisprudencia es la que deberemos tomar en consideración, puesto que se sigue precisando una voluntad dispositiva del causante como requisito imprescindible. Por eso, a pesar de la diferencia temporal entre sentencias y la nueva redacción del párrafo segundo del citado artículo, habremos de remitirnos a las mismas para llevar a cabo una correcta interpretación de la norma. En este sentido se ha considerado que en la actualidad el párrafo segundo del artículo 1056.2 CC puede interpretarse por sí mismo y con independencia del párrafo primero, puesto que antes, el destino del 1056.2 CC iba unido al del 1056.1 CC, pero siempre utilizando como única vía o vehículo de expresión el testamento⁹⁶².

⁹⁶² RUEDA ESTEBAN, L., op. cit., p. 214.



b. “En interés de su familia-en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia”

i. El debate sobre la evolución del precepto

Parece que en un principio, esta expresión guardara relación con la continuidad de la casa o el linaje, estando más estrechamente relacionada con el interés de los hijos o descendientes, destinatarios de la explotación, siendo que la clave de la norma debería ligarse con el interés de la conservación de la empresa dentro del círculo familiar. Pero actualmente, la cuestión no solo estriba en que la explotación permanezca dentro de la familia y de que se pretenda evitar su división⁹⁶³.

En la nueva redacción ya no se trata sólo de conservar la unidad de la empresa en interés de la familia, sino que ahora el testador puede atribuir la empresa o las acciones o participaciones a un único adjudicatario, bien lo haga en interés de la familia, bien para asegurar la conservación de la empresa. Desaparece entonces el elemento subjetivo único representado por el ánimo de los descendientes que serán los destinatarios de la explotación, a la que aludíamos anteriormente, y en su caso, del metálico.

No obstante, el “interés de la familia” es un concepto difuso, y tanto doctrina como jurisprudencia no son unánimes al describir tal concepto. Se ha considerado que el interés de la familia consiste en la intención del disponente en que la explotación se conserve indivisa, dentro o fuera de ella⁹⁶⁴. Otras posturas son partidarias de que, de la expresión “interés de la familia” se deduce que toda la familia permanezca interesada en la indivisión del establecimiento, de donde se debería entender que el precepto lo único que viene a permitir es el apartamiento de alguno o alguno de los legitimarios (las denominadas “ovejas negras”)⁹⁶⁵, pero debiendo predominar siempre el interés general

⁹⁶³ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Comentarios al artículo 1056 CC”, op. cit., p.160.

⁹⁶⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2ª ed. Madrid, 1993, p. 2481.

⁹⁶⁵ DÍEZ PICAZO, L., “La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil”, en BORRAJO DACRUZ, E. et al., *Problemática jurídica actual de la empresa*, Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1965, p.126. Domínguez Luelmo ha entendido que en el artículo 1056 “...resulta claro... que el interés de la familia está en estrecha relación con el interés de los hijos o descendientes que, en definitiva, van a ser los destinatarios de la explotación o, en su caso, del metálico. No obstante, para indagar el verdadero sentido de la expresión interés familiar utilizada en el artículo 1.056.2 Cc habrá que establecer primero cuál es el modelo de familia del que partimos...” [DOMINGUEZ LUELMO, A., *El pago en*



de la familia. La clave del artículo pues, ha de ligarse al interés de la conservación de la empresa, pudiendo el padre adjudicar la empresa a uno solo de sus hijos legitimarios pura y simplemente para conservar el negocio.

Dichas tesis tienen refuerzo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de mayo de 1951 (Ar. 91) en la que se expresa que:

Considerando Tercero: "...afirmada por el testador la existencia de dicha explotación y no opuesta contra ella manifestación alguna por el demandante, incurre en evidente error la Sala sentenciadora al sostener que la unidad de la explotación necesita una prueba terminante que no ha tenido lugar en autos, porque constando ya en el testamento, constituye una situación jurídica que no necesita más prueba, sino que, por el contrario, son los que la impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basen su impugnación, en virtud del principio recogido en el art. 1214 del Código Civil"⁹⁶⁶

Considerando Cuarto: "...el otro requisito de la voluntad del padre del testador de conservar indivisa una explotación agrícola no necesita más fundamento que esa voluntad, lo cual aparece en este caso con toda claridad, por emplear en la cláusula tercera del testamento las mismas palabras del art. 1056 mencionado, en modo que no hacen precisa interpretación alguna..."

Si bien, según otras posturas, "aunque lo que se persigue en la nueva redacción es la conservación de la empresa, tal conservación no es necesario que se vincule a la familia, es decir, no se exige que la empresa se conserve en el ámbito familiar, sino que no se disgregue ni se extinga"⁹⁶⁷. Además, "tampoco aparece expresamente establecido como requisito que se conserve la unidad en la titularidad de la empresa, por lo que continúa vigente la doctrina anterior en el sentido de que la voluntad del testador de que se conserve indivisa la explotación o de mantener el control de la sociedad no necesita más fundamento que esa simple voluntad."⁹⁶⁸

Por otra parte, en lo relativo a la empresa familiar, "nadie duda que la empresa familiar queda incluida en el concepto de explotación, entre otras razones, y quizá sea la

metálico de la legítima de los descendientes, Tecnos, Madrid, 1989, p. 52], dando cobertura a la tesis de Sancho Rebullida, al entender que debe efectuarse una interpretación amplia de las relaciones familiares y del mismo concepto de familia, que existe siempre que el hombre y la mujer se unan de forma análogamente afectiva al vínculo matrimonial.

⁹⁶⁶ Al respecto Fosar mantuvo que "De ahí deducimos un criterio jurisprudencial favorable a presumir la existencia de los elementos fácticos necesarios para la aplicación de la facultad estudiada, en virtud de la simple alegación por parte del testador, que puede ser implícitamente deducida de la voluntad de atribuir indivisa la explotación agrícola. Si el padre no actuó en interés de la familia, y especialmente, si actuó en contra del mismo, es evidente que la partición que examinamos será impugnable." [FOSAR BENLLOCH, E., "La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1.056 del Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, 1963, Vol. XVI, núm. 2, p. 384].

⁹⁶⁷ HUERTA TRÓLEZ, A., op. cit., p.127.

⁹⁶⁸ HUERTA TRÓLEZ, A., op. cit., Ibidem.



más importante, porque el precepto se refiere al interés de la familia. Y la empresa como unidad, es indivisa, diría mejor indivisible, o tan desmerecedoras por la división, que al perder su unidad, perderían su identidad. El interés familiar en este caso es conservar el negocio”⁹⁶⁹.

Una cosa es conservar el negocio, pero otra cosa bien distinta, es, como ya se ha mencionado en líneas anteriores, que el negocio quede en manos de la familia, puesto que con la nueva redacción de la norma, parece que cabe adjudicar a un no legitimario y curiosamente puede darse que la única forma de preservar la empresa sea sacarla de este núcleo familiar⁹⁷⁰. Sobre esta idea también se ha mantenido que “la expresión en interés de la familia no se refiere ni al interés mayoritario del conjunto familiar, ni a que ésta esté interesada en la indivisión de la empresa o establecimiento,...sino que dicho «interés» se tiene que conjugar con el término «conservar» que el mismo precepto pone de relieve”⁹⁷¹.

En definitiva, si atendemos a la nueva redacción, ya no se trata de conservar la unidad de la empresa en interés de la familia, sino de que el testador puede atribuir la empresa o las acciones o participaciones a un único adjudicatario, bien lo haga en interés de la familia, bien para asegurar la conservación de la empresa, diferenciándose el presente artículo del anterior, en que el adjudicatario de la empresa lo puede ser cualquiera, sea o no uno de los legitimarios, puesto que en ningún momento se hace referencia a parentesco, aunque en el caso de que existan hijos es difícil pensar que no sea alguno de ellos el causahabiente o el receptor de dicho bien por el cauce que el propio 1056 articula, siendo extraño que se atribuya el negocio a un tercero ajeno al ámbito familiar⁹⁷². En todo caso se amplía el margen de actuación del testador, por cuanto, como ya se ha visto, en el régimen legal anterior, a lo máximo que podía aspirarse siendo causante, era a la posibilidad de que el abuelo pudiera adjudicar la explotación a sus nietos.

⁹⁶⁹ SIMÓ SANTONJA, V.L., *La planificación sucesoria, un medio para evitar conflictos empresariales. El testamento: una herramienta básica.*, IVEFA, Valencia, 2002. p.58.

⁹⁷⁰ RUEDA ESTEBAN, L., op. cit., p.216.

⁹⁷¹ FERNÁNDEZ GIMENO, J.P., *Problemas de la transmisión de la empresa familiar.* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999 (Propuestas, letra r), p.282.

⁹⁷² Si la motivación consistiera en el mantenimiento de la empresa a toda costa, sí que podría entenderse viable esta opción, pudiéndose testar en el sentido de atribuir a un extraño la explotación y satisfaciendo a los demás hijos con la legítima en metálico.



También ha de apuntarse que otras opiniones han ido más allá, y han sostenido que el interés de la familia sólo se protege en sede particional, pues no se han previsto medidas tendentes a evitar que el adjudicatario, después de pagar a sus hermanos lo que les corresponda, proceda a enajenar la explotación, con lo cual es claro que la finalidad que la norma persigue se frustra, aunque en todo caso se impide, al menos *prima facie*, que la explotación se deshaga como consecuencia de la partición⁹⁷³.

Además, se detecta con total claridad que el matiz del párrafo segundo ha cambiado plenamente, por cuanto se presenta la expresión alternativa/disyuntiva “conservación de la empresa”. La palabra de la ley ha seguido las indicaciones jurisprudenciales en las que se destacaba que la voluntad del empresario en la transmisión de la empresa, no necesita más fundamento que esa voluntad. Ante esta disyuntiva, el propio interés de la familia puede ser amplio (todo aquello que pueda evitar la perturbación de la paz familiar, exclusión de un hijo en el negocio por su carácter...); en consecuencia, en virtud de estas consideraciones, nos adentramos en el terreno de lo subjetivo, sucediendo lo mismo en el caso del interés de la familia, en la medida que lo mejor para dicha conservación puede ser el conservar indivisa la explotación, segregar la empresa por ramas de producción o bien simplemente someter el destino del negocio a la mera voluntad del testador.

ii. El punto de inflexión. Un comentario jurisprudencial significativo. La STS de 28 de mayo de 1958. La jurisprudencia actual sin tanta relevancia

El Tribunal Supremo ha resuelto de forma relevante determinados supuestos de hecho en relación con el artículo 1056.2 CC. Tal es el caso de la STS de 28 de mayo de 1958 (TOL 4.351.329), número 1513, cuyo Ponente fue Diego De la Cruz Díaz, donde se pretendió mantener en una sola mano un paquete de acciones suficiente para conservar el mando de una sociedad dentro de una familia, y giró en torno el recurso a la validez de una cláusula testamentaria en la cual la testadora había instituido a sus cinco hijos por estirpes y a sus dos nietos (hijos de su otra hija premuerta):

⁹⁷³ DE LA CÁMARA ALVÁREZ, M., *Comentario...*, op. cit., p. 2481 y *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley-Walters Kluwer, Madrid, 2011, p. 439.



...en uso del derecho que concede el art. 1056, dispone la testadora que la totalidad de las acciones de la sociedad H.A.V.S.A., se adjudiquen por su justo valor y en proporción a sus haberes hereditarios respectivos a aquellos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la testadora sean titulares en plena propiedad de acciones de dicha compañía; asimismo la participación que a la testadora corresponde en la compañía P.A. se adjudicará también en proporción de sus haberes respectivos, a aquellos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la testadora sean socios de dicha sociedad. En su caso, los adjudicatarios de dichas acciones y participación social abonarán en metálico a sus coherederos el exceso que les resulte en adjudicación...

Fallecida la causante, se procedió conforme a lo prevenido en la cláusula transcrita y se adjudicó a los herederos las acciones y participaciones que correspondían a la testadora en dichas sociedades. Dado el valor que dichos bienes tenían en relación con el total de la herencia, un hijo y un nieto sólo recibieron en bienes de la herencia una pequeña porción de su haber. Los demás herederos quedaron obligados a abonarles en metálico la diferencia, comprendiendo esta diferencia, la parte de su legítima. El hijo y el nieto rechazaron la partición, negándose a recibir lo que los herederos adjudicatarios les ofrecieron e interpusieron demanda para declarar la nulidad de la cláusula citada y la de las operaciones particionales que tuvieron dicha cláusula por base y subsidiariamente, para el caso de que no prosperaren las anteriores pretensiones, la rescisión de las operaciones particionales por existir lesión en más de una cuarta parte, habida cuenta de que, los bienes hereditarios, y en particular, las acciones y participaciones sociales adjudicadas, habían sido infravaloradas por los contadores partidores. El Tribunal Supremo esgrimió que la cuestión fundamental que en el pleito se planteaba era si:

...en la cláusula testamentaria tachada de nulidad, la testadora hizo uso de la facultad que en el supuesto específico que contempla otorga a los padres el párrafo segundo del artículo 1056 CC, supuesto en el cual, en defensa de un interés familiar, cabe satisfacer en metálico su legítima a los demás hijos o si tratándose de un evento previsto en la hipótesis legal, hay que reputar nula con todas sus consecuencias la cláusula impugnada por la demanda, ya que en ella se desnaturaliza la legítima alterando en perjuicio de algunos legitimarios la composición cualitativa de los lotes adjudicados en la partición, pese a su idéntica partición cuantitativa.

El Tribunal casó la sentencia de primera instancia y revocó la de la Audiencia Territorial -en la cual se daba la razón a los demandados- aduciendo que:

...la mera lectura de la cláusula en discusión pone de relieve que mediante ella no se trata de hacer a priori una arbitraria distribución de bienes hereditarios entre determinados herederos compensando a los demás en metálico... sino que por el contrario, cuando el testamento sin excepción colocó a todos los legitimarios en situación parigual, lo hizo no sólo en relación a las acciones, sino en relación con los créditos que, aparte de ellas figuraban en el haber, y todos se distribuyeron atendiendo a la situación de hecho existente cuando la partición se practicó, ...cumpliendo en ese punto lo dispuesto por la testadora,



que sólo para ese supuesto de hecho dejó prevista compensación en metálico que puntualmente se hiciera, que por eso ni infringió, ni pudo infringir la ley en el testamento...

Sosteniendo además en su segundo Considerando que:

...es forzoso reconocer en ese punto concreto no erró la resolución impugnada porque en el caso en litigio no se trataba de subvenir al legítimo deseo de conservar una explotación indivisa, mediante el arbitrio que el artículo tiene previsto, sino de una expresión de voluntad referida exclusivamente al designio de impedir que de las sociedades constituidas pudieran ser accionistas personas extrañas a la familia y para ello, y sin excluir al tiempo de expresar su voluntad, a ninguno de los herederos nominalmente designados, disponía, que las acciones se adjudicaran por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes a aquellos de sus herederos que al tiempo de su fallecimiento fueran titulares en plena propiedad de acciones y participaciones...disposición que no implica una operación particional, sino una terminante disposición testamentaria, que como las demás del testamento señalaba a los contadores las bases sobre las que habían de actuar, y que por añadidura, no contemplaba un supuesto de perjudicial de división, puesto que la unidad social se mantenía, sino lo que es muy distinto, una limitación en cuanto al modo de las operaciones divisorias...

Algunas opiniones han matizado la opinión del Tribunal en otra resolución⁹⁷⁴ emitiendo algún reproche sobre la opinión del mismo, al no haber hecho uso éste de la posibilidad de la interpretación sociológica del precepto según indicaciones del art. 3 del CC si lo que se quiso fue mantener en una sola mano no la empresa en sí, sino las acciones o participaciones sociales de la persona jurídica titular de la explotación, “...pues la *ratio* del precepto debe amparar lo que la pura literalidad de un texto que data de 1889 no podía prever en buena lógica; así lo demanda una interpretación sociológica de la norma”⁹⁷⁵.

También se han aducido motivos que han defendido la opinión del Tribunal para considerar válidas las disposiciones de la testadora, estando revestidos dichos motivos de pleno valor, y “se enumeran como sigue: 1) que la testadora únicamente estableció la compensación en metálico para el supuesto de que se dieran determinadas circunstancias, que efectivamente se dieron, 2) que colocó a todos los hijos en situación

⁹⁷⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil”, *Anuario de Derecho civil*, 1970, Vol. XXIII, núm. 1, p.87. En este caso, con algún disenso respecto a la postura de la Cámara en relación con la citada sentencia.

⁹⁷⁵ GARRIDO DE PALMA, V.M., “Oportunidad de un Derecho Sucesorio...”, op. cit., p.64. Por otra parte, la norma fue muy bien valorada por el autor, al sostener que “Nos hallamos, pues, ante un precepto fundamental, claro en su intención y acertado en lo esencial, posibilitador de la conservación de la explotación y su atribución integral al descendiente adecuado por encima de la intangibilidad cualitativa de las legítimas de los herederos forzosos. Precepto clave y del que los testamentos de las familias rurales hacen constante empleo, sin perjuicio de poner de manifiesto la rigidez con que se ha interpretado en algunos aspectos –justamente criticados– por el Tribunal Supremo; criterio rígido que hoy por hoy debe abandonarse para, en la medida de lo posible, extraer de la norma toda su carga vital; el campo así lo reclama cada vez más.”.



parigual y, 3) que con ello no realizó a priori una arbitraria distribución de sus bienes”⁹⁷⁶.

Por otra parte, la búsqueda de resoluciones judiciales actuales relacionadas con el artículo 1056 CC debe realizarse en sede de partición de herencia. No se puede destacar la existencia de una jurisprudencia profusa, no en lo concerniente a las vicisitudes del fenómeno particional, donde la jurisprudencia es abundante –aunque sin interesar al objeto de nuestro estudio⁹⁷⁷- pero sí en lo referido al segundo párrafo del precepto analizado, entendiendo como contenido examinado el pago en metálico extraherencial a los legitimarios no adjudicatarios del negocio familiar.

Así, la STS número 524/2012 de 18 de julio, de la Sala Primera (TOL 2.635.443), cuya Ponente fue la magistrada Encarna Roca i Trias, donde, al enjuiciarse la impugnación de ciertas operaciones particionales del causante por sus herederos legitimarios, tras efectuar un minucioso análisis de los supuestos de pago en metálico contenidos en el artículo 841 CC, tuvo la ocasión de postular en su Fundamento de Derecho Cuarto la legitimidad del pago con caudal extrahereditario:

En consecuencia y para resumir lo dicho hasta aquí, los requisitos para que se produzca un pago en dinero de las legítimas son:

- a) que el testador lo haya autorizado;
- b) que estén de acuerdo en la conmutación o que se autorice judicialmente;
- c) que se atribuya a los autorizados el patrimonio relicto.

Estos requisitos concurren por lo que es válida la cláusula que atribuye la opción a los hijos descendientes, para pagar a las otras legitimarias su legítima en dinero.

⁹⁷⁶ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Estudio sobre el pago en metálico...” op. cit., Vol. I, Sección 3ª. Madrid 1964, p. 911.

⁹⁷⁷ Muchas de aquellas sentencias enjuician, como supuesto típico, la necesidad o no de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales con anterioridad a la partición de bienes y también el ejercicio de la acción de suplemento de legítima. Por otra parte, con fecha 9 de octubre de 2015 se ha efectuado una búsqueda resoluciones representativas del aspecto estudiado en las bases de datos *Tirant on Line* y *La Ley-Wolters Kluwer*. Tras haber establecido como parámetros de búsqueda en la base de datos de jurisprudencia *Tirant on Line*, la expresión “partición de la herencia” en sentencias del Tribunal Supremo, encontramos 1641 resoluciones en el apartado “sucesiones”, de las cuales se localizan 147 en el subapartado “división de herencia” y 28 en el mismo término “legítima”. Destacamos entre ellas la relevancia de algunas que se detienen a explicar la significación del pago en metálico de la legítima, con más importancia en relación con el artículo 841 y siguientes del CC que con el artículo 1056 CC. En la misma base de datos, realizamos idéntica operación con la expresión “pago en metálico de la legítima”, que arroja el resultado de 707 sentencias en sede de sucesiones, con 60 resoluciones en el apartado “división de herencia” y 25 en el apartado “legítima”. En la base de datos *La Ley-Wolters Kluwer*, al permitirnos la búsqueda por precepto concreto con los mismos parámetros de localización que en la anterior base de datos, introducimos el artículo 1056 CC como precepto en relación con sentencias del Tribunal Supremo, arrojando como resultado 15 sentencias, si bien ninguna de ellas referida al segundo párrafo del artículo 1056 del Código Civil, excepto una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del año 2007, que resulta significativa al objeto de nuestro estudio.



En el mismo Fundamento, se analizó el origen del metálico a abonar a los legitimarios no adjudicatarios del caudal, para lo cual se estableció la correspondiente relación con el artículo 1056.2 CC. Siquiera indirectamente quedó aludida la significación de dicho precepto, al que se le atribuyó su importancia precisamente en la regulación de la indivisión del patrimonio empresarial en una sola mano, más que a la procedencia del dinero con que se debía resarcir al adjudicatario del bien:

El heredero o contador partidador autorizado para pagar las legítimas en dinero, puede hacerlo con dinero no hereditario. Es evidente que cuando el testador ha previsto la posibilidad de conmutación, ha tenido presente un interés más general que el pago de las correspondientes legítimas, como ocurre, por ejemplo, en el supuesto del art. 1056 CC. Preservando este interés, la ley permite cambiar la cualidad con que el legitimario va a participar en la sucesión y por ello autoriza este legado de crédito. Al ser un acreedor, no se requiere que el dinero que sirve para pagar la legítima forme parte del caudal relicto, teniendo en cuenta, además, el carácter fungible del dinero.

Como conclusión de lo dicho hasta aquí, debe declararse que no se han infringido las normas que encabezan el motivo que se está examinando. Respecto a las sentencias alegadas en el fundamento de este motivo, tratan cuestiones no relacionadas con la problemática del pago en dinero, por lo que no son aplicables al caso.

La relevancia del artículo 1056.2 CC también se puso de manifiesto en la STS número 783/2010 de 9 de diciembre, de la Sala Primera (TOL 2.001.835), cuya Ponente también fue la magistrada Encarna Roca i Trias. En dicha resolución su Fundamento de Derecho Sexto nos resume los antecedentes de hecho del modo que sigue:

Unos legitimarios, tres de los hijos, resultan favorecidos con el legado de la única finca existente en la herencia, al parecer, el único bien de la testadora y son obligados a pagar a los demás legitimarios su legítima estricta en dinero. La problemática se plantea en el litigio sobre la base de la corrección o incorrección de la partición efectuada por el contador-partidor, dadas las expectativas de valor que afectan a la finca objeto del legado.

Se llegó a advertir por el Tribunal -tras la demanda interpuesta por parte de dichos legatarios al resto de legitimarios de una finca destinada a una explotación agrícola que perseguían la elevación a público del cuaderno particional realizado por el contador-partidor- que el supuesto de hecho y analizando la voluntad del testador -en relación con el momento temporal de la formalización del legado y la vigencia del articulado del Código y su reforma de 1981- podía ser examinado bajo los criterios de aplicación, bien del artículo 841 y siguientes, bien del artículo 1056.2 CC. El Tribunal, en el mismo Fundamento de Derecho Sexto, valoró ambas posibilidades:



1ª La aplicación de los arts. 841 ss CC, porque se ha producido la adjudicación del único bien de la herencia y se obligó a los legatarios-adjudicatarios a pagar la legítima de los demás en dinero. Esta solución sería en principio correcta, pero tropieza con una dificultad y es que la norma del art. 844 CC no parece que deba ser aplicable a aquellos casos en que el testador imponga a sus herederos o legatarios la carga de pagar las legítimas en dinero, puesto que entonces el legatario no está autorizado para actuar de una forma distinta, ni en consecuencia, es titular de ninguna facultad de optar, ya que al pagar las legítimas en dinero, está cumpliendo la voluntad testamentaria que no puede infringir.

2ª Aplicar el art. 1056 CC, único vigente en el momento en que la causante otorgó su testamento. Esta solución tropieza asimismo con diversas dificultades, tales como que la norma que rige la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante, no la del otorgamiento del testamento y Dª Leonor falleció estando vigentes los arts. 841 ss CC, así como que en realidad el art. 1056 CC resulta difícil de aplicar por no tratarse de una partición en sentido estricto.

El Tribunal consideró más apropiado el contenido del artículo 1056, que parecía ajustarse de mejor manera al supuesto de hecho, por cuanto:

La solución que permite la interpretación de la voluntad testamentaria resulta más cercana a lo dispuesto en el art. 1056.1 CC, en su anterior redacción, que en las reglas de los arts. 841 ss CC, que si bien son aplicables por lo dicho anteriormente, no pudieron ser tenidas en cuenta por la testadora en el momento de la redacción de su testamento, debido a que se introdujeron en el Código en la reforma de 1981. La interpretación de la voluntad testamentaria nos lleva a concluir que la testadora actuó teniendo en cuenta el art. 1056 CC que le permitía: a) conservar indivisa su explotación agrícola; b) adjudicarla a quienes consideraba más aptos para gestionarla; c) usar la facultad del propio art. 1056 CC, mandando que se pagaran las legítimas de los demás en metálico.

Aunque en este caso se tuvo más en consideración un criterio interpretativo de la norma, por cuanto lo que realmente se valora fue el momento de otorgamiento del testamento, -aplicando un precepto en defecto de otro- que una verdadera aplicación directa del artículo en el encuadramiento del supuesto de hecho concreto.

En cualquier caso, la opinión del Tribunal tampoco se puede entender como insólito, por cuanto sí que es cierto que el mentado artículo 1056.2 CC tendría como fin la indivisión de la finca que se entregaba como legado, antes y después de su reforma, en el año 2003.

Además, también se ha establecido en la STS número 604 de 22 de octubre de 2012, de la Sala Primera (TOL. 2.690.425) –que tuvo como Ponente a Francisco Javier Orduña Moreno- la singularidad del pago en metálico de las legítimas desde la perspectiva de los artículos 841 a 847 CC, en virtud de la facultad concedida al heredero para ejercitar la opción del pago en metálico de la cuota legítima de un bien al resto de legitimarios.



Aunque la *ratio decidendi* del tribunal se efectuó por causa de la comunicación de la intención del abono en metálico por parte del beneficiario del bien hereditario al resto de los descendientes legitimarios -los cuales se opusieron a la liquidación en metálico de la herencia- se sigue apreciando, en su Fundamento de Derecho Segundo, la diferencia en los supuestos de aplicabilidad de cada precepto, donde se deja entrever la particularidad en la aplicación concreta del artículo 1056.2 CC, y una vez más, los rasgos diferenciadores en relación con el régimen de los artículos 841 y siguientes del Código Civil:

Esta finalidad, de salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima y de la seguridad respecto del pago efectivo de la misma, viene también reforzada desde la perspectiva conceptual que presenta el pago en metálico de la legítima de los descendientes conforme al marco establecido en los artículos 841 a 847 del Código Civil. En efecto, porque que en este supuesto, a diferencia de lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil, y pese al mero tenor literal del artículo 841, el testador o, en su caso, el contador-partidor expresamente autorizado, en rigor, no está ordenando imperativamente la conmutación del pago de la legítima, sino facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren (842 del Código Civil), se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial. Con lo que el pago en metálico de la legítima viene a constituir una facultad y no una carga del heredero llamado en principio a quedarse con los bienes del caudal relicto.

En la jurisprudencia menor también se aprecia un estudio en la distinción de los caracteres del artículo 1056 CC. La SAP de Madrid, Sección 28ª, de 22 de febrero de 2007, número 43/2007, cuyo Ponente fue Rafael Sarazá Jimena, dejó sentado en su Fundamento de Derecho Sexto que:

Consta que en las disposiciones testamentarias de D. Daniel, además de atribuir el tercio de libre disposición a su esposa (salvo un legado de renta vitalicia a detraer de dicho tercio), el tercio de mejora a las hijas de su segundo matrimonio, en nuda propiedad, y nombrar herederos por partes iguales, en el tercio de legítima estricta, a sus cuatro hijos (las dos hijas de su segundo matrimonio y los dos hijos del primero), el causante dispuso que para la conservación del grupo de empresas del testador, se pagara la legítima de sus hijos del primer matrimonio en metálico, aplazándose el pago de la misma hasta el día anterior al cumplimiento de los cinco años a contar desde su fallecimiento (testamento de 17 de junio de 2003), así como que dentro de los derechos reconocidos en dicho testamento a favor de su esposa necesariamente habría de incluirse la plena propiedad de un tercio de las participaciones sociales propiedad del testador o de su sociedad conyugal de gananciales de la mercantil MAZACRUZ, S.L., y dentro de los derechos reconocidos en el referido testamento a favor de las hijas de su segundo matrimonio habría de incluirse necesariamente la nuda propiedad de otro tercio de tales participaciones sociales y la plena propiedad del restante tercio, por partes iguales entre las dos (testamento complementario de 17 de mayo de 2004).

Quiere ello decir que el testador hizo uso de las facultades que le confería el art. 1056 del Código Civil e hizo una partición, al menos parcial, de su herencia, concretamente en lo relativo a la plena propiedad de 2/3 partes de las participaciones sociales y de la nuda propiedad de la restante tercera parte de las participaciones sociales de la sociedad demandada, asignándolas a su esposa e hijas del primer matrimonio, disponiendo también que a los hijos de su primer matrimonio se pagara la cuarta parte de la legítima estricta que a cada uno correspondía en metálico, por lo que quedaban excluidos de sus derechos



hereditarios las participaciones sociales de la sociedad demandada. Es cierto que el uso por el testador de las facultades que le atribuye el art. 1056 del Código Civil puede dar lugar a diversas situaciones: desde unas en las que la partición esté completamente realizada por el testador, o bien necesitada solamente de algunas operaciones complementarias para dar plena virtualidad a tales operaciones, en cuyo caso sus efectos son los mismos que si se tratara de una partición judicial o extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, esto es, conforme al art. 1068 del Código Civil, confieren a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986), hasta otras en las que el testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1056 del Código Civil, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica, de las operaciones particionales para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, en cuyo caso tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 y las en ella citadas). El supuesto de autos parece ser un supuesto intermedio: hay una adjudicación casi total por parte del testador de las participaciones sociales de la sociedad demandada (1/3 en plena propiedad para su viuda; 1/3 en plena propiedad para las hijas de su primer matrimonio y 1/3 en nuda propiedad para tales hijas, en ambos casos por mitad), y hay una exclusión de los hijos del primer matrimonio respecto de tales participaciones sociales por cuanto que prevé que la parte de herencia que a estos corresponde (una cuarta parte de la legítima estricta para cada uno de ellos) se abone en metálico, justamente "para la conservación del Grupo de Empresas del testador y en aras de la paz familiar".

Quiere ello decir que las únicas personas con derechos sobre las participaciones sociales de la sociedad demandada que integraban el patrimonio del padre del actor eran, a partir de la muerte de éste, su viuda y las hijas de su segundo matrimonio, puesto que a los otros dos herederos se les había excluido de la sucesión de tales participaciones sociales por haber acordado el testador que se les pagara la legítima que les correspondía en metálico. El simple hecho de que estos pudieran solicitar la revocación de la partición conforme al art. 844.2 del Código Civil si en el plazo indicado no les era pagado en metálico la parte de legítima estricta que les correspondía no les otorga derecho hereditario efectivo sobre las participaciones sociales de la sociedad demandada.

El motivo del recurso estaba planteado en torno a la impugnación por parte de un hijo del causante –en este caso, legitimario receptor de cantidades en metálico– impugnador de un acuerdo social. La Audiencia estimó la invalidez de su impugnación debido a la falta de legitimación, por carecer de derecho hereditario respecto a las participaciones sociales.

En el presente caso, concurrían a la herencia cuatro hijos del causante, dos del primer matrimonio y otros dos del segundo. Los hijos del primero fueron descartados por el testador, quedando relegados al pago en metálico de su legítima estricta, tal vez, por una falta de entendimiento con su progenitor, tal y como se aprecia en los propios fundamentos de la sentencia. Sirva pues como ejemplo dicha sentencia para demostrar la operatividad y eficacia del precepto del Código civil identificado en el artículo 1056.2 CC en situaciones de conflicto familiar, donde la integridad del patrimonio empresarial



puede llegar a encontrarse en situación de riesgo⁹⁷⁸ y donde el citado artículo, a pesar de lo esgrimido en su contra, desempeña una adecuada utilidad.

c. “...quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril-quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas”

La doctrina ha coincidido en que el antiguo 1056.2 CC responde a una realidad económica de la época en el que fue redactado, pero pese a ello, no existe ningún obstáculo para incluir en él cualquier tipo de explotación y concretamente, la empresa o negocio mercantil, cuya necesidad de transmisión integral es idéntica o superior a la de aquellas explotaciones⁹⁷⁹. Como refuerzo de este argumento, además de la ya citada, cabe enumerar opiniones que aducen que “el objeto de la adjudicación...no es limitativa, sino sólo indicativa y que no excluye explotación alguna cuya conservación pueda ser de interés familiar”⁹⁸⁰, o que “la enumeración de establecimientos agrícolas, industriales o fabriles es demostrativa, y no taxativa; de ordinario, a ellos se referirá el ascendiente, pero nada se opone a extenderla a una biblioteca o museo con el deseo de que se conserven los libros o cuadros, o a los instrumentos de su profesión u oficio”⁹⁸¹. Igualmente, ha sido calificada esta cuestión de puramente literal, entendiéndose que no debe ponerse ningún reparo a una interpretación extensiva que pueda comprender empresas o establecimientos mercantiles en sentido estricto⁹⁸². También se ha explicado que “la obligación de explotar igual puede aplicarse a las empresas mercantiles e industriales que a las agrícolas” y que “...ello fue debido únicamente a la estructura socio-económica del país en aquellos momentos, pero la *ratio legis* de la norma en

⁹⁷⁸ Precisamente, la entidad MAZACRUZ a la que se refiere la propia resolución contó en el ejercicio 2014 con un patrimonio neto de unos 180 millones de euros, una facturación anual de más de 35 millones de euros y obtuvo un resultado financiero de más de 3 millones de euros [datos extraídos de la página web de la sociedad, donde se hacen públicos los resultados de su balance: <https://grupomazacruz.es/wp-content/uploads/2015/08/BALANCE-Y-PYG.pdf>, consultados en fecha 10 de octubre de 2015].

⁹⁷⁹ PALAZÓN GARRIDO, M.L., *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanch Monografías, núm. 258, Valencia, 2003, p.255.

⁹⁸⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J., “Comentarios al artículo 1056 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. Coord., *Comentarios al Código Civil...*, op cit., p.159.

⁹⁸¹ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, T.VII, 7ª edición, Madrid, Ed. Reus, 1956.

⁹⁸² DÍEZ PICAZO, L., op. cit., p.125.



cuestión solamente se cumplirá y alcanzará su plena justificación si su aplicación se extiende por igual a la empresa mercantil”⁹⁸³.

En cualquier caso, no consideramos que estas especificaciones aporten nada nuevo, puesto que el tenor literal del originario art. 1056 CC es lo bastante extenso como para entender sin dualidad de interpretación, incluido en él, empresas de distinta tipología, sean industriales, comerciales o agrarias⁹⁸⁴. No obstante, resulta preciso ponerlo de manifiesto a los efectos de valorar las posibilidades de extender los efectos de la aplicación del artículo a las explotaciones agrarias (aspecto trabajado en la legislación sectorial) y que de un modo u otro, también han encontrado su desarrollo y evolución en las normas del Derecho civil.

El nuevo 1056.2 CC incluye las sociedades de capital, en la forma de sociedad colectiva, comanditaria simple o por acciones, y también en este caso el testador podrá atribuir las cuotas sociales a uno solo de los herederos, usando la facultad particional del artículo 1056 CC, solución a la que se puede llegar tanto por interpretación extensiva o análoga de los términos “sociedad de capital”, como por el hecho de que bajo la forma societaria colectiva o comanditaria existirá siempre una explotación económica en sentido amplio⁹⁸⁵.

La mayoría de la doctrina sigue en esta misma línea, siendo contraria a evitar interpretaciones restrictivas o excluyentes considera que explotación económica es un concepto que engloba en sí a la empresa individual propiamente dicha, pero que va más allá, porque incluye también otro tipo de actividades económicas, que no son estrictamente empresariales (cabén en este amplio margen las explotaciones agrícolas, industriales, comerciales y de servicios, incluso las actividades profesionales a las que

⁹⁸³ POLO SÁNCHEZ, E., “La transmisión "mortis causa" de la empresa en el Derecho catalán. Sus diferencias respecto del Código civil”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1972, Vol. CXXIII, pp. 7-39.

⁹⁸⁴ La *ratio* económica del precepto nos obliga a fijarnos en juicios como el de Batalla, que últimamente ha sostenido que “... me resulta especialmente compleja la aplicación práctica de la norma a casos extremos.”, interpretando lo desconcertante de la expresión disyuntiva “o bien” seguida de “para mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas” en la medida que dice “...responder más a una imprecisión legislativa que a un contenido diferenciador”, porque es difícil pensar en una sociedad de capital que no constituya una explotación económica en sí misma. [BATALLA DE ANTONIO, A., “La empresa familiar y el análisis del Art. 1056.2º del Cc”, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al. Dir. y MONJE BALMASEDA, O. Coord., *El patrimonio sucesorio, reflexiones para un debate reformista*, T.I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 141-142]. En un análisis algo más exhaustivo, el mismo autor ha condicionado, en las sociedades limitadas, la operatividad de la referida norma a la inexistencia de restricciones por causa de muerte en la transmisión de acciones, razón por la que habrá de atenderse a las estipulaciones acordadas en los estatutos

⁹⁸⁵ HUERTA TRÓLEZ, op.cit., p.125.



se hallen vinculados elementos patrimoniales necesarios y útiles para su desarrollo), siempre que el adjudicatario reúna los atributos personales necesarios o para su continuidad o preservación.

Al hablar del aspecto objetivo de la norma, se ha afirmado que el artículo 1056.2 CC "...presupone una regla general contraria a la posibilidad de ordenar el pago en metálico de la legítima, y difícilmente podrá extenderse la excepción en él contenida a supuestos objetivos diversos"⁹⁸⁶, sosteniendo que "no es fácil que concurren íntegramente en otras hipótesis de hecho y que sólo son claramente asimilables a las explotaciones aludidas, las mercantiles comerciales en sentido estricto, a las que se debe extender por razones de obligada analogía cualquiera que sea la interpretación que se le otorgue"⁹⁸⁷. Es decir, "Sentada la naturaleza excepcional del precepto, su posible aplicación analógica exige inexcusablemente una identidad perfecta entre las razones que justifican el especial tratamiento dispensado por la norma al supuesto que exceptúa y las que amparan la extensión de aquélla a otras hipótesis diferentes"⁹⁸⁸.

Posicionamientos más inconformistas han postulado que el precepto es de regulación insuficiente, puesto que al reseñar el artículo que, para "mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas" el único requisito que se exige es, como dice la propia expresión "que permita mantener el control de la sociedad"⁹⁸⁹, sin hablar de objeto social ni de actividad empresarial, siendo la consecuencia, el posible fraude de las sociedades patrimoniales, de mera tenencia de bienes. Llegados a este punto, el planteamiento que se efectúa es, si con el paquete de acciones propiedad del causante no hubiera control de la sociedad, cabría la utilización de la facultad del 1056.2 CC, apuntando una respuesta negativa. En el mismo caso nos encontramos al conjugar el verbo "mantener": si el adjudicatario antes no tenía control y lo adquiere posteriormente, el supuesto de hecho no encajaría con la literalidad del precepto. Como sigue diciendo el autor "interpretar el precepto de forma literal nos puede abocar a resultados muy peligrosos"⁹⁹⁰.

Sin embargo, también se ha postulado la exigencia mínima de que la referencia a la explotación agraria debería circunscribirse, al menos "a los supuestos en que haya

⁹⁸⁶ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Estudio sobre el pago en metálico...", op. cit., p.951.

⁹⁸⁷ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Ibidem.

⁹⁸⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Ibidem.

⁹⁸⁹ RUEDA ESTEBAN, L., op. cit., p.220.

⁹⁹⁰ RUEDA ESTEBAN, L., Ibidem.



verdaderamente explotación, esto es, al caso de cultivo directo, y se excluirá la finca arrendada o entregada en aparcería...”⁹⁹¹.

d. “disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos- disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados”

i. Los demás hijos

Pronto se planteó entre la doctrina la cuestión de si el abuelo podía adjudicar la explotación a uno de sus nietos aún en el supuesto de que viviera el hijo o hija, padre o madre de ese nieto. Además, se ha mantenido vigente la extensión a los descendientes de la palabra “hijos”, por eso es admisible sin dificultad, que la empresa pueda atribuirse a un nieto, o descendiente de ulterior grado del testador, por premoriencia del descendiente o descendientes inmediatos, ya que en tal caso, será aquél el legitimario⁹⁹².

La libertad de la norma es integral, en el sentido de poder atribuir la sociedad tanto a terceros (extraños) como a los ascendientes o cónyuge para el caso de que no se tenga hijos; aunque esto ya lo entendían autores en la doctrina anterior a la moderna redacción, prueba de ello la tenemos en que no se halla obstáculo “...en que el causante no deje descendientes, pero sí ascendientes, [y] puede atribuir a uno de ellos o incluso al cónyuge supérstite o a un extraño la explotación, al amparo del artículo 821 CC”⁹⁹³.

⁹⁹¹ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “La idea de explotación...”, op. cit., p. 369.

⁹⁹² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico...”, op. cit. p. 950: “...Entender que cuando la Ley habla de hijos quiere referirse a todos los descendientes de modo genérico, no está muy de acuerdo con el carácter rigurosamente excepcional y taxativo que se atribuye al artículo. Lo que sí está claro es que constituiría una manifiesta arbitrariedad excluir a la madre y a los abuelos del círculo de testadores que puedan hacer uso de la facultad conferida por el art. 1056.2. La Ley pretende, sin duda, que la explotación permanezca dentro de la familia y que se evite su división. Por ello se permite la adjudicación íntegra de la explotación a uno solo de los hijos, y se presupone que será favorecido a quien el testador considere más apto para continuar al frente de la misma. ¿Por qué negar a la madre, si es suya la explotación, el logro de aquella legítima aspiración, u obligar al testador a que adjudique los bienes a un hijo si piensa que es un nieto quien únicamente reúne condiciones apetecidas para seguir al frente de ellos?”. Y sigue el autor en la misma obra, erigiéndose en defensor de la interpretación extensiva de la citada norma, al explicar en su nota núm. 346, a pie de la página 956, que “El código no habla de legitimarios en general, sino sólo de hijos en particular...sin embargo, si el dueño de la empresa es un soltero y tiene padres de los cuales la madre, por ejemplo, es una mujer modelo, de probada capacidad, y el padre en cambio, es un hombre vicioso y derrochador, está perfectamente justificado su deseo de dejar el negocio a la primera y pagar en metálico la legítima que corresponda al segundo...”

⁹⁹³ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Comentarios al artículo 1056 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. Coord., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p.159. Se adelantaba este autor así a la tesis del nuevo



Así, también se podría atribuir al cónyuge la empresa y ordenar el pago en metálico de la legítima de los padres o establecerse el pago dinerario de la cuota legitimaria del cónyuge viudo, siendo además que la adjudicación de la empresa puede tener como destinatario a más de una persona.

Del mismo modo, a través del recurso a la analogía, podría salvarse la traba que supondría interpretar extensivamente el precepto, que podría ser útil en aras de un “...interés familiar, económico y social, puesto que en muchas ocasiones convendrá nombrar heredero al que haya de recibir la empresa por las dificultades que supongan la responsabilidad por las deudas y la transmisión de los contratos pendientes, y para la consecución de tal fin muy útil será el camino abierto por el art. 1056 CC”⁹⁹⁴.

En contra, aunque anteriormente a la reforma, se ha sostenido que “... los argumentos en favor de una interpretación amplia del precepto no puede rebasar su referencia a los legitimarios, pues es evidente que se contempla un conflicto entre la conservación de la explotación indivisa y los derechos legitimarios en su aspecto cualitativo y cuantitativo...”⁹⁹⁵, que debe resolverse siempre en favor de los mismos. De la misma manera se han expresado dudas, al indicar análogamente que “Se discute si de esta facultad del Art. 1056 CC puede usar el ascendiente incluso con relación a un

artículo en el que se establecen como válidos todo tipo de adjudicatarios. En los últimos tiempos, esta adjudicación en favor de extraños se ha considerado ajena al sentido de la norma. En representación de esta postura, nos remitimos a Palazón Garrido, que sostiene que “Aparte de esta argumentación meramente gramatical, resulta chocante que la intangibilidad cualitativa de la legítima ceda ante un extraño, pues hasta ahora sólo lo había hecho ante otros legitimarios” [PALAZÓN GARRIDO, M.L., “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil”, *Protección del Patrimonio Familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 316]; junto con Álvarez Lata, que se ratificó también en esta postura: “Sin embargo, nótese que, en este punto, en realidad la norma dice: «disponiendo que se pague en metálico *su legítima a los demás interesados*», por lo que, en esta locución, lo demás interesados son los demás legitimarios y no otros sujetos.” [ÁLVAREZ LATA, N., “Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. Coord., *La familia en el Derecho de Sucesiones...* op. cit., p. 584]. Esta tesis ha sido discutida por García Herrera, habiendo entendido que “...puede ser beneficiario de la explotación económica o de las acciones o participaciones...incluso un extraño (no legitimario). El repetido precepto habla del pago en metálico a los demás interesados, y no “a los demás legitimarios” porque “interesado abarca todo sujeto llamado a la herencia, ya sea como destinatario del tercio de legítima estricta, ya como adjudicatario de los tercios de mejora y de libre disposición.” [GARCÍA HERRERA, V., “La sucesión en la empresa familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, núm. 726, pp. 1931 y 1936]. Bermejo Pumar ha reconocido que “Los primeros comentaristas de la reforma hacen una interpretación del interés puramente subjetiva y...muy amplia, extendiendo la aplicación de la medida a favor de extraños. Lo que, de acuerdo con la literalidad del artículo es muy discutible.”, motivo por el cual ha entendido-siguiendo a Ballarín- que esta situación debería conjugarse con el interés real que se tenga en la conservación indivisa de la explotación [BERMEJO PUMAR, M.M. “Atribuciones legales...”, op. cit., p.502].

⁹⁹⁴ PALAZÓN GARRIDO, M.L., *La sucesión por causa de muerte...* op. cit., p.252.

⁹⁹⁵ ESPÍN CÁNOVAS, D., “La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil español”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, p. 311.



descendiente de grado ulterior, pudiendo ser beneficiado un nieto, puesto que conforme al C.C puede atribuirle el tercio de mejora, y adjudicarle el de libre disposición y todo ello aunque viva su padre”⁹⁹⁶, pero finalmente se ha reconocida la postura afirmativa⁹⁹⁷.

ii. Los demás interesados

En el nuevo segundo párrafo, el destinatario de la voluntad del testador que hace uso de la facultad particional, lo es el adjudicatario de la explotación económica. No obstante, adjudicatario en este caso, podría serlo cualquier persona, sea o no uno de los legitimarios. Tal y como ya se ha hecho alusión, en el régimen legal anterior la facultad particional podía usarse a favor de los hijos, pero esta palabra desde antiguo, también se ha hecho extensiva a los demás descendientes, “cabiendo la posibilidad de mejorar a los nietos, aun viviendo su padre o madre intermedios, y el dato esencial de concederse esa facultad en interés de la familia”⁹⁹⁸. El precepto actual es heredero de la interpretación doctrinal extensiva y convierte en “demás interesados”, al resto de legitimarios, siendo éstos, normalmente el resto de hijos o descendientes, y a veces, el cónyuge; pudiendo también ostentar esta posición, como ya se ha mencionado, también los ascendientes en defecto de hijos y nietos.

A tenor de las anteriores reseñas, entendemos que estos interesados podrán ser terceros que no sean descendientes directos, pero es cierto que cuesta entender que desviándose del tenor literal de la norma pueda ser atribuida la legítima a alguien que no sea legitimario.

⁹⁹⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., “La aportación...”, op. cit., p.419.

⁹⁹⁷ Sostenida por VALLET DE GOYTISOLO.

⁹⁹⁸ VALLET DE GOYTISOLO. J.B., “Comentarios al artículo 1056 CC”, op. cit., p.158.



- e. **“A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario...”**

Nada se decía respecto del origen del dinero con el cual debía ser satisfecha la legítima en la primera redacción del artículo 1056 CC, aunque su actual contenido representó la plasmación por escrito de lo que se daba por implícito en la norma por todos los comentaristas.

El párrafo segundo del art. 1056 CC cobra verdadero protagonismo cuando en el caudal relicto no existe dinero para pagar las legítimas, porque si existiera, no habría que recurrir a él, sino que sería suficiente con hacer uso del párrafo primero de este mismo artículo, aplicándose la regla general de que la legítima ha de ser pagada con bienes de la herencia en los términos del artículo 806 CC. Se ha expresado que “el presupuesto de hecho para la aplicación del sistema del artículo 1056 CC, párrafo segundo, es la inexistencia de dinero u otros bienes hereditarios ajenos a la explotación en la cantidad necesaria para el pago del resto de las legítimas. El pago puede entonces realizarse en dinero propio del adjudicatario de la empresa”⁹⁹⁹, es decir, el art. 1056.2 CC sólo tiene sentido si en el caudal relicto no existe dinero para pagar las legítimas. También se ha abordado la cuestión en esta misma línea de pensamiento, explicitándose que “no me ofrece duda, que el pasar por ella (1056 CC), obliga a que los legitimarios reciban su derecho en metálico: de la herencia, si lo hay (o caso de que haya otros bienes) o del propio peculio del elegido, si no lo hubiere. De no ser así, el párrafo segundo del 1056, quedaría subsumido en el primero, o sea que sobraría”¹⁰⁰⁰.

Con la misma opinión, se ha expresado que “la doctrina dominante en la actualidad piensa que el artículo 1056.2 CC presupone que en la herencia no hay más bienes que en la explotación o bienes insuficientes para pagar la legítima de los demás hijos, y por consiguiente, entiende que su verdadera función es autorizar el pago de las legítimas de los hijos no adjudicatarios con metálico extrahereditario”¹⁰⁰¹. Por lo tanto,

⁹⁹⁹ HUERTA TRÓLEZ, A., op. cit., p.129.

¹⁰⁰⁰ SIMÓ SANTONJA, V.L., op.cit., p. 58.

¹⁰⁰¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “Estudio sobre el pago con metálico...”, op. cit., p. 943.



se alcanza la conclusión de que “Se establece así una excepción a la regla de que la legítima debe pagarse con bienes de la herencia, ya que se arguye si esa regla general no existiese, el art. 1056.2 CC sería perfectamente estéril y carecería de razón de ser. En virtud de esta interpretación, el artículo 1056.2 CC constituye un argumento clave para quienes sostienen que, en nuestro Derecho, la legítima debe pagarse *in natura*, salvo los casos especiales en que expresamente se permite otra cosa”¹⁰⁰²; siendo abundante la tendencia doctrinal de los que han argumentado la excepcionalidad del art. 1056 CC¹⁰⁰³.

Se descarta entonces la utilidad de la norma en el caso de existencia de metálico con que resarcir al resto de coherederos¹⁰⁰⁴ concluyendo que dicha norma representa un instrumento adecuado para el pago en metálico de la herencia, pero dentro del respecto a un orden en su distribución¹⁰⁰⁵.

En este caso, se debe partir del supuesto de que en la herencia no hay más bienes que la explotación, y que por tanto la legítima deber ser satisfecha por los adjudicatarios extrayendo el metálico de su propio patrimonio, en la medida necesaria para pagar la legítima de los hijos no adjudicatarios, o lo que falte para cubrirla en el caso de que hubiere bienes en la herencia y éstos no fueran suficientes para el pago de la misma.

No obstante, no deja ésta de ser una solución a la que se llega por la vía interpretativa, dado que el propio artículo convierte en una facultad opcional de pago en

¹⁰⁰² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Ibidem*.

¹⁰⁰³ Roca Sastre [ROCA SASTRE, R.M., “Naturaleza jurídica de la legítima”. *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp.185-209], Vallet de Goytisoló, J.B [VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Apuntes de Derecho Sucesorio”. *Anuario de Derecho civil*. octubre-diciembre 1951, pp. 1348-1457] y González Enríquez [GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., “Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos”. *Revista de Derecho Sucesorio*, 1954, pp. 494-538] se han mostrado favorables a esta postura.

¹⁰⁰⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “Comentario...”, *op. cit.*, p. 2480: “...caso de haber en la herencia metálico u otros bienes en cantidad bastante, la norma sería innecesaria pues la facultad que concede al ascendiente estaría subsumida en la que el primer párrafo concede a todo testador. De esta suerte, se eleva al art. 1056.2 al rango de precepto confirmatorio del principio según en el cual en el CC la legítima, cualquiera que sea la naturaleza que se le asigne, ha de pagarse en bienes de la herencia, principio que sólo admite contadísimas excepciones, siendo probablemente la más clara y terminante la que ahora nos ocupa”.

¹⁰⁰⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “Estudio sobre el pago con metálico...”, *op. cit.*, p. 1005: “la reserva *in natura* obedece a la finalidad perfectamente respetable, de asegurar la permanencia dentro de la familia de una parte, generalmente importante, del patrimonio hereditario. Pero esta finalidad se consigue sin necesidad de que todos los legitimarios reciban su legítima en bienes hereditarios... El derecho a exigir la legítima individual en cuerpos hereditarios sólo tiene claro fundamento en tanto en cuanto sirva para garantizar al legitimario la distribución, cualitativamente igualitaria, de los bienes destinados a integrar la cuota global reservada. Pero, si al testador se le permite distribuir libremente esa cuota entre los legitimarios, sin más limitaciones que la de respetar el mínimo cuantitativo que corresponde a cada uno, aquel derecho carece de justificación suficiente. El complemento lógico de la libertad distributiva en el orden cualitativo ha de ser la posibilidad de disponer que la legítima de uno o más herederos forzosos sea pagada con metálico aunque no lo haya en la herencia”.



metálico extrahereditario al utilizar las expresiones “no será necesario” o “siendo posible”, lo cual aunque literal, podría ser una interpretación válida, no obstante.

3.8.3 Normas relacionadas con el artículo 1056 CC que permiten el pago en metálico. Aplicación a la explotación familiar y relación con la cuota legitimaria¹⁰⁰⁶

En el articulado que conforma el cuerpo normativo del Código Civil, es notable la presencia de preceptos que admiten el pago en metálico de la legítima, y por lo tanto, favorecen el mantenimiento de las explotaciones.

No pretendemos efectuar en este apartado un tratamiento pormenorizado del pago en metálico –cuyo análisis se ha llevado a cabo por tratadistas en obras de singular relevancia y lo cual nos abocaría a caer en redundancias innecesarias- sino de señalar el espíritu de diferentes normas inspiradas en la conservación de la explotación, resultado, en ocasiones, de la llamada esencia rural que impregna nuestro ordenamiento jurídico privado, y cuyo nacimiento debe ser ubicado cronológicamente, al menos, en el Proyecto del Código civil de 1851¹⁰⁰⁷.

Que los fines de dichas normas puedan ser aplicados a la conservación de la empresa familiar, tal y como hoy la entendemos, podría ser valorado en orden a las circunstancias de su aplicación, pero de entrada nos permite vislumbrar que si bien, junto al artículo 1056 estudiado en su párrafo segundo, se destaca la existencia de normas especiales agrarias de carácter afín elaboradas a lo largo del siglo XX; también encontramos otras de idéntico rango dentro del cuerpo normativo civil por excelencia, que comparten notablemente su personalidad jurídica en los fines perseguidos y que han venido a definirse como los propios del mantenimiento de la continuidad e integridad de la explotación.

¹⁰⁰⁶ Autores como Orejas, Bermejo Pumar, Nanclares y Millán han atribuido a estos preceptos, a pesar de sus diferencias, eficacia sucesoria generacional en la empresa familiar alternativamente al artículo 1056.2 del Código Civil.

¹⁰⁰⁷ Textos como el Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas o Leyes de Toro ya contuvieron dichos preceptos.



a. La reducción de legados inoficiosos. Artículo 821 CC

La causa de su regulación viene determinada por la reducción de los legados inoficiosos, otorgados por parte del testador, siendo su objeto la finca que no admita cómoda división, en función de la aplicación del cálculo aritmético que resulte para el caso de que dicha reducción absorba la mitad del valor de la finca o no.

La posibilidad de que la finca pueda venderse en pública subasta a falta de la decisión de utilización del derecho conferido por el cuerpo legal se manifiesta con un carácter subsidiario, que puede deber su uso a la eventual escasez de metálico para el pago de la parte que exceda la parte de cuota legal, siendo el resultado que la finca pudiera pasar a manos ajenas, con lo que queda desamparada la voluntad del testador, pero el fin de que la finca conserve su integridad es llevado a buen puerto.

En este caso entendemos que podría ser válida su aplicación en relación con la transmisión sucesoria de una sociedad mercantil pero también que carece de utilidad su interpretación como precepto normativo en lo relativo a la temática objeto de examen, en tanto que sólo entraría en juego al haberse realizado defectuosamente una atribución testamentaria.

b. La mejora en cosa determinada. Artículo 829 CC

De nuevo nos encontramos con el elemento que algunos de los defensores del sistema legitimario emplearon como piedra angular en sus discursos decimonónicos, consistiendo en la utilización del elemento patrio -característico de nuestro Derecho común- que considera el régimen de la mejora como un instrumento que vendría a subsanar los defectos y limitaciones de la coartación a la libre testamentifacción.

Se identificaba con el método que reportaría sustancial utilidad en la conservación de la explotación agrícola¹⁰⁰⁸ y que vendría a suplir de algún modo,

¹⁰⁰⁸ DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A., “La mejora de labrar y poseer”, *Anuario de Derecho Civil*, 1948, T. I, p. 879: “De una de estas costumbres vamos a ocuparnos: la que en defensa del patrimonio familiar, amenazado por la desintegración que ocasionan las particiones hereditarias, procura su pervivencia mediante la transmisión en favor de un único descendiente. No referimos a la mejora de labrar y poseer...”. Desde la perspectiva gallega, el autor, defendió la conservación de la casa *petrucial* como base para el sostenimiento de la familia, designando el jefe de la familia a través de la atribución de las mejoras “... a uno de sus descendientes para que se haga cargo –con exclusión de los demás- del



aquello que se hacía posible mediante vinculaciones y mayorazgos, que quedaron atrás, a partir del período desamortizador.

La mejora podría ser atribuida también mediante la utilización del régimen de reservas (posibilidad de mejorar en los bienes reservables) pero una de las singularidades, es que dicha mejora no debería practicarse necesariamente sobre un bien indivisible.

En el ámbito del uso de dicha facultad mediante la que se actuara el otorgamiento de finca rústica, el mismo podría efectuarse –además del sobreentendido pago en metálico al resto de herederos en el caso de que el valor de lo otorgado excediera del tercio de mejora- a cambio de una contraprestación de manutención del inmueble por parte del favorecido, susceptible incluso de alcanzar al tercio de libre disposición. Entendemos que el establecimiento de dicha condición mediante elevación a público en el debido testamento constituiría el motivo que activaría la efectividad de dicha norma¹⁰⁰⁹.

Encontramos pues en éste un precepto que podría servir de complemento al supuesto de transmisión de la explotación, finca o empresa de carácter mercantil, con abono en metálico de la parte legitimaria al resto de herederos.

c. Facultades conferidas al cónyuge. Artículo 831 CC

Los sistemas forales han adoptado soluciones típicas de sus ordenamientos, en forma de fiducia sucesoria, bien individual, bien colectiva como instrumento en manos del cónyuge que queda viudo, que permite mantener una cohesión dentro del grupo

patrimonio familiar, pero sin merma de la posición preeminente que los padres deben ocupar... al logro de ese objetivo -indivisibilidad del patrimonio y salvaguarda de la preeminencia de los padres- acude la costumbre con previsiones varias para resolver los problemas...”.

¹⁰⁰⁹ Así lo ha entendido el profesor Millán, a quien desde estas líneas agradecemos su amable y atenta contribución a la localización bibliográfica sobre el particular: “... el señalamiento de la cosa como mejora, en el ámbito agrícola, podrá consistir en una finca rústica, pero tal señalamiento tiene que llevar consigo el destino de la cosa y por tanto la finalidad de explotarla... La mejora en cosa determinada puede cumplir la función de continuación de la explotación agrícola, en cuanto que el mejorado tiene la obligación de continuar explotándola... El problema está en ¿cuáles serían las consecuencias de la falta de explotación por el mejorado?. ¿Podría quedar revocada la mejora en caso de incumplir el mejorado la condición de explotar la finca? Consideramos que no se puede responder afirmativamente de una manera tajante, así, cuando el causante haya dispuesto de la mejora bajo condición de que el mejorado continúe con la actividad de la explotación, el incumplimiento de tal condición, provocaría la revocación de la mejora...” [MILLÁN SALAS, F, *Instituciones sucesorias en el Código civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, Ediasa, Madrid, 1999, p. 75].



familiar, evitando la distribución igualitaria procedente del texto legal, que tanto han aborrecido dichos derechos territoriales¹⁰¹⁰.

Sí que representa una clara ventaja –como muchas otras, sobre todo las concernientes a la continuidad del negocio familiar- sobre el Derecho común, el hecho de poder transferir por medio de terceros de forma dirigida la explotación. En el Derecho común, no obstante, lejos de adoptar soluciones semejantes, se establecen prohibiciones claras, en lo relacionado, sobre todo a las figuras afines, como el testamento por comisario.

De hecho, en relación con las mencionadas prohibiciones y con el texto legal vigente en el Código Civil, del mismo modo, se nos aboca al pensamiento de la confusión de esta figura con el pacto sucesorio entre cónyuges¹⁰¹¹ – y de si es susceptible de limitar el poder de disposición *mortis causa* del cónyuge sobreviviente-, al que como solución, nuevamente podría aplicarse la doctrina de libre disponibilidad por parte del cónyuge causante, reforzando el acto *inter vivos* en un acto de última voluntad a través del testamento, dejando sin efectividad la delegación que pudo conferir en un principio¹⁰¹².

En cualquier caso, el ejercicio del cónyuge debería respetar las legítimas y mejoras que el causante decidió establecer para cada uno de los hijos.

Estimamos que el presente artículo podría considerarse como un complemento del artículo 829 CC, pero ello no significa que sea un método tan eficaz como los relacionados con el abono en metálico de la legítima, por cuanto supone un remedio parcial, que ayuda a la transmisión íntegra hacia el heredero con mayores destrezas, pero no determina la asignación empresarial del mismo modo que pudiera ventilarse el caso en el ámbito de los derechos forales.

¹⁰¹⁰ Asimismo ha expresado Millán que “Además de la finalidad expresada en la Exposición de Motivos de la Ley, entendemos que la aplicación del artículo 831 posibilita la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, preservándola íntegra” [MILLÁN SALAS, “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 2006, p.407].

¹⁰¹¹ Millán nos lo ha hecho notar, según la opinión general de la doctrina – al hilo de su comentario de este artículo tras su modificación por la ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad- que el origen de este artículo puede buscarse en el Derecho foral, considerando el delgado límite que lo separa de la calificación de pacto sucesorio.

¹⁰¹² MILLÁN SALAS, F, *Instituciones sucesorias...*, op. cit., p. 89.



d. Una atenuación del abono en metálico a los no adjudicatarios.

Artículos 841 a 847 CC

El testador dispone de una opción –que controla- en favor del adjudicatario, de asignar los bienes a un heredero, con el que se concertó el abono en metálico a los demás legitimarios o dividir la herencia según las normas generales de la partición; pero dichas normas parece que no obedecen al fin de conservación de la explotación, dado que es posible que dicha asignación a cambio del metálico pueda hacerse en favor de cualquier extraño, sin que sea aplicable en el caso de asignación de bienes a los ascendientes, tal y como permite el artículo 1056.2 CC.

Se destaca como expresión notable la “porción hereditaria” del artículo 841 CC, que descarta la utilización de la “porción reservada”, desvinculándose del concepto de legítima –contrariamente al sentir de una gran mayoría de normas agrarias- por lo tanto el carácter menos restrictivo en cuanto a los derechos en metálico que corresponden al resto de sucesores se hace evidente, lo que da pie a restar su importancia en el uso de conservación y transmisión en la empresa, frente a otros artículos con mayores garantías, del tipo del 1056 CC; en la medida que se suprimen opciones de que el testador quede obligado por vía de ley a otorgar un tramo mayor de cuota hereditaria en favor del adjudicatario y en perjuicio de los que deban recibir su parte de la herencia en dinero.

i. Confrontación entre los artículos 841 y ss. y el artículo 1056.2 CC

Con la reforma de los artículos 841 y siguientes por la ley 11/1981 ha sido posible sostener que los padres y ascendientes pudieran disponer aún fuera del caso particular del art. 1056.2 CC, que los bienes hereditarios se adjudicasen a uno o varios hijos descendientes a cambio de satisfacer a los demás su legítima o su parte en la herencia con metálico extrahereditario. En principio, asistimos a interpretaciones extensivas del art. 829 CC, pero, después de la reforma, como decimos, no ha habido dificultades para sostener dicha tesis en favor de dichos ascendientes, puesto que los arts. 842 a 847 CC desarrollan la regla general sentada por el art 841CC. No obstante, debería puntualizarse si lo que estos artículos prescriben es aplicable al art. 1056.2 CC - con lo cual este artículo vendría a ser un precepto residual e innecesario- o si por el



contrario, la norma aunque ya no sea excepcional, sigue un régimen propio y escapa a la normativa de los arts. 841 CC y ss., solución que algunos autores han considerado como la más adecuada¹⁰¹³. Así pues, el adjudicatario está obligado a pagar las legítimas de los demás hijos, pero carece de la facultad de elección que el art. 842 CC concede al adjudicatario de los bienes hereditarios y, por consiguiente, es claro que el supuesto escapa a lo dispuesto en el art. 844 CC, que funciona a base del juego de dos plazos, sin ser tampoco necesario que la aprobación se someta a la aprobación judicial del art. 843 CC, puesto que sólo tiene sentido este artículo cuando no exista entendimiento al practicar las operaciones de liquidación entre el adjudicatario y los que deban recibir la herencia en metálico. También destaca DE LA CÁMARA el parentesco entre el art. 1056.2 CC y el 1062 CC, pero el 1056.2 CC permite al testador eliminar el derecho de los coherederos a solicitar la venta en pública subasta y consiguiente reparto del precio, derecho que existiría en función del 1062 CC, de estimar aplicable este precepto a las particiones testamentarias¹⁰¹⁴.

Antes de la reforma, se pensó excepcionalmente, que el testador podía disponer el pago de la legítima en metálico, si concurrían todos los requisitos señalados en este segundo párrafo del art. 1056 CC. Tras la reforma de los artículos 841 a 847 CC por virtud de la ley 11/1981 de 13 de mayo, se concede con carácter general al testador la posibilidad de ordenar, sin especiales requisitos, el pago de la legítima en metálico, adjudicando los bienes hereditarios a algunos de sus hijos o descendientes. Por ello, se ha sostenido que el segundo párrafo de este artículo 1056 CC ha perdido toda su trascendencia práctica¹⁰¹⁵.

El párrafo segundo del art. 1056 CC aborda directamente la sucesión en la empresa familiar atenuando la rigidez del sistema legitimario a través de un procedimiento de pago en metálico de legítimas más flexible que el regulado por los artículos 841 a 847 del Código Civil, pero el régimen legal de los artículos 841CC y siguientes no tiene como objetivo, el facilitar la integridad de la empresa familiar, puesto que es una norma de carácter más general, ya que la utilización de la facultad del pago en metálico de las legítimas no requiere que con ella el testador logre ninguna

¹⁰¹³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “Comentario...”, op. cit., p.2480.

¹⁰¹⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Estudio sobre el pago con metálico...”, op. cit., p. 942.

¹⁰¹⁵ ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y PASQUAU LIAÑO, M. *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L y DE CASTRO GARCÍA, J. Coords., Ed. Trivium, Madrid 1992, p. 1202. Así también lo han mantenido otros autores, como Lacruz o López Beltrán de Heredia.



finalidad u obtenga un resultado predeterminado por la ley¹⁰¹⁶. Estos artículos afectarían más bien al testamento en sede dispositiva, que no particional, y es más extraño que se acuda a esta vía para resolver los problemas que puede plantear la sucesión en la empresa del testador sin que estén dotados el efecto inmediatamente ejecutivo de que goza la partición realizada por el testador, según el tenor literal del art. 1056 CC. Por otra parte, lo dispuesto en el art. 844 CC exige un plazo que nada tiene que ver con el del artículo 1056.2 CC en lo referido al pago en metálico, lo cual puede suponer grandes dificultades prácticas en la herencia en la que no existe efectivo y el pago haya de realizarse con dinero extrahereditario, que el adjudicatario de los bienes deberá obtener de su propio patrimonio. Por ello, para evitar dichos inconvenientes, el nuevo párrafo segundo del artículo 1056 CC ha establecido que a la partición a que se refiere dicho artículo no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 843 CC y el párrafo primero del artículo 844 CC. Aunque esta mención parece innecesaria, su valor evita interpretaciones ambiguas, puesto que aunque la norma no existiera, no serían de aplicación dichos artículos. A pesar de estos impedimentos, el procedimiento de los artículos 841 CC y ss., puede conservar todavía alguna utilidad en lo relativo a la sucesión en el negocio de familia, aunque sea más bien residual (por ejemplo, en el caso de sucesiones de accionistas o partícipes pertenecientes a la segunda generación o generaciones posteriores, que ya no detentan por sí solos las mayorías sociales de control)¹⁰¹⁷.

La modificación de otras normas, como los artículos 840 CC y siguientes, que ampliaron los supuestos de pago en las legítimas individuales. En este segundo párrafo, como ya hemos visto, se han añadido referencias a los artículos 843 CC y 844 CC, pero ambas normas han seguido insertas en su ámbito de actuación particular, puesto que si hubieran interferido recíprocamente, hubiera sido imperativa alguna decisión en orden a tratar de subsanar este defecto, y es por eso que la nueva redacción del artículo 1056 CC no viene sino, a perfilar una armoniosa convivencia en el ordenamiento civil con los

¹⁰¹⁶ HUERTA TRÓLEZ, A., op. cit., p. 117 y ss.

¹⁰¹⁷ En favor de dicha tesis se ha pronunciado Vattier, en contra de Domínguez Luelmo. Siguiendo esta teoría parece que el requisito de indivisibilidad también cobre vida en este precepto.



anteriores artículos, otorgando tales fundamentos aclaratorios a la vez que de mayor efectividad y concreción en su uso¹⁰¹⁸.

ii. Entrada en escena de artículos afines en el Código Civil

Por último, resulta interesante también destacar que “la nueva redacción de los artículos 841 CC y ss. ha ampliado y generalizado los supuestos de pago en metálico de las legítimas individuales, manifestando que “el artículo 841 CC no requiere presupuesto alguno, no exige ‘finca que no admita cómoda división’, como el artículo 821 CC, ni ‘cosa determinada’, como el 829 CC, ni ‘explotación agrícola, industrial o fabril’, como el 1056.2 CC, ni ‘que la cosa sea divisible o desmerezca mucho por su división’, como el 1062 CC, es aplicable incluso en conexión de bienes sin conexión alguna. Como estos artículos, no requiere que el dinero exista en la herencia, más bien, presupone lo contrario, puesto que parte de la posibilidad de adjudicar a uno solo incluso todos los bienes hereditarios, con la contrapartida de pagar en metálico las porciones de los demás.”¹⁰¹⁹. Así, podría afirmarse que este artículo es una norma de características mucho más generales y mucho menos específica que el citado precepto 1056 CC. Según el pensamiento de VALLET DE GOYTISOLO, el art. 1056.2 CC se considera una extensión de esa doctrina recogida en los artículos 821 CC y 829 CC, extensión de la norma de considerar en la partición como cosas indivisibles a objetos que no constituyen una unidad física, sino económica. En este sentido también se ha matizado el contraste entre ambas regulaciones, basando su análisis en cuatro diferencias principales: a) El art 1056.2 CC se refiere a una explotación económica o sociedad de capital que no se menciona en los artículos 841 CC y ss. b) En el art. 842 CC, los obligados al pago en metálico pueden exigir que la misma sea satisfecha en bienes de la herencia, en el 1056 los adjudicatarios de la explotación quedan facultados para realizar el abono con efectivo extrahereditario, siendo la opción vinculante incluso para los herederos forzosos, c) Las razones de la aplicación del artículo al supuesto de hecho deben ser la conservación de la explotación o el interés familiar, lo cual no es condición

¹⁰¹⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico...”, op. cit., p. 942: “...Las normas aclaratorias, aunque puedan sobreentenderse, no resultan superfluas, pues evitan posibles discusiones...”.

¹⁰¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentarios al artículo 841 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. Coord., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XI, arts. 806 a 857 del Código Civil., EDERSA, Madrid, 1982, p. 493.



sine qua non en los artículos 841CC y ss. d) El art. 1056.2 CC excluye lo exigido por los artículos 843 CC y 844 CC, relacionado con la aprobación judicial a falta de la confirmación de todos los hijos o descendientes¹⁰²⁰.

e. La indivisibilidad cualitativa del bien y el alejamiento de la conservación dentro del círculo familiar. Artículo 1062.1 CC

Un arraigado criterio de indivisibilidad, que se separa del origen más reciente del artículo 1056 CC, lo tenemos en esta norma, que trae causa de la partición de la herencia¹⁰²¹.

En este aspecto, el artículo 1062 CC representa un punto de divergencia en la salvaguarda de la igualdad cualitativa de la formación de lotes hereditarios, de naturaleza excluyente a los artículos 821 CC, 829 CC, 841 CC y 1056.2 CC, que da prioridad a la conservación de la cosa que desmerezca mucho por su división, pero que, igualmente otorga al criterio de la igualdad una significación extraordinaria, hasta el punto de recurrir a la pública subasta para conseguir un reparto equitativo de la obtención del líquido, procedente de la venta de la finca o del negocio.

Prima un fin económico y social en la norma, que evita el desmerecimiento de la finca y procura su transformación en valor dinerario, por temor a que la división de la finca¹⁰²² cause males mayores y no sea capaz de atribuir un mayor bienestar al heredero, por no poder alcanzar de por sí una mayor rentabilidad en sí misma. Así, después de

¹⁰²⁰ REYES LÓPEZ, M.J., “El patrimonio del empresario familiar individual”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio familiar, profesional...op. cit.*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, T. IV, p. 145. No compartió este criterio de especialidad del artículo 1056.2 CC la profesora López Beltrán de Heredia, que sostuvo que “Puede pensarse que la nueva normativa, como Ley posterior, permite modificar la interpretación del precepto anterior. En ningún caso se trataría...de la derogación de un precepto por los otros, posteriores...El artículo 1056.2º es compatible con el artículo 841. Se trataría de adaptar aquel precepto a los nuevos. Así, podría sostenerse que el concreto supuesto recogido en el artículo 1056.2º ha quedado subsumido en el genérico del artículo 841, sin especialidad alguna. Cuando el testador utilizase el artículo 1056.2º, serían aplicables todos los requisitos y limitaciones establecidos en los artículos 842 y siguientes...” [LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La conmutación de la legítima*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 129].

¹⁰²¹ Teniendo en cuenta que encontramos antecedentes en Fuero real, Fuero Juzgo, en el Digesto y en el Código de Justiniano.

¹⁰²² Entendemos que la extrapolación podría dirigirse del mismo modo a una empresa o negocio susceptible de provocar estos perniciosos efectos ante la adjudicación igualitaria en lotes, pero debe tenerse en cuenta del mismo modo, la dificultad de la venta en pública subasta, debiéndose alcanzar por lo tanto, otros acuerdos, o bien activar la práctica de métodos en orden a su liquidación, que permitan una estimación del valor de la explotación que debiera ser repartida, lo que probablemente haría inaplicable este artículo.



intentar que la finca quede dentro del círculo de herederos, se busca el fin primordial de la no desvalorización de la explotación, aunque sea a costa de que finalmente, el negocio llegue a manos de gestores ajenos a la familia.

Se trataría de preservar la ecuanimidad entre herederos, evitando *pro indivisos* no deseados¹⁰²³ que por otra parte, no limita a la legítima estricta al resto de herederos el pago en metálico –como el caso del art. 1056 CC, siendo que en este caso se otorga una menor libertad de testar- sino que comprende la cantidad a abonar en el exceso, entendido como “la parte del valor de la cosa adjudicada que sobrepase la cuota que corresponda al heredero voluntario o legitimario”¹⁰²⁴. En este supuesto puede deducirse pues, que no resultan tan desfavorecidos el resto de herederos –como es el caso de artículos comentados- no adjudicatarios, en el caso de que la finca o explotación no deba subastarse.

No se ha considerado esta norma la mejor de las alternativas para el mantenimiento de la explotación dado que aunque en la primera parte del texto normativo parecería factible la adjudicación al heredero más capaz o al profesional de la agricultura que viniera ocupándose de dicha explotación, en el segundo párrafo, en el texto “Pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños para que así se haga”, encontramos una cortapisa que daría al traste con las expectativas de que la empresa se mantuviera dentro de la familia, lo cual haría a la norma impropia para el fin objeto de nuestro estudio.

Se advierte en dicha norma una minoración en la libertad de testar, lo cual la incardina en un medio, quizás más protector de los herederos con carácter parigual (que la conduce a la venta en pública subasta), cuyo primer párrafo nos otorga una visión algo confiada de lo que, finalmente la norma no es capaz de conceder.

Asimismo también debemos tener en cuenta la idea que apunta a que el art. 1062 viene a reforzar al 1056, argumentando que si bien el primer artículo se muestra

¹⁰²³ Millán ha destacado que la norma “...lleva al extremo el principio de igualdad de la partición, porque habrá que repartir el dinero obtenido con la venta” [MILLÁN SALAS, F, *Instituciones sucesorias...*, op. cit., p. 219.].

¹⁰²⁴ MILLÁN SALAS, F., *Instituciones sucesorias...*, op. cit., p. 218.



susceptible de una interpretación amplia, mientras que el segundo sólo se refiere a los hijos¹⁰²⁵.

La nueva elaboración del art. 1056 CC obedece a la creación de una norma *ad hoc* para una finalidad específica. A la vista de las anteriores opiniones doctrinales, se puede acreditar que dicha norma se redacta en base a unos parámetros de practicidad, ante lo cual, normas antes utilizadas para dichos supuestos quedan fuera de este uso.

También se ha apuntado que el artículo 1056.2 CC “parte de unos presupuestos más circunscritos que su semejante 1062 CC, pero atiende también a unas más elevadas finalidades, siendo igualmente mayores sus consecuencias jurídicas”¹⁰²⁶, pero no obstante, de plena aplicabilidad a las explotaciones agrícolas, cuyo término “puede y debe ser llenado de ese sentido social y económico que en principio le falta. A tal efecto pensamos que puede cobijar cualquier unidad agraria”¹⁰²⁷ en virtud de su indivisibilidad jurídicamente funcional. Del mismo modo el artículo 829 CC fue considerado un mejor instrumento para conjugar por la tradición, la tierra y la familia que además, “ha servido para mantener la indivisión de la explotación agrícola en territorios sometidos al Derecho común”¹⁰²⁸, debiendo ensalzarse este derecho, junto al buen criterio del Derecho Común que había hecho de esta mejora un instrumento relevante en lo tradicional, en lo consuetudinario y en la continuidad de la casa¹⁰²⁹.

f. Fin de la norma. Entre lo jurídico y lo socio-económico

Efectivamente, la modificación del segundo párrafo del artículo 1056 CC se desmarca de su redacción inicial. Parece pues, que la nueva versión haya sido el resultado del empleo de una mejor técnica legislativa que haya sabido responder a necesidades reales de cara a la correcta conservación del negocio familiar y siempre teniendo en cuenta los parámetros de la doctrina científica y jurisprudencial. No obstante, nos encontramos con que la extensión del precepto presenta algunos inconvenientes, extensión que ha dado lugar a interpretaciones doctrinales que han

¹⁰²⁵ ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, A., op. cit., p. 591.

¹⁰²⁶ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Algunos aspectos de la regulación...”, op. cit, p. 552.

¹⁰²⁷ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Algunos aspectos de la regulación...”, op. cit, p. 554

¹⁰²⁸ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Algunos aspectos de la regulación...”, op. cit, p. 555.

¹⁰²⁹ VIDAL MARTÍNEZ, J., Ibidem: Siguiendo a López Jacoiste destaca “cómo sirviendo la mejora en general como vehículo apto para atender a la tradición , la familia y la tierra cultivada es la mejora en cosa determinada la que sirve a esas finalidades de modo más completo...”.



puesto en tela de juicio el nuevo contenido de dicho artículo y que lo han calificado de excesivamente socioeconómico y poco jurídico, bajo el argumento de que con la indivisión de la empresa no se busca proteger a la familia, sino beneficiar el interés económico y empresarial¹⁰³⁰.

De acuerdo con esta doctrina, el contenido de la norma viene a ser, con diferencia respecto al anterior, mucho más elaborado, pero su objeto se ha desvinculado,

¹⁰³⁰ RUEDA ESTEBAN, L., op. cit., p. 212. “...Y no hay nada más peligroso en el Derecho civil que posponer valores propios del mismo, como la persona y la familia, a otros de carácter económico empresarial.” También Llopis Giner se ha expresado en sentido similar, al opinar sobre la nueva redacción de la norma: “Sin duda la modificación de los preceptos del Código Civil realizada por la ley 7/2003 no puede considerarse como excesivamente afortunada, ni tampoco como una novedad que se daba a los textos reformados. Se ha recogido doctrina jurisprudencial y científica, pero creo que eso no basta en el presente momento, era esperable algo más, lo que queda pendiente para una posterior reforma del Código Civil que revista una mayor profundidad y no aprovechando materias del ámbito mercantil.” [LLOPIS GINER, J.M., “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 CC”, en REYES LÓPEZ, M.J. Coord., *La empresa familiar, encrucijada de intereses personales y empresariales*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 71.]. En semejante línea de pensamiento se ha pronunciado ESPEJO, diciendo que “...el juicio que nos merece la nueva redacción no es positivo, pues da la impresión de que la reforma ha modificado un tanto precipitadamente normas que merecían un trato más cuidadoso, por estar insertas en un sistema sucesorio que tiene sus propias exigencias de coherencia.” [ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “La reforma del Código Civil por la Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa”, en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, op. cit., Vol. I, p. 1249]; Batalla, que concluyó que “...la reforma se ha hecho con una técnica legislativa dudosa y en una sede que no es la apropiada y que contiene pocas novedades respecto a lo que era el sentir mayoritario del texto reformado. Tal vez la novedad más sustancial llegue a ser esa posibilidad de pactos sobre la liquidación de la herencia futura, en relación con el Art. 1056.2 Cc. Pero en todo caso y dada la importancia socio económica de la empresa familiar no hay duda que ésta precisa de una regulación más completa que abarque contenidos civiles, mercantiles y fiscales y de otro orden. Puede también que la materia civil de sucesiones merezca una reflexión sobre los viejos conceptos de la legítima como pars bonorum [sic], sobre la diferenciación del heredero y legatario o sobre la propia justificación y amplitud de la sucesión forzosa pero, dada la calidad técnica legislativa a la que estamos acostumbrados, igual mejor «ni tocarlo»” [BATALLA DE ANTONIO, A., “La empresa familiar...”, op. cit., p. 150]; Del Pozo: “Mientras tanto, nosotros, en Derecho civil común, nos hemos limitado a introducir una técnicamente muy defectuosa norma sobre pago de la legítima y conservación de la empresa familiar en el venerable CC y en la muy nefasta Ley sobre sociedades Limitadas Nueva Empresa [p.6]”, añadiendo que “Es formidable además el juego normativo de las múltiples prohibiciones que protegen la intangibilidad legitimaria, cuantitativa y hasta cualitativa, frente a donaciones y pactos sucesorios en Derecho común. Las escasas excepciones a la prohibición de pactos sucesorios en el Derecho civil común tienen una relevancia marginal...la reforma del año 2003 en el art. 1056 & 2 CC, decepcionante por su limitadísimo alcance y su paupérrimo valor añadido.” [p.23], concluyendo que “Las reformas últimas en la materia sólo tocan superficialmente la regulación: el lamentable nuevo art. 1056 & 2 el metálico de la legítima de los descendientes poco más añade a los artículos de pago en metálico de la legítima de los descendientes” [p.30] y que en Derecho común “...el nuevo art. 1056 CC que sólo toca a la cuestión de la conmutación del pago de la legítima en metálico y poco, muy poco más.” [p. 31] [DEL POZO FERNÁNDEZ, L., “Protocolo familiar sucesorio”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284/2012, pp. 6, 23, 30 y 31] y Nanclares, que ha sostenido que “...frente a una problemática como es la relativa a la sucesión en la empresa familiar, el ordenamiento civil aporta ciertos remedios y está en condición de aportar nuevas soluciones...que nunca serán perfectas...” [NANCLARES VALLE, J., “Aspectos jurídicos de la sucesión en la empresa familiar”, <http://www.iefamiliar.com/empresafam/datos.asp>, p. 128 (5 de junio de 2008)]. Por último, Sánchez Crespo también nos ha referido personalmente que, aunque la modificación en el año 2003 del artículo 1056.2 CC ha servido de respaldo para la transmisión de la empresa familiar, la verdadera ayuda hubiera sido la suavización del régimen legitimario [comunicación personal enviada vía correo electrónico, con fecha 16 de noviembre de 2012].



en parte, del fin al que debiera atender, entendiendo tal fin como la conservación de la empresa en el seno de la familia y pareciendo contrarios a su finalidad los buenos propósitos configuradores de la Exposición de Motivos de la norma que dio lugar a su nacimiento, la Ley 7/2003 (Cuando habla de “...superar los cambios generacionales dentro de las mismas...”). Sin embargo, no compartimos en su integridad el aserto crítico anterior, por cuanto no es poco jurídico atender al fin social de la norma, en la medida que una norma jurídica siempre es fruto de unas determinadas necesidades sociales, y no hay motivo para que deba atribuírsele un mayor peso específico a la protección de la familia en detrimento de la subsistencia de la empresa, máxime cuando el testador es libre de transmitir el negocio en el sentido que estime más conveniente - pues la letra del 1056.2 CC así lo permite y presenta un cuerpo que propone diferentes opciones a su destinatario- y máxime también, cuando existen sociedades familiares de considerable envergadura, incluso mucho mayor que otras que no revisten este carácter familiar; sociedades que al desaparecer, a buen seguro deberán precisar de un adecuado plan de sostenibilidad, aunque el equipo de directivos no sea exclusivamente de ámbito familiar. Es entonces cuando deben sopesarse otros intereses, los intereses de los terceros afectados por la supervivencia empresarial y a los que no perturba, al menos de manera directa que la empresa no siga en manos de la familia (empleados, acreedores...), sino que por el momento, simplemente, siga desempeñando su actividad mercantil, con independencia de quien sea su titular; debiendo considerarse asimismo los intereses del sector concreto de comercio y en general, el resto de repercusiones económicas que puede significar el cierre del negocio, abstracción hecha de su carácter familiar.

Es por esto que no debemos olvidar a estos efectos, el tenor literal de la misma Exposición de Motivos de la Ley 7: “se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la a empresa en todas sus posibles configuraciones: sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de sus configuraciones: societarias, empresa individual, etc.”, lo cual, es claramente indicativo de que la propia ley autoriza o prevé la posibilidad de que la explotación no haya únicamente de recaer en el seno de la familia.

Otras críticas también se ha fundamentado en la infracción del principio rector de la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto los artículos 1056.2 y el 841 y siguientes del Código civil, representan un tipo específico de discriminación que



afecta a ciertos legitimarios, dado que los que reciban la atribución en metálico se verán privados de un bien que podría seguir reportando ganancias a los legitimarios excluidos¹⁰³¹. Existiría en este supuesto una ventaja para los adjudicatarios de las participaciones mercantiles. Las invectivas que recaen sobre estos preceptos, de algún modo, sostienen la conculcación de la institución de la familia, que quedaría dañada por el perjuicio ocasionado sobre algunos de sus integrantes.

No obstante, pese a ello, las normas que regulan el pago y que afectan a la intangibilidad de la legítima no suponen vulneración constitucional alguna. La norma original y su reforma suponen un paso más en el avance hacia el debilitamiento de la cuota legitimaria a través de la utilización instrumental de medios legales que posibilitan una mayor libertad en el ámbito tan crucial de la subsistencia indivisa del patrimonio empresarial.

Pese a las buenas intenciones, el artículo 1056.2 CC parece que no acabe de ser el remedio infalible para la conservación del negocio¹⁰³², habida cuenta de las reiteradas

¹⁰³¹ VATTIER FUENZALIDA, C., *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Reus, Madrid, 2012, p. 20: “En efecto, se la ha criticado por dejar a los legitimarios, cuyo derecho se conmuta por dinero, al margen de los beneficios que se derivan de los mismos, y frente a ella se ha propuesto una postura «humana», según la cual deben éstos seguir participando, hasta el pago íntegro de las legítimas, de todas las variaciones que experimente el valore económico de la empresa”.

¹⁰³² Ferer Vanrell ha admitido que “Es cierto que la reforma del párrafo segundo del art. 1056 del Código civil ha supuesto un avance y mejora la posibilidad del Empresario-testador de disponer de la Empresa familiar sin que el pago de las legítimas erosionen la unidad de la Empresa; pero no garantizan al futuro sucesor, su sucesión en la dirección de la Empresa porque el testador, al final de los días, o en cualquier momento, puede modificar sus últimas voluntades. Tampoco le permite, en vida del empresario, acordar con los otros hijos que queden excluidos de la sucesión mediante una atribución patrimonial, porque en el Código civil no están permitidos los pactos sucesorios de non succedendo” e igualmente ha puesto en duda la originalidad del precepto, aduciendo que “la novedad está en la posibilidad del pago de la legítima con efectivo extrahereditario que se produce cuando falta metálico en la masa hereditaria”, entendiendo como una mejor solución la instauración de los pactos sucesorios para la transmisión de la empresa familiar, de modo que “Para una futura y pronta reforma legislativa entendemos que, el Código civil debería ir avanzando y adecuando sus instituciones a las demandas de la sociedad. La sucesión contractual es el elemento idóneo, para facilitar la continuidad de la Empresa familiar, al designar de forma irrevocable al sucesor, incluso con independencia de que exista o no un Protocolo familiar” [FERRER VANRELL, M.P., “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio”, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al. Dir. y MONJE BALMASEDA, O. Coord., *El patrimonio sucesorio, reflexiones...* op. cit., T.II, pp. 1505-1508]. Fuentes Martínez también ha expresado sus reservas sobre el precepto: “...estamos ya en condiciones de aseverar la patente inadecuación de nuestra legislación civil para dar adecuada respuesta a las necesidades que plantea la sucesión en la empresa. Bien es cierto que en lo que atañe al Derecho Civil Común, se ha iniciado una vía de reforma (leyes 7/2003 y 41/2003) en la línea de posibilitar la salvaguardia de la unidad de la empresa, para lo cual se habilitan diversos instrumentos sucesorios de carácter dispositivo e instrumentos sucesorios de naturaleza particional. Pero tales reformas (más bien parches legislativos de urgencia) tienen un carácter fragmentario, ya que debería haberse aprovechado la ocasión para abordar en profundidad algo que va siendo inaplazable: crear un verdadero estatuto sucesorio de la empresa, contemplándola en su globalidad e introduciendo en las leyes civiles sustantivas y procesales reformas que destaquen los diversos aspectos y problemas que inevitablemente aparecen en el campo sucesorio cuando en su dinámica está presente una empresa



debilidades que se le han atribuido, como el caso de dejarlo al albur de la sucesión testada -con la consecuente escasa operatividad en el ámbito del *ab intestato*-, la descapitalización del legitimario receptor de la explotación al verse en la obligación de abonar la parte del metálico extraherencial al resto de legitimarios pese al plazo concedido, o la insistencia en que la empresa deba ser atribuida sólo a un adjudicatario¹⁰³³, considerando que la combinación de recursos a varios adjudicatarios para su llevanza puede tener efectos claramente positivos, lo cual, a los efectos de *lege ferenda*, podría haberse tenido en consideración.

Por último, resulta necesario centrar la atención en el vínculo indisoluble que une a la norma con el aspecto legitimario, planteando si sirve a los fines de ampliar las posibilidades que el régimen sucesorio común limita a través de las legítimas y de si, de su combinación con el tercio de mejora y de libre disposición, puede obtenerse como resultado la satisfacción de los intereses del testador, de no dividir la empresa, así como de que se mantenga en el ámbito del poder de al menos, un sucesor de su círculo más próximo, a ser posible, de un hijo¹⁰³⁴.

[FUENTES MARTÍNEZ, J. “La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires*. Algunas propuestas de reforma”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords. *El patrimonio familiar, profesional...* op. cit., p. 464].

¹⁰³³ Entendemos que este inciso de la atribución al heredero único surgió como solución ante el gran inconveniente que representaba la división material de las fincas, siendo más propio de una época en la que se instauró el fenómeno de la descolonización de las grandes propiedades, entrando en escena la intervención estatal, en la que se abordó la regulación de patrimonios familiares y la concentración parcelaria, con el propósito de la reconstrucción y protección de la base de la explotación agraria. Pese a que se ha admitido la atribución a varios adjudicatarios, como han entendido autores como Vallet de Goytisolo, Vidal, Domínguez Luelmo o Palazón Garrido, entendemos perdida una buena oportunidad para haber aportado algo más de clarividencia a la norma en este aspecto. Podría justificarse esta dejación a este extremo en la existencia de un fundado temor a las comunidades hereditarias que puedan generarse tras la defunción del testador, y que en numerosas ocasiones obstaculizan la gestión de la empresa, asignada a un grupo de personas que persigue la división en evitación de males mayores que podría causar el gobierno conjunto de la comunidad.

¹⁰³⁴ En el caso de admitir la mejora tácita, el adjudicatario debería satisfacer a los legitimarios sólo la legítima estricta. En este sentido, y en línea con el carácter normativo e interpretativo de las normas que establecen el pago en metálico, así como de las leyes agrarias que hasta ahora, han entrado en escena, nos decantaríamos por la admisión de esta mejora tácita y del abono a los no adjudicatarios sólo de la cuota de legítima corta; con el respaldo de la doctrina más autorizada (autores como Vallet de Goytisolo y Roca Sastre) de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1982 (CJ 13732-JF/0000), que en su Considerando Segundo así lo expresó: “Que establece el art. 808 CC, que “la legítima de los hijos y descendientes legítimos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre”, añadiendo que “sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos,” especificándose en el art. 823 CC, “el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítimas”, denominándose a “esta porción mejora”, a la luz de cuyos preceptos se deduce que como quiera que en tales supuestos la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo

La modificación de la norma ha sido el resultado de varios factores, entre ellos, el hincapié de las instituciones europeas en avanzar en el aspecto de la transmisión de la empresa familiar; pero no parece tan efectiva la norma cuando se trata de vislumbrar un verdadero interés en afectar al régimen legitimario en este aspecto y menos todavía, en

tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; *si bien este último está afecto a las limitaciones establecidas en los arts. 825 y 828, determinantes de que para que la mejora se considere como tal, habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los arts. 1281 y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, si apareciera directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora* [la cursiva es nuestra]. En este sentido Ripoll adopta un criterio extensivo y asevera que “El pago no lo será de la cuota legitimaria sino que podrá alcanzar a la completa cuota hereditaria” [RIPOLL SOLER, A., “El artículo 1056.2: Tradición sucesoria y vanguardia societaria al servicio de la empresa familiar”, *La Notaría*, enero de 2005, núm. 13, p.6]. Fosar también se pronunció con determinación: “El testador, al hacer uso de las facultades particionales del párrafo 2º del precepto tan repetidamente aludido, ha configurado un único título sucesorio y, además, ha concretado su alcance cuantitativo, determinado su contenido económico: la explotación agrícola como un todo, salvo la liquidación legitimaria que proceda. Sería contrario a la voluntad del testador que ese título unitario dispositivo-partitivo, que materialmente comprende no sólo la legítima estricta que corresponde al adjudicatario de la explotación y el tercio de mejora, sino...el tercio de libre disposición e incluso la parte reservada a los demás hijos, su legítima estricta pudiera escindirse” [FOSAR BENLLOCH, E., op. cit., p. 407], al igual que Domínguez Luelmo [DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El pago en metálico de la legítima...* op. cit., p.53] y MILLÁN, de manera parecida, que aseveró que “Los interesados en una herencia podrán ser legitimarios y beneficiarios de los tercios de mejora y libre disposición. Así, el pago en metálico se tiene que hacer, dependiendo de cada caso, a quienes sean legitimarios del testador y a los beneficiarios de los tercios de mejora y de libre disposición.” [MILLÁN SALAS, F., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código civil”, *Actualidad Civil*, 2003, núm. 45-46, p.1183]. Recientemente, Cremades se ha referido a la cuota que debería abonarse a los “demás interesados”, debiéndolos considerar legatarios, sosteniendo que “...el testador puede disponer adjudicando la empresa sólo a uno, siempre que en metálico vayan a recibir el resto lo que por legítima estricta les corresponde. Ello supone que el favorecido por esta disposición va a ser mejorado y recibir el tercio de libre disposición implícitamente. Si atendemos al primer párrafo del artículo 1056 del Cc, efectivamente ésta parece ser la posibilidad pues la partición hecha por el testador no debe perjudicar la legítima de los herederos forzosos.” [CREMADES GARCÍA P., “Sucesión *mortis causa* de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios”, Dykinson, Madrid, 2014, p. 68]. Otras opiniones recientes, como la de Batalla han sostenido que “Hemos de tener en cuenta...que en ningún caso se abre la veda para, por la vía de asignar la empresa familiar a uno de los herederos, perjudicar la legítima de los demás que sigue siendo, como siempre, inviolable... [que] no van a sufrir menoscabo alguno por asignar el negocio familiar a un heredero determinado. Me refiero, naturalmente, en el caso de los descendientes a la legítima estricta, dado que nada impediría que la adjudicación de la empresa familiar fuera «contra el tercio de mejora» [BATALLA DE ANTONIO, A., “La empresa familiar...”, op. cit., p. 139]. Por lo expuesto, se podría deducir, que la posibilidad de mejora tácita, y la propia finalidad de la norma hace que el adjudicatario absorba la totalidad de la cuota hereditaria, salvando la legítima estricta del resto de herederos. Aun así, entendemos que será complicado que el testador no explicita expresamente la cuantía que debe abonarse en metálico.



ese sentido cuando se le ha pretendido atribuir el mérito de un acercamiento a los Derechos forales¹⁰³⁵.

3.8.4 Las alusiones al pacto sucesorio

Llegados a este punto, se nos plantean diversas cuestiones que nos hacen reflexionar sobre la naturaleza excepcional del art. 1056 CC y sobre el establecimiento de la prohibición de pactos sobre la herencia futura del art. 1271 CC.

a. Breve referencia al artículo 1271 CC

No podemos dejar de mencionar la reforma del artículo 1271 CC, objeto de nuestro estudio que aunque de manera leve, ha sido modificado al incluir en su segundo párrafo la expresión “*otras operaciones particionales*” al referirse a los contratos cuyo objeto podrá ser una herencia futura.

En estrecha relación, la reforma del contenido del art. 1056 CC, trae causa de la influencia directa dimanante de la opinión doctrinal y jurisprudencial vigente a lo largo del siglo XX.

Además de dar por sentada la evolución de cada una de las palabras del artículo, relatada más arriba en base a criterios doctrinales y jurisprudenciales, consideramos que merece la pena detenernos en algunos detalles relevantes: la redacción originaria del 1056.2 CC hablaba del “padre”. Posteriormente, este concepto ha evolucionado y se expresa la palabra “testador” para referirse a toda persona capaz de otorgar en testamento una explotación familiar a un único adjudicatario, ya que la interpretación doctrinal y jurisprudencial hizo posible que esta expresión se hiciera extensiva a los abuelos o a otros parientes, incluso.

En principio, cabría interpretar como evidente una voluntad del legislador en admitir la cabida de los pactos sucesorios en el ordenamiento a través del art. 1271 CC, es decir, no había un testador en sentido expreso, por lo tanto, podría haber existido una

¹⁰³⁵ VATTIER FUENZALIDA, C., *El pago en metálico...*, op. cit., p.20. Debido a los motivos de desigualdad familiar comentados, solución tachada de simplista y rigurosa por Puig Brutau y citada por Vattier.



puerta abierta a las disposiciones particionales que no precisaran de documento solemne.

Pero a la luz de lo estudiado, debería darse por sentado que la intención en la reforma del segundo párrafo -sustitución de la palabra “padre” por la palabra “testador”- no ha hecho sino restar peso específico a la permisón con carácter excepcional del pacto sucesorio (contrariamente a lo perseguido por el segundo párrafo del 1271 CC), o lo que es lo mismo, adicionarle relevancia al hecho de la prohibición. Por este motivo, la presencia de este vocablo, hace indiscutible que la expresión “otras disposiciones particionales” del art. 1271.2 CC no se puede presentar como una excepción a la celebración de contratos sobre la herencia futura, pues, si nos encontramos ante la presencia de un testador, se hace difícil pensar en la celebración de un acto de sucesión contractual.

Es por ello que hemos de considerar que la nueva redacción del artículo 1056.2 CC, en la que se sustituye el término “padre” de la antigua dicción, por el término “testador” cobra mayor relevancia, y ello por el hecho de que el acto dispositivo deba practicarse por testamento.

Se traslada a la norma la opinión jurisprudencial y se debilitan las opiniones que argumentan que este artículo es la excepción susceptible de confirmar la regla general que establece la prohibición de la sucesión contractual, en el sentido de ser la excepción permitida por el 1271.2 CC. Este tipo de “disposición particional” debe perder su virtualidad una vez que el pacto se deba reflejar en documento testamentario, puesto que si es testamento, ya no cabe la posibilidad que sea pacto sucesorio¹⁰³⁶.

¹⁰³⁶RUEDA ESTEBAN, L., op. cit., p. 214.: “Si el legislador hubiese querido que la facultad de adjudicar la explotación participase sólo de la naturaleza del art. 1056.1 CC, no habría añadido nada al 1271.2, pues no era necesario...Pero como la voluntad del legislador es que esas disposiciones particionales sean mortis causa y que sea algo de naturaleza independiente, lo ha diferenciado y la consecuencia puede ser que la adjudicación de la empresa, como norma en que se funden la voluntad dispositiva y particional, no sólo requiere de un testamento previo, simultáneo o posterior, lo cual ya sabíamos, sino que además sólo pueda utilizar como única vía o vehículo de expresión el testamento y ese testamento es esencialmente revocable y de, ninguna forma puede entenderse como sucesión contractual.”. El profesor Díez, recientemente se ha referido a la cuestión, afirmando que doctrina y jurisprudencia se han inclinado por la interpretación de que únicamente se han flexibilizado las exigencias formales de validez de la partición –debiendo diferenciarse en consecuencia, de manera precisa, los conceptos particionales y dispositivos-, sin que la recientemente añadida expresión “otras disposiciones particionales” del artículo 1056.1CC haya supuesto una verdadera excepción a la regla general prohibitiva a los pactos sucesorios en nuestro Derecho [DÍEZ SOTO, C. M., “La partición realizada por el propio testador en el Código civil”, en BLASCO GASCÓ, F. et al. Coords., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 886]. Vid. también, p. ej., desde un prisma más antiguo



Se ha sostenido que esta prohibición de los pactos sucesorios “aumenta la dificultad que encierra nuestro ordenamiento de poder establecer pactos o contratos que aseguren la conservación y continuidad de la empresa familiar y que puedan tener una trascendencia sucesoria”¹⁰³⁷, por lo cual sería deseable una “dulcificación”¹⁰³⁸ de este régimen con el fin de “conseguir un estatuto similar al de algunos ordenamientos forales”¹⁰³⁹, dado que a su vez limita el papel que podría desempeñar el protocolo familiar¹⁰⁴⁰.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La partición hecha por el propio testador”, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1970, p. 225: El artículo 1056 se considera “...una excepción al principio de los pactos sucesorios, no a los dispositivos, sino a los particionales; la intervención del causante es... necesaria, pues en otros caso, hecha solamente por los herederos sería un pacto «de hereditate tercii», sobre una herencia no abierta, que sería nulo.”

¹⁰³⁷ FERNÁNDEZ GIMENO, J.P. “Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar”, BLASCO GASCÓ, F. et al. Coords. *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1058.

¹⁰³⁸ FERNÁNDEZ GIMENO, J.P., *Ibidem*.

¹⁰³⁹ FERNÁNDEZ GIMENO, J.P., *Ibidem*. En este caso también incide sobre la idea el profesor Luna Serrano: “En este contexto de conservación de la empresa familiar no han faltado autorizadas voces de juristas prestigiosos que, en nuestro país y en otros de nuestro entorno cultural, han sugerido la introducción en el ordenamiento acogido en el Código de la vetada figura del pacto sucesorio. Aunque no es sencilla, dada nuestra tradición y el sentimiento de libertad que hoy prima en todos los ámbitos, la opción de perseguir la conservación de la empresa familiar a través del contrato sucesorio que ni siquiera parece ser en la actualidad institución muy aprovechada por los sujetos a los ordenamientos territoriales que la admiten-... Es cierto que en los llamados protocolos familiares... se propende hacia fórmulas más factibles por menos apremiantes, como es la sindicación de acciones, pero que no se apele en ellos a la sucesión contractual no quiere decir que en algún dado supuesto práctico pueda ser una figura de utilidad.” [LUNA SERRANO, A. “Unas breves reflexiones para una reforma del derechos sucesorio en el contexto de la actual realidad social”, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al. *Dir. y MONJE BALMASEDA, O. Coord., El patrimonio sucesorio, reflexiones...op. cit., p. 8*].

¹⁰⁴⁰ FERNÁNDEZ GIMENO, J.P. “Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1082: El autor alude a la conveniencia de dichos pactos para facilitar la transmisión de la empresa familiar, proponiendo como solución de *lege ferenda* su permisión, o bien, por la vía de que su reflejo tenga lugar a través de un protocolo familiar [cfr. también con la opinión de Batalla, que dice echar de menos en estos casos la sucesión paccionada en el derecho común]. Sánchez Crespo también ha venido a concluir que “...si esos pactos tienen solo carácter particional (y no dispositivo) son admitidos con carácter excepcional por los artículos 1.271 y 1.056 del Código Civil. Ambos preceptos han sido modificados por la ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa que ha venido a flexibilizar y mejorar la situación anterior en aquellos supuestos en los que se trate de evitar la fragmentación de la empresa para mantenerla unida en la siguiente generación.” [SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., *El protocolo familiar. Una preparación práctica a su preparación y ejecución*. Ed. Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, p.108.]. Jou i Mirabent [JOU I MIRABENT, LL., “Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar.”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords. *El patrimonio empresarial, familiar... op. cit. pp. 362-363*] y González Bou [GONZÁLEZ BOU, E., “Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa”, en GARRIDO MELERO, M y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords. *El patrimonio empresarial, profesional... op. cit., p. 745*.] también se han decantado por la solución de los pactos sucesorios como fenómeno que contribuiría a una mejor sucesión en el negocio de familia. No obstante, la alternativa del protocolo familiar no se presenta como la mejor, en cuyo abundante repertorio de cláusulas cabe la posibilidad de que se establezca como premisa característica y caracterizadora de la cultura empresarial, una típica a la par que poco válida, previsión del fenómeno sucesorio, puesto que el contenido de dicho documento puede ser de variada naturaleza, pero en multitud de ocasiones, se opera en un terreno de difícil acceso [así lo ha venido a expresar GOMÁ LANZÓN, I. “El protocolo familiar”,



Si bien desde la perspectiva del Derecho común se pueden plantear dificultades en orden a establecer la continuación de la dirección empresarial por los descendientes, por suponer una clara contravención, en determinados, de las normas imperativas. No sucede así en los distintos ordenamientos forales, donde el propio sistema civil permite que dicha sucesión se legitime precisamente en base a estos pactos.

Dichos pactos sucesorios, no atienden a una creación artificial de ingeniería legislativa, sino que se sostienen en unos cimientos históricos y socioculturales propios, los cuales, desde siempre, han sido aplicados con espontaneidad y con la seguridad de que quien testa con base a esta forma, no sólo está plenamente legitimado y respaldado por la ley vigente, sino que lo hace con el convencimiento de que esa es la forma perfecta para no abandonar a su suerte el negocio familiar y que dicho modo de proceder es el adecuado para mantener inerte el patrimonio del padre dentro del círculo familiar (no sólo hijos, sino también nietos y sucesivos legitimarios), estando implícito en esta articulación un sentimiento natural de respeto y de motivación, siendo crucial el estímulo de que en un determinado período de tiempo el bien de la familia deberá ser por él dirigido con las responsabilidades inherentes a ello.

b. Jurisprudencia relacionada

La corriente jurisprudencial más vetusta delimita la definición de pactos sucesorio, optando por la permisón de figuras parecidas o intepretando el supuesto de

en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio empresarial, familiar...* op. cit., Ed. Bosch, Barcelona, 2005, T. IV, pp. 669 y 670: "El Protocolo Familiar no es todavía una herramienta en sí misma, sino un documento, una caja de herramientas que compendia distintos instrumentos jurídicos, cada uno de los cuales sirve para una cosa determinada y tiene su propia eficacia...", "Es un documento jurídicamente incompleto...algunos de sus aspectos tienen que ser desarrollados a través de otros documentos como el testamento o las capitulaciones matrimoniales..."]. Este documento protocolario ha sido valorado con prudencia, pero tampoco se ha descartado su utilidad por el colectivo notarial, lo cual ha venido a quedar patente en las *Conclusiones del IX Congreso Notarial Español: Patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación y transmisión* [Conclusión II, referida a los protocolos familiares: "1ª. El Congreso valora positivamente los protocolos familiares como instrumentos útiles, en tanto sean eficaces, para organizar la empresa familiar y para asegurar su conservación y continuidad, siempre que se ajusten a los requisitos de fondo y forma de nuestro ordenamiento jurídico. 2ª. Se considera que el control notarial de legalidad constituye un instrumento fundamental para asegurar su validez y plena eficacia, teniendo en cuenta que los protocolos familiares tienen como complemento indispensable el testamento y los estatutos sociales. Por ello, y por la trascendencia de la fijación, cognoscibilidad y estabilidad de los protocolos familiares, deben éstos formalizarse en escritura pública."].



hecho en el sentido favorable al pacto realizado en vida del causante, acotando los casos en los que se han permitido y aquellos en las que se prohíbe, a saber:

- a) Aquellos casos en los que el contrato *inter vivos* debe ser validado en cuanto no está referido a una herencia futura o a una universalidad de bienes, sino a bienes concretos y determinados.
- b) A sensu contrario, nos encontramos con las sentencias que resuelven sobre pactos sucesorios proscritos, identificándolos como aquellos en los que sí se descubre la presencia de pactos *inter vivos* por referirse a la herencia en su totalidad.
- c) En un número significativo de resoluciones, por otra parte, se señala la dicotomía del hecho irrevocable/revocable, y en repetidas ocasiones se aprecia, cómo la jurisprudencia niega que este tipo de pactos haya de vincular al testador, considerando que debe primar su voluntad y predisposición última de decidir y subsanar en documento testamentario aquello a lo que inicialmente se comprometió en un acuerdo bilateral.

El Tribunal Supremo se pronunciado representativamente en las resoluciones expresadas, tales como:

STS de 6 de marzo de 1945 (TOL 4.458.318), siendo Ponente José Castán Vázquez:

Considerando Segundo: "...la facultad que concede el artículo 1056 CC no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división realizada, y que no obsta la validez de la partición el haber sido hecha en documento privado cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre y no perjudica la legítima de los herederos forzosos..." añadiendo que "habrá de entenderse que el acto de distribución no solemne (partición) recibe su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)"

STS de 29 de octubre de 1960 (TOL 4.339.371), siendo Ponente Diego De la Cruz Díaz:

Considerando Segundo: "Considerando proscritos con carácter general los pactos sucesorios por el art. 1271 CC, ha de atenderse a la excepción que el propio precepto establece relativa a la partición de bienes, en el sentido de autorizar al testador para realizar entre vivos la partición de un caudal, por la que conforme al art. 1056 ha de pasarse en cuanto no perjudique a los herederos forzosos, pero sin que tal autorización pueda entenderse concedida sino cuando la partición se halla respaldada con una disposición testamentaria con la que ha de tener perfecta adecuación, y a la que, por de ella derivar y traer causa ha de supeditarse, ya que al no ser la partición sino la ejecución o puesta en



práctica de lo que en testamento dispuesto, necesariamente ha de estar sometida a la vigencia de éste”.

Por lo demás, la jurisprudencia ha establecido desde antiguo y a lo largo de los siglos XIX y XX una definición dogmática de los pactos sucesorios en Derecho común mencionada en las líneas precedentes que ha quedado plasmada en resoluciones como las SSTS de 7 de mayo de 1896 (R. Ar. 62), 14 de mayo de 1898 (R. Ar. 58), STS 12 de noviembre de 1898 (R. Ar. 67), STS 3 de junio de 1902 (R. Ar. 195), STS 4 de mayo de 1910 (R. Ar. 2), STS 17 de febrero de 1914 (R. Ar. 81), STS 16 de junio de 1915 (R. Ar. 117), STS 8 de octubre de 1915 (R. Ar. 28), STS 6 marzo de 1917 (R. Ar. 109), STS 11 de diciembre de 1924 (R. Ar. 135) , STS 24 de mayo de 1926 (R. Ar. 35) , STS 26 de octubre de 1926 (R. Ar. 67) STS 23 de marzo de 1927 (R. Ar. 78) , STS 30 de junio de 1930 (R. Ar. 87) , STS 18 de mayo de 1932 (R. Ar. 1052) , STS 4 de junio de 1934 (R. Ar. 1087 BIS), STS 16 de noviembre de 1932 (R. Ar.), STS 16 de mayo de 1940 (R. Ar.16 BIS), STS 9 de julio de 1940 (R. Ar. 691), STS 6 de marzo de 1945 (R. Ar. 272) , STS 25 de abril de 1951 (R. Ar. 1615), STS 28 de mayo de 1958 (R. Ar. 2716), STS 12 de junio de 1956 (R. Ar. 2482), STS 16 de marzo de 1956 (R. Ar. 1914) , STS 21 de abril de 1958 (R. Ar. 1489), STS 24 de enero de 1957 (R. Ar. 366) ,STS 28 de junio de 1961 (R. Ar. 2748), STS 14 de diciembre de 1963 (R. Ar. 5244), STS de 3 de marzo de 1964 (R. Ar. 1254), STS 16 de febrero de 1967 (R. Ar. 733) , STS 24 de junio de 1974 (R. Ar. 2694), STS 14 de marzo de 1974 (R. Ar. 3218),STS 5 de abril de 1974 (R. Ar. 1516), STS 5 de junio de 1985 (R. Ar. 3095), STS 5 de octubre de 1990 (R. Ar. 7471), STS 22 de julio de 1997 (R. Ar. 5807) .

En base a dicho bosquejo y analizado su contenido, resulta concluyente, -del mismo modo que se ha pronunciado la mayor parte de la doctrina- que nadie puede partir sus bienes sin un testamento que lo respalde. Por ello no se puede establecer este precepto como un exponente indiscutible de la permisión de este tipo de pactos. El significado del 1056.1 CC también quiebra en este caso: si la disposición contractual debe tener cobertura por una disposición testamentaria no tiene sentido pretender que dicho artículo sea representante de la permisión de la sucesión contractual en nuestro sistema civil. Así, en mayor o menor medida atenuadas, el sentir mayoritario de la doctrina se ha inclinado por la interdicción de la partición *inter vivos*, como sustitutiva



del testamento¹⁰⁴¹; dado que si existe partición, deberá reputarse como una donación, con las características de irrevocabilidad que le son propias.

Pues bien, la expresión *inter vivos* de este primer párrafo, exponente del contenido particional de la norma, ha sido considerada expresión desafortunada o carente de su auténtico significado, puesto que “en definitiva, lo que ha acontecido al legislador al tratar de expresar las dos formas en que la partición puede ordenarse por el testador, es que ha incurrido en un simple error de expresión o en una simple imprecisión técnica,..., queriendo decir con actos *inter vivos*, actos no testamentarios; como si dijéramos *mortis causa* en el fondo, pero *inter vivos* en la forma”¹⁰⁴². Y de la misma manera se ha defendido esta tesis al sostener que “al decir acto entre vivos el Código quiere referirse a disposición consignada sin guardar ninguna de las formas del testamento, y distinta en consecuencia del testamento que ha de adoptar una de ellas. Aún en el supuesto que el testador recabe la conformidad de los herederos sobre su

¹⁰⁴¹ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Aspectos de la regulación de la sucesión en el Código Civil que favorecen la continuidad de la «explotación agrícola»”, *Propiedad, herencia y división...* op. cit., p. 120: “...cuando el párrafo primero se refiere al testador, está aludiendo a una partición que, aunque se lleve a cabo por actos entre vivos, ha de estar basada en un testamento, mientras que en el párrafo segundo se limita a hablar del *padre*; entonces podría pensarse que éste puede llevar a cabo la partición sin necesidad de basarla o apoyarla en testamento. Pero esto no es posible...”. Vallet de Goytisolo, con la formulación de una suerte de teoría con encaje en la letra del artículo, entendió que “...la distribución de bienes entre vivos...cae fuera del ámbito del artículo 1056, pero ello no implica que no sea posible distribuir totalmente el caudal presente de una persona mediante donaciones entre vivos declaradas no colacionables, admitiendo a continuación que si bien en estos supuestos no hay verdadera división de la herencia, sino sólo distribución entre vivos del caudal actual del donante realizada a través de actos *inter vivos*, o bien por una serie de donaciones *mortis causa* que agotan la herencia, al dejarla previamente distribuida, y que ninguna de estas atribuciones implica la atribución de herederos a los donatarios”. [VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Comentarios al artículo 1056 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. Coord., *Comentarios al Código Civil*, op. cit., p. 126.]. Marín Lázaro, pese a los argumentos del Tribunal Supremo, sostuvo, apoyándose en la doctrina general, que la partición *inter vivos* tenía un carácter mixto, teniendo la naturaleza de donación, y en consecuencia, el atributo de la irrevocabilidad. [MARÍN LÁZARO, R., “La partición de la herencia hecha por actos *inter vivos*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.*, 1944, núm. 176, p. 237.]. Sánchez Aristi, tras referirse a la utilidad del pacto sucesorio en la explotación agraria, adujo que la cuestión no siempre ha sido pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, habiéndose sostenido la irrevocabilidad de la disposición de bienes mediante una partición entre vivos y no apoyada en disposiciones particionales anteriores o posteriores, sino en las que se derivan de las reglas de la sucesión intestada”. Tomando como referente de esta tesis la STS DE 3 DE JUNIO DE 1903 (R. Ar. 174), concretamente su Considerando Tercero: “una mera partición hecha entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un *ab intestato*, en ningún caso puede producir la menor coartación en la libre facultad de aquél para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición...”, el autor sigue exponiendo que “es cierto que de esta sentencia puede obtenerse que es conforme a la ley que una partición entre vivos se realice no necesariamente con base en un testamento, sino ateniéndose a las reglas de la sucesión intestada, pero lo que no puede extraerse de ella es el criterio de que semejante partición devenga irrevocable” [SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, Comares, 2003. Granada, p. 64-65].

¹⁰⁴² DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “La partición de la herencia por el propio testador”. *Revista de Derecho Notarial*, 1960, p.175.



disposición particional, esta aquiescencia tiene sólo un sentido de asentimiento moral al proyecto, pero no le da carácter irrevocable ni contenido contractual”¹⁰⁴³.

Además, al hilo de la sentencia del TS anteriormente estudiada, comprobamos cómo la jurisprudencia también se ha mantenido acorde en esta línea de opinión¹⁰⁴⁴, al igual que la mayoría de la doctrina¹⁰⁴⁵.

Por otra parte, la indagación jurisprudencial de este tipo de pactos demuestra que distintas vicisitudes afectan a la calificación de pacto sucesorio en relación con diferentes negocios jurídicos referidos al acto de testar¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴³ ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951, p.339.

¹⁰⁴⁴ STS de 6 de marzo de 1945 (R. Ar. 272). Cdo. 2º: Sexto: “Que si bien el artículo 1056 aludido del Código español admite que el causante pueda realizar la partición de sus bienes de dos modos distintos, por acto inter vivos o por disposición de última voluntad, no se remite, como el Código napoleónico lo hace, en cuanto a la primera de estas modalidades, al régimen específico de las donaciones inter vivos, ni permite entender que ese acto entre vivos a que el texto legal se refiere (y que entronca, más que con la fórmula de los códigos extranjeros, con la de nuestra ley novena, título quince de la Partida sexta anteriormente citada) suponga un puro acto de esta naturaleza, ya en una técnica rigurosa, para discriminar los actos inter vivos y los actos mortis causa hay que atender a su finalidad y al tiempo que el acto o negocio ha de producir su efecto típico o definitivo, de tal modo que serán negocios mortis causa los destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio o de uno de sus sujetos, y sobre esta base, la división del patrimonio es fundamentalmente un acto mortis causa, que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio artículo 1056 de nuestro Código Civil, al poner en todo caso como límite a la eficacia de la partición hecha por el testador el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos, siquiera se permita que este acto mortis causa vaya ligado, por una especie de yuxtaposición de elementos, a una declaración de voluntad emitida dentro del molde propio de los actos inter vivos, sin perder por ello su naturaleza ni dar siquiera al negocio particional el carácter mixto que suelen atribuir a la donación-partición los intérpretes del Código francés y del italiano de 1865 cuando tratando de fijar la fisonomía de esa institución dicen que en ella se descubren los caracteres substanciales de la donación inter vivos estrechísimamente combinados con los propios de la sucesión hereditaria”. En el mismo sentido encontramos las SSTs comentadas de 29 de octubre de 1960 (R. Ar. 3447) y de 28 de mayo de 1965 (R. Ar. 3086).

¹⁰⁴⁵ En este sentido, vid. Huerta Trólez: “La norma no contempla un supuesto de sucesión contractual... Su alcance es meramente particional, no dispositivo y la propia remisión al art. 1056 demuestra que esa partición convencional, con intervención del dueño del caudal hereditario o sin ella, es ineficaz si no se ajusta a las cláusulas testamentarias de carácter dispositivo” [HUERTA TRÓLEZ, A., op. cit., p.121], Rueda Esteban, donde el autor recuerda la doctrina y jurisprudencia: “...lo menciono como respuesta a las voces que intentan sugerir que con la reforma se abre una puerta a una forma de sucesión contractual...” [RUEDA ESTEBAN, L., op.cit., p 214], y Egea Fernández: “...aunque la referencia que el art. 1271 hace al 1056 CC se pudiera justificar para que se entendiera que se está refiriendo a una partición mutuamente acordada, a efectos prácticos, se comprueba que no hay casi diferencias entre la partición que el testador hace en un testamento o acto de última voluntad y la que realiza por acto inter vivos, ya que el causante siempre la puede cambiar...la partición inter vivos ...no es un contrato sucesorio, sino un simple acto particional que se sustenta en un acuerdo de voluntades que no puede alterar la naturaleza revocable del testamento, anterior, simultáneo o posterior, al cual necesariamente debe estar vinculado. Eso no quita que la partición hecha por el mismo testador sea un buen instrumento para evitar alguna de las tensiones y también los litigios que suelen surgir entre los familiares llamados a la herencia, en la medida en que evita que entren en una situación de comunidad y...encarrilar la continuidad de la empresa, sin tener, sin embargo, la garantía de irrevocabilidad propia de la sucesión contractual.” [EGEA FERNÁNDEZ, J. “Protocolo familiar y pactos sucesorios”. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2007, p. 18 y 19 <www.indret.com> (Consulta: junio de 2014)].



Por citar algunos ejemplos de sentencias actuales relacionadas, encontramos la STS 570/2003 de 11 de junio de 2003 (TOL 276.104), con ponencia de Antonio Gullón Ballesteros, donde en su Fundamento de Derecho Cuarto se descartó -ante la petición de nulidad de partición de herencia por uno de los herederos, por falta de participación del cónyuge viudo- la atribución de pacto sucesorio a una disposición *inter vivos* en los bienes de la sociedad ganancial entre cónyuges, sin que la renuncia a los derechos de la sociedad conyugal pudiera suponer una sucesión paccionada:

CUARTO.- El motivo tercero, al amparo del art. 1.692.4º L.E.Civ., acusa infracción de los siguientes preceptos: art. 33 Constitución; arts. 667, 668 y 823 Cód. civ; arts. 1.056, párrafo 1º y 1.271, párrafo 2º, del Código civil. Asimismo, de la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos, recogida en las sentencias que cita. La fundamentación del motivo se sustenta en que en la partición cuya eficacia se impugna comprendía bienes de Dª Raquel, que con arreglo a la interpretación que da la Audiencia a su presencia en ella, significa disponer de ellos anticipadamente a su muerte, quedando vinculada por lo acordado en dicho acto; se estaría ante un contrato entre causante y herederos en orden al reparto de su caudal hereditario, contra lo que la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado (sentencias de 13 de junio de 1.903, 6 de marzo de 1.945, 28 de mayo de 1.965 y 29 de octubre de 1.960).

El motivo está construido sobre un error de planteamiento fáctico, porque Dª Raquel no dio su aceptación a un reparto hereditario de bienes suyos concretos y determinados, sino a que el patrimonio ganancial de ella y su esposo se repartiese como herencia del mismo, es decir, renunció a sus derechos en la sociedad conyugal extinta y cuota viudal usufructuaria, conformándose con la adjudicación de los dos bienes que se le hizo. Esa renuncia, basada en los actos concluyentes que se expusieron al examinar el motivo primero, no equivale en modo alguno a una disposición anticipada post mortem de bienes de su propiedad, sino que es un acto de disposición sobre ellos *inter vivos*, de naturaleza abdicativa.

Del mismo modo, recientemente en materia de pactos sucesorios, en sentido desestimatorio se articula la STS 461/2011 de 16 de junio (CJ 98655/2011), cuyo Ponente, Xavier O'Callaghan Muñoz, se refirió en su Fundamento de Derecho Segundo a que no podía calificarse de pacto sucesorio aquella disposición contractual efectuada tras el fallecimiento del causante después de haberse impugnado por los herederos un documento privado que distribuía su herencia:

Una vez fallecida doña Amparo, se celebra un negocio jurídico sobre su herencia que implica la aceptación de la misma conforme al artículo 1000, número 1º, del Código civil. Más tarde se anula aquel testamento que había otorgado, por causa de incapacidad mental y doña Penélope, aceptante tácita de su herencia, es declarada heredera *ab intestato*, con efecto retroactivo a la muerte de doña Amparo.

¹⁰⁴⁶ La búsqueda de criterios jurisprudenciales sobre pactos sucesorios en la base de datos *Tirant on Line* con los criterios de basados en el término “pactos sucesorios” arroja la cantidad de 514 documentos encontrados, de los cuales, sólo uno se encuadra en el siglo XXI. En la base de datos *La Ley-Wolters Kluwer*, con los mismos criterios de búsqueda, encontramos 60 resoluciones del Alto Tribunal, con 4 sentencias ubicadas en el siglo XXI.



Por ello, se rechazan los dos primeros motivos del recurso de casación. No se ha infringido el artículo 1271 del Código civil y no se ha infringido ninguno de los artículos con los que se pone en relación esta norma, por la razón de que la nulidad del testamento de la causante Doña Amparo y la declaración de heredera de doña Penélope son actos declarativos, no constitutivos de su derecho a la herencia y tienen efecto retroactivo que, con la aceptación por mor del artículo 1100 .1º se remonta a la muerte de la causante.

La STS 294/2011 de 15 de abril (CJ 37940/2001) se pronunciaría del mismo modo en un supuesto similar, también en su Fundamento de Derecho Quinto, donde, tras discutir sobre la validez de un contrato de cesión de herencia (según la sentencia “todo se reduce a la cuestión jurídica de la validez de aquel negocio jurídico en que D^a Milagrosa hace cesión parcial de su derecho a la herencia, cuando había fallecido la causante D^a Adelina y ella todavía no había sido declarada heredera hasta más tarde, tras haberse anulado el testamento de esta última.”), Xavier O’Callaghan volvió a basar su tesis en el mismo motivo:

Como primera aseveración hay que recordar que una herencia deja de ser futura cuando se ha producido la muerte del causante; habrá otras cuestiones, pero no es futura. El discutido negocio jurídico de 31 de julio de 1985 es cesión del derecho a la herencia. No admitiéndose la transmisión del ius delationis, pero sí la disposición de la herencia una vez adquirida, no futura, el acto de ceder implica aceptación, por más que medien procesos, como la declaración de nulidad de un testamento que de no haber sido declarado nulo, no hubiera sido posible aquella aceptación. Y lo mismo cabe decir de los presupuestos objetivo y subjetivo que exige el artículo 991 (que se cita en el recurso) de la certeza de la apertura de la sucesión y del derecho a herencia. Por más que fuera posterior en el tiempo, quedaron acreditados cuando se declaró la nulidad de un testamento y el carácter de heredera de doña Milagrosa, siendo válida aquella cesión como aceptación, con efecto retroactivo a la muerte de la causante, sin que pueda hablarse de herencia futura.

Ni siquiera el concepto de pacto sucesorio se incardina en los supuestos de hecho enjuiciados, por lo que en la creencia de que al demandante le asiste un derecho se fracasa en las dichas pretensiones.

Por otra parte, través del cual ha sido posible analizar pormenorizadamente la figura del heredamiento sobre sus rasgos característicos; se observa una posición incuestionable referida a la concepción jurídica de los Magistrados del Alto Tribunal a lo largo de todo un siglo de dictámenes judiciales, concepción que se manifiesta de manera invariable, firme y constante en el enjuiciamiento y la resolución relativa a la figura foral, tantas veces reseñada.

El heredamiento en todos los casos se gesta en el documento notarial de capitulaciones matrimoniales y nace a resguardo de cualquier eventual reconsideración y de cambios de parecer, así como de opiniones posteriores tomadas por su



engendrados, que vincula a sus partes suscriptoras y de donde le es asignada su principal característica, que es la de irrevocabilidad.

Se podría postular que quedan perfectamente descritos los parámetros que nos muestran las señas de identidad definitorias del elemento objeto de nuestro estudio, las cuales se podrían resumir en que al heredamiento se le atribuye una doble o mixta naturaleza: de donación *inter vivos* y de institución *mortis causa* hereditaria y testamentaria, con eficacia ulterior al fallecimiento del causante.

En virtud de su idiosincrasia contractual, queda clara una de sus principales características: su irrevocabilidad. El heredamiento es una variante de los estudiados pactos sucesorios y en determinados supuestos se estima como válida la revocabilidad del heredamiento si se suprimen, pero se mejoran las condiciones del heredamiento inicial, si intervienen las mismas personas que los otorgaron en esta modificación, si existiera el llamado mutuo disenso entre las partes que otorgaron el heredamiento, pero nunca por acto unilateral y siempre que esta posibilidad de eventual revocación se haya pactado expresamente.

Queda asentada entonces, a la luz de lo estudiado precedentemente, la definición del heredamiento como autorizado pacto sucesorio, pacto sucesorio cuyo contenido demuestra una posible inclusión dentro del llamado protocolo familiar, siempre en el caso de que el mismo deba desplegar sus efectos en determinados territorios forales.

c. Modificación del artículo 1056.1 CC. ¿un intento vano de recuperar el pacto sucesorio?

En virtud de lo anteriormente expresado es posible que la relevancia del artículo y su excepcionalidad, no resida tanto en considerarlo como una excepción sobre la prohibición de establecimiento de los pactos sobre la herencia futura, como considerarlo una norma que permita que la legítima sea otorgada en metálico al resto de adjudicatarios, considerándola por lo tanto, como una *pars valoris bonorum*, intentando avanzar una vez más hacia una norma evolucionada que pone en práctica el intento casi vano de mermar la intangibilidad legitimaria y la pretensión de la ampliación de la



libertad de testar, procurando un remedio para la transmisión intergeneracional de la empresa, sin trabas legales en forma de cuota reservada.

A la vista de este desarrollo, la pregunta que cabría formular, es la de por qué motivo el párrafo primero del art. 1056 CC no ha sido modificado, al igual que su homólogo segundo, puesto que razones no han faltado para ello, en virtud de la necesaria transmisibilidad de la empresa familiar, que hace que deba cambiar la interpretación de su tenor literal, debiéndose encauzar la prohibición de los pactos sucesorios hacia regulaciones más permisivas en favor de las mencionadas explotaciones familiares. Por otra parte, entender que el art. 1056.2 CC, pese a su modificación, no respeta el espíritu excepcional que le procura el art. 1271 CC, desmerecería en su totalidad la utilidad de la norma, afirmación que parece demasiado arriesgado sostener, habida cuenta de las opciones que facilita al causante que deja el negocio a sus descendientes.

No obstante, no podemos dejar de recordar lo infructuoso de algunos intentos de rescatar en nuestro ordenamiento la regulación del pacto sucesorio –junto a otros instrumentos propios de los ordenamiento forales - concretamente en la Ley 49/1981 de 24 de diciembre del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, que por inutilización, fue derogada expresamente por ley posterior. Si a este desuso, le unimos el carácter particional y no dispositivo de la excepcionalidad de pacto sucesorio, no podemos dejar de interpretar esta situación como de “vaivén jurídico” que no aporta las garantías que podría haber aportado una reforma más intensa y concienzuda en sede de legítimas.

3.9 La trayectoria normativa europea en materia de transmisión de empresas familiares

La preocupación por la transmisión de la empresa familiar en el ámbito europeo se ha mostrado significativa en las dos últimas décadas¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁷ La Comisión tomó conciencia del problema de la transmisión de PYMES en el año 1989, convocando y organizando un *Simposio sobre transmisión de empresas* los días 29 y 30 de enero de 1993, en el que se trató de abordar por un extenso elenco de profesionales en el sector (abogados, consultores...) como cuestión jurídica específica -tratada como una de las Conclusiones del simposio- la modificación de leyes “...para garantizar la continuidad del funcionamiento de la empresa desde el momento en que se abre el procedimiento de sucesión, incluso en aquellos casos en que para ello, hay que entrar en conflicto con el



El ejemplo lo tenemos en las constantes alusiones de la Comisión Europea, y del fenómeno desencadenado por el temor en el cambio de propietario en la empresa al fallecimiento de su titular, habida cuenta de las graves consecuencias económicas para propietarios, empleados y acreedores que se podrían originar si en una PYME aconteciera el momento de la transmisión y de su liquidación de manera malograda.

3.9.1 Comunicación 94/C 204/01 de la Comisión, de 23 de julio de 1994, sobre la Transmisión de Empresas: Acciones en favor de las PYME

Uno de los acontecimientos desencadenantes fue la crisis de principios de la década de los noventa, lo que motivó una actitud de la Comisión tendente al reconocimiento y protección de la importancia de las pequeñas y medianas empresas¹⁰⁴⁸, y sobre todo, a la necesidad de la planificación del fenómeno sucesorio en las mismas¹⁰⁴⁹.

En este sentido, se aportaron soluciones de tipo fiscal –siempre presentes- de evitación de doble imposición internacional y de modificación del Derecho de sociedades, entre otras muchas; pero en lo que nosotros resulta trascendente, se planteó como problema a solucionar, la situación del coheredero que no tuviera la solvencia económica necesaria para compensar en metálico al resto; en cuyo caso, la empresa debería liquidarse¹⁰⁵⁰. Aparte de los arreglos presentados en forma de la propuesta de los herederos sobre el futuro de la empresa por mayoría cualificada, se llegó a plantear

testamento.”. Antes, encontramos Decisiones del Consejo Europeo de tipo más genérico, relativas a la mejora empresarial y apoyo al desarrollo, y de apoyo a PYMES para garantizar la continuidad y consolidación de la política empresarial en la Comunidad [Decisiones de 28 de julio de 1989 (89/490/CEE) y otra posterior, de 14 de junio de 1993 (93/379/CEE)].

¹⁰⁴⁸ Según la Comunicación de la Comisión de 23 de julio de 1994 (94/C 204/01), “...el pilar sobre el que reposa la economía de los Doce...” [p. C 204/2].

¹⁰⁴⁹ Comunicación de la Comisión de 23 de julio de 1994 (94/C 204/01): “...cerca de un 10% de las quiebras de empresas tienen su origen en una sucesión mal gestionada, que pone en peligro, como mínimo a 30.000 empresas y 300.000 empleos todos los años. Se puede observar, en este sentido, que empresas sanas y competitivas deben cesar en su actividad, porque no han podido superar los numerosos problemas que plantea el paso de una generación a otra.”.

¹⁰⁵⁰ Solución que hemos visto aplicada en nuestro ordenamiento ex art. 1061.2 del Código civil, identificada como la igualdad entre herederos llevada a su extremo.



en la Comunicación, el pago escalonado de la compensación en varios años para garantizar la continuidad de la empresa¹⁰⁵¹.

3.9.2 Recomendación 94/1069/CE de la Comisión, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas

A raíz de la anterior Comunicación, la presente Recomendación pretendió incidir en el aspecto sucesorio, considerado de suma importancia, tomando consciencia de la necesidad de la modificación en el Derecho de los Estados miembros y reconociendo como escollo fundamental la financiación de “...las compensaciones a los coherederos salientes y que debería disponerse de instrumentos de financiación adecuados en todos los Estados miembros.”¹⁰⁵².

Este cuerpo normativo volvió a incluir en su articulado el principio de continuidad de la sociedad, basado en el principio de compensación de los herederos y de un pago escalonado en pos de la continuidad de la empresa¹⁰⁵³, por eso debería ser conveniente la organización en vida de la transmisión a los terceros.

Podemos comprobar cómo la práctica de convertir la empresa a su valor tangible con el objeto de conseguir un correcto resarcimiento de los distintos sucesores a cambio de su supervivencia, consistía en la apuesta constante de la Comisión (solución por otra parte, ya existente las legislaciones estatales). Ante esta circunstancia podía preverse que esta normativa no iba sino, a enriquecer y a animar las nuevas alternativas en sucesión empresarial, instrumentadas por la vía del pago en metálico entre herederos.

¹⁰⁵¹ Visto en Comunicación de la Comisión de 23 de julio de 1994 (94/C 204/07), de manera parecida al aplazamiento estipulado en el artículo 1056.2 desde su reforma, en el año 2003.

¹⁰⁵² Recomendación de la Comisión, de 7 de diciembre de 1994 (94/1069/CE), L 385/14.

¹⁰⁵³ Cobra relevancia en este sentido el artículo 5 de la Recomendación 94/1069, en los apartados a), c) y d) de su artículo 5: “Es conveniente garantizar la continuidad de las sociedades de personas y de las empresas individuales en caso de fallecimiento de uno de los socios o del empresario. Con este fin se invita a los Estados miembros a: a) prever el principio de continuidad de la sociedad de personas en caso de fallecimiento de uno de los socios, permitiendo a los demás socios decidir acerca de la continuidad de la sociedad con la participación de los herederos del socio fallecido o sin ella, en su caso mediante el reembolso de la participación del socio fallecido,...c) velar por que, en caso de fallecimiento de uno de los socios de una sociedad de personas o de un empresario individual, el Derecho de familia, el Derecho de sucesiones y en particular, el principio de unanimidad para las decisiones que se tomen en el marco de la indivisión no pongan en peligro la continuidad de la empresa, d) velar por que el reembolso de la parte del fallecido...así como el pago de la compensación a los herederos minoritarios...no pongan en peligro la supervivencia de la empresa. Con este fin, debería preverse que, en caso de que las partes opten por un pago escalonado...”



3.9.3 Comunicación 98/C 93/02 de la Comisión, de 28 de marzo de 1998, sobre la transmisión de las pequeñas y las medianas empresas

En esta Comunicación se explicitaron medidas mucho más concretas, entre ellas, jurídicas, en las que primaron las de Derecho civil, esta vez tomando como criterio rector el denominado *principio jurídico de continuidad*, dimanante de la Recomendación de 1994.

Además, en el marco de la fatal repercusión social derivada de la liquidación empresarial, fruto de no haber preparado correctamente la sucesión -que en todo momento actuó como telón de fondo en la redacción de las normas europeas- entró en escena el también denominado *derecho de tanteo* de un heredero respecto al resto¹⁰⁵⁴.

La reseña referida a la utilización del protocolo familiar volvía a estar presente¹⁰⁵⁵, así como la de los pactos sucesorios¹⁰⁵⁶; incluyendo otras medidas fiscales, y también las de transformación de la empresa para su posterior transmisión, que garantizaran la supervivencia del activo empresarial.

Además, en la Comunicación se apreciaba un fin tutelar y preventivo de apoyo al empresario, que debería ser el máximo responsable en organizar el traspaso hacia generaciones venideras¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁴ Este derecho de tanteo deberá actuar ante la "...debilidad intrínseca cuando hay que resistir a las tensiones que, a menudo, surgen con motivo de la transmisión. Este caso se da especialmente cuando varios herederos reclaman su parte de la empresa y exigen el pago al contado. A consecuencia de ello, la sociedad personalista, por lo general, se disuelve y la empresa cierra sus puertas, lo que supone una pérdida de actividad económica y de puestos de trabajo. Para proteger las sociedades personalistas y evitar que se disuelvan cuando hay herederos que tienen intereses contradictorios, algunos Estados miembros han introducido un derecho de tanteo u otra forma de adjudicación preferente de las partes de una empresa a uno de los herederos cuando éste trabaja en la empresa, con la obligación de compensar a los demás herederos" [Comunicación 98/C 93/02 de la Comisión, de 28 de marzo de 1998, sobre la transmisión de las pequeñas y las medianas empresas, p. C 93/5].

¹⁰⁵⁵ Comunicación 98/C 93/02 de la Comisión, de 28 de marzo de 1998, sobre la transmisión de las pequeñas y las medianas empresas: "Sobre todo en el caso de las empresas familiares se pueden utilizar estos acuerdos para preservar determinado número de normas de gestión de una generación a otra. Ya se emplean en alguna medida en Francia y en España con el fin de paliar las consecuencias de la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión", Ibidem.

¹⁰⁵⁶ Comunicación 98/C 93/02 de la Comisión, de 28 de marzo de 1998, sobre la transmisión de las pequeñas y las medianas empresas: "No obstante, está claro que estos acuerdos seguirán siendo una solución relativamente insatisfactoria en relación con los pactos de sucesión admitidos en la mayoría de los Estados miembros. Los Estados miembros que prohíben los pactos sobre la futura sucesión (Italia, Francia, Bélgica, España y Luxemburgo) deberían pensar en la posibilidad de autorizarlos, ya que esta prohibición complica innecesariamente la correcta gestión del patrimonio.", Ibidem.

¹⁰⁵⁷ Comunicación 98/C 93/02 de la Comisión, de 28 de marzo de 1998, sobre la transmisión de las pequeñas y las medianas empresas, p. C 93/10: "Para que la transmisión de la empresa resulte un éxito,



3.9.4 Informe Final del Grupo de expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas. Mayo de 2002

Si la Comunicación referida informó sobre los progresos realizados por los Estados miembros hasta finales de diciembre de 1996, se redactó, del mismo modo, un documento posterior a la misma en la que se efectuó seguimiento de las operaciones de control de implementación de medidas en cada uno de los países de la Unión¹⁰⁵⁸, que consistió en la regulación de medidas jurídicas, fiscales, y de apoyo, traducidas estas últimas en las llamadas “ayudas blandas”¹⁰⁵⁹, basadas en la concienciación de los empresarios, la educación y la formación, asistencia profesional y asesoramiento.

Del mismo modo, en el Informe, encontramos nuevos datos derivados de la aplicación de la Recomendación 1994/1069/CE, desde 1998, realizado sobre 21 parámetros¹⁰⁶⁰, entre los que España se situó en los países de mayor adopción de medidas, concretamente, en un número de seis.

Como se puede apreciar en el siguiente gráfico, los datos del Informe situaron a nuestro país entre los principales ejecutores de las sugerencias de la Recomendación de 1994, aunque se trató principalmente de medidas de reducción de presión fiscal y de

se requiere un seguimiento de apoyo en todas sus fases, ya que el empresario necesita ayuda financiera ...y asesoramiento profesional, antes, durante y después de la transmisión...”, favoreciéndose “...la transmisión de empresas de la misma manera que la creación de empresas...”.

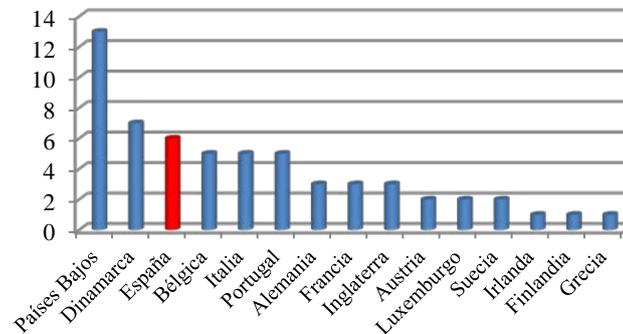
¹⁰⁵⁸ El denominado *Informe Final del grupo de expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas*, emitido por la Comisión Europea en mayo de 2002, dentro de la Dirección General de Empresa.

¹⁰⁵⁹ Informe Final del grupo de expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas, p. 23.

¹⁰⁶⁰ Entendiendo por tales parámetros, los siguientes [Informe Final del grupo de expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas, p.33]: Establecimiento de un número mínimo de socios para la constitución de una sociedad por acciones reducido a uno, el no requerimiento del consejo de vigilancia, la simplificación de los trámites administrativos para establecer una PYME como sociedad anónima, el cambio de forma jurídica codificado, la continuidad de las sociedades de personas como principio jurídico, los contratos de sociedad prevalecerán sobre el testamento, la no necesidad de decisiones de los herederos por unanimidad, la transmisión de los activos de la empresa *in toto*, la permisión de la transmisión de la empresa entre cónyuges, la deducción fiscal para la transmisión entre cónyuges, la valoración de la empresa a efectos fiscales, que se hará algún tiempo después del fallecimiento, el pago fraccionado del impuesto sobre la plusvalía obtenida por una transmisión, la reducción de los tipos máximos de los impuestos sobre sucesiones, el establecimiento de normas especiales para los impuestos sobre sucesiones y donaciones en las transmisiones de empresas, el pago a plazos sin intereses de los impuestos sobre sucesiones y donaciones, las medidas para facilitar la transmisión a terceros, las reducciones fiscales para los ingresos de la transmisión reinvertidos en otra PYME, las ventajas en caso de jubilación anticipada, las medidas específicas para facilitar la transmisión a los empleados, las facilidades para los empleados en relación con los derechos de timbre y de registro y el establecimiento de normas específicas para la transmisión a una empresa o cooperativa creada por los empleados.

aplicación normativa, relacionada con el derecho de sociedades y con el objeto de facilitar la transmisión a terceros y a empleados:

Aplicación Recomendación 94/1069/CE en el período 1998-2002 sobre 21 parámetros



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Informe del grupo de expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas del año 2002.

En este sentido, en el caso de España, pese a estos buenos resultados, en el apartado concreto, referente a cada situación nacional, se destacó que la dificultad en la transmisión de las empresas, entendida como el área que tenía que ver con los métodos de la gestión en la transmisión, centrando la atención en la dificultad basada en la falta de uniformidad, con origen en los Derechos forales y en el Derecho común, en relación además, con la prohibición de los pactos sucesorios y de la falta de instrumentos, como el protocolo familiar, para cuya permisión se apuntaba como sugerencia la modificación del Código Civil.

Las Conclusiones del Informe constataron una relevancia capital en la transmisión de empresas como el área en la que se debían focalizar las actuaciones de la Comisión, considerando no obstante que el número de dichas transmisiones se realizaría fuera de la familia.

Las recomendaciones efectuadas al final del estudio fueron más de tipo educativo y promotoras de instrumentos de coordinación y de intercambio de



información entre países socios, así como de creación de herramientas de formación, apoyo e investigación sobre aspectos específicos de la transmisión de empresarial¹⁰⁶¹.

3.9.5 Informe Final de la Comisión sobre el Informe del grupo de expertos (MAP 2002). Agosto de 2003¹⁰⁶²

El mencionado informe se realizó por la Comisión en respuesta al Informe del anterior grupo de expertos y se pronunció sobre el denominado *punto clave*, número tres¹⁰⁶³, con expresa referencia a nuestro país, pero en relación con un análisis concreto desde el punto de vista de la incidencia de reducción de la presión fiscal¹⁰⁶⁴ relativa a la consolidación del usufructo del cónyuge viudo en los hijos adquirentes de la empresa.

No obstante, las conclusiones del documento de la Comisión respecto a España, fueron referidas a la por entonces reciente modificación del artículo 1056.2 CC mediante la Ley 7/2003 de 1 de abril¹⁰⁶⁵.

En ella se explicitó la vocación española de facilitar la sucesión de la empresa familiar mediante la asignación a uno sólo de los herederos a cambio de la equivalente compensación en dinero.

¹⁰⁶¹ El Informe de 2003 muestra cómo España ha sido uno de los grandes incumplidores de estas tres medidas concretas.

¹⁰⁶² Encontrada y estudiada la referencia en inglés [*Transfer of businesses –continuity through a new beginning. Final report of the MAP 2002 project. August 2003*].

¹⁰⁶³ Identificado en el Informe como *Key area 3: Special rules for inheritance and gift taxes for bussiness transfers*.

¹⁰⁶⁴ “Spain has modified the law on inheritance and gift taxes to extend the scope of the existing law which provides a 95% reduction in the value of the taxable amount. In the case of transfer of an individual business (sole trader), a professional business (self-employed) or shareholdings in entities by “*mortis causa*” to the spouse, descendants or adoptive children, the reduction is also applicable in the following

cases: -The economic rights deriving from the expiration of the right of usufruct provided that the consolidation of the full title is for the above mentioned persons, or - The outstanding entitlements to be received on termination of the right of usufruct provided that they are given in the form of shares in the above businesses.” [*Transfer of businesses –continuity through a new beginning. Final report of the MAP 2002 project. August 2003*, p. 15].

¹⁰⁶⁵ **Spain:**Spain has further improved its favourable inheritance and gift tax regime and is also preparing a guide for transfers of family-owned SMEs. In addition, it has launched a legislative reform affecting limited liability companies (*Sociedades de Responsabilidad Limitada*). The reform will eliminate some of the legal obstacles for family business succession, including the introduction of the possibility of using treasury stock (*autocartera*), issue of shares without voting rights and measures to facilitate transfers to only one member of the family. Further support measures and awareness-raising measures could be considered [*Transfer of businesses –continuity through a new beginning. Final report of the MAP 2002 project. August 2003*, p. 30].



Sin duda, la modificación en dicha ley estableció un marcado reconocimiento y aceptación del principio jurídico de continuidad, y en consecuencia, se hizo eco de ello en las instituciones europeas.

3.9.6 Armonización de normas europeas en el ámbito global: El Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos y la Comunicación de la Comisión sobre Transmisión de empresas y Continuidad mediante renovación (aplicación del programa comunitario de Lisboa para el crecimiento y el empleo), 14 de marzo de 2006

Si bien no resulta de demasiado interés a nuestro estudio el Libro Verde¹⁰⁶⁶ por tratarse de una norma que aborda exclusivamente la competencia de ley aplicable, reconocimiento y medidas administrativas entre Estados sobre la sucesión, así como los esfuerzos que deben aunar los mismos para poner en práctica medidas de armonización.

No obstante, sí hemos de atender al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre dicho Libro Verde, aprobado el 26 y 27 de octubre de 2005 y publicado el 3 de febrero de 2006. Las observaciones efectuadas por el Comité se centraron lo relevante de establecer una reglamentación comunitaria “...especialmente en lo relativo a la transmisión de las PYME en Europa, con el fin de asegurar su continuidad tras el fallecimiento del empresario”¹⁰⁶⁷.

Dicho Dictamen sugería una actividad de los estados comunitarios orientada a la estrategia de la prevención de la extinción empresarial¹⁰⁶⁸, asumiendo la dificultad que suponía el establecimiento común por los países socios debido a la amalgama de ordenamientos cuya consecución era necesario acometer¹⁰⁶⁹ y cuyo fin común siempre

¹⁰⁶⁶ Libro Verde de Sucesiones y Testamentos presentado por la Comisión Europea en 2005 [Sec (2005) 270].

¹⁰⁶⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre dicho Libro Verde sobre sucesiones y testamentos [2006/C 28/01].

¹⁰⁶⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo... cit., p.2: “2.6. La importancia económica de una reglamentación comunitaria es innegable, especialmente en lo relativo a la transmisión de las PYME en Europa, con el fin de asegurar su continuidad tras el fallecimiento del empresario, asunto que tiene también importancia para el empleo y la competitividad en Europa.”

¹⁰⁶⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo... cit., p.2: “2.8. El Comité, debido a las profundas diferencias entre las legislaciones nacionales actuales, a pesar de determinadas evoluciones recientes y en consideración al número limitado de ratificaciones de los convenios internacionales pertinentes, comparte la opinión de la Comisión en cuanto a la imposibilidad de concebir actualmente un



devenía en la consecución de la pervivencia de la explotación empresarial como integrante fundamental de los sistema económicos nacionales.

Además, cabría resaltar también el paralelismo que guarda el Libro Verde con las reivindicaciones en el ámbito europeo de un sector doctrinal en relación con la utópica armonización del derecho de legítimas en cada uno de los Estados de la Unión¹⁰⁷⁰.

De la Comunicación de la Comisión volvía a desprenderse la importancia de la transmisión empresarial familiar y lo dañino que podía resultar para los territorios el fracaso de estas operaciones sucesorias, pues de los datos recabados se dedujo una inaplicación general de la Recomendación de 1994.

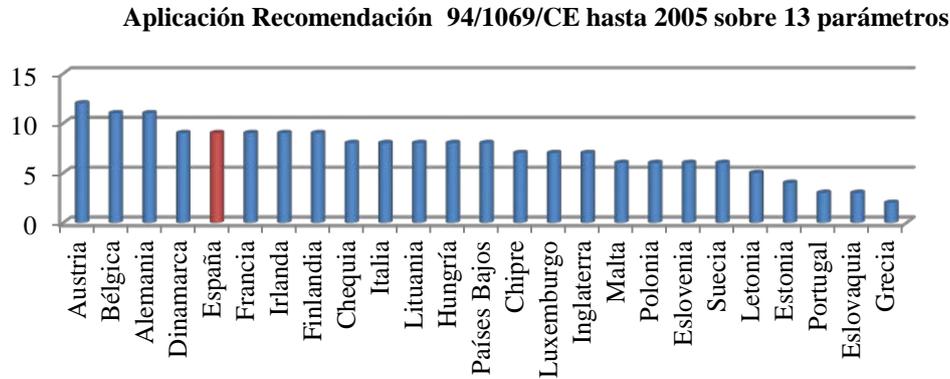
El régimen de reservas es común en casi todos los países de la Unión, en mayor o menor cuantía, pero resulta difícil pensar en una conjunción de criterios en la materia¹⁰⁷¹. Los sistemas legitimarios representan un tipo de legislación madura, arraigada y asumida, no sólo por los poderes que pueden promover un cambio en los mismos, sino por los propios ciudadanos. Tanto es así que, si el cambio no se activa desde los propios países, difícil es que pueda ser elevado a las instancias europeas.

derecho sustantivo uniforme válido en todos los Estados miembros de la Unión en materia de sucesiones y testamentos internacionales...”.

¹⁰⁷⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de sucesiones del Código civil?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2009, núm. 3, pp. 27-28: “No hay tampoco, ahora ni en el horizonte próximo, una exigencia europea. Puede contarse con iniciativas muy específicas que acaso acaben teniendo reflejo en el Código civil. La preocupación por la jurisdicción competente y el Derecho aplicable (Derecho internacional privado) propiciará la comparación entre regulaciones sustantivas. La experiencia de los países europeos de nuestro entorno, incluidas reformas recientes de mayor o menor envergadura, habrán de ser tenidas muy en cuenta en todo proyecto de reforma del Código civil español, pero por sí mismas no parece que hayan de ser causa de iniciativas legislativas españolas.”.

¹⁰⁷¹ VAQUER ha realizado una descripción y enumeración integral de los sistemas legitimarios en cada uno de los países europeos [VAQUER ALOY, A., “Reflexiones...” op. cit.].

En el siguiente gráfico encontramos, a fecha de 2006, el grado de cumplimiento por parte de España de las medidas propuestas en la Recomendación de 1994¹⁰⁷²:



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Comunicación de la Comisión de 2005.

Podemos comprobar que, aunque, en posiciones algo más alejadas de los países de cabeza¹⁰⁷³, España se situó entre los Estados que han implementado un número mayor de medidas derivadas de la Recomendación de 1994.

Existe un centro de atención en las medidas focalizadas en el sistema del abono en metálico y en la asignación a un sucesor único en la empresa a cuya instauración instan la mayoría de normas europeas, que se ha visto reflejado en modificaciones en la legislación de muchos países (a pesar de que muchas de ellas ya existían en los ordenamientos nacionales) y en el avance a la facilitación del fenómeno sucesorio¹⁰⁷⁴, pero parece que ello no viene a suponer más que una serie de medidas que tienden a otorgar una flexibilización insuficiente en los mecanismos sucesorios dentro de las

¹⁰⁷² Entendiendo como tales parámetros, la sensibilización, el entorno financiero, el cambio de situación jurídica, la restructuración fiscal neutra, la simplificación PYME/SA-SL, la constitución de sociedades unipersonales, el principio jurídico de continuidad, la unanimidad no obligatoria entre socios para suceder en el control de la sociedad, la reducción del impuesto de sucesiones, el diferimiento del impuesto de sucesiones, las reducciones fiscales por jubilación por parte del propietario saliente, las reducciones fiscales por reinversiones y por último, las reducciones fiscales por la venta de las partes de la sociedad a los empleados. Este cuadro incluiría los datos del Informe de 2002, al cual se adicionarían los datos de los socios de reciente incorporación. La lectura deberá hacerse en términos relativos, dado el menor tiempo de respuesta para aplicar distintas medidas del que han dispuesto los países recién incorporados.

¹⁰⁷³ Austria, con el cumplimiento de 12 parámetros, seguida de Bélgica y Alemania con 11, España, junto con Francia, Irlanda, Finlandia y Dinamarca, alcanzan el cumplimiento de 9 parámetros.

¹⁰⁷⁴ Buena prueba de ello son las medidas aplicadas por los países, favorecedoras de la transmisión.



organizaciones, sin alcanzar una solución más viable en orden al establecimiento normativo general de medidas más efectivas que incidan sobre la reserva forzosa.

3.10 Conclusiones

- El carácter transversal de las normas relacionadas con la conservación de la empresa y del *quantum* legitimario en el Derecho común, está presente desde la elaboración del primer Código civil, habiéndose demostrado un interés real en la transmisión unitaria intergeneracional, aunque en un contexto diferente y partiendo de una fe que ha legitimado las esperanzas depositadas en el adjudicatario único de la empresa familiar.

- Ante la magnitud de la cuestión se han ofrecido planteamientos que han brindado soluciones a la susodicha transmisión, abordándose, casi siempre desde la perspectiva de reducir la reserva forzosa a su expresión mínima, que deberá corresponder a los legitimarios excluidos del negocio a cambio de la adjudicación en metálico para compensar adecuadamente la entrega de bienes *in natura* al sucesor en la explotación.

- En el respectivo sector agrario - cuya homologación se ha idealizado sin éxito en el ordenamiento jurídico nacional- no ha alcanzado esta tipología normativa ni el pretendido, ni el necesario relieve, que podría haber ofrecido como resultado, preceptos que posibilitaran asignaciones concretas de las correspondientes cuotas legitimarias, los cuales han pretendido seguir la impronta de la norma básica del Código Civil, en relación con la transmisión del patrimonio familiar.

- El camino recorrido por dichas normas de transmisión sucesoria es una demostración de la voluntad del legislador pretérito, basado en el desarrollo -a través de normas sectoriales- de una norma matriz, representada por el artículo 1056.2 CC, que se reproduce en el contexto contemporáneo. La muestra de la involución de este desarrollo puede plasmarse en el decaimiento -debido a una paradójica falta de su uso (ley del Estatuto Familiar de 1982, por ejemplo)- de recursos ya habilitados en el Derecho foral. De este modo, los recursos utilizados en los Derechos forales se han quedado en bien poco, al no ser utilizados teniendo ocasión para ello. Claro está que hablamos de leyes especiales, pero entendemos que ellas deben ser los perfectos indicadores del éxito de la



extrapolación de dichas normas al plano del Derecho común y de la eficacia de sus efectos, proyectados desde su perspectiva más general.

- La traslación de las normas sucesorias habilitadas para el ámbito agrario a la empresa industrial actual, es algo factible, pero el artículo 1056.2 CC tampoco acaba de resultar el remedio definitivo, susceptible de otorgar todas las posibles soluciones, habida cuenta de faltas o defectos relevantes en su planteamiento –incluso en su modificación- en el que la asignación de la cuota legitimaria en metálico, se ha pretendido reducir a la mínima expresión, en favor de los que quedan excluidos de la dirección del negocio, habiéndose asumido finalmente la regulación de la cuota legitimaria, por las normas de Derecho común.

- De este modo, el sistema creado *ad hoc* para la regulación del patrimonio familiar y para la asignación de heredero único, se subsume en el criterio prevalente y clásico de la reserva forzosa, quedando redirigida la cuestión –aunque con vestimenta de la legítima de *pars valoris*- a la solución habitual. La influencia de este denominado principio de *pars valoris* se expande a diferentes normas del ordenamiento jurídico general, útiles para procurar la asunción del mando empresarial por el legitimario designado¹⁰⁷⁵.

- Con la modificación del artículo 1056.2 CC se ha procurado, por una parte, elongar la capacidad de la norma, persiguiendo una óptima transmisión de la empresa familiar, pero se ha mantenido la ticsura original del precepto, en el sentido de que la cuota legitimaria permanece inalterada, con lo cual el trecho avanzado resulta escaso, dado que la posibilidad del abono en metálico era una contingencia ya existente al alcance del testador.

- La referencia del Derecho foral podría tomarse como un punto de partida para la elaboración de normas sucesorias en el ámbito de la empresa, pero el Derecho común debe despojarse de la pretendida rémora ejemplificadora que muchos autores han atribuido a este Derecho foral, y cuya imitación, la mayoría de veces, ha devenido en un

¹⁰⁷⁵ Del decir de autores como Reyes López, se desprende que la utilización combinada de una serie de recursos jurídicos disponibles en el ordenamiento jurídico de Derecho común (donaciones sujetas a condición, establecimiento de pactos sucesorios, transmisión de la empresa en vida del causante, posibilidad de imponer la constitución de una sociedad mercantil mediante el testamento...), pueden favorecer una bien fundada planificación sucesoria en la empresa familiar [REYES LÓPEZ, M.J., “Retomando las ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Coord., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 5481-5495].



remedo institucional sin aplicación práctica. El Derecho común es un buen derecho, que conforma un ordenamiento jurídico con sus carencias, peculiaridades, pero también con sus respectivas posibilidades, autonomía propia y capacidad, con cuya ayuda puede demostrar que el artículo 1056.2 CC -nacido en el siglo XIX- puede tener una mejor norma predecesora - fruto de futuras modificaciones normativas- que la del año 2003.

- Por ello, sin perjuicio de este patrón referencial procedente del Derecho foral, el Derecho común debe arbitrar sus decisiones en su propio ámbito, con madurez y de manera consecuente, puesto que no tiene sentido reivindicar soluciones de un derecho territorial cuando se han tenido al alcance, y que han sido derogadas por desuso, fruto de una palmaria infrautilización.

- Las decisiones tomadas en el ámbito nacional se han visto arropadas por una tendencia europea de acompañamiento, que ha sabido entender la necesidad de una ensayada planificación sucesoria, habida cuenta de los intereses en juego, verdaderos pilares de la economía estatal y sin cuya cabal planificación, el coste derivado de su desatención podría haber resultado excesivamente peligroso.

- España ha cumplido relativamente con sus obligaciones europeas –en constante renovación- pero la adopción de estas medidas proceden de un prisma más económico (fundamentalmente referidas al aspecto fiscal) que jurídico-sucesorio.

- En virtud de los intentos demostrados a lo largo del último siglo, de establecer una regulación que tenga en cuenta los intereses de la empresa familiar¹⁰⁷⁶, debería abordarse la formación de un Estatuto de Empresa Familiar con un régimen sucesorio propio, tomando como oportunidad este hito para establecer un cambio relevante referido al sistema de legítimas, que permitiera con mayor fiabilidad el traspaso intergeneracional. Ésta podría conformar la coyuntura ideal para modificar la cuota legitimaria establecida en el Código Civil¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁶ En la línea del pensamiento aducido por el notario Fuentes Martínez.

¹⁰⁷⁷ Expresamos así nuestro más absoluto asentimiento con la Conclusión I, 1ª emitida en el *IX Congreso Notarial Español* [loc. cit] que se decanta por “Acometer reformas legislativas que, partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación jurídica. A tal fin se considera muy útil revisar las rigideces derivadas del sistema de legítimas y permitir desarrollar fórmulas jurídicas encaminadas a ordenar la creación, organización y transmisión de la empresa familiar, tales como los testamentos mancomunados, los pactos sucesorios y las instituciones fiduciarias, siempre que estas se ajusten a nuestro orden público económico.”.



CAPÍTULO IV. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR EN EL DERECHO VALENCIANO. ANÁLISIS DE LO QUE PUDO SER Y DE LO QUE, POR EL MOMENTO, NO HA SIDO

4.1 Justificación del tratamiento de la cuestión

Antes de acometer el tratamiento del Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones, consideramos conveniente efectuar determinadas matizaciones procedentes del ordenamiento jurídico autonómico que lo vio nacer.

La consecución de un Derecho sucesorio –nuestro deseado Derecho sucesorio– precisa de unos fundamentos técnicos y jurídicos sólidos y capaces de respaldar el desarrollo normativo relacionado con la mencionada materia hereditaria.

No tendría demasiado sentido entonces, pretender una regulación propia en la presente disciplina sin previamente haber efectuado alguna tentativa que persiguiera esclarecer su propia legitimidad y razón de ser dentro del contexto social valenciano, máxime cuando el Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones quedó varado en el año 2009 y desde entonces no ha logrado liberarse de su encallamiento.

Cierto es que tras la lectura del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu*, no queda sobre el terreno una perspectiva alentadora que anime a impulsar su procedimiento legislativo de sanción, por claro temor –o prudencia, si se prefiere– a la intervención censora del Tribunal Constitucional.

Debido a esta posibilidad en las posteriores líneas trataremos de analizar si este recelo puede venir justificado por los antecedentes legislativos en Derecho valenciano, referidos a la competencia de la Comunidad Valenciana en materia de Derecho Civil.

No obedece al propósito de este análisis la realización de un enfoque que más bien sería propio del Derecho constitucional, pero sí que consideramos procedente, no obstante, una lectura concienzuda de los preceptos constitucionales habilitadores del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana que, a su vez, podrían procurar la oportunidad para el surgimiento útil y legal en el seno del Derecho valenciano de



materias que están vigentes en el Derecho común¹⁰⁷⁸, y cuya aportación a las necesidades de nuestra sociedad –tanto valenciana como española-, queda en tan poco, que tal vez, sería igualmente útil un replanteamiento sobre su beneficio, dentro de un ámbito genéricamente considerado.

Así, en el caso de que obviáramos el procedimiento de introspección jurídica en busca de la existencia y viabilidad de elementos sucesorios en el ámbito valenciano compatibles con nuestra Carta Magna, ¿qué sentido tendría indagar en el interior del árbol sin haber examinado previamente la salud y vitalidad de sus raíces?. Y más: si podemos hallar en esas mismas raíces suficiente causa para que los tallos visibles aporten utilidad y sean beneficiosos efectos al ecosistema y a la flora en la que crecen, ¿habremos convertido en una acción razonable y suficiente el estudio del argumento legal previo, a la par que habilitante, de una materia como el Derecho sucesorio valenciano?. Entendemos que sí, y por lo tanto, que en virtud de estos motivos, debe resultar congruente el presente análisis¹⁰⁷⁹.

4.2 La perpetua resistencia a la expoliación de la legislación foral

No sería del todo legítimo atribuir la responsabilidad de la desaparición del Derecho foral a las autoridades valencianas, que debieron acatar el “justo derecho de conquista” por parte de Felipe V, por mor de la rebeldía de valencianos y aragoneses en la Guerra de Sucesión Española.

La inexistencia del Derecho foral en nuestros días no podría explicarse exactamente por una falta de preocupación por la recuperación del ordenamiento autóctono por los juristas e intelectuales de aquella época, sino que más bien, sería el resultado de una serie de acontecimientos históricos en los que imperó por una parte, la resistencia de los mandos, funcionarios y autoridades borbónicas, y por otra, su falta de

¹⁰⁷⁸ Un ejemplo de ello, serían las mencionadas reservas forzosas.

¹⁰⁷⁹ Así lo ha considerado un representante por excelencia del notariado valenciano, Vicente Simó: “La Constitución de 1978 puede abrir nuevos cauces a nuestro derecho histórico. Y esos cauces son los que yo quisiera descubrir, y en descubiertos ofrecer tema y materia para que más afortunados y sabios repristinen lo repristinable de ese Derecho nuestro. Con esta afirmación descarto la posibilidad de profundizar en alguno de los muchos temas que plantea el DERECHO HISTÓRICO VALENCIANO, que fuera como biografía de un ser muerto. Aspiro a más: a referir el ayer de nuestro Derecho, el hoy triste de nuestro Derecho, y ojalá el mañana esperanzado de nuestro Derecho.” [SIMÓ SANTONJA, V., *Derecho histórico valenciano. Pasado, presente y futuro*. Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia, 2002, p. 19].



interés, producto de la firme creencia en la supremacía del derecho castellano, su unidad dentro de los territorios sometidos, y por lo tanto, la lógica convicción de una falta de su necesidad.

Es por esto que el recurso al Derecho foral se muestra sin fuerza, pero no obstante, destella continuamente con latente incandescencia¹⁰⁸⁰ como una rememoración jurídica que fue, resistiéndose a consumirse.

La cuestión del uso del Derecho foral, incluso tras su abolición, podría incumbir por razón de la materia, a la disciplina de la Historia del Derecho. Pese a ello, si un bosquejo sobre el particular ayudara a constatar que la intención en su uso y supervivencia fueron reales, algún aliciente representaría este motivo para alentar a su nuevo desarrollo y creación, con la consciencia patente de que nunca se dejó de contender por él.

No en balde se ha aludido repetidamente a que la importancia de este Derecho, más bien reside en la nueva posibilidad de la legislación en materias de Derecho valenciano que guardan el margen de libertad propio de esta legislación, cuya característica esencial fueron sus rasgos de ordenamiento paccionado¹⁰⁸¹.

Ante la abolición foral, nunca fue del todo constatable el aquietamiento del pueblo valenciano¹⁰⁸², desde los actos inmediatamente posteriores a la abolición de los Fueros, pasando por el neoforalismo de Gregori Mayans, hasta llegar a las reivindicaciones de Villarroya y Branchat, que serían los seguidores de su estela,

¹⁰⁸⁰ Así lo describe Remedios Ferrero en el Prólogo de la obra de Aniceto Masferrer: “A veces el sentimiento es más fuerte que la ley y a pesar del decreto de abolición se siguieron invocando viejos fueros como se vio en la práctica forense” [MASFERRER DOMINGO, A., *La pervivencia del derecho foral valenciano tras los Decretos de Nueva Planta*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 17].

¹⁰⁸¹ GARCÍA EDO, V., “Orígenes del Derecho foral valenciano”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, 2008, núm. 51, p. 159: “La Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, por tanto, ha venido a poner fin a una injusticia histórica que dio comienzo en 1707 cuando, a resultas de una guerra en la que lo que menos contaba eran los intereses de los valencianos, nos fue arrebatado nuestro bien máspreciado, nuestras leyes y nuestros fueros; y si bien es verdad que desde el expolio hasta la restitución parcial han transcurrido exactamente tres siglos y la sociedad valenciana actual casi nada tiene que ver con la del pasado, lo que realmente importa no es tanto la posibilidad de recuperar algunas o muchas de las instituciones que formaron parte de nuestro antiguo ordenamiento, como la de poder legislar de nuevo en determinadas parcelas del Derecho, con la misma libertad con que durante siglos se vino haciendo con total normalidad, y como continuaron haciendo otros reinos peninsulares en idénticas circunstancias a las nuestras, a los cuales la misma fuerza de las armas que arrebataron a los valencianos esa competencia, a ellos en cambio se la mantuvieron, lo cual no solo fue una tremenda arbitrariedad sino un total desprecio al conjunto del pueblo valenciano...”

¹⁰⁸² PALAO GIL, F. J., “Del Derecho civil foral al Derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, 2008, núm. 51, p. 167. En este aspecto seguiremos al profesor Palao en su repaso histórico.



procurando que este cuerpo jurídico no quedara relegado al olvido, precisamente, por su falta de uso.

Del mismo modo, Fray Bartolomé Ribelles pondría de manifiesto en las Cortes de Cádiz un evidente empuje a favor del Derecho foral valenciano, postulando su posicionamiento a favor del mismo y defendiendo dicho conjunto normativo como estandarte del reino. Por su parte, Borrull, acentuó su crítica sobre el absolutismo centralista, aunque no se puede predicar mucho éxito de sus reivindicaciones, ni siquiera en el mismo hecho de que Carlos VII devolviera los Fueros en 1872 en lo que no dejaría de ser una mera alusión propagandística¹⁰⁸³, aunque parece que quedó patente, un deseo de autogobierno que subyacía.

Entrado el siglo XIX asistimos a la extensión del fervor neorromántico foral, fenómeno conocido como la “Renaixença valenciana” literaria y cultural, próxima a tendencias más políticas que jurídicas, que desembocaría en una práctica de la valencianía con un paso obligado por el Proyecto de bases de *l'Estatut del País Valencià, presentado por la CNT en 1936, el Avantprojecte de la Regió valenciana de 1937, l'Estatut d'Elx de 1975, el Estatut del Consell de 1976 o el de Morella, de 1979.*

Sin embargo, dicha reivindicación constante, fue tachada de movimiento más “cultista” que efectivo, sin que deba desmerecerse por ello el importante esfuerzo de conceptualización¹⁰⁸⁴, y a la postre, “la existencia de una larga tradición histórica en cuanto a la reivindicación de la recuperación”¹⁰⁸⁵, puesto que el recuerdo de la potestad legislativa en todo el tiempo transcurrido que pretendió enmendar una anomalía histórica y activar una consecuente acción de resarcimiento legislativo siempre se vio truncado por las acciones que en primera instancia hicieron oídos sordos a estas plegarias, y en segundo lugar, por las acciones represivas que asfixiaron desde sus inicios a estos movimientos, debido al carácter uniformista y centralizador del Código civil, nacido a finales del siglo XIX.

Si con el estadio temporal de atrevidas acciones de demanda legal, se suceden lagunas en la que este Derecho foral se sumerge en el olvido, parece que la sensación

¹⁰⁸³ PALAO GIL, F. J., “Del derecho civil foral...”, op. cit., p. 183: “Para los juristas de entonces, era evidente que este derecho estaba reducido a un conjunto de costumbres locales con escasa trascendencia en el mundo del foro y en la práctica profesional.”

¹⁰⁸⁴ PALAO GIL, F. J., “Del derecho civil foral...”, op. cit., p. 186.

¹⁰⁸⁵ PALAO GIL, F. J., “Del derecho civil foral...”, op. cit., p. 193.



más notable es el escenario que nos muestra como telón de fondo la discusión doctrinal representada por las acusaciones en contra de la tradición foral valenciana frente a las exigencias que finalmente han culminado en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, abanderado del pretendido resurgimiento del Derecho foral actual.

Así, los defensores de la nueva tendencia inclinada al Derecho valenciano con sustrato legítimo basado en lo histórico, han sostenido la opción de una legitimación verdadera y posible desde la perspectiva constitucional y precisamente, han encontrado una perfecta ocasión para la formación de un cuerpo legislativo propio -o al menos, de figuras relacionadas, en el caso de un desarrollo sólo parcial- mejor adaptadas al tiempo actual, sin que ello deba entenderse como un ataque a la uniformidad de la legislación que rige en el territorio español, en la medida que dicha uniformidad, hace mucho que se disipó¹⁰⁸⁶.

Sin necesidad de retroceder tanto en el tiempo se ha observado que en las últimas tres décadas se intensifica este interés en la recuperación, lo que se une a lo que algún autor ha definido como la recuperación del Derecho civil valenciano por la vía inductiva¹⁰⁸⁷.

No obstante, la significación del Derecho civil valenciano se relativiza bajo la perspectiva de los pensamientos que reducen el debate a un ámbito exclusivamente intelectual, echándose en falta un enfoque que abarque un mayor número de puntos de vista, por entenderlo reconducido sobre todo a la similitud entre el ordenamiento autonómico valenciano y el estatal¹⁰⁸⁸. En otros casos, se destacan perspectivas

¹⁰⁸⁶ El paso del antiguo al nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana está marcado por la impronta foral, con hondo calado en la razón histórica, pero entendemos que no es éste el fin último al que obedece el Estatuto, en la medida que centrar todos los esfuerzos en la interpretación literal de la expresión “foral” podría dar al traste con un análisis algo más favorable dentro del contexto constitucional actual.

¹⁰⁸⁷ BATALLER RUIZ, E., “El Derecho civil autonómico en España: Génesis y perspectivas”, *Revista de Derecho civil valenciano*, 2009, núm. 5, p. 10: “...en los últimos años ha habido una voluntad política por recuperar y actualizar el Derecho foral valenciano, para lo que la Generalitat creó una comisión Interdepartamental que realizó el trabajo de campo oportuno para buscar las instituciones vigentes en Valencia...”.

¹⁰⁸⁸ MARTÍNEZ RODA, F., “El Derecho común y la supresión de los Fueros de Valencia”, *Revista de Estudios Políticos*, 2014, núm. 163, p. 110: “Pero se puede observar que es un debate entre notables y expertos en Derecho. No hay ningún tipo de movimiento o petición popular y mucho menos levantamiento en defensa de los fueros civiles, a lo que probablemente también contribuyó la introducción en los ayuntamientos valencianos del cargo del Alcalde Mayor, por su presencia en todos los municipios y la influencia sobre la población que ello conlleva... [que debía ser]...concedor del *Ius Commune*, preocupado por una cierta eficacia en el cumplimiento de las leyes y no por la nostalgia de su



sociológicas, en base a las cuales se sitúa como fundamento del problema el abandono del uso del Derecho propio por el propio colectivo valenciano, destinatario de las leyes¹⁰⁸⁹.

Algunas posiciones más moderadas, en primera instancia sostuvieron que las leyes valencianas “se terminaron por acomodar, no sin resistencia al empuje castellano”, admitiendo por lo tanto finalmente que no podría “sostenerse que hay o haya habido una resistencia de los valencianos a su aplicación”¹⁰⁹⁰.

En otros casos realmente se ha admitido el desarrollo y la reivindicación de este Derecho civil foral valenciano, culpándose a una parte de la clase política de su negación¹⁰⁹¹, así como también a un sector doctrinal¹⁰⁹²; pero considerando un gran

origen...”. Este autor, coincide con autores como Montés [MONTÉS PENADÉS, V.L., “La inesperada resurrección op. cit., p. 13: “...es posible afirmar que las soluciones, el contenido normativo de esas reglas, puede ser similar, cuando no idéntico al de las normas del Derecho histórico, porque, en definitiva, son ordenamientos procedentes del tronco románico-canónico.”] o Solà [SOLÀ I PALERM, E., *Recuperem els Furs*, Parts cinquena i sisena, El Temps, Valencia, 2002].

¹⁰⁸⁹ Los estudios -algo más antiguos- de Beneyto también se han desarrollado en esta línea de trabajo, al pretender demostrar escaso interés en la devolución de los Fueros por aquellos a los que atañía la cuestión, entre los que se encontraban, funcionarios y nobleza, siendo por lo tanto los más perjudicados los ciudadanos y campesinos, mereciendo por ello la región valenciana el calificativo de “enferma de lealtad”, pero sobre todo, encontrándolo un problema endógeno (refiriéndose a “los propios valencianos”), cuyo hilo conductor alcanza las cuestiones efectuadas por Peset y por Tomás y Valiente [BENEYTO, PÉREZ, J., “Una explicación sociológica de la no-devolución del Derecho civil valenciano”, *Revista de Estudios Políticos*, 1985, núm. 43, pp. 161-162]. Peset incidió en la escasez de deseo y fuerza de las nuevas autoridades para esta recuperación, pero también, sobre todo, en los empleos que debían mantenerse incorporados a las instituciones desde el Decreto de Nueva Planta, la situación acomodada de las clases altas, que no se vio perjudicada por dicho contexto de implantación del nuevo Derecho castellano, y sobre todo, que se mantuvo una evitación de un mayor solivianto mediante una moderación por las nuevas autoridades en la recaudación de las rentas (censales). Resumió esta estrategia en forma de postura política aseverando que “se halló una zona de equilibrio” [PESET REIG, M. “Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, 1972, núm. 42, p. 693].

¹⁰⁹⁰ VALIÑO ARCOS, A., *Un paseo por la tradición jurídica valenciana (desde los Fueros hasta nuestros días)*, Conferencia en el Salón de Actos del Instituto Luis Vives, 3 de marzo de 2011, p. 6.

¹⁰⁹¹ GARCÍA EDO, V., “Derecho foral e identidad valenciana (Comentarios al Título I del Estatuto de Autonomía)”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, núm. 18, p. 309: “No deja de llamar la atención que buena parte de la clase política valenciana continuase negando la posibilidad de restitución del Derecho Civil Foral Valenciano, y sin embargo, por razones que desconocemos, pero que se han demostrado eficaces, haya prevalecido el sentido común y, sin estrépito, que es probablemente lo más relevante de este proceso...”.

¹⁰⁹² GARCÍA EDO, V., “Orígenes...”, op. cit., p. 157: “Sin embargo, tras la abolición de los *Furs*, el Derecho civil valenciano dejó de aplicarse en su práctica totalidad, y en consecuencia dejó de estudiarse y de evolucionar, razón también por la cual incluso en épocas muy recientes, se ha llegado a negar su existencia por autores seguramente pocos, aficionados a la lectura de los textos antiguos, porque negar la existencia de un Derecho civil más o menos completo en el ordenamiento jurídico valenciano, vendría a ser algo así como negar la existencia de una sociedad valenciana a lo largo de los siglos...”. De igual modo, se resisten al planteamiento de la muerte instantánea del Derecho foral autores como Masferrer y Obarrio: [MASFERRER DOMINGO, A. y OBARRIO MORENO J.A., *La formación del Derecho foral valenciano*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 322-323: “...quienes se han ocupado del tránsito de la época foral a la Nueva Planta han cosechado resultados que ponen en tela de juicio el desafortunado presupuesto

logro el rescate al que asistimos, por las consecuencias que sobre la sociedad valenciana supondría “...la restitución del derecho de los valencianos a seguir generando una legislación civil propia...”¹⁰⁹³. En cualquier caso, atendiendo a un criterio de esperanza y de prudencia, se destaca al menos, la existencia del beneficio de la duda en favor de la pervivencia del Derecho foral valenciano –o al menos, de su no tan instantánea defunción-, lo que hacía que debieran relativizarse lo categórico de las afirmaciones que sugirieron su absoluta extinción¹⁰⁹⁴.

También encontraríamos motivos algo más remotos basados en teorías que postulan las circunstancias que integrarían *ab origine* las causas por las que no se mantuvo firmeza y concisión en este mantenimiento y que estarían representadas por la conformación del ordenamiento jurídico foral valenciano por un “normativismo

del cese de la vigencia del genuino Derecho valenciano. En este sentido, no cabe duda de que la Nueva Planta no tuvo un efecto jurídico inmediato y omnicompreensivo...”, llegando a mantener una posición crítica con los detractores del Derecho local, al sostener que cabría mantener una línea de análisis adecuada para saber “...hasta qué punto pesó sobre él el legado de la tradición jurídica valenciana, es decir, el antiguo Derecho foral, no vaya a ser que se descubra que éste siguiera jugando en numerosos aspectos un papel mucho más decisivo del preconcebido por la historiografía hasta nuestros días.”]. Los autores insertan en su discurso la justificación y pertinencia, desembocando en la “...obligación moral de procurar una simbólica restitución de nuestro antiguo Derecho a través de un reencuentro con la realidad valenciana del siglo XXI”, aunque basaron la nota determinante de sus razones no en la recuperación de instituciones, más bien arcaicas, sino en la potestad de legislar en unos nuevos tiempos.

¹⁰⁹³ GARCÍA EDO, V., “Derecho foral...”, op. cit., p. 309.

¹⁰⁹⁴ MASFERRER DOMINGO, A. y OBARRIO MORENO J.A., *La formación...*, op. cit., p. 318: “...presuponer que el Derecho foral en el siglo XVIII perdiera por completo su vigencia oficial... y efectiva, dejando de ser aplicado casi por completo y pasando a jugar un papel de escasa relevancia en la práctica forense cotidiana, media un paso que, por osado, merece una mínima constatación y análisis, no sea que la suposición tenga poco que ver con la realidad histórica.”, además de que “...lejos de denunciar y procurar poner en claro esta compleja situación (los prácticos del Derecho -tanto letrados como jueces-) se limitaron a seguir aplicando los *Furs* en muchas causas civiles” [MASFERRER DOMINGO, A. y OBARRIO MORENO J.A., *La formación...*, op. cit., p. 380]. El profesor Palao también se muestra contrario a pensar que se abandonó repentinamente la intención de luchar por nuestro Derecho, a pesar de la Nueva Planta, exponiendo que la pérdida de los Fueros “debe relacionarse más con la improvisación que caracteriza toda la política de nueva planta, y con la intransigencia de los ministros y funcionarios castellanos en Valencia y Madrid, antes que con una desidia, más aparente que real, de los estamentos y grupos sociales valencianos”, dado que ello “... es un mito de nuestra historiografía que habrá que empezar a impugnar de una vez por todas: no es sino un elemento más -y desde luego, no el de mayor relieve- entre los múltiples que se dan cita en la nueva planta valenciana...” [PALAO GIL, F.J., “Leyes y costumbres en la recuperación del Derecho foral”, en CHAMOCHO CANTUDO, M.A. Dir., *Droit et mœurs*, Universidad de Jaén, Jaén, 2011, p. 127]. Mantiene esta misma postura el autor en PALAO GIL, F.J., “Entre *Furs* y Estatut. Notas sobre la experiencia histórico-jurídica valenciana y su recepción tras la Constitución de 1978”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònòmics*, 2012, núm. 57, p. 217], dado que si bien, se dice demostrada la solicitud reiterada de su restablecimiento a lo largo de los siglos XVIII y XIX; y también en PALAO GIL, F. J., “La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del Derecho civil valenciano” en BLASCO GASCÓ, F. et al. Coords., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1887: “Este atropello histórico, este absurdo legal, el que ha dejado huella entre los valencianos, y el que motiva que, periódicamente, resurja la exigencia de la restitución como una suerte de irredentismo jurídico”.



historicista de base erudita”¹⁰⁹⁵ en detrimento del elemento popular, que formaría parte del Derecho consuetudinario; aparte de la falta de elaboración de ordenamientos jurídicos locales propios¹⁰⁹⁶.

Ahora bien, el entronque de esta pretensión debe chocar con la realidad que en algunos casos discurre por sendas bien diversas. Los Fueros podrían ofrecer ventajas y derechos que en su día fueron gran exponente del desarrollo de importantes libertades¹⁰⁹⁷, y no resulta descabellado un posible encaje con los parámetros constitucionales, encaje que a la postre, queda a expensas de una depuración por nuestra Constitución. Ni que decir tiene que las diversas investigaciones y el pensamiento indagador más esperanzado, eleva la mirada con sumo apego hacia nuestras instituciones de Derecho originarias, que trasciende la mera nostalgia para desear verse convertido en norma por razón de la utilidad que a la sociedad actual pudieran aportar.

Alcanzado este punto debemos hacer uso de la mejor sensatez jurídica, tratando de detectar el modo jurídicamente viable para activar dichas instituciones. Ello debería llevarse a cabo alejándose de posturas poco realistas¹⁰⁹⁸ y que el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana tendría voluntad de hacer reaparecer.

Por el momento, aunque considerando los sucesivos altibajos desde su derogación, no es posible pensar que los Fueros quedaron olvidados desde el día de su deceso¹⁰⁹⁹, pero de ahí a que puedan “resucitarse”¹¹⁰⁰ –aun con todo el deseo de constatarlo-, media un buen trecho.

¹⁰⁹⁵ LALINDE ABADÍA, J., “El sistema normativo valenciano”, *Anuario de Historia de derecho Español*, 1972, núm. 42, p.330.

¹⁰⁹⁶ LALINDE ABADÍA, J., op. cit., p. 329. No deja de sorprender la idea de dicho autor. A pesar de la antigüedad de su obra, la sugestiva idea final que prevalece, aplicable al debate actual y sobre cuyo concepto el que volveremos en un apartado posterior: “Lo importante no es conservar o desprenderse de ordenamientos jurídicos pasados, sino saber adecuar los presentes a las verdaderas necesidades de la colectividad y utilizarlos con tino y con mesura”.

¹⁰⁹⁷ En el caso del Derecho de familia o sucesiones, por ejemplo.

¹⁰⁹⁸ Lo cual no significa que se deba cesar en el intento jurídicamente realizable de estimular la creación de un Derecho valenciano novedoso en materias que, hasta la fecha no se ha permitido reglar.

¹⁰⁹⁹ Palao Gil ha insistido en diversidad de sus obras en la idea de la persistencia en la reivindicación del derecho durante los siglos XVIII y XIX [PALAO GIL, F.J., “La reivindicación de un derecho civil propio de los valencianos desde la abolición de los fueros: bases históricas”, en PALAO GIL, F.J. et al., *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.61], sin embargo Montés, no se mantiene conteste en este aspecto: “Pero el Derecho foral valenciano quedó en historia, y en historia en buen aparte olvidada, que no mereció de verdad la atención de los juristas y de los historiadores hasta el final del siglo XIX y principios del siglo XX. La situación de olvido se prolongó hasta prácticamente el momento en que se inicia la “Transición” y se empieza a hablar, en los foros políticos, de Autonomía”, aunque no dejó de reconocer que “Contrasta esta pobreza de tratamiento con la aspiración política vivamente sentida, de una



4.3 El factor de la prudencia en el restablecimiento de los *Furs*

Apelando a una conciencia, si se quiere, tranquilizadora o patriótica –lo primero, en el sentido de aliviar un sentimiento de culpa por no haber rogado por los Fueros todo lo efusivamente que este cuerpo normativo mereciera, y lo segundo, por haber intentado su restablecimiento tras la abolición felipista, por el amor a la profesión de la valencianía- es constatable una permanente tendencia al afecto por la recuperación de los *Furs*, desde su abolición, interpolándose períodos históricos de mayor o menor intensidad en su demanda.

Ello se resume en épocas que abarcan desde la reciente eliminación normativa, en las que resultó habitual su reclamación -atravesando por etapas en las que se aplacó dicho interés, debido a motivos tan convincentes como la utilización inquisitorial de la autoridad o de la vigencia de tendencias institucionales que, *manu militari* mitigaron las intenciones de restablecimiento- hasta períodos de mayor pacificación, en la medida que las circunstancias políticas no llegarían a permitir una vuelta al desarrollo del Derecho valenciano¹¹⁰¹, llegándose a alcanzar ciclos temporales presentes, dentro de los que se intenta legitimar la instauración foral valenciana por medio de la licencia de nuestra Constitución y de nuestro Estatuto.

El modo en el que han pasado tres siglos sin haber restablecido una vigencia efectiva no puede atestiguar la legítima implantación –sin más observancias y con la debida prudencia- de este Derecho, pero tampoco sería justo aseverar con implacable denuedo que la contribución a la condena foral valenciana procedió de un desánimo por parte de los valencianos, y de una desatención emanada de todas las autoridades concurrentes para con unas leyes, vigentes desde el inicio de la Reconquista.

Es decir, quedarían asentados con evidencia los síntomas de que durante este tiempo los *Furs* no quedaron relegados al olvido, pero también que, a pesar de este recuerdo constante y de su aceptación no indolente, el Derecho castellano acabó por imponerse.

recuperación del Derecho civil propio, y de la competencia legislativa sobre esta materia” [MONTÉS PENADÉS, V.L., “El Derecho Foral Valenciano (Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho Civil)”, en BAÑO LEÓN, J.M. Dir., *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pp. 267 y 276].

¹¹⁰⁰ Expresión que han empleado autores como Montés y Díez-Picazo.

¹¹⁰¹ Produciéndose, bien al contrario, un acercamiento al Derecho castellano.



El proceso postconstitucional en sus inicios volvió a promover alguna iniciativa, que en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana ha ganado adeptos y ha cobrado importancia, y es en este preciso momento en el que se reivindica el regreso a la vigencia de aquellas normas, adaptadas a los tiempos presentes y a la Constitución. Así, en la actualidad se pretende el restablecimiento de una parte importante del Derecho valenciano, como es el civil, por la vía que legislador autonómico entiende, de una manera políticamente resarcitoria.

Por lo tanto, aunque es claro que el interés sobrepasa la mera concepción de estima y añoranza y que tiende a un propósito que se reclama como real en virtud de lo que parece ser, se ha convertido en una necesidad social; se deben saber encontrar las soluciones de tipo técnico-jurídico, que habiliten al legislador autonómico en el marco de competencias constitucional, a legislar en materias propias, aunque no necesariamente estén vinculadas a aquel Derecho de vetusto, pero no tan trasnochado contenido, a cuya terminología, de momento, no se está dispuesto a renunciar, y por ello, la escenificación del supuesto “Derecho foral valenciano”, parece más bien ser una cortapisa a ello, que un avance en el ánimo a su restauración.

4.4 La potestad para legislar en Derecho foral

Tener voluntad de legislar no significa tener la competencia para poder hacerlo. Ni siquiera el deseo de una restauración legal foral adecuada y adaptada a las exigencias del marco competencial puede defenderse, puesto que la unilateralidad en esta acción debe apoyarse previamente en el debido soporte constitucional, pero dicha defensa se relativiza en virtud de interpretaciones doctrinales civilistas y constitucionalistas, o bien restrictivas –que postulan la imposibilidad de una nueva implantación del Derecho foral debido al contenido del artículo 149.1.8ª de la Constitución-, o bien de cariz más progresista, tendencia esta última que pretende alcanzar una vía habilitadora para dicha facultad tomando como piedra angular, como no podría ser de otra manera, la propia Constitución y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

La dificultad de casar ambas posturas estriba en la carencia de un punto de encuentro entre ambas. Las más restrictivas se ciñen a la letra de la Constitución y a la encorsetada interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado sobre la facultad



para legislar, sólo en virtud del Derecho consuetudinario. Las de lectura más laxa se rigen por una interpretación generosa, igualmente basada en la Constitución, pero sin restar importancia a la relevancia del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

Desde esta perspectiva, trataremos de precisar posiciones, destacando ventajas, además de reconocer inconvenientes e imposibilidades en dichos propósitos.

4.4.1 El punto de partida: Las diversas sentencias del Tribunal Constitucional

El artículo 149.1.8º de la Constitución expresa que “el Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, y además el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en el artículo 31.2 de su redacción inicial acotaba más si cabe esta competencia, postulando que “la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil valenciano”.

En aras de efectuar una correcta delimitación de esta competencia en materia de Derecho civil, nos resultaría necesario acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional, el cual, en resoluciones representativas tales como la conocida STC 121/1992 de 28 de septiembre, señaló que:

...la remisión a los derechos civiles forales o especiales alcanza no sólo a aquéllos que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a las normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto las materias del Estado que pudieran ser asumidas por las comunidades autónomas en los estatutos respectivos...

y en relación a la Comunidad Valenciana, entendió el tribunal que:

...la competencia de la Generalitat Valenciana en orden a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil valenciano no puede estimarse sino referida al derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al derecho común,... no es pues dudoso que la Generalidad Valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa...de lo prevenido en el citado artículo 149.1.8 de la Constitución y que se



configura en el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, precepto este último cuya virtualidad competencial ha de ser entendida a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1982....

Seguía la sentencia en su Considerando Segundo explicando que:

Mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica, el anterior Derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del derecho civil común (art. 149.3 de la Constitución y arts. 13 a 16 del Código Civil), y esa es precisamente la finalidad de la Ley impugnada: dar rango de Ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia sino como costumbres de mera aplicación supletoria”, lo cual no significa, tal y como defendió la Abogacía del Estado, que no se haya respetado la jerarquía de fuentes al proceder a la elaboración de la norma.

Por último, argumentaba la Abogacía del Estado, que la Ley Valenciana de Arrendamientos Rústicos Históricos no reflejaba una realidad histórica, sino que creaba una normativa distinta de la estatal sin conexión previa con usos vigentes, contestando el Tribunal que:

...no cabe discutir la competencia de la Comunidad Autónoma para conservar ese Derecho consuetudinario propio, labor de conservación que es la expresamente afirmada por la Ley impugnada y la citada -junto a la de modificación y desarrollo- en el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana..., el presupuesto y la condición de aplicabilidad de estas normas legales residen en la costumbre que recogen, régimen consuetudinario que no sólo delimita, sino el mismo contenido dispositivo del régimen legal. Se quiere decir con ello que los límites constitucionales y estatutarios que condicionan la validez de la Ley son los mismos que ésta establece para su aplicabilidad, puesto que la misma se incardina y se restringe al objeto mismo ordenado consuetudinariamente. Ello permite rechazar las reticencias formuladas por el Abogado del Estado sobre si la Ley autonómica es una real plasmación de normas consuetudinarias efectivamente aplicadas hasta su adopción, toda vez que el presupuesto de validez constitucional de la Ley, en cuanto al ejercicio de competencias autonómicas, coincide exactamente con sus condiciones de aplicabilidad en cada caso...

Por otra parte, observamos en la Disposición Adicional Primera de la Constitución que:

la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

significando dicha expresión que el ejercicio de esos derechos sólo cabe contemplarlo en el marco del propio ordenamiento constitucional, aunque el TC en su sentencia 123/1984 manifestó que:



INCREMENTO DE LA VIABILIDAD EN LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR MEDIANTE LA FLEXIBILIZACIÓN DE ELEMENTOS SUCESORIOS

la Disposición Adicional Primera de la Constitución no puede considerarse como título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias” pues “la DA manifiesta que la actualización general de dicho régimen foral se ha de llevar a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, pero el sentido de dicha disposición no ha sido el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil, contemplado en el 148.1.8, sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, de algunas peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación, pero siempre que la singularidad se hubiera extendido en el tiempo hasta nuestros días y subsistiera en el territorio de la comunidad autónoma...

añadiendo en la STC de 28 de julio de 1981 que:

lo que la Constitución garantiza es la foralidad, o la imagen identificable del régimen foral tradicional, tanto en sus aspectos identificativos como competenciales, pero no todos y cada uno de los elementos que históricamente la hayan caracterizado.

Asimismo, el TC ha concretado un aspecto de interés acerca de la mencionada disposición adicional, señalando que:

tal disposición se refiere a aquellos territorios integrantes de la Monarquía española que, pese a la unificación del Derecho Público, mantuvieron sus propios fueros, durante el s. XVIII y gran parte del s. XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esa peculiaridad foral.

Al respecto también es importante subrayar los argumentos de otras sentencias, tales como 182/1992 de 16 de noviembre, en la que entendió el Abogado del Estado que se invadía una competencia estatal en la regulación normativa de arrendamientos rústicos históricos gallegos, ya que, tomando como presupuesto una Ley del Estado, se alteraba pura y simplemente una de las consecuencias normativas explícitas en la misma y se sustituía por un efecto diferente en cuanto a la duración temporal de la prórroga de los arrendamientos, y que a pesar del art. 149.1.8 CE, no podía aplicarse dicho precepto, puesto que:

donde no existe de presente y con vigencia actual el derecho foral, no existe posibilidad de su actualización, modificación o desarrollo y existirá por el contrario, el Derecho Civil común aplicable a todo el territorio, reconocido como competencia exclusiva del Estado

Y siendo que:

en la Compilación gallega de 2 de diciembre de 1963 no hay la más mínima huella que permita entender vigente particularidad alguna en materia arrendaticia rústica..., Ni siquiera se deja traslucir la existencia de usos actuales que pudieran justificar la norma..., No hay, pues, razón alguna para la norma impugnada, que se ofrece como una pura invasión de la competencia estatal ex art. 149.1.8 .

No lo consideró de esta forma el Tribunal, por cuanto expresó en su Fundamento de Derecho Tercero que:

...la Ley de 15 de marzo de 1935 ha de ser tenida en cuenta como dato corroborador de la existencia, en el territorio de Galicia, de un tal régimen consuetudinario para los arrendamientos rústicos que merezcan la calificación de ‘históricos’...

Por este motivo:

El que el Estado, para evitar los graves problemas sociales que ‘en determinadas zonas se producirían’ haya establecido sucesivamente prórrogas en la duración de estos contratos, no impide que en la esfera de su competencia territorial, la Comunidad Autónoma pueda someter estos arrendamientos rústicos históricos existentes en su territorio, y en la medida en que hayan estado sujetos a usos y costumbres propios, a una regulación que recoja y precise esas costumbres. Que entre tanto se realice esa labor y de forma transitoria ante el riesgo de que el Estado no adoptara las medidas pertinentes, la Comunidad Autónoma haya acudido a la fórmula de mantener unas situaciones o derechos sobre cuya regulación es competente, ha de entenderse que entra dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma. Aunque lo pretendido regular no sea, pura y simplemente, el Derecho consuetudinario, sino la conservación de contratos sometidos al mismo, con ello se trata de evitar la resolución de arrendamientos históricos, al agotarse el plazo previsto originariamente en la Ley de 1980, intención análoga, por lo demás, a la que subyacía a la Disposición transitoria de la Ley 6/1986, de las Cortes Valencianas, estimada en este punto conforme a la Constitución por la reciente STC 12/1992 (Fto. Jco. 5).

...esta medida legislativa pretendía asegurar la efectividad de una futura regulación sustantiva a adoptar por la Comunidad Autónoma. Procede así declarar que la medida legislativa hoy enjuiciada no resulta, por todo lo dicho, contraria a lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE y en el art 27.4 EAG, en tanto que previsión tendente a asegurar la aplicabilidad de una legislación autonómica proyectada sobre un ámbito propio del Derecho Civil especial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Por su parte, aporta datos sumamente útiles a nuestro estudio la STC 88/1993, de 12 de marzo de 1993:

La Constitución permite que los derechos civiles forales o especiales preexistentes puedan ser objeto no ya de conservación o modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce de este modo no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales. Este crecimiento...no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien determinados derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término ‘allí donde existan’ a que se refiere el art 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

...la noción constitucional de ‘desarrollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos no normados por aquel Derecho, pues de lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’. El ‘desarrollo’ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación, dentro de



una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa...en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *rationae materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido por vía competencial, garantizar.

Atendiendo al caso concreto que postula la sentencia:

El criterio expuesto permite ya una valoración de conjunto..., Esta ley...no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente derecho civil aragonés, no puede calificarse sólo por ello de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión.

Se puede mantener que las opiniones sobre la validez de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, ha sido frecuentemente, un objeto de discusión: el sector defensor de la foralidad lo enaltecía como un título habilitante por la Carta Magna para legislar en materias de Derecho civil; y otro sector, ha negado su utilización, de conformidad con la clásica doctrina constitucional¹¹⁰².

Pero el uso de esta facultad sólo podría ejercitarse cuando se tratara de Derecho consuetudinario vigente. En el caso de la Comunidad Valenciana, en contados supuestos, como materias relacionadas con el Derecho Agrario o asuntos relacionados con los aprovechamientos de la pesca en el Lago de la Albufera de Valencia.

Del mismo modo se ha argumentado que la recuperación de los *Furs* sería una mera ficción, un movimiento legislativo que no obedecería a un fin con una lógica y sentido determinados¹¹⁰³.

¹¹⁰² GARRIDO MAYOL, V., “Las competencias de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Civil: Perspectivas de futuro”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2005, núm. 41/42, Vol. I, p.299: “a mi juicio no se puede invocar la Disposición Adicional Primera de la Constitución como título habilitante de competencias no atribuidas a la Generalitat Valenciana por su Estatuto de Autonomía o transferidas por el Estado con arreglo a las previsiones constitucionales”.

¹¹⁰³ BLASCO GASCÓ, F., “Despropósitos de la proposición de Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2007, núm. 21, p.21. En este sentido vid. también BLASCO GASCÓ, F., “La recuperación de la competencia legislativa en materia de derecho civil valenciano”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, enero 2006, núm. 18, p.22.: “...legislar con base en un ordenamiento jurídico antiguo, derogado, dirigido a regular una sociedad que nada tiene

Así pues, en virtud de las sentencias estudiadas, el único criterio funcional que serviría a la reactivación de un paupérrimo Derecho foral valenciano sería el de la sentencia 121/1992. El resto de recursos constitucionales en los que se ha pretendido basar la Generalitat para su reintegración, con carácter general, se reputan inválidos e inalterables para esta finalidad.

Por lo tanto, podríamos sostener que la vía “aperturista” de las sentencias constitucionales no supone más que el ofrecimiento por parte del Estado de unos criterios de interpretación absolutamente restrictivos que sólo coadyuvan a discernir y seleccionar la actividad legislativa que cada Comunidad Autónoma puede emplear en determinadas materias.

Los intentos por compatibilizar el decir de dichas resoluciones con las pretensiones normativas de distintas Comunidades fuera de los parámetros preestablecidos en las propias sentencias casi siempre devienen en intentos vanos que están abocados a un fracaso cuando se trata de innovar en lo referido a legislación foral. En dicha poca fortuna ha incurrido el legislador valenciano, siempre que se ha tratado de legislar con base en los *Furs*, sin que le hayan servido como licencia en los últimos tiempos ni siquiera las opciones que el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana del año 2006 establece en su articulado.

4.4.2 Situación anterior a la modificación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en 2006

Los constitucionalistas, historiadores del Derecho y los civilistas valencianos han discutido el estado de la cuestión¹¹⁰⁴. Los primeros, en su vertiente más progresista,

que ver con la actual parece fuera de toda lógica y sentido..., no basta con decidir recuperar la capacidad autonormativa perdida en Almansa, sino que se debe decidir también cómo ejercitar dicha competencia, en qué sentido, con qué alcance..., Posiblemente sea más prudente...iniciar el desarrollo legislativo de la competencia de manera comedida..., querer sustituir todo un sistema jurídico privado por otro de manera radical e inmediata significa o un grado de ignorancia difícilmente disculpable de lo que es el derecho y del daño que se puede causar a la sociedad valenciana, o que aquí alguien se ha vuelto revolucionario e independentista y todavía no se ha dado cuenta de ello...”.

¹¹⁰⁴ COMAS CARABALLO, M., “El Derecho civil valenciano y la reciente reforma del Estatuto de Autonomía”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2008, núm. 3: “Sin embargo, caso de que se produjeran los cambios que venimos comentando, el derecho civil pasaría a ocupar un papel protagonista, cuyo estudio requerirá del concurso de varios campos jurídicos, entre los que destacarían: el histórico, el constitucional y el civil. La labor de los historiadores del derecho permitirá sin duda, conocer a fondo el

han tratado de encontrar engranajes coherentes que permitieran la cabida de una legislación civil valenciana, resistente a los embates de los impugnadores a través de recursos de inconstitucionalidad; los segundos, intentando sostener con un fundamento en la historia, la huella de los Fueros, a partir de los cuales podría divulgarse un Derecho civil de esencia foral, y los últimos, consolidando una realidad adecuada a la Constitución desde un Derecho civil valenciano que se consideraría plausible y real, pero huyendo de matices forales, basando sus tesis en una falta de necesidad de este calificativo¹¹⁰⁵, abrazando la finalidad del Derecho civil valenciano, pero rechazando los medios y los motivos de los que se servirían otros para su implantación, entendiendo como tales, la extrapolación del contenido foral de antaño¹¹⁰⁶.

derecho foral –sobre el cual aún queda mucho trabajo que desarrollar-, que permita ilustrar y encuadrar con precisión el desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal respecto a muchas de las instituciones valencianas. El aspecto constitucional, que implicaría el estudio de los conflictos normativos, del propio texto estatutario, su desarrollo, la búsqueda del respeto y adecuación de las leyes forales a los valores y principios constitucionales, etc. Y por último, la labor desde la perspectiva del derecho civil puro, consistente en conocer y aplicar el derecho civil, en contrastarlo con derecho comparado, en adaptarlo a las nuevas realidades –en aquello que no sea posible salvar de la antigua normativa foral-; en fin, en hacerlo reconocible y práctico a la hora de resolver las relaciones y conflictos entre los valencianos. Campos de actuación que deberán ser tenidos muy en cuenta por las Cortes Valencianas a la hora de “desempolvar” las antiguas instituciones valencianas para recomponerlas, y darles un sentido y un valor como conjunto normativo civil, acorde a la Constitución y que sin duda, aportarían mucho al autogobierno y a recuperar la identidad de los valencianos.”

¹¹⁰⁵ Ragel ha indicado que en Comunidades de tradicional y consolidado Derecho foral, ya no preocupa tanto mantener el término “foral”, sino tener la posibilidad de desarrollar un ordenamiento civil propio, en el que, lo menos importante es el arcaico término: “Ahora se pretende introducir la referencia al Derecho Foral y eliminar la palabra «civil». Sin embargo, el Estatuto catalán, al regular la competencia legislativa exclusiva de la Generalitat de Catalunya, se refiere con toda nitidez a la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán», sin autolimitarse a lo que se considera Derecho civil foral catalán. Nos parece más acertado apostar por «civil» que por «foral», aunque creemos que la mejor expresión es «civil propio» [RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “Las competencias legislativas en materia de derecho civil y su deseable reforma constitucional”, *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 7-8, p. 13].

¹¹⁰⁶ Mario Clemente de este modo nos lo muestra al explicar que “...la atribución y reconocimiento de la competencia para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil valenciano no hace sino poner fin a casi tres siglos de discriminación, respecto de otros territorios que no perdieron su Derecho civil, o lo recuperaron... Sin que ello signifique...el renacimiento del Derecho foral tal y como quedó abolido, sino la fijación de unas instituciones que, por haber pervivido consuetudinariamente, permiten entender que hay un Derecho civil valenciano todavía vivo” [CLEMENTE MEORO, M.E., “Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil”, *Revista General de Derecho*, 1994, núm. 596, p. 4944], aunque otros autores se han decantado por opciones de corte autonomista, echando en falta el carácter de la Constitución de 1931, dando un enfoque particular a la expresión “allí donde existan” [MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “Competencia de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Privado”, *Curso de Derecho civil valenciano, Revista General del Derecho*, Valencia, 2000, pp. 244-245: “Si se aceptara la opción autonomista, la Comunidad Valenciana podría legislar en materia civil, con el único límite de las materias de exclusiva competencia del Estado...los Derechos civiles autonómicos no son Derechos especiales respecto del Código civil, sino otros Derechos civiles con ámbito territorial determinado...Se sigue respetando la competencia del estado en materia civil, pero acotándola en lo que entendemos son sus límites adecuados: aplicación directa en aquellas Comunidades Autónomas sin Derecho civil propio en el momento de promulgarse la Constitución. Aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con derecho civil. El «allí donde existan» no sería más que la



Así pues, el cauce de la competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano, para este sector, no consistiría en el renacimiento del Derecho foral, sino que el auténtico cauce de la competencia habría de encontrarse en la vigencia y operatividad de unas instituciones que se salvaron de la destrucción o pervivieron consuetudinariamente.

Y a raíz de ello, resulta tan redundante como necesario destacar la incidencia de la doctrina constitucional y las especulaciones sobre la competencia para legislar en materia de Derecho civil.

Lejos de ser tan simple, esta cuestión oscila entre opiniones que defienden la valencianidad de las instituciones, pero de manera cautelosa y reflexiva, evitando disertaciones atrevidas que son producto de un sólido fundamento, basado en la letra de la Constitución y con pleno respecto a la doctrina del Tribunal Constitucional.

Junto a ellas, las más próximas a la deferencia constitucional, expresaron sin dudar “la inconstitucionalidad de la resurrección del Derecho civil valenciano”¹¹⁰⁷.

Pero tampoco faltaron las interpretaciones que mostraron un mayor optimismo y entusiasmo, confiadas en que por la vía de las instituciones conexas el Derecho privado en Valencia adquiriría unos rasgos diferenciadores con personalidad propia, fruto de la combinación entre la potestad legislativa que parecía que el Tribunal Constitucional atisbaba a autorizar y entre la raigambre consuetudinaria de determinadas figuras jurídicas valencianas¹¹⁰⁸. Desde luego, ello no fue así.

Cabría decir por otra parte, en la línea de las tendencias partidarias de la regularización y creación de un Derecho valenciano de procedencia administrativa, y no necesariamente de origen foral, alejado de la tradición y de la costumbre, que en ese caso, se reducirían las posibilidades de una legislación autónoma, al menos de las

autorización constitucional para que determinadas Comunidades Autónomas puedan regular su Derecho civil propio.”].

¹¹⁰⁷ Respalda sus argumentos en Taulet, Barrachina y Tomás y Valiente y entendiendo la conculcación como una especie de resarcimiento debido al extravío del derecho propio [DE ELIZALDE Y DE AYMERICH, P., “El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía”, *Anuario de Derecho civil*, núm. 2, Vol. XXXVII, 1984, p. 419].

¹¹⁰⁸ ORTEGA LLORCA, V., “Del derecho foral valenciano al derecho civil especial valenciano”, *Revista General de Derecho*, diciembre 1996, núm, 627, p. 12802: “...extinguido el histórico Derecho foral valenciano, ha de revitalizarse el Derecho civil consuetudinario valenciano para dar lugar a un nuevo cuerpo que, por vía del ejercicio la capacidad legislativa autonómica, se articule como Derecho legislado de aplicación preferente, que, aunque no sea ya Derecho foral, sí será Derecho civil especial valenciano, útil para regir las relaciones jurídicas peculiares de nuestra tierra.”.



materias civiles regladas por el Derecho común sobre las que, con mayor ahínco se ha intentado legislar en la Comunidad Valenciana. En este sentido el verdadero Derecho real y contemporáneo sería otro¹¹⁰⁹ y la vía foral para la creación de Derecho civil constitucionalmente valenciano sería mucho más sencilla que la propia tentativa de hacer resurgir instituciones fuera de toda vigencia¹¹¹⁰.

Bajo esta tendencia y con apoyo en el que se presumía un Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana menos *transgresor* que el actual, se abogó por el desarrollo del Derecho civil valenciano, pero basándose en las competencias concedidas por la Constitución, recogidas en el propio Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que “dan pie para ir más allá”¹¹¹¹, postulando un enriquecimiento que superaría las posibilidades concedidas por la doctrina de las “materias conexas”, que no representaban una gran posibilidad de actuar en el aspecto legislativo foral. El Derecho valenciano debía suponer pues una tercera vía frente a las acotadas posibilidades de recuperación del Derecho consuetudinario en el ámbito agrario.

En este mismo sentido, fuera del estricto plano de la discusión entre competencias en distintos ámbitos también se ha valorado la posibilidad de aprovechar posibilidades complementarias sin conformarse con la mera positivización de un

¹¹⁰⁹ Resulta muy interesante la opinión de López Beltrán de Heredia, que califica de verdadero Derecho civil valenciano, no necesariamente aquel que procede del Derecho foral, ni de la tradición, ni de la costumbre, puesto que entonces, poco habría que legislar. La vía constitucional que tienda a la creación de Derecho civil valenciano es mucho más sencilla que aquella que pretende recuperar instituciones de tipo foral. Así, pues, el verdadero Derecho civil valenciano, actual y no necesitado de transposición al ordenamiento constitucional, será el procedente de las normas de consumo, de fundaciones, urbanismo, patrimonio, etc. [LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El Derecho civil valenciano en el momento presente: vías de creación y desarrollo”, *Curso de Derecho civil valenciano, Revista General del Derecho*, Valencia, 2000].

¹¹¹⁰ Según el parecer de la profesora López Beltrán de Heredia, las leyes “tímidas”, basadas en la costumbre, no sirven de mucho para la creación de esta tipología jurídica [LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El Derecho civil valenciano...”, op. cit., p. 57]. Igualmente, la autora, a pesar de no estar insertas en un artículo de reciente publicación, aporta afirmaciones que otorgan un aire actual y una perspectiva abierta y moderna, lo cual podría justificar la importancia relativa del derecho foral valenciano en relación con el Derecho civil autonómico valenciano de nueva creación, al sostener que “no todo el derecho Civil autonómico debe estar ligado necesariamente con el derecho tradicional, también es derecho Civil el creado *ex novo* para resolver cuestiones ni siquiera planteadas en la época de la codificación. El Derecho civil no se agota en el Código Civil, ni en el Derecho foral o especial tradicional, que vigente en el momento de la promulgación de la Constitución Española las Comunidades Autónomas pueden conservar, modificar y desarrollar. La evolución del Derecho civil autonómico no puede parar en la contraposición Código y Derechos y Forales, problema llamado a resolver fundamentalmente el art. 149, 1, 8º CE, existen otras vías para crear Derecho Privado Autonómico de «nuevo cuño», sin que existe necesidad, en todo caso, de buscar su relación con normas históricas” [LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El Derecho civil valenciano...”, op. cit., p. 61].

¹¹¹¹ FAYOS GARDÓ, A., “¿Tiene sentido hablar hoy de un Derecho civil valenciano?”. Sobre las competencias civiles de las Comunidades no forales”, *Diario La Ley*, 1999, T. VI, p. 13.



Derecho civil consuetudinario. Solución que debería tomarse “exprimiendo”¹¹¹² al máximo el ejercicio de las competencias existentes, referidas a la regulación de las relaciones jurídico-privadas, suponiendo un riesgo notable el hecho de mantener una actividad legislativa desenfrenada en materia de Derecho civil. La alternativa más viable podría ser el establecimiento de leyes orgánicas *ad hoc* –que no el mismo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana- o a través de leyes marco, pudiendo conseguirse así un “amplio derecho civil valenciano”¹¹¹³, sin necesidad de tener que recurrir a interpretaciones forzadas, sin dejar de lado la discriminación referida a la Comunidad Valenciana como uno de los territorios que tuvo Derecho foral –uno de los pioneros, por cierto¹¹¹⁴- y que hoy está imposibilitada para ello.

Se aprecia pues, una voluntad en el ejercicio de un Derecho propio, más allá de las posibilidades reales y competenciales. Pero voluntad y deseo no son sinónimo del concepto referido a “posibilidad”.

La redacción original del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana se vio favorecida por la doctrina posterior del Tribunal Constitucional, por medio de la STC 121/1992, y algunos vieron en esta resolución un escenario favorable, una puerta abierta a un reconocimiento de una materia inmovilizada por las sujeciones impuestas constitucionalmente. Sin embargo, los moldes establecidos por el texto constitucional, mostraban muy poca maleabilidad ante las cada vez más, tambaleantes sugerencias foralistas¹¹¹⁵.

¹¹¹² GARRIDO MAYOL, V., “Las competencias...”, op. cit., pp. 295- 299. De acuerdo con esta línea de opinión se debería indagar qué costumbres continúan vigentes para conservarlas, positivizándolas y desarrollar o modificar en su caso, tal regulación, para adecuarla a la realidad y exigencias de cada momento. Apuntando que “no se trata de resucitar instituciones muertas, olvidadas o trasnochadas, sino de cuidar lo que aún pervive y es útil. Tampoco debemos pretender la recuperación de aquél derecho civil que nos fue arrebatado hace casi tres siglos, que pudo servir como norma en el pasado, pero que no sería idóneo en el presente. En algunos casos la normativa de ayer, chocaría con los principios proclamados en nuestra Constitución de 1978”.

¹¹¹³ GARRIDO MAYOL, V., “Las competencias...”, op. cit., p. 306.

¹¹¹⁴ Ello ha sido defendido con vehemencia por Vicente García Edo.

¹¹¹⁵ La gradación competencial entre Estado y Comunidades autónomas ha sido delimitada constantemente, además, ciñéndose a la interpretación del Alto Tribunal. Autores como BARRIO han aducido que “La conversión de la «cuestión foral» o competencia autonómica sobre Derecho civil especial en norma competencial de primer grado trastoca el orden jerárquico diseñado por el constituyente y supondría institucionalizar la excepción como regla principista...”, de modo que “la saludable expansión del Derecho foral ha de circunscribirse a detallar minuciosamente las instituciones jurídicas que lo conforman pues la competencia no puede ser ejercida en cualquier dirección sino que ha de quedar condicionada por dos parámetros pergeñados por el constituyente: a) en primer lugar, ha de guardar cierta correspondencia con el devenir histórico de las instituciones, habida cuenta que lo tutelado es una realidad preexistente al sistema constitucional que se juzga positiva; b) en segundo término, el desarrollo ha de orientarse materialmente distanciándose del contenido contemplado por el Derecho civil



4.4.3 Situación posterior al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 2006

a. Opiniones negacionistas o reduccionistas

No se demoraría un legislador valenciano falto de medios, en alterar la propia herramienta que le privaba de alzar una voz reivindicativa respecto de su cuerpo legislativo tradicional y secular.

El argumento sustancial de preceptos normativos en este Estatuto basados en la defensa de la foralidad civil valenciana demostraba este afán, pero se traducía, al entender de algunos, en una estrategia desmarañada, torpe e inconducente, cuyo único destino sería, irremediabilmente, colisionar con la letra del texto constitucional.

La pretendida competencia legislativa se volvía a poner en tela de juicio. Se respetaba el civilismo de la competencia, pero no el carácter foral¹¹¹⁶.

Sin embargo, frente a estas posturas de carácter técnico, surgieron otras de naturaleza político-soberanista, haciendo del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana el mejor apercibo para fomentar el Derecho civil foral y el reconocimiento de una nacionalidad histórica más allá de la cuestión meramente formal, que serviría al impulso de este Derecho foral¹¹¹⁷.

general porque lo protegido es el hecho diferencial o, como expresa la Sentencia, la “singularidad civil”; creo, por eso, que la proximidad sustancial o cercanía de contenidos entre los Derechos civiles general y territoriales no constituye la opción de política legislativa auspiciada por el constituyente”, y por dicho motivo “...resulta ineludible fijar un límite temporal infranqueable más allá del cual no quepa la retroacción al Derecho foral histórico para justificar la competencia actual sobre una institución jurídica concreta.” [BARRIO GALLARDO, A., “Condicionamientos materiales del Derecho civil, foral o especial”, *Cuadernos “Lacruz Berdejo”*, 2005, núm. 2,].

¹¹¹⁶ BLASCO GASCÓ, F., “La recuperación...”, op. cit., p. 19: “Ya no se trata de resucitar cadáveres jurídicos, sino de ejercer una competencia que la Constitución atribuye *ex novo* y el *Estatut* asume y desarrolla. Ya no tiene sentido la foralidad y menos aún la llamada, siempre preocupante, a una pretendida legitimación histórica. La competencia legislativa en materia civil la atribuye, si la atribuye, la Constitución, no la legitimación histórica, aunque en la atribución constitucional subyaga un argumento histórico; pero este argumento no es necesario para la atribución de la competencia legislativa ni es definitivo: no es necesario porque la competencia puede atribuirse a otras Comunidades Autónomas que jamás tuvieron derecho propio... no es definitivo porque puede no atribuirse a comunidades que sí tuvieron derecho propio (como podría ser el caso de la valenciana)...pretender recuperar los fueros o el derecho foral en el marco constitucional es un claro despropósito jurídico...”.

¹¹¹⁷ OLIVAS MARTÍNEZ, J.L., “El nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, núm. 18 (extraordinario), p. 39: El expresidente de la Generalitat alude a la plena recuperación “...con pleno derecho, [de] 500 años de la historia de Valencia como territorio foral, equiparándonos al resto de autonomías españolas como Cataluña, País Vasco o Navarra”.



El recorrido doctrinal en contra de este nuevo Derecho foral, en otras ocasiones, devenía más contundente, al defenderse la competencia en legislación civil “necesaria, inseparable y permanente del Estado” frente a la de índole “contingente” de las Comunidades Autónomas¹¹¹⁸.

Definitivamente no se podría equiparar la modificación, la conservación y el desarrollo a recuperación o reintegración del Derecho foral al amparo del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. En consecuencia, todas las leyes que a su amparo legislaran instituciones para las que no tuvieran competencia, deberían nacer sin posibilidad de desplegar efecto jurídico alguno, sobreviniendo por ello consecuentemente, en letra muerta.

La posible vía de escape planteada para legislar en esta materia, estaría en llevar a cabo una investigación sobre las costumbres vigentes en materia de Derecho consuetudinario valenciano, pero esta solución resultaría tan carente de sentido¹¹¹⁹ como pretender la justificación y el hallazgo de un Derecho civil foral en la “existencia pretérita de un ordenamiento civil en lo que fue Reino de Valencia”¹¹²⁰.

Una de las causas cuyo análisis es menos frecuente encontrar es la que integra el sustrato social del hecho de legislar en la pretendida materia, así como el motivo último alojado *mens legislatoris* con la reencarnación de este Derecho. Así, se arguye que se ha buscado el amparo en el Derecho foral para justificar una competencia que llevada a la práctica, sin embargo, es poco parecida a este mencionado Derecho: el engarce normativo parece no encajar ni con la realidad antigua ni con la actual puesto que se localizan preceptos que guardan la esencia del Derecho histórico sin un uso adecuado a la realidad social, o bien en el cuerpo normativo se insertan algunos de estos preceptos, nacidos en el Derecho común y que por lo tanto, nada tienen que ver con la normativa

¹¹¹⁸ MONTES RODRÍGUEZ, P., “Competencia legislativa de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, enero 2008, núm. 25, p. 11. La profesora, siguiendo a Gómez De la Escalera, sostiene que la competencia legislativa autonómica sobre Derecho civil foral, de manera contingente, se podrá desarrollar en función de que en el Estatuto respectivo se asuma esta competencia legislativa. De lo contrario, dicha competencia será titularidad del Estado. La autora realiza un exhaustivo análisis, teniendo como telón de fondo la interpretación de la expresión “allí donde existan”, admitiendo que, la interpretación del Tribunal Constitucional sobre las materias conexas en las sentencias 88/1993 y 156/1993 limita la ampliación del Derecho civil autonómico, y que la competencia legislativa en materia de Derecho civil en las Comunidades Autónomas sólo es posible considerando el binomio vigencia-existencia, de manera que sólo podrán existir los derechos que estén vigentes al tiempo de la promulgación de la Constitución.

¹¹¹⁹ El Observatorio de Derecho Civil Valenciano no ha encontrado una respuesta satisfactoria ante las escasas y poco efectivas pesquisas realizadas.

¹¹²⁰ MONTÉS PENADÉS, V.L., “La inesperada resurrección...”, op. cit., p. 9.



foral invocada¹¹²¹. Ante esta desviación, la pregunta que deberíamos efectuar en este caso no es el “por qué” sino el “para qué”¹¹²² es necesario legislar en materia de Derecho foral.

Dicha línea de pensamiento se ha acompañado de consideraciones que amplían el espectro de la teoría que resta consistencia a la legitimidad ejercida por la Comunidad Valenciana para elaborar Derecho civil “de cosecha propia” que parte de la tesis autonomista de base histórica, aunque tampoco se ha negado la posibilidad por estos sectores más reaccionarios de ejercer la competencia para legislar en Derecho civil valenciano, que no podrá basarse ni en la costumbre, ni en los Fueros. Partiendo de esta idea, se han objetado inconvenientes a las tendencias que desfiguran, según estas teorías reduccionistas, el principio de legislar dentro de unos cauces coherentes, poniéndose de manifiesto una vez más la limitación para legislar Derecho civil valenciano que emane del foral y reconociendo dichas voces que muy a pesar de las opiniones vertidas por este sector, el último Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana no ha sido objeto de impugnación alguna.

La solución al problema, partiendo de este punto, debería proponerse desde la perspectiva del Derecho civil autonómico, susceptible de generar un menor número de controversias competenciales¹¹²³.

¹¹²¹ Montés [MONTÉS PENADÉS, V.L., “La inesperada resurrección...”, op. cit.], Martínez Roda [MARTÍNEZ RODA, F., “El Derecho común...”, op. cit., p. 112], Vidal [VIDAL MARTÍNEZ, J., “Reflexiones en torno al artículo 149.1.8 de la Constitución”, *Documentación Jurídica*, 1981, núm. 29-32: “Se conserva, se modifica, se desarrolla lo que existe, lo que hay. En este sentido entendemos se delimita el ámbito de libertad del artículo 149.1.8, en el ejercicio por parte de esta posible competencia por parte de las Comunidades Autónomas. Ningún bien –pensamos- podría derivarse de la “foralización” de principios e instituciones de Derecho común que a partir de ahora cabe calificar de Derecho estatal.”] y Blasco Gascó [BLASCO GASCÓ, F., “La competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho civil”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2010, núm. 33, p. 30: “...limitar o legitimar el ejercicio de la competencia en las instituciones forales derogadas por Felipe V carece de referente constitucional y manifiesta más una especie de complejo jurídico por carecer de Compilación de Derecho civil...la referencia foralista a los Fueros...es absolutamente innecesaria y prescindible, no aporta nada ni a la atribución de la competencia ni a la manera de ejercitarla...La atribución de competencia en materia de derecho civil y su ejercicio se realiza de acuerdo con la Constitución española, no con los Fueros”] se han pronunciado de manera semejante sobre el particular, rechazando la tesis de la foralidad como solución.

¹¹²² Lo cual encajaría en la tesis que Montés ha descrito como el “acervo cultural”, mediante la que observó que “...utilizar el Derecho como elemento diferenciador resulta, al menos, de una dificultad extrema”, porque “Haría falta un estudio antropológico de verdadera entidad para determinar qué valores, principios o reglas forman parte de la idiosincrasia de un determinado grupo humano hasta el punto de servir como factores de diferenciación respecto de otros, y el resultado de ese estudio sería, con todo, de dudoso valor ante un elemento históricamente variable y acomodable. Afortunadamente los pueblos y su Derecho no se corresponden de un modo rígido.”. [MONTÉS PENADÉS, V.L., “La inesperada resurrección...”, op. cit., p. 10].



Se muestran evidentes las nuevas tendencias a las que otorga vía libre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana al referirse a “Derecho foral valenciano”. Esta expresión consiste en la mayoría de las ocasiones en algo que no es más que un recurso que amplía el repertorio de utilización de la materia legislativa –un ejemplo de ello sería legislar en materia de sucesiones- dadas las estrechas concesiones que por la vía del Derecho civil autonómico valenciano se podrían permitir. Pero una cuestión es la utilidad que podría reportar, y otra, la adecuación constitucional en base a la cual se confeccionara la norma, aspectos que deberían combinarse, cuya prevalencia para considerar la legalidad de la ley sin duda se otorgaría al factor constitucional.

Por lo demás, se patentiza la elocuencia de las opiniones en contra de la pervivencia de este Derecho foral¹¹²⁴.

Así pues, el convencimiento de la parcela doctrinal cuyas opiniones se exponen, se apoyaría, en primer lugar, en las tesis que se aferran a la realidad normativa, en cuyas interpretaciones se conjuga el uso y el razonamiento técnico jurídico más adecuado: en este sentido el rescate del Derecho foral no sería posible, por no ser lo preconizado ni por la Constitución ni por la doctrina del Tribunal Constitucional. Devendría superflua entonces la pretensión foral, puesto que la utilidad la proporcionaría el Derecho civil valenciano –por lo demás, escaso para los fines que se pretenden alcanzar-, legal y legítimamente constituido, aunque tal vez, esta caracterización no resultara suficiente para los partidarios del Derecho histórico basado en los Fueros, cuyo uso del antiguo texto consistiría en abarcar tareas de regulación dificultosa¹¹²⁵.

En este sentido se generan dudas, porque no se sabe si realmente la insistencia en la demanda del Derecho del Antiguo Reino obedece a un sentimiento que es fruto del patriotismo valenciano, o bien –por el contrario- sólo a una estrategia política que permita la elaboración de leyes insólitas, que asó merezcan ser calificadas por razón de

¹¹²³ La cuestión ha sido reenviada por la Constitución en una cuestión que “...no está totalmente delimitada” [PLAZA PENADÉS, J., “El Derecho Civil, los Derechos civiles forales o especiales y el Derecho Civil autonómico”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2012, núm. 12].

¹¹²⁴ El profesor Vidal ha expuesto la cuestión en sucesivas ocasiones [VIDAL MARTÍNEZ, J., “La potestad normativa de las Comunidades Autónomas en orden a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales”, *Revista General de Derecho*, 1982, p. 1083: “A nuestro entender, las Comunidades autónomas podrán en su caso, desarrollar la normativa contenida en las Compilaciones, en la línea de los principios que informan su respectivo Derecho civil, pero no, como hemos expuesto, “foralizar” Derecho común o estatal.”].

¹¹²⁵ El Derecho de sucesiones podría ser un ejemplo de dichas materias.



su inadecuación constitucional; esto es, contando con métodos más metajurídicos que jurídicamente posibles.

No debe olvidarse la finalidad y aplicación práctica a nuestra vida que de este nuevo Derecho se podría predicar, ni el origen y similitud con el Derecho castellano, debiendo reflexionar sobre si realmente su extinción se ha debido a su evidente falta de restablecimiento por mor de su derogación -en la medida que la falta de uso deriva del desinterés¹¹²⁶ y el desinterés, tal vez, haya sido una consecuencia patente de su falta de utilidad, por parecido, como decimos, a un Derecho castellano muy similar, de origen romano canónico¹¹²⁷ - y considerando si su reinstauración tendría una buena acogida por la sociedad valenciana.

b. Posturas a favor del desarrollo de un Derecho foral valenciano

i. Moderadas

Pese a las opiniones que con mayor energía han defendido la solidez de la Constitución en relación con la competencia otorgada al Estado para legislar civilmente, destaca un sector constitucionalista valenciano que encuentra una respuesta significativa al brete que conforma esta cuestión.

Significativa, decimos, en cuanto al contenido revelado por esta postura, dado que si bien no adopta una posición explícitamente aperturista en cuanto a la capacidad para legislar en materia de Derecho foral valenciano, sí que parece mostrar una ruptura con las tesis reduccionistas, que niegan de plano esta facultad¹¹²⁸.

¹¹²⁶ Tal vez, en primera instancia, temor a la represión, pero con el paso del tiempo, desinterés propiamente dicho.

¹¹²⁷ Esta falta de necesidad hace que la tendencia, más que por el Derecho foral, se decante por un derecho civil autonómico útil, por ello no en vano se ha sostenido que "...tenemos un Derecho civil autonómico que crece, que ya no está en situación de inferioridad con respecto al estatal y que puede servir de guía para la deseable modernización y perfeccionamiento de la legislación civil del Estado" [BATALLER RUIZ, E., "El Derecho civil autonómico..." op. cit.].

¹¹²⁸ Se pone en duda por la profesora Sánchez Ferriz que la expresión "allí donde existan" del artículo 149.1.8 de la Constitución tenga el carácter determinante que le ha atribuido gran parte de la doctrina: "...la mención constitucional comporta una garantía de institución que bien pudo reconducirse solo aquellos derechos vigentes al momento de publicarse la Constitución pero que no se hizo así, limitándose al impreciso uso, ya comentado, del verbo existir sin precisar en qué momento debían existir ni con qué carácter si de vigentes o no." [SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Lectura constitucional del artículo 149.1.8º de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 58].



Se intenta huir del discurso del repetido agravio histórico, intentando encontrar soluciones dentro de la propia Constitución¹¹²⁹ y parece que la solución en ocasiones se encuentra, además, en factores más políticos que normativos¹¹³⁰.

Así pues, este cambio de perspectiva puede obedecer a una mutación constitucional, donde el federalismo político podría ofrecer soluciones prácticas, siendo que “la mutación operada en el marco de la foralidad sí ha jugado en beneficio de los intereses de algunas partes del Estado”¹¹³¹, y donde el argumento que más veces ha sido rechazado, en esta ocasión, cobra singular importancia, por cuanto podría encontrarse en la propia historia, la herramienta que le confiere normatividad a la Comunidad Valenciana (a pesar de que no se podría invocar como fundamento de competencia alguna)¹¹³², avalada en otras ocasiones por la propia Constitución, aquella que se basa en los elementos de identidad propios de los valencianos¹¹³³.

Desde la perspectiva constitucional se ha tratado de arrojar luz a las teorías anquilosadas de una porción del sector civilista, basada en la vigencia actual del

¹¹²⁹ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Lectura constitucional...*, op. cit., p. 61: “Y tal ha de ser el planteamiento de la Comunidad Valenciana, centrar sus esfuerzos en extraer todas las posibilidades del artículo 149.1.8ª y de la jurisprudencia constitucional...sobre la amplitud de las posibilidades que el término “desarrollo” puede dar de sí. Sin perjuicio de las referencias del Estatuto a la foralidad, si ésta se limita a ser un referente identitario, del que no se pretenda extraer eficacia normativa en las futuras que la Comunidad vaya elaborando, es de esperar que no se planteen graves problemas ante el Tribunal Constitucional a condición, por supuesto, de que se razone debidamente la competencia estatutaria que se desarrolla en cada caso y de que no se invada la reserva de competencias civiles que el artículo 149.1.8ª determina en favor del Estado.”

¹¹³⁰ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Lectura constitucional...*, Ibidem: “Seguramente los errores de enfoque han pesado, pero también ha pesado la ausencia de condiciones políticas que han concurrido en otras Comunidades...pero también porque se han jugado bazas políticas que han aligerado la interpretación y la aplicación del precepto constitucional y de los recursos cuando se han planteado dudas de constitucionalidad”.

¹¹³¹ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Lectura constitucional...*, op. cit., p. 68

¹¹³² SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Lectura constitucional...*, op. cit., p. 72.

¹¹³³ Por este motivo, Sánchez Ferriz ha entendido que aunque “...quien escribe ahora no lo hace desde empeño alguno en recuperar tantas instituciones como probablemente se pretende por algunos, aunque sí en cambio las que realmente sean propias de nuestra idiosincrasia regional. Pero, dicho esto...al contrario, tampoco creo que con el ejercicio de la competencia vaya a quedar afectado ningún principio constitucional ni se vaya a empobrecer la tradicional lealtad constitucional de esta Comunidad, por lo que, puestos a aceptar la negación de la competencia, es de justicia exigir un razonamiento coherente que es lo que hasta ahora no he conseguido hallar”. Igualmente, El profesor Vicente García Edo también así lo ha aseverado: “...la història viva dels valencians, i sobre tot, la seua vertadera simbologia, que no és ni la bandera, ni la llengua, ni l'arròs, ni les Falles, no...la verdadera carta d'identitat dels valencians és, precisament, els Furs...” [entrevista realizada por Canal 9. <https://www.youtube.com/watch?v=80e1d6gFIXU>. Publicada el 18 de abril de 2012. Fecha de la búsqueda: 17 de mayo de 2015].



Derecho foral en el momento del inicio de la vigencia de la Carta Magna, directamente dependiente por otra parte, de la existencia de Compilaciones¹¹³⁴.

Es fundamental pues, poner de manifiesto que la expresión “allí donde existan” no es la cuestión determinante, ni siquiera reconocer el mantenimiento de los Fueros, sino que lo que realmente debería importar sería la existencia de unos órganos legislativos capaces de desarrollar este Derecho propio, porque al fin y al cabo el Derecho foral no dejaría de ser una figura anticuada y anacrónica¹¹³⁵.

De ello podría derivarse que el propio artículo 149.1.8ª de la Constitución es una herramienta suficiente que no precisa de más ayuda para el desarrollo de esta competencia que la propia Constitución, junto a la adecuada explotación de la doctrina de las materias conexas, y que habría sido una materia más vetada por la doctrina que por el propio Tribunal Constitucional, a pesar de que la doctrina jurisprudencial “no siempre ha ayudado en el asentamiento de pautas claras ni en la defensa de la eficacia normativa...”¹¹³⁶. En este sentido se ha mostrado relevante el aspecto más dinámico que por la vía interpretativa esquiva la literalidad del precepto y la contingencia de la existencia de textos representados por las Compilaciones, siendo los únicos que pueden mantener su vigencia al tiempo de la aprobación del texto constitucional.

ii. Progresistas

Otras líneas argumentales civilistas, de un modo más explícito y directo, han defendido la capacidad para legislar en materia de Derecho foral, de modo que, obviando el empleo de premisas más razonadas o enrevesadas¹¹³⁷, directamente respaldan la licencia autónoma y automática que generó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 2006, superando la debatida expresión “allí donde existan” y apostando con determinación por la existencia y posibilidad del paso del Derecho al

¹¹³⁴ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Lectura constitucional...*, op. cit., p. 72: “Es cierto que la expresión «allí donde existan», del artículo 149.1.8ª CE condiciona la competencia a una realidad más o menos histórica; pero no lo es menos que, salvando la finalidad normativa de tal expresión, las interpretaciones pueden ser varias y la más restrictiva, que en forma inmensamente mayoritaria se ha aplicado al caso valenciano, salvo contadas excepciones, no se compadece con la realidad histórica (ni presente) de la Comunidad Valenciana...”

¹¹³⁵ Cita Sánchez Ferriz a Roca i Trias en este caso. La postura es similar también a la mantenida por De los Mozos, en relación con el papel y la utilidad del Derecho foral.

¹¹³⁶ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Lectura constitucional...*, op. cit., p. 97.

¹¹³⁷ Si se nos permite el uso de dicha expresión.



Derecho foral valenciano, tomando como apoyo la propia D.A. 1ª CE y además, entendiendo como título habilitante el mismo artículo 149.1.8 CE¹¹³⁸. Es claro en este sentido que en ocasiones no se necesita acudir a múltiples rodeos para posicionarse de manera determinante en favor de la opción foral y con fundamento en preceptos reconocidos por la mayoría de la doctrina de manera notablemente precavida, amparándose, entre otras cosas, en el silencio del máximo intérprete constitucional sobre el contenido del articulado¹¹³⁹.

El mismo enardecimiento en la materia se ha manifestado al sostenerse que “...el Derecho civil foral valenciano está más vivo que nunca, lejos de considerarse una reliquia del pasado”¹¹⁴⁰.

Los fundamentos de estas razones son aquellos que centran el debate y toman como argumento principal la diferenciación identitaria, más que el enjuiciamiento bajo un prisma exclusivamente político.

¹¹³⁸ MOLINER NAVARRO, R., “Las Competencias en materia de derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2ª del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, núm. 18 (extraordinario), pp. 363-365: Incluso con el anterior Estatuto “cabía aportar argumentos para avalar una capacidad legislativa de la Generalitat, incluso más allá de las instituciones consuetudinarias y las conexas con ellas”. Además, “La inclusión de la fórmula «Derecho civil foral valenciano» despeja definitivamente todas las dudas sobre la plena capacidad legislativa en materia foral y zanja, de una vez por todas, el debate doctrinal sobre el significado de la expresión «*allí donde existan*» del art. 149.1.8ª de la Constitución, que ya no cabe interpretar referida al momento de entrada en vigor de la Constitución, sino en sentido amplio, a la vigencia del Derecho foral en algún momento anterior, aunque en 1978 se encontrara derogado. El texto estatutario, a la luz del respeto a los «Derechos históricos de los territorios forales», establecido en la *Disposición Adicional 1ª* de la Constitución, da por sentado que el Derecho civil foral valenciano *existe* en la Comunidad Valenciana.”, y por esa misma razón “...el art. 149.1.8ª de la Constitución no impide que la Comunidad Valenciana asuma plenas competencias en materia de Derecho civil foral... la redacción del art. 49.1.2ª del Estatuto está perfectamente formulada para asumir plenas competencias y no requiere de precisión alguna, la Generalitat no ha ejercitado todavía esa competencia para legislar sobre materias de Derecho civil reguladas por *Els Furs*”, por lo tanto “Cuando esto se realice, si es que eventualmente se planteara un recurso de inconstitucionalidad (esa ha sido la mecánica seguida en otras CCAA), el TC tendría oportunidad de pronunciarse sobre este tema, aunque cuenta con elementos suficientes, en mi opinión, para desestimarlos. Ojalá tengamos la oportunidad de saberlo pronto. Habrá que esperar a que sus señorías decidan materializar legislativamente alguna iniciativa de la *Comisión de codificación* recientemente creada”.

¹¹³⁹ En común con la opinión de Blasco Gascó, con el que viene a coincidir en este aspecto, aunque no en la exposición crítica del catedrático, que recela de un desenlace tan sereno, en relación con la cuestión jurídico-foral.

¹¹⁴⁰ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *Prospectiva del Derecho civil foral valenciano*, Universitat Politècnica de Valencia, Valencia, 2011, p. 347: “Ello nos posiciona como Comunidad con Derecho propio, ya que se aplica dicha norma preferentemente en nuestra Comunidad Valenciana, dejando en un segundo plano, como aplicación supletoria el Código civil, el Derecho común, en defecto de la Ley foral, la costumbre y los principios generales del ordenamiento jurídico valenciano, y la doctrina jurisprudencial civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Se cumple, así, un deseo manifestado a lo largo de siglos por parte del pueblo valenciano de recuperar y aplicar su Derecho propio.”. Al respecto la misma opinión podemos encontrar también en RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “El Derecho civil valenciano ante la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la costumbre”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, núm. 19, p. 221.



Por otra parte, según esta línea de opinión y al abrigo de la Constitución, se pretende dotar al Derecho civil valenciano de una complejidad consistente, integrado por unas antiguas normas que deben venir a conformar un ordenamiento que debe excluir al Derecho común, que no guarda tanto parecido con el Derecho foral antiguo¹¹⁴¹.

Entonces, la Constitución no sólo debería permitir, sino que debería ir más allá, promoviendo la elaboración de dicho Derecho y asumiendo sus obligaciones como cuerpo jurídico ordenador básico de la Nación.

Las singularidades que presenta la postura de interpretación estricta debería ceder ante aquella que considera que la existencia de Derecho histórico con base en su vigencia debería adoptar un carácter armónico, debiendo despojarse del carácter minimalista y que únicamente aboca a “tristes y pobres resultados”¹¹⁴², puesto que la vía interpretativa debería ser la propia de la comparación entre el propio texto del artículo 149.1.8 CE y el del artículo 13 del Código civil, de cuya confrontación, el artículo constitucional nos conduciría a la interpretación más favorable en favor de los *Furs*, para lo cual debería considerarse el bloque de foralidad civil¹¹⁴³.

Los devaneos especulativos sobre la manera más consistente de que el Derecho foral valenciano quedara encajado en un sistema normativo con el que debía complementarse el Derecho común debían quedar zanjadas mediante la generación de

¹¹⁴¹ Muy al contrario de la corriente de opinión partidaria de la similitud entre derecho castellano y foral valenciano, Domínguez Calatayud incide en las diferencias entre ambos Derechos y concede al Derecho foral el calificativo de ordenamiento más libre, donde impera el pacto; y por ello, mejor y más democrático que el de naturaleza castellana [DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Posibilidades constitucionales de una plena recuperación de nuestro Derecho Foral Civil*, Temas de las Cortes Valencianas, Valencia, 2004, p. 36: “También se sostiene que la falta de interés recuperador suficiente por parte de los valencianos puede deberse a la identidad sustancial de contenidos entre el Derecho castellano que nos aplicó y nuestros abolidos «Furs», al tener todos ellos un tronco común romano representado, para el Derecho castellano, por el Código de Partidas, por cierto, posterior a nuestras Costumbres. Sin embargo, esta tesis no parece totalmente satisfactoria si tenemos en cuenta que instituciones tan importantes como el régimen económico matrimonial o el sistema legitimario eran diferentes en uno y otro Ordenamiento.”]. Se ha sostenido que entre el derecho castellano y el valenciano no eran tan grandes las distancias, por lo tanto en Valencia no se encontraron tantos inconvenientes para el uso del derecho de Castilla, pero ha habido voces discordantes al respecto. Una de las que más notablemente ha contradicho este hecho, junto al anterior autor, ha sido el profesor Palao: “Los contrastes entre éste [refiriéndose a los Fueros] y el igualmente código Alfonsino resultan patentes cuatro siglos después de sus respectivas elaboraciones. Sobre la base común, dos sociedades distintas han ido labrado diferencias que, con el tiempo, son insalvables...” [PALAO GIL, F.J., “La insuficiencia de la costumbre...”], op. cit., p. 1901].

¹¹⁴² DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Posibilidades constitucionales...* op. cit., p. 63.

¹¹⁴³ Expresión que ha venido conjugándose paralelamente a la de “bloque de constitucionalidad”. Domínguez Calatayud defiende incesantemente la restitución de los *Furs*, siempre basándose en los valores y principios de la norma constitucional, lo cual supondría una solución “constitucionalmente impecable” [DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Posibilidades constitucionales...* op. cit., p. 64].



un Derecho civil valenciano actualizado, empapado de los valores constitucionales, para poder ser posteriormente, conservado, modificado y desarrollado. De este modo el encaje histórico foral valenciano dejaría de ser la aporía que desde otros sectores se pretendía, dado que la propia historia y los valores de lealtad a la norma suprema, profesadas por los valencianos, podían otorgarle esta carta de naturaleza.

Esto considerado, la costumbre no podría ser soporte suficiente para la elaboración de un Derecho valenciano completo¹¹⁴⁴, sino que los medios necesarios que no necesitan de mayor interpretación ni se enfrentan a más obstáculos que la propia voluntad del legislador, deberían ser los artículos 149.1.8, junto a la Disposición Adicional Primera y el artículo 31.2 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que tantas veces habían sido enjuiciados con reservas para posibilitar esta acción de foralizar el Derecho valenciano.

También el Dictamen 748/2009 del *Consell Jurídic Consultiu* dictado a raíz del Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones, expresa que el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana configura “...el Derecho Foral, en su caso, como pauta de actuación o inspiración, a fin de encontrar en el Derecho histórico reglas o instituciones que, ajustadas a la realidad y a los principios constitucionales, sean demandadas por la sociedad valenciana, y objeto de regulación”¹¹⁴⁵.

Aunque se ha vislumbrado una incompatibilidad manifiesta entre la doctrina del Tribunal Constitucional y el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 2006, la costumbre parece que se presente como un elemento incapaz de aportar a la nueva formulación del nuevo régimen jurídico civil valenciano alguna contribución positiva en este aspecto.

¹¹⁴⁴ BLASCO GASCÓ, F., “Las competencias...”, op. cit., p. 19: “...la puerta que se entreabre a la costumbre no sabemos dónde nos puede conducir...”.

¹¹⁴⁵ De manera parecida se ha pronunciado la Dra. Moliner: “En definitiva, las alusiones al Derecho foral histórico no responden meramente a un secular complejo valenciano, no superado, de carencia de fundamento constitucional para legislar en materia civil. Por tanto, la presencia de estos preceptos no puede pretender explicarse sólo desde una dimensión legitimadora de la asunción indebida de la competencia. Más bien al contrario.” [MOLINER NAVARRO, R., “Artículo Séptimo”, en GARRIDO MAYOL, V. Dir., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 206]. No obstante, el *Manifiesto a favor de Derecho civil valenciano de 13 de febrero de 2004* sí que se ha detenido en esta circunstancia, incluyendo en el apartado referido a las competencias de la Generalitat Valenciana que “La Constitución...no convierte, ni podría hacerlo...la Historia...en fuente de la que emanen directamente las competencias...”.



c. La inviabilidad de la costumbre

La costumbre ha jugado un papel protagonista en el desarrollo del quimérico derecho foral valenciano y su igualmente pretendido resurgimiento en la actualidad, tanto para lo bueno, como para lo malo. Aunque inicialmente tampoco revista un carácter imprescindible¹¹⁴⁶ -siempre subordinada a la ley-su vestigio sería, unos siete siglos más tarde, objeto de un debate que alimentaría posiciones enfrentadas a la hora de legislar en materia de Derecho civil valenciano¹¹⁴⁷.

De todos es sabido que las propias instituciones consuetudinarias son enarboladas en algunos casos con distinto grado de entusiasmo para promover una activación y desarrollo de un Derecho propio. Estas costumbres, precisamente, han constituido el factor detonante de la interpretación constitucional para habilitar una parte del Derecho que seguiría vigente en la actual Comunidad Valenciana, pero no ha resultado suficiente para legitimar el brote de un foralismo valenciano, en el que por otra parte, todavía no creen demasiados juristas.

La pervivencia de la costumbre, según la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido puesta en duda como “Derecho consuetudinario que tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma” por su difícil encaje en relación con el Derecho civil común y sobre todo porque se considera mejor calificada cuando se habla de ella como una costumbre decimonónica, pero no

¹¹⁴⁶ Por lo que se desprende del estudio de Obarrio en lo referido al Derecho valenciano [OBARRIO MORENO, J.A., “La costumbre en el Reino de Valencia”, en CHAMOCHO CANTUDO, M.A. Dir., *Droit...*, op. cit. Universidad de Jaén, Jaén, 2011], si bien no hallamos en su doctrina un intento de otorgar una construcción sistematizada de la *consuetudo*, sí se observa la pretensión por delimitar sus perfiles jurídicos, así como de su encuadramiento en el conjunto normativo del Reino, con especial referencia a la relación existente entre esta misma costumbre y la *lex*]. En esta misma línea de investigación ha trabajado Palao, que reconociendo el cuestionamiento del valor jurídico de la costumbre y siguiendo a Belluga y Bártolo, alcanza la conclusión de que en sus orígenes, “...toda transgresión al cumplimiento de las costumbres debe ser sancionada como si de una infracción a los fueros se tratara”, aunque no obstante, “éste está subordinado al carácter vinculante de la ley, esto es, la costumbre tiene fuerza legal siempre que ésta sea «buena y racional» y no atenten al Derecho foral” [PALAO GIL, F.J., “Leyes y costumbres en la recuperación del Derecho foral”, en CHAMOCHO CANTUDO, M.A. Dir., *Droit...* op. cit. Universidad de Jaén, Jaén, 2011, pp. 111-112].

¹¹⁴⁷ PALAO GIL, F.J., “Leyes y costumbres en la recuperación del Derecho foral”, en CHAMOCHO CANTUDO, M.A. Dir., *Droit...* op. cit. Universidad de Jaén, Jaén, 2011, p. 136: “La costumbre es una fuente secundaria, limitada y subsidiaria; era una curiosidad en los tiempos de Joaquín Costa, y desde entonces no ha hecho sino retroceder. En nuestra época, la del derecho racional y codificado, que se basa de forma casi exclusiva en la ley escrita, ocupa un espacio marginal. Es, además, como forma autóctona de crear reglas de conducta, difícil de incluir en calificación de derecho foral o especial. Las instituciones que han llegado hasta nuestros días –al menos las más relevantes- no provienen de los antiguos fueros, sino que surgieron en el XVIII o con posterioridad.”. Del mismo modo se ha pronunciado el profesor Montés.



foral, puesto que “tan derogada como el Derecho civil escrito de Els Furs, quedó toda la costumbre de la época foral en su función de fuente del Derecho”¹¹⁴⁸.

Esta interpretación se despojó de su dependencia jurisdiccional constitucional a raíz del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Sería entonces cuando, en el nuevo Estatuto y con respaldo en las leyes de transferencia se dio por sentada la asunción de una competencia legislativa clara e inequívoca, no derivada de *corpus* consuetudinario alguno.

Por lo tanto, no podría existir un Derecho civil foral consuetudinario, sino un Derecho foral, en cuyo contenido el legislador valenciano tomaría el impulso para adentrarse en la elaboración de una legislación civil similar.

Asimismo, se ha mantenido que la mutación de la costumbre en ley pone sobre la mesa el delicado conflicto de la alteración del sistema de fuentes, sobre todo considerando su ámbito territorial “ultralocal”. En definitiva, la costumbre no podría acotar el carácter de la ley foral, sino que dicha ley debería nacer liberada de esta vinculación.

De este modo, la manera en que el Tribunal Constitucional acotó la costumbre valenciana dejando que desplegara sus efectos legalmente sobre la ciudadanía del territorio, hizo que los resquicios de la competencia valenciana en Derecho civil no puedan florecer ni reproducirse, por eso se ha convertido en una competencia “irreconocible e imposible de ejercitar”¹¹⁴⁹, lo cual se convierte en un fenómeno más gravoso, cuando de antemano esa competencia ya ha sido transferida por el Estado y debería poder ejercerse sin mayor cortapisa.

¹¹⁴⁸ DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., “La competencia de la Generalitat para legislar en materia de derecho civil valenciano: su evolución desde la Constitución de 1978 hasta el Estatut de 2006: una reflexión lealmente crítica sobre la doctrina de la Sentencia 121/1992 del Tribunal Constitucional” en PALAO GIL, F.J. et al., *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.160. Los profesores Carrión, Montés, Blasco Gascó y Palao, entre otros muchos, han referido igualmente la endeble doctrina del derecho consuetudinario y de su inviabilidad para, partiendo de la misma, elaborar un Derecho civil valenciano. El último de los autores citados ha mantenido que “La doctrina instaurada en aquella sentencia es contradictoria con la ley en vigor, y hoy no parece posible una interpretación armonizadora como la que intentó hace casi veinte años. La disyuntiva es bien visible: o se declaran inconstitucionales los artículos correspondientes del Estatuto o bien se permite el ejercicio de la competencia con los límites que asume el propio Estatuto. La primera opción conducirá a un previsible conflicto institucional; la segunda tendrá siempre sobre sí la espada de Damocles de la cuestión de inconstitucionalidad. Lo que juzgo evidente es que la vía de la costumbre está finiquitada, y ya no constituye una opción viable” [PALAO GIL, F. J., “La insuficiencia de la costumbre...”, op. cit., p. 1898].

¹¹⁴⁹ DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., “La competencia de la Generalitat...”, op. cit., p. 173.



Los esfuerzos interpretativos por parte del Tribunal Constitucional, bien al contrario de lo que sucedió y según los deseos del legislador autonómico, deberían haber supuesto una habilitación de la competencia, puesto que, lo que tampoco se pretendió por parte del legislador fue una declaración actual de las antiguas normas forales del Antiguo Reino de Valencia.

En realidad, el fin perseguido parece que partía del contenido de los *Furs*, sólo en virtud de la nueva competencia para legislar, pero nunca como reflejo de una transposición directa de dichas normas, circunstancia por otra parte, imposible.

Si bien, el planteamiento del Tribunal Constitucional ha sido reiteradamente analizado y combatido, en nuestros días y tras más de veintitrés años de pronunciamiento, el modo procedimental por parte del Ministerio de Administraciones Públicas sigue siendo el mismo. La antesala del litigio entre Estado y Comunidad Autónoma parece que inevitablemente vira en torno a un planteamiento inercial entre ambos entes, lo que conduce al Estado a preguntar a la Comunidad en cuestión, que aclare si existe costumbre vigente y practicada sobre la ley en liza. Esto ha llevado a TORREJÓN a denominar dicho trámite como “fase besuguil”¹¹⁵⁰, por lo absurdo de su formulación y planteamiento.

4.4.4 Un desequilibrio procedente de las posturas autonomistas. Apertura a otras variantes del problema

El objeto de nuestro estudio adquiere una ampliación de su vertiente al centrar la perspectiva para legislar bajo una pauta menos formalista y encorsetada, sobre todo, centrando buena parte de la postura crítica en el posible plano de desigualdad entre comunidades forales y no forales¹¹⁵¹, que no se hubiera manifestado de haberse decantado por una separación deliberada del principio de foralismo. Las consecuencias de esta desigualdad han venido a descalificar el Derecho en las Comunidades no forales,

¹¹⁵⁰ TORREJÓN PUCHOL, J.E., “Los recursos de inconstitucionalidad contra las tres primeras leyes civiles forales valencianas posteriores a la reforma del Estatut d’Autonomia de la Comunitat Valenciana del año 2006 y sus incidencias” en PALAO GIL, F.J. et al., *Cuatro estudios...* op. cit., p.422.

¹¹⁵¹ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Las competencias legislativas...” op. cit, p. 10: “...el panorama actual del Derecho civil autonómico refleja una situación mucho más desigual entre las regiones que la existente en 1978. Las que tenían entonces Derecho foral han ampliado extraordinariamente las fronteras de su Derecho civil propio al amparo de los establecido en el artículo 149.1.8 de la Constitución, mientras que las regiones que no tenían ese derecho foral sólo han podido legislar aquella parte del Derecho civil que se recoge en el artículo 148 de la Constitución y en sus correspondientes Estatutos de Autonomía...”.



hasta el punto de haber sido tratadas estas mismas normas de “calderilla” por algún autor¹¹⁵². Así, desde dicha óptica, la expresión “allí donde existan” debería haber incluido la íntegra variedad de derechos civiles propios, existentes o no en el momento del nacimiento constitucional hasta el punto de poder alcanzar la modificación del artículo 149.1.8ª con el fin de “posibilitar la igualdad de todas sus Comunidades Autónomas en sus competencias sobre Derecho civil”¹¹⁵³.

A esta desigualdad habría que añadirle la inseguridad jurídica y la disparidad normativa, dado que la regulación normativa efectuada por las Comunidades Autónomas derivada de su competencia legislativa civil, en numerosas ocasiones ha sido la consecuencia de una clara desviación constitucional, resultado de pactos políticos y de acuerdos ajenos al rigor normativo que el mismo texto constitucional exige, al tiempo que también ajenos a las interpretaciones efectuadas por el propio Tribunal Constitucional¹¹⁵⁴.

El desiderátum de igualdad esgrimido en este caso pasa a convertirse en una realidad alcanzada, resultado de la “tozuda realidad legislativa”¹¹⁵⁵ sustentada en el pragmatismo político de cada época, cuyo efecto poco hilarante, devendrá en una irremediable vulneración del artículo 149.1.8ª. En este caso, más que una desigualdad entre Comunidades, encontraríamos una faceta del problema basada en la múltiple

¹¹⁵² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Las competencias legislativas...” op. cit, pp. 10-11.

¹¹⁵³ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Las competencias legislativas...” op. cit, p. 15

¹¹⁵⁴ También ha sido referido el asunto por Bello Janeiro, en relación con el socaire legislativo civil de cada Comunidad Autónoma: “En general, la realidad actual es que todas las Comunidades Autónomas, y no sólo las denominadas tradicionalmente forales, han asumido competencias en materia de Derecho Civil y no se han limitado estrictamente a la conservación, modificación y desarrollo de su derecho foral o especial sino a legislar bajo principios propios y distintos a los del Código Civil sobre las instituciones que les ha parecido más oportuno, tuvieran o no antecedentes en su legislación propia que pudieran desarrollar, e incluso forzando las materias atribuidas «en todo caso» al Estado.” [BELLO JANEIRO, D. y FRAGA IRIBARNE, M., *El desarrollo...* op. cit., p. 22]. Por otra parte, este enfoque se ha centrado también en otras comunidades de Derecho foral, en las que incluso se desarrolla un espíritu crítico, indicando que debe romperse la tendencia minimalista de legislar, debiendo ir más allá. No por el hecho de tener Compilación propia, el legislador autonómico debe conformarse. Parece que en este sentido, los que anhelan el Derecho foral, ansían su restitución, pero los que lo poseen, olvidan cuidarlo todo lo que deberían: “...se ha dejado pasar una oportunidad de oro; conclusión, por otra parte, que aún resulta más patente y dolorosa al observar la evolución del sistema en otras comunidades autónomas con Derecho civil propio. La expansión institucional que han llevado a cabo todas ellas a través de su propia producción legislativa ha sido patenta [sic] y de un hondura y consistencia innegables.”, además de que “La reconducción del actual estado de cosas, pasa, a mi modo de ver, por un estudio previo de reflexión serena sobre el problema. Esto es lo urgente, y no la adopción precipitada de decisiones o medidas de política legislativa conducentes a una proliferación normativa inútil o sin sentido, que, por precipitadas, pueden resultar irreflexivas y, por tanto, contraproducentes.” [TORRES LANA, J.A., “Veinte años después...”, op. cit., pp. 2393 y 2402].

¹¹⁵⁵ ACEDO PENCO, A., “Derecho civil autonómico *versus* Derecho civil estatal: estado de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2010, núm. 28, p.243.



variedad de derechos civiles autonómicos que tenderían a la ruptura de la unidad jurisdiccional. Este motivo parece que se esgrimiría, no por haber incurrido en una tendencia anticontralista de la que cabría alejarse –lo cual conduciría al debate a los orígenes de la Codificación española civil, con marcada tendencia liberal- sino porque tal vez, no sería necesaria dicha diferenciación ante unos problemas comunes para ciudadanos de territorios, cercanos en la distancia y tal vez, también en las ideas y en las situaciones diarias que el Derecho civil debiera resolver.

El contraste fundamental en esta cuestión reside en la tendencia de contención y armonización europea frente a la citada propensión diseminadora de los derechos civiles territoriales. Parece sin embargo que el *quid* de la cuestión no deba residir en una comparación entre ordenamientos de demarcaciones territoriales tan diversas –máxime en un espacio tan amplio como el europeo- dado que la armonización de normas entre países de la Unión probablemente vendrá relacionada con materias entre las que no existan, a priori, problemas que sean de difícil reconducción, cuya avenencia no resulte una tarea especialmente embarazosa alcanzar¹¹⁵⁶.

4.4.5 Posicionamiento: entre propósitos y obstáculos

La búsqueda de un posicionamiento sensato y legal nos sitúa entre la voluntad de avanzar en el desarrollo competencial valenciano, al tiempo que nos plantea si detenernos ante la barrera erigida por nuestro Tribunal Constitucional.

¹¹⁵⁶ Materias de Derecho Internacional Privado serían más manejables, al menos, más que las de Derecho sustantivo donde el asunto, tal vez, se volvería más espinoso. De manera semejante se ha pronunciado Cámara Lapuente, que además, reflexionando sobre el particular, intuye también puntos de encuentro entre la cuestión foral y nacional: “Por supuesto, sería ingenuamente idealista desconocer, como he dicho con anterioridad, que hay determinadas materias en las que las disparidades son tan abultadas que el esfuerzo armonizador resultaría desproporcionado y, seguramente, estéril (al menos por el momento). Igual que ocurre en sistemas transnacionales, entre los distintos Derechos «forales» y el propio Derecho «común» español se dan esos ámbitos, ampliamente divergentes, como el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones (que justamente suponen el ámbito más amplio de normas «forales» positivizadas). De ahí que no quepa hablar de unificación, sino de armonización y tampoco total. Traer a colación en este punto el ejemplo de sistemas federales (sobre su repercusión en el Derecho civil, sin entrar en consideraciones de organización política), como el de Estados Unidos no resulta, a mi juicio, descabellado, aun cuando las diferencias sean notorias; la existencia de un Derecho común, incrementable en el futuro, por vía de asunción de principios comunes, ante las nuevas realidades sociales y jurídicas, por parte de las entidades con competencia legislativa propia, es una realidad en otras latitudes. Las ventajas y resultados de los *restatements*, antes referidos, pueden constituir uno de los posibles puntos de referencia en este quehacer. Una adecuada y serena ponderación de las ventajas e inconvenientes de un tal proceder y del impacto que las iniciativas armonizadoras de signo comunitario, ya reseñadas, pueden tener sobre el viejo conflicto denominado como «la cuestión foral», se erige en premisa necesaria para dilucidar el diseño del Derecho civil del siglo XXI.” [CÁMARA LAPUENTE, S., “Hacia un Código Civil europeo: ¿realidad o quimera?”, *Diario La Ley*, 1999, T. II, p. 9].



La voluntad de legislar en Derecho valenciano es incuestionable. La vía inductiva¹¹⁵⁷ tal vez ya no resulte suficiente, siendo necesario tomar las riendas en un asunto que ha superado con creces el estadio de mera reivindicación falta de intensidad y de aire más bien formalista.

Ahora el sentimiento de recuperación foral se pertrecha de argumentos legales y pretende enriquecer la realidad normativa, apoyándose en algo más que en el simple agravio histórico. Por este motivo toma como soporte legitimador nada menos que las leyes de carácter más cualificado de nuestro ordenamiento, en su forma de orgánicas.

La historia muestra una realidad de los hechos patente: las intenciones de recuperación de dicho Derecho que no pudieron verse materializadas. En nuestros días, el Derecho constitucional ha tratado de encajar la pretensión dentro de la Constitución¹¹⁵⁸ y los civilistas valencianos se dividen: los unos tratando de encontrar un respaldo legal y también en la doctrina constitucional, admitiendo la existencia de un Derecho civil valenciano actual, pero alejado de lo foral, y por lo tanto, limitado y sin hallar ningún tipo de remedio a este inconveniente; los otros -esto es, la facción más progresista de la disciplina civil- se resisten a una minusvaloración del bloque de foralidad y embisten repetidamente contra el bardal constitucional que acota la competencia del legislador valenciano.

Los argumentos de ambos sectores son coherentes, tanto desde la perspectiva de su argumentación técnica como desde la razón de cada comentario. Así, partiendo del prisma de un jurista pragmático, se diría que la competencia no puede crecer desde tan hondas raíces, al menos no desde aquellas que pretenden hacer florecer la restauración de un ordenamiento civil con un cuerpo íntegro, sólido –entendiendo por tal, el ámbito del Derecho de familia y de sucesiones- y sobre todo, limitado por el Alto tribunal enjuiciador de la Constitución, que postulan la defensa de una letra de la ley a la que

¹¹⁵⁷ Reseñada por Bataller y López Beltrán de Heredia.

¹¹⁵⁸ Ante el debate de la admisión de los *Furs* como materia objeto de legislación se han destacado una recopilación de posturas, que podrían resumirse en aquellas que entienden que la competencia para legislar sólo puede referirse al Derecho consuetudinario; en segundo lugar, las que adoptan el criterio autonomista, partidarias de que el contenido de la competencia de la Generalitat en materia de Derecho civil alcanza absolutamente, todo el contenido de este Derecho; en tercer lugar, las que niegan la eficacia de la transferencia de la competencia a la Comunidad Valenciana, porque sostienen que el Estado no puede transferir una competencia de la que no es titular (teoría ésta de difícil alcance si consideramos las leyes orgánicas 5/1982 y 12/1982); y por último, las que enarbolan el ejercicio de la competencia a través de una evidente conexión foral, es decir, que postulan la validez de las normas civiles forales actualizadas y constitucionalizadas.



atender y cuyo respeto debe mantenerse, so pena de una censura en el nacimiento y en la aplicación de esas mismas leyes.

Este aspecto se parapetaría tras la cobertura constitucional y en los antecedentes de sus resoluciones, basándose en la interpretación más conservadora del “allí donde existan”, y por ende, en la competencia para legislar apoyada en el Derecho consuetudinario, así como en el anclaje en el criterio más foralista.

Dicha línea de pensamiento evita el escollo de la interdicción competencial, y además, en algunos casos, ha sido el escenario objeto de posturas enfrentadas¹¹⁵⁹.

El segundo aspecto, mucho más progresista, niega el trance postrero que se le atribuye a la foralidad civil valenciana y acompaña a un incesante brío defensivo unos argumentos que podrían no ser sólo propios del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 2006, sino que serían también localizables en el Estatuto anterior. La trama argumental que pretende enarbolar la competencia legislativa civil valenciana representa la antítesis del sector doctrinal detractor, basándose en las propias leyes de transferencias postconstitucionales, las normas contenidas en la Constitución (art. 149.1.8 y Disposición Adicional Primera) y el joven Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana cuyo nacimiento precisamente traería como motivo capital la recuperación foral, sosteniendo su *leit motiv* en la deuda histórica de la que nuestra Comunidad se ha mostrado acreedora.

Pero los instrumentos técnicos y jurídicos empleados por los valedores de esta postura son mucho más convincentes y la realidad histórica se apunta como pincelada¹¹⁶⁰ para dejar patente la reivindicación para posteriormente, centrarse en perspectivas enmarcadas dentro de la armonía constitucional.

Entendemos la racionalidad de la primera postura, pero no obstante, nos resistimos a dejar de creer en la viabilidad de la segunda, sin que ello deba significar la renuncia a aferrarnos igualmente a una realidad normativa sensata y realista.

¹¹⁵⁹ Cabe destacar la respuesta de Domínguez Calatayud ante las opiniones vertidas por Blasco Gascó -a propósito del comentario a la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano- y Díez-Picazo -sobre sus referencias a la “milagrosa resurrección del Derecho foral valenciano”- para apostillar, entre otros muchos argumentos defensivos, que el calificativo de “despropósitos” debe dirigirse a atrincheramientos en posiciones algo más conservadoras [DOMÍNGUEZ CALATAUYD, V., “La competencia de la Generalitat para legislar en materia...” op. cit., p.193].

¹¹⁶⁰ No se puede negar que la reivindicación histórica es el paso previo fundamental para la instauración del Derecho civil valenciano.



La base de esta exposición podría ser –como no han olvidado tampoco referenciar muchos especialistas del orden civil y constitucional- que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana ha sido admitido “sin peros”, que no ha sido objeto de impugnación, y que dicho *corpus* normativo autonómico no ha obviado autoproclamar la competencia para sí en aras de un suficiente desarrollo de un Derecho civil valenciano foral.

4.4.6 La cuestión de la eficiencia en el Derecho civil foral valenciano

El hecho de que los Fueros no se adapten a la realidad normativa actual por suponerse un Derecho medieval, debería considerarse como una mera cuestión anecdótica¹¹⁶¹, además de que reportaría utilidad en algunas instituciones¹¹⁶²: En este caso, sólo por las ventajas que supondría en algunos ámbitos debería prestarse esta autorización que precisamente encarnaría la utilidad de la norma en la sociedad valenciana actual.

En la sociedad actual, jurídicamente, en ocasiones, lo impensable se convierte en posible¹¹⁶³, y la voluntad institucional vira hacia una permisión y hacia el otorgamiento de determinadas licencias y actitudes en supuestos que a priori, podrían parecer impensables. Ellos nos induce a pensar en que dichas tendencias pueden ser

¹¹⁶¹ Es claro que no serían todos reincorporados, y que los que resultaran útiles a la sociedad se filtrarían a través del tamiz constitucional. Bello Janeiro ha puesto sobre la mesa el objeto de este debate: “...la desaforada actividad legislativa autonómica ha venido propiciada...por la pasividad legislativa estatal en materias del Derecho Civil que venían siendo demandadas por la sociedad actual, tal y como sucede...en materia sucesoria o de viudedad...” [BELLO JANEIRO, D. y FRAGA IRIBARNE, M., *El desarrollo del derecho civil autonómico en el marco constitucional. El caso gallego*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 21].

¹¹⁶² Sobre todo, un ejemplo claro lo tendríamos en la reducción de las cuotas legitimarias en lo referido a la reserva forzosa.

¹¹⁶³ Salvando la evidente diferencia entre materias y las circunstancias del caso, no podemos dejar de aludir a la reacción del Tribunal Constitucional en el caso de la Consulta catalana al manifestar en su Comunicado de 29 de septiembre de 2014 de “...admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Gobierno de la Nación contra la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana; y contra el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña en el año 2014”, justificando precisamente la celeridad inaudita de la decisión del modo que sigue: “En el presente caso, la decisión del Pleno de no demorar su resolución -limitada a comprobar la concurrencia de las condiciones procesales de admisibilidad de los recursos, sin consideración alguna respecto al fondo de los mismos- obedece a que el Tribunal Constitucional es consciente de la trascendencia constitucional y política de las cuestiones planteadas, para la sociedad española en su conjunto y, en particular, para la catalana.”. Nada tiene que ver esta situación con la impugnación de la Ley de Régimen Económico Matrimonial, efectuada en el año 2007 y sobre la que todavía no tenemos sentencia.



extrapolables a algunos aspectos concretos de la vida jurídica y que por ello, pueden cambiar o modificarse.

Podría caber esa posibilidad, dado que no sería en absoluto disparatado que mediante un criterio algo más flexible, el Derecho civil valenciano pudiera desarrollarse de una manera bien distinta.

No se trataría –insistimos- en la utilización del calificativo de “foral” ni de una vana rehabilitación de este antiguo Derecho, sino de, si no atendiendo a la historia¹¹⁶⁴, sí a un factor identitario, escogiendo –en el caso de que los hubiere- los contenidos más útiles de aquel pasado¹¹⁶⁵ con el que construir uno presente, con lo cual, también quedaría enmendada lo que por muchos ha sido calificado como una “abolición injusta”.

Esto no significaría tener que recurrir a la historia gratuitamente para buscar la competencia legislativa, ni retener injustificadamente lo que un día se tuvo, sino que resultaría más legítimo legislar tomando como punto de partida aquello que un día existió¹¹⁶⁶, siempre que dichos elementos pudieran soportar la adaptación a un contexto

¹¹⁶⁴ Aunque ha sido defendida la inutilidad de recurrir a la historia para la recuperación de este derecho, en la medida que ya se cuenta con competencia en Derecho civil, dado que así lo establece el propio Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Montés es bien claro al respecto; “No se puede reponer, ni reintegrar, ni recuperar el *contenido* de los Fueros. Y bien visto, ni siquiera se pretende, a pesar de la retórica empleada, pues si se ha de armonizar con la Constitución y con la realidad ya no se recupera ese contenido, sino, acaso, un principio, una inspiración o una regla descontextualizada, un elemento o factor que ahora, reestablecido, repuesto, resistemizado, contextualizado de nuevo entrará en vigor. Pero ¿qué importancia tiene que se pueda encontrar en el Derecho histórico? Aparte de que, una vez sometida a las operaciones de armonización (con la Constitución y con la realidad histórica y económica) ¿qué queda de aquella regla histórica?” [MONTÉS PENADÉS, V.L., “El Derecho Foral Valenciano (Un estudio...), op. cit., p. 318].

¹¹⁶⁵ Sin necesidad de llevar a cabo tareas arqueológicas para descubrir y reactivar aquello que Carmen López Beltrán de Heredia ha denominado, “instituciones fosilizadas”. Acedo, bien al contrario ha sostenido que la disparidad entre derechos civiles en muchos casos no obedece a una causa motivada: “No parece desafortunado preguntarse en la actualidad, con la medida debida, si está justificada, razonablemente, por las necesidades de los ciudadanos, la existencia de tantos regímenes jurídicos dispares, y si el «hecho diferencial» de los habitantes de un lugar y otro del país, que muchas veces viven muy cerca, o permanentemente «conectados» precisa de una regulación tan diversa, al menos en esta materia del Derecho civil y privado general.” [ACEDO PENCO, A., “Derecho civil autonómico...”, op. cit., p.258].

¹¹⁶⁶ A título de ejemplo y en relación con el mentado Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones, la atribución de la cuota legitimaria progresiva estaría en sintonía con una realidad demandada, en relación con la apertura del camino hacia la libertad de testar. Entendemos más lógica esta vía legislativa que la creación *ex novo* de un derecho hereditario sin soporte. A la vista de la doctrina mayoritaria, tampoco podría legislarse partiendo de la selección de un Derecho de sucesiones histórico, pero más razonable sería esta postura, por apoyarnos en algún aspecto jurídico dotado, al menos, de alguna tangibilidad. Aunque con conocimiento de la prohibición explicitada por la doctrina constitucional en la STC 88/1993 DE 12 de marzo en su interpretación de la D.A. 1ª de la Constitución –en orden a la inutilidad de los derechos históricos para justificar competencias a las Comunidades Autónomas no incorporadas a los Estatutos-, Carrión discrepa de este planteamiento del TC –el mismo que el de Montés- sosteniendo que “...el substratum normativo no parece pudiera venir dado por una realidad distinta de la



de moderno Derecho civil, debidamente constitucionalizado. Sabiendo que la dificultad estribaría en encontrar el cauce jurídico para el desarrollo de un Derecho de cuya competencia ya es titular la Comunidad Valenciana y que el citado cauce jurídico podría no encontrarse en la historia, la herramienta para resolver este problema sería más una cuestión política que jurídica¹¹⁶⁷.

Se trataría más de un asunto de utilidad que de patriotismo valenciano¹¹⁶⁸. Ahora bien, si ese mismo Derecho no revistiera los caracteres, de apropiado y de ventajoso

representada por el Derecho histórico, cuya vigencia *pretérita*, además de hacer posible el encaje de la CV en los territorios con Derecho civil propio, vendría a constituir de algún modo, y a falta de cualquier otro, el repertorio normativo a partir del cual podría «echar a andar» el Derecho civil propio de la Comunidad.” De dicho aserto, entonces, el mismo autor expresa que la conclusión coherente con este razonamiento sería la de admitir el reconocimiento válido de la vigencia pretérita del Derecho histórico en relación con el artículo 149.1.8^a, “Con lo que se estaría desembocando necesariamente en el Derecho histórico...” [CARRIÓN OLMOS, S., “Consideraciones en torno al Derecho civil foral valenciano”, en BLASCO GASCÓ, F. et al. Coords., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 503-505].

¹¹⁶⁷ [CARRIÓN OLMOS, S., “Consideraciones...”, *Ibidem.*].

¹¹⁶⁸ Cabedo, frente al decir de Palao [PALAO GIL, F.J., “Disposición Transitoria Tercera” en GARRIDO MAYOL, V. Dir., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2455] ha recalcado esta cuestión, tratando de centrar su discurso en la “esterilidad” del debate sobre la competencia foral, cuando lo que realmente se debería delimitar es el favor que le hace este Derecho a la sociedad valenciana: “...a estas alturas considero que ya es estéril seguir discutiendo sobre la constitucionalidad de la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho Civil Foral... Por otro lado, si consideramos que el Derecho debe en todo momento responder a las demandas de la sociedad, la pretendida «recuperación» del Derecho Foral exige, a su vez, una actualización de sus normas.” [CABEDO MALLOL, V., “La competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, en RAMÓN FERNÁNDEZ, F. Coord., *El Derecho Civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 117-118]. Así lo han expresado también el notario Puig Salellas, al sostener, que “...es tracta de veure fins a quin punt aquesta posició jurisprudencial connecta amb la realitat social i política del país.” [“PUIG SALELLAS, J.M., “El desenvolupament de la competència legislativa en matèria civil”, *XI Jornades de Dret català a Tossa*, 21 i 22 de setembre de 2000, p. 7]; y la catedrática M^a Pilar Ferrer, manifestando una conexión entre la nueva realidad social y el aquietamiento del Tribunal Constitucional ante las nuevas formas de desarrollo de Derecho civil, incluso de Comunidades no forales: “Estas regulaciones normativas entran en el ámbito del “desarrollo”, y el Tribunal Supremo ha entendido que las CCAA están legitimadas para legislar sobre esta materia por la necesidad de dar respuesta a una nueva realidad social, sin necesidad de acudir a la tesis de la «conexión». Es más, Comunidades Autónomas que no tienen competencia en legislación civil (art.149.1.8 CE) han legislado sobre esta materia, sin que, al parecer, haya sido motivo para interponer recurso de inconstitucionalidad. Esta situación se suma a la dificultad de despejar las dudas sobre el ámbito de competencia en materia civil, que debería abordarse en una próxima reforma de la Constitución, salvo que el TC despeje, definitivamente, las dudas sobre los confusos términos del art. 149.1.8 CE.” [FERRER VANRELL, M.P., “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, julio 2008, p. 26]. Con menos reservas y mayor determinación alude Olivas a la utilidad de este Derecho valenciano: “Tras casi 26 años desde la aprobación de nuestro Estatuto de Autonomía en el año 1982, era necesario abordar esta reforma y además era necesario hacerlo con el mismo espíritu con el que se aprobó, con el convencimiento de que el Estatuto es de todos, de que es importante y de que con él podemos obtener mayores logros y construir una sociedad mejor y más justa.” [OLIVAS MARTÍNEZ, J.L., “El nuevo Estatuto...”, op. cit., p. 39]. Palao culminaría esta serie de opiniones al incidir en la cuestión: “De todos es sabido que el Derecho es un orden de la praxis...Y las soluciones que proponen los distintos derechos especiales de cada lugar gozan de una cierta fama de ajustarse mejor a la idiosincrasia y las necesidades de los ciudadanos concretos a los que se aplica” [PALAO GIL, F.J., “La insuficiencia de la costumbre...”, op. cit, p. 1900].



cabría plantearse dicha opción como auténtica veleidat, aunque no vemos que deba haber motivo para ello, dado que, si el Tribunal Constitucional marcó una primera pauta respecto a las Compilaciones¹¹⁶⁹ considerando el Derecho valenciano consuetudinario como legible, no vemos razón alguna para que no pudiera hacerse del mismo modo respecto al foral.

En este sentido, se podría destacar la sociedad valenciana como un colectivo preparado para recibir un cambio que la beneficiaría en determinada legislación sectorial: unas leyes útiles para una sociedad que sabría darles un recibimiento apropiado¹¹⁷⁰.

Asociar la utilidad de las leyes a la legitimidad de la competencia para legislar en Derecho valenciano por parte de la Generalitat puede parecer una tesis exánime. Quizás, como se ha repetido en numerosas ocasiones, esta potestad legislativa debiera tener un sustrato positivo, más que histórico. En este sustrato positivo, en nuestra opinión se ha encontrado y ha reverdecido el soporte para defender esta competencia desde el prisma constitucional y desde el nuevo bastión estatutario autonómico. Pero no debemos olvidar que desde el mismo prisma constitucional reduccionista ha sido defendida la imposibilidad de desarrollar esta competencia.

¹¹⁶⁹ El profesor Salvador Carrión se ha referido, tanto a la STC 121/1992 como a la 88/1993, para identificar a resoluciones que dan un “empujón” o producen un “ensanchamiento” en la potestad para la creación de un Derecho civil valenciano propio [CARRIÓN OLMOS, S., “Consideraciones...”, op. cit., p. 492]. En cualquier caso, expresa el autor que “...mucho me temo que la sentencia citada [refiriéndose a la STC 121/1992] se ofrezca de suyo insuficiente en orden a satisfacer las exigencias de foralidad plasmadas en el Estatuto de 2006... [puesto que] El ámbito descrito no puede menos de ofrecerse extraordinariamente limitado, como de suyo se ofrece todo lo atinente al Derecho consuetudinario” [op. cit., p. 498]. Puig Salellas vuelve sobre el particular y al respecto mantiene que la realidad desborda toda postura reduccionista del Tribunal: “...No deu ser altra cosa que una formació gairebé estètica, que seguirà no tenint res a veure amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional, instal·lat clarament en la seva tesi reduccionista. La qüestió de fons...és una altra i prou important: veure fins a quin punt aquesta tesi s’adiu amb la realitat vigent, si pensem que, en allò que afecta concretament a Catalunya, la legislació civil emanada del seu Parlament l’està excedint de manera evident, sense oposició efectiva per part de l’Estat.” [PUIG SALELLAS, J.M., “El desenvolupament...”, op. cit., p. 11].

¹¹⁷⁰ Palao ha tratado la colisión entre ordenamientos castellano-valenciano. El segundo fue rechazado, manifestando que la similitud entre ambos derechos no fue tan clara como han sostenido otros académicos y se diluye este argumento ante las verdades que muestra la historia [PALAO GIL, F.J., “La insuficiencia de la costumbre...”, op. cit., p. 1901: “Yo prefiero interpretarlo, desde una perspectiva sociológica, como el resultado de la propensión...de los valencianos, y por extensión de las sociedades mediterráneas, a la eliminación paulatina de requisitos y formalidades para construir un derecho más ágil y menos rígido, más espiritualizado y atento a la voluntad real de las partes que intervienen en el negocio jurídico...son remedios concretos a finalidades concretas propias de la tierra y de sus gentes.”].



Si como decimos, se toma consciencia del factor histórico¹¹⁷¹ en nuestra Comunidad y de la utilidad social de las nuevas leyes generadas, y a los nuevos preceptos estatutarios se les añade una firme voluntad por parte del gobierno central y de los distintos operadores jurídicos susceptibles de dar una tregua a las iniciativas legislativas valencianas a través del no planteamiento de recursos de inconstitucionalidad, será posible el desarrollo de un Derecho valenciano que demuestre su valía en el ámbito civil.

El hecho de que el nuevo Estatuto habilitador tampoco suponga ningún riesgo constitucional puede haber sido la causa de su no impugnación, pero la doctrina reduccionista a buen seguro aduciría ante este motivo que no por el hecho de no haberse acometido dicha impugnación deberían ser válidas estas leyes en materia de Derecho civil; lo cual se combate desde el aspecto que pretende legitimar las leyes civiles a través del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, dado que el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, es precisamente el principal argumento para la creación de estas mismas leyes.

En este caso, la mínima objeción al nuevo Estatuto sería la competencia ejercida a través de la “inspiración foral”¹¹⁷², pero entendemos que el fruto de esta inspiración, debería basarse -al menos en lo estrictamente necesario y constitucionalmente posible- en la historia que, razonablemente rescatada, pueda adaptarse a las necesidades actuales en lo que a legislación civil pueda concernir.

No obstante, finalmente parece que el debate sobre la competencia haya pretendido zanjarse sobre la base de que el Derecho civil nacido dentro de la Comunidad, lejos de focalizar su origen en la competencia histórica debería centrar su atención en la atenuación de la fogosidad legislativa de sus promotores mediante un circunspecto criterio de ponderación y cautela. Probablemente, con estas buenas

¹¹⁷¹ El apoyo en la historia como herramienta para hacer valer la competencia, ha sido desestimado en numerosos pareceres. En el de Montés, tenemos un claro ejemplo: “...esta pauta de desarrollo de la competencia es, de una parte, innecesaria; y de otra parte, inconducente.”, “...la invocación del Derecho foral no sirve para justificar la competencia, que no ha podido encontrar soporte en la recuperación del Derecho foral porque o ese Derecho no estaba vigente en el momento de entrar en vigor la Constitución, o la competencia está mal atribuida, y en nada sana o cauteriza este trauma que ahora la Generalitat busque en el Derecho histórico soluciones o reglas que, depuradas de sus impurezas inconstitucionales, y armonizadas con la realidad socioeconómica, puedan convertirse en ley. En definitiva, el hecho de que una determinada regla, en materia de Derecho civil, pueda ser conectada o de algún modo anclada en el Derecho histórico no añade valor alguno ni fortalece de ningún modo la legitimidad o el vigor de la regla en cuestión” [MONTÉS PENADÉS, V.L., “El Derecho Foral Valenciano (Un estudio...), op. cit., p. 318].

¹¹⁷² Aludida tanto por Montés como por Blasco Gascó.



intenciones, se aplaquen los clamores de ambos sectores y por ello, se conforme a detractores y partidarios; discusión sobre la que se volverá irremediamente en el momento en el que el esbozo de nuevas leyes basadas en criterios forales surja de nuevo al coso jurídico de nuestro territorio.

4.5 Antecedentes de los oficios en la Valencia foral y posterior evolución

Los precedentes remotos de la organización industrial en Valencia no aportan una delimitación cronológica concreta y delimitada sobre el momento en el que afloran las necesidades de un medio jurídico específico que ofrezca una garantía de continuidad de la explotación depositada en la figura de los herederos a través del cabeza de familia y gestor del oficio. Buscar un paralelismo en estas circunstancias supondría un esfuerzo poco provechoso -como mínimo- tanto por lo inexistente de la figura como por la utilización de otros mecanismos con presencia en aquel ordenamiento jurídico foral e incluso anterior, y que precisamente obedecían a este cometido de transmitir los bienes a través de la sucesión en los descendientes, siquiera entendiendo estos bienes como el conjunto comprensivo de la más básica organización artesana o comercial.

Sin embargo, y bajo la interpretación de que no es conveniente buscar el origen de la cuestión de la sucesión empresarial en lo tocante a la relación que pudiera guardar con la flexibilidad de los medios sucesorios en el ámbito valenciano, sí que nos encontramos con antecedentes pretéritos cuyo estudio resulta inexcusable.

Hallamos en Roma uno de los precursores de las primeras corporaciones industriales “...en beneficio del pueblo y para la defensa del Imperio”¹¹⁷³, supuestamente promovidos por el emperador Adriano, a los que se dotaba de una organización interna propia y singular, y con un eminente carácter público.

Valencia se distinguió por ser centro de un movimiento industrial significativo en lo referido a artes y oficios en sus manifestaciones romanas más arcaicas, así como en las visigóticas¹¹⁷⁴, pero habiendo de reconocer no obstante que “No es posible un

¹¹⁷³ TRAMOYERES BLASCO, L., “Organización del trabajo en Valencia”, *Revista de Valencia*, 1883, T. III, p. 149.

¹¹⁷⁴ TRAMOYERES BLASCO, L., “Organización...”, op. cit., p. 156: “Y si aún rebuscamos más el campo de la industria y de su organización, encontraremos abundantes datos que justifican la subsistencia de las leyes romanas en cuanto al obrero, y a su incorporación en el colegio, conforme al modelo de la legislación imperial y en fuerza de la costumbre, aceptadas las dos por el pueblo visigótico español. Es



cuadro acabado del estado de Valencia en esta época, ni de su importancia en orden a la industria y vida comercial”¹¹⁷⁵, a pesar del importante papel desempeñado como metrópoli de la provincia en la época. En definitiva, se destaca un período largo y prolongado de una tradición de la organización artesanal, que perduró en la figura de los cuerpos gremiales en Valencia, que alcanzaron una formación y crecimiento representativos¹¹⁷⁶, hasta que cobraron tanta importancia como cualquier otro estamento de aquella sociedad medieval¹¹⁷⁷.

Pese a este aparente desarrollo gremial y partiendo del concepto de industria con un mayor grado de mecanización, que todavía tardaría en comenzar a desarrollarse desde la entrada de Jaime I “...hay datos que prueban no ser muy extensa la producción industrial en Valencia...”¹¹⁷⁸ a pesar de la puesta en práctica de los usos mercantiles, así como del ejercicio de oficios basados en la libertad de actuación, lo cual resultaba atractivo para los ciudadanos que decidían ingresar en dichos colectivos. No obstante, ésta y otras ventajas añadidas, como por ejemplo, el proteccionismo que presentaba la naciente industria, convertiría la vocación artesana y menestral en una adscripción ingente a esta clase de oficios, cuyas condiciones de integración en su colectivo les otorgarían un carácter superior al de países en los que emergía su práctica, hasta el punto de haber sido considerados como “nervios de la economía municipal”¹¹⁷⁹.

Parece que la técnica industrial, antecedente inmediato de dichos oficios, sí que era transmitida de generación en generación, y que posteriormente se desarrolló en función de la existencia de materias primas necesarias, así como de la pericia técnica desarrollada dentro de la misma urbe.

Las pieles, la seda, la lana, el azúcar o las piedras preciosas fomentaron la posibilidad de un acrecentamiento de talleres y organizaciones casi industriales, que

pues, evidente la existencia de los colegios de artes y oficios en este período... [y] Reconoce esta la personalidad de la corporación industrial...”.

¹¹⁷⁵ TRAMOYERES BLASCO, L., “Organización...”, op. cit., p. 157.

¹¹⁷⁶ TRAMOYERES BLASCO, L., “Los gremios en Valencia”, *Revista de Valencia*, 1883, T. III, p. 442: “A medida que la industria se desenvolvía y los artesanos alcanzaban mayor importancia, nacieron nuevos oficios y se modificaron parte de los existentes...”.

¹¹⁷⁷ TRAMOYERES BLASCO, L., “Los gremios...”, op. cit., p. 447: “El espíritu del cuerpo, que tanto influyó en los progresos de la asociación gremial, se manifestó de una manera poderosísima en ciertos y determinados oficios, artes y profesiones, dando origen a instituciones más o menos privilegiadas, que constituían una aristocracia industrial...”.

¹¹⁷⁸ TRAMOYERES BLASCO, L., “La sociedad industrial en Valencia”, *Revista de Valencia*, 1883, T. II, p. 409.

¹¹⁷⁹ SURIO NOGUES, L., *Esquema del desarrollo histórico de la industria valenciana*, Imprenta V. Casaña, Sueca, 1947, p. 20.



desembocaron en un marcado mercantilismo durante el reinado de los Reyes Católicos y que precisarían de una instalación en entornos rurales debido a la falta de espacio en locales de las propias ciudades.

Ejemplo de ello lo encontramos en la fase final de la Edad Media, en la que tuvo lugar la consolidación de zonas de auge económico en ciertos sectores, como el desarrollo de actividades productivas textiles con voluntad de permanencia, a partir de las cuales se pergeñó “...un sistema de organización descentralizada del trabajo..., sobre el que se estructuraron los procesos productivos en esta actividad, [que] permitió el establecimiento de empresas familiares relativamente independientes...”¹¹⁸⁰ constituidas por la vía de aportaciones patrimoniales de cierta entidad, en la medida que suponían el medio económico de subsistencia familiar.

Las empresas familiares, en este período, tendrían una conceptualización muy diferente, constituyendo reductos que, partiendo de lo agrario en la mayoría de las ocasiones, se consolidarían como núcleo central de economías domésticas¹¹⁸¹, a lo que sin duda, ayudó la institución matrimonial¹¹⁸².

¹¹⁸⁰ PIQUERAS JUAN, J., “Permanecer a través del tiempo: estrategias sucesorias y transmisión de los patrimonios en la sociedad valenciana del siglo XV”, *Hispania, Revista Española de Historia*, 2012, Vol. LXXII, núm. 241, mayo-agosto, p. 405,

¹¹⁸¹ VERCHER i LLETÍ, S., *Casa, família i comunitat veïnal a L'Horta de València. Catarroja durant el regnat de Ferran el Catòlic (1479-1516)*, Servei de Publicacions de l'Ajuntament de Catarroja, Catarroja, 1992, p. 36: “La casa era l'espai on habitaven els membres de la família, però també era molt més: era el centre de la petita explotació camperola i el lloc on s'establien unes determinades relacions de producció i familiars...en la casa es barrejaven diversos components, tots necessaris per a la reproducció de l'empresa familiar agraria”. Estas tareas cumplían con la finalidad también de compensar los escasos ingresos que el sistema familiar agrícola podía procurar, bajo la forma de un sistema doméstico de producción: “Els ingresos que entraven en l'economia domèstica gràcies a una mà d'obra barata i al servei d'una protoindústria local ajudaven a redreçar la maltreta economia camperola...” [op. cit., p. 37]. La conjugación de ambos motivos conducen al autor a afirmar que “La casa es convertia en un petit taller per a un reduït nombre d'artesans que conjugaven la seua activitat professional amb la pròpiament agrícola...” [op. cit., p. 38]. Furió también destacó que “Uno de los rasgos más característicos del sistema, ya señalado por Hilton y ampliamente evidenciado para el conjunto del País Valenciano en la Baja Edad Media, era la organización del trabajo agrícola por los propios campesinos dentro de la casa como unidad de producción, cuya fuerza de trabajo se basaba en la familia” [FURIÓ DIEGO, A., “Tierra, familia y transmisión de la propiedad en el País Valenciano durante la Baja Edad Media”, en PASTOR DE TOGNERI, R. (Comp.) *Relaciones de poder, de producción y parentesco en la Edad Media y Moderna*, CSIC, Madrid, 1990, p. 307]. A pesar de señalar su preeminencia, encontró su punto débil en su “limitada extensión superficial y por la extrema fragmentación y dispersión geográfica de las parcelas que la integraban”, habiendo reconocido en cualquier caso las intenciones de evitar la dispersión patrimonial, porque “se advierte la vinculación entre el tamaño de las heredades y el ciclo familiar así como las estrategias, en un área de herencia divisible, encaminadas a recomponer el equilibrio entre la extensión de la explotación y la dimensión del grupo doméstico” [FURIÓ DIEGO, A., “Tierra, familia y transmisión...”, op. cit., pp. 309 y 321].

¹¹⁸² Vercher atribuyó una importancia tan capital a la institución matrimonial, hasta el punto de sostener que “...amb la creació d'un nova cèl.lula familiar es posava en marxa una nova empresa econòmica productiva i de consum.” [VERCHER i LLETÍ, S., *Casa, família i comunitat veïnal...*, op. cit., p. 52].



En Valencia, posteriormente, los gremios perderían su impulso inicial¹¹⁸³, y la aplicación de la ciencia a los procesos industriales, de la mano del filantropismo dieciochesco, provocó un cambio sustancial en la técnica de la producción, donde, pese a tener presencia fundamental en tierras valencianas la actividad agrícola, se conservó un carácter industrial propio de las regiones españolas pioneras en este ramo¹¹⁸⁴. De ahí su tradición textil y maderera, sectores que situaron a Valencia en la posición donde pugnaría por alcanzar una posición significativa como región industrializada del país, más bien en un tardío siglo XX.

Con sus salvedades¹¹⁸⁵, la industria valenciana se convertiría en un valioso activo patrimonial, susceptible de ofrecer un valor de retorno sustancial a su titular. Si el taller y manutención ya tenían una significación no sólo en lo sentimental, las nuevas

¹¹⁸³ SURIO NOGUES, L., op. cit., p. 38: "...el mercantilismo encumbra a individuos, que se enriquecen con el sistema, y distancia las clases; pero los gremios como corporación, ven mermados sus derechos y perjudicados sus intereses".

¹¹⁸⁴ Entendiendo como tales, las regiones como Cataluña, Vizcaya o Asturias.

¹¹⁸⁵ Desde la reseña de Emili Giralt, se aludió a la buena posición de Valencia en el siglo XVIII, pero no tanto en la centuria siguiente: "...El País Valenciano alcanza en el siglo XVIII unas formas de plenitud – económica y cultural– que, dentro de la tónica de la época, lo sitúan en muy buen lugar entre los pueblos de España y a un nivel medio entre los pueblos de Europa. Ahora bien: ¿qué pasará en el siglo XIX cuando el tono dejen de darlo las sociedades de base agraria y feudalizante y lo den las sociedades industriales y burguesas? ¿Mantendrá el antiguo reino de Valencia el puesto de vanguardia que le cupo vivir en el siglo XVIII? La respuesta ha sido ya anticipada: el siglo XIX valenciano no es lo que cabría esperar de una centuria dieciochesca tan sólida, tan completa, tan brillante". Así pues, el siglo XIX no contribuiría en absoluto a una industrialización adecuada, debido a la "...falta de inversiones y a la distracción de los capitales que debían financiar la industria", del mismo modo que "La autofinanciación industrial, a base del ahorro de las clases medias urbanas, de los beneficios de los exportadores y de las ganancias de los propios agricultores, no fue posible porque la misma agricultura absorbió todo el dinero o, convertido éste en capital financiero, fue invertido en realizaciones – fuera del País Valenciano" [GIRALT y RAVENTÓS, E., "Problemas históricos de la industrialización valenciana", *Estudios Geográficos*, 1968, núm. 112, pp. 374 y 378]. García Bonafé no compartió esta postura, cuestionándose el origen del declive industrial en el siglo XIX, ubicándolo, más bien en el XVIII e incluso antes. Tan solo sería redimible este siglo XVIII de éxito fugaz, según este autor, por los denominados "poros capitalistas" y por los "islotos industriales", que surgían en medio de una "sociedad rural atrasada" en el País Valenciano, a lo que había contribuido el declive de la industria de la seda, intentando ser compensada dicha crisis en el siguiente siglo por las transacciones de naranja y arroz. La entrada en el siglo XX apuntaría hacia una industrialización manifiesta y a un mayor movimiento empresarial, que alcanzaría su punto álgido en la década de 1930, descendiendo de nuevo, para no volver a recuperarse hasta 1950, en cuya restauración volvería a imperar una excesiva inversión agrícola, condicionando la evolución y crecimiento industrial de la región [GARCÍA BONAFÉ, M., "El marco histórico de la industrialización valenciana", *Información Comercial Española*, 1974, núm. 485, p. 145: "...la falta de una ideología industrializadora en la burguesía y dirigentes locales y la negativa sistemática a ejercer el papel de un capitalismo dinámico y progresista...nos lleva directamente al problema teórico que yace en el fondo de esta frustración industrial: el papel que el agrarismo y la burguesía comercial representan en los procesos de urbanización"].



industrias –aun sabiendo que poco tendrían que ver con las actuales- también representarían un valor a conservar con el paso intergeneracional¹¹⁸⁶.

Así pues, se observan rasgos similares que patentizan aun incluso en esta etapa, una presencia de una “estrategia general conservadora de los patrimonios dentro del grupo parenteral de origen”¹¹⁸⁷, aunque dentro de una línea preponderante de masculinidad, tal y como procedemos a analizar a continuación.

4.5.1 El fenómeno vinculador en los Fueros: aristocracia y burguesía

Si se recordó en los debates parlamentarios de finales del siglo XIX por los partidarios de la división igualitaria de la herencia que el mismo grado de peligrosidad e injusticia tenía la libertad de testar que las vinculaciones del patrimonio familiar de padres a hijos –tal y como dejaron bien sentado CLAVER y CADAVALCH-, Valencia no iba a ser un excepción, al menos, en la cuestión atinente a los testamentos emitidos por la nobleza valenciana. El Derecho de primogenitura – de crucial importancia en la nobleza en la transmisión de su patrimonio-, más que una vertiente incómodamente parecida a la libertad de testar, se interpretaba como una cortapisa a la misma, como una traba a la libre disposición¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁶ DÍEZ RODRÍGUEZ, F., *Viles y mecánicos. Trabajo y sociedad en la Valencia preindustrial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1990: La familia nuclear muestra la relevancia del factor de producción generado en su seno y de su transmisión dentro de la misma. En este caso, “La familia como unidad de producción tiene su lugar en el taller artesano familiar, unidad típica de producción en el sector secundario de la ciudad preindustrial. De manera generalizada se produce la identificación entre taller y hogar, así como entre cabeza de familia y patrón de la empresa artesana. Es en el seno de la familia donde acontece la reproducción privilegiada del oficio, que podemos concretar en la transmisión hereditaria de los medios de producción, como bienes patrimoniales, así como en la reproducción, específicamente por vía de privilegio, de la titularidad del oficio y de las cualificaciones” [p. 25], de modo que “El papel de la familia en la transmisión de los oficios y, en general, de las diversas ocupaciones, es un aspecto fundamental de la organización social de trabajo en las sociedades preindustriales. El concepto de *endotecnia* es el adecuado para definir una situación en la que la reproducción de los saberes artesanales tiene su lugar en el marco familiar, considerándose el oficio como un patrimonio para la descendencia” [p. 29] y todo ello, en sus distintas variantes: “Si para los empleos municipales más comunes y mecánicos la transmisión familiar de los mismos es una costumbre bien arraigada, para los oficios menestrales es una norma positiva bien establecida” [p. 31].

¹¹⁸⁷ PIQUERAS JUAN, J., op. cit., p. 405.

¹¹⁸⁸ MANGLANO CUCALÓ DE MONTULL, J. (BARON DE TERRATEIG), “Sobre testamentos valencianos en la época foral”, *Anales del Centro de Cultura Valenciana* (Separata), 1948, núm. 22, p. 24: “Quedaba así fuera de la libre disposición «mortis causa», una porción más o menos considerable de patrimonio, cuyo destino estaba ya predeterminado, sin que al testador le quedara a lo sumo más derecho, en algunos casos, que el de imponer determinadas condiciones que se hubiera reservado en el acuerdo pactado, o le hubieran sido otorgadas en la fundación vincular”.



El fondo del discurso vendría a representar, en esencia, lo primordial de los motivos por los que los hijos primogénitos debían ocupar el primer escalafón en la representación de la casa y por lo tanto, erigirse en depositarios y administradores de la herencia universal que les atribuía su linaje, sobrepasando el interés “meramente personal, familiar o de casta... que trasciende a la cosa pública”¹¹⁸⁹.

De este modo, “la sucesión se establece hasta el infinito, observando el orden de primogenitura y mayoría”¹¹⁹⁰.

En este caso, se basaría el examen en los testamentos realizados en la ciudad de Valencia, partiendo del modelo de las escrituras del siglo XV, lo cual debe advertirse, para hacer constar las peculiaridades de testadores y herederos en este contexto determinado.

La libertad de testar se separaría de aquella asociación a las vinculaciones perpetuas establecidas en el seno de la familia, para situarse si no en un plano antitético, sí que diferenciado, en el que la libertad de testamentifacción se presentaría como un sinónimo de amplia licencia en la conducta del causante, y las segundas, más bien, como una limitación según pautas preestablecidas en la cadena de sucesión en los sectores aristocráticos¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁹ MANGLANO CUCALÓ DE MONTULL, J. (BARON DE TERRATEIG), op. cit., p. 29. Aunque según Mira, esta tendencia contemporánea variará posteriormente en la región de Valencia: “Contrairement à ce qui se passe dans d’autres régions de langue catalane...ici personne ne serait en mesure de dire, par exemple: «Cette terre, cette maison appartiennent à ma famille depuis tant de générations.». L’absence d’un principe de filiation unilinéaire est visible même dans le système d’affiliation et d’identification personnelle. Le nom, transmis évidemment par le père, n’est pas utilisé comme moyen d’affirmer l’appartenance à un lignage dont, par exemple, la profondeur généalogique serait un facteur de prestige. Personne ne dira avec orgueil : «Je suis un N.»” [MIRA, J.F., “Organisation sociale et stratégie matrimoniale dans la région de Valence (Espagne)”, *Études rurales*, 1979, núm. 75, p.84.].

¹¹⁹⁰ MANGLANO CUCALÓ DE MONTULL, J. (BARON DE TERRATEIG), op. cit., p. 30.

¹¹⁹¹ Un ejemplo de génesis de patrimonio nobiliario en el siglo XVII y la técnica que se utilizó en el destino del mismo, fue el del marqués de Rafal. Debido a lo ingente del mismo y a la cantidad de descendientes, fue necesario insertar modificaciones “...en un intento de ajustar el reparto de su herencia a las nuevas situaciones que iban surgiendo en cada caso”. Teniendo en consideración “...la continua sangría que pudo haber supuesto atender los derechos hereditarios de tan numerosa descendencia, el núcleo principal del patrimonio familiar pudo finalmente salvarse y garantizar así la continuidad de la fortuna de los sucesivos marqueses de Rafal. A ello contribuyó sobremanera la institución del mayorazgo, orientado precisamente a esta finalidad, pero también la permanencia en manos del titular de una buena parte de los bienes no vinculados...” [BERNABÉ GIL, D., “La formación de un patrimonio nobiliario en el seiscientos valenciano. El primer marqués de Rafal”, *Revista de Historia Moderna*, 1985, núm. 5, pp. 51 y 52].



Sin embargo, el régimen vincular tendría su final en la segunda década del siglo XIX. En territorio valenciano se asistiría a una redención de las propiedades vinculadas –sobre todo, de parte de los enfiteutas con mayor poder- encauzada por la Ley de 11 de octubre de 1820, el Decreto de 30 de agosto de 1836 y la Ley de 19 de agosto de 1841, lo que propició que todo tipo de burguesía hiciera efectiva la adquisición de esta tierra¹¹⁹². De hecho, en la segunda mitad del siglo XIX, Valencia se caracterizaría por “...la desaparición casi total de la propiedad señorial y la consolidación en la mayor parte de los antiguos territorios de señorío de la pequeña y mediana propiedad.”¹¹⁹³, lo cual, a su vez propiciaría la aparición de nuevos propietarios¹¹⁹⁴ y unas nuevas propiedades basadas en el minifundio.

Así, la estrategia sucesoria empleada por el sector aristocrático se nos anuncia continuamente a través de la utilización de vínculos y de mayorazgos y con el recurso a las mejoras y a la libre disposición en favor de los primogénitos, aunque en más aisladas ocasiones estos últimos medios son empleados en favor de los herederos menos favorecidos como mecanismos atenuadores de los efectos perpetuamente bloqueantes de las vinculaciones.

La imposición del sistema hereditario castellano, provocó que también se utilizaran como remedio soluciones legales a disposición de los sucesores, pero que revestían un carácter corrector, más bien, poco ortodoxo. Un ejemplo lo tendríamos en la renuncia a la cuota legitimaria, con el fin de acrecentar la parte del heredero en el que debiera centralizarse el patrimonio de la familia.

Además, ya entrado el siglo XIX, otros grupos integrantes de distintas oligarquías valencianas, acudieron a la llamada mejora del tercio y del quinto vigente, con el objeto de beneficiar a los segundogénitos desfavorecidos con el sistema vincular, alcanzado un punto en el que los testadores ya no encontraban utilidad en que los hijos

¹¹⁹² ROMERO GONZÁLEZ, J., *Propiedad Agraria y sociedad rural en la España Mediterránea. Los casos valenciano y castellano en los siglos XIX y XX*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Servicio de Publicaciones Agrarias, Madrid, 1983, p. 250: “La *Relación de apéndices al amillaramiento de Valencia* analizada para el período 1868-1880, no hace sino confirmar un proceso incesante de compra de predios rústicos. En número muy elevado se trataba de la compra de pequeñas parcelas de huerta; en otras ocasiones se asiste a la gestación de auténticas grandes propiedades por parte de conocidos comerciantes o de familias emparentadas con la nobleza.”. El mismo autor pone como ejemplo al municipio de Alzira “como ejemplo del interés demostrado por la burguesía en la compra de la tierra”. [op. cit., p. 275].

¹¹⁹³ ROMERO GONZÁLEZ, J., op. cit., p. 281.

¹¹⁹⁴ Tras el rescate del dominio directo en muchos casos y la compra de pequeñas parcelas por enfiteutas, arrendatarios, jornaleros comerciantes y profesionales sin tierra.



primogénitos fueran los destinatarios de una cantidad ingente de bienes, debido a la acumulación excesiva de dichos vínculos¹¹⁹⁵.

Por otra parte, en el mismo siglo XVIII se ha recalcado repetidamente la debilidad de la burguesía valenciana como grupo susceptible de generar el acuñaado propio de un concepto de clase¹¹⁹⁶, considerándose como un grupo social que no pudo desarrollarse con mayor rapidez debido al fuerte arraigo de la implantación señorial¹¹⁹⁷, si bien, un análisis de las relaciones de producción en este mismo siglo, demostró la existencia de propietarios agrícolas con marcadas características capitalistas¹¹⁹⁸, que no obstante, no alcanzaban a tener un carácter predominante.

Algunos autores abogaron por una subclasificación, basada en la representación de fabricantes que invertían sus capitales en la tierra –denominada burguesía menor-, la

¹¹⁹⁵ Gimeno Sanfeliu destaca el contraste con la opinión de Català: “Precisamente es esta mejora del tercio y del quinto el recurso utilizado desde 1707 por los miembros de los grupos de poder... para perpetuar en el hijo primogénito el grueso del patrimonio... Esta afirmación contrasta con la presentada por Català Sanz, donde manifiesta de forma contundente que los títulos valencianos setecentistas utilizaron sus bienes no vinculados en beneficio de las mejoras de los hijos menores y de las hijas, en lugar de asignárselo a los hijos primogénitos, quienes como sucesores de los vínculos recibían el grueso del patrimonio familiar” [GIMENO SANFELIU, M.J., *Patrimonio, parentesco y poder. Castelló (XVI-XIX)*, Publicacions de la Universitat Jaume I: Servicio de Publicaciones de la Diputación de Castellón, Castellón de la Plana, 1998, p. 75].

¹¹⁹⁶ GARCÍA BONAFÉ, M., “El marco histórico...”, op. cit., p. 137: “...en la campaña valenciana se ha desarrollado una burguesía agraria, y una burguesía artesana y comercial en la ciudad de Valencia, pero el desarrollo de esta burguesía ha sido débil y hasta tiempos históricamente muy recientes, económica y políticamente han sido prisioneros de las categorías de origen feudal. Este débil desarrollo de la burguesía valenciana tiene su origen histórico bien determinado, desde el primer tercio del siglo XVII hasta principios del siglo XVIII...”. Franch, con un estudio sobre tres dinastías de burguesía comercial asentada en Valencia, pretendió combatir el argumento de la debilidad burguesa, sustentada en el fracaso de la industrialización valenciana, dado que “la existencia de una abundante acumulación de capital en manos de la burguesía, al menos de tipo comercial, demuestra todo lo contrario” [FRANCH BENAVENT, R., “Dinastías comerciales genovesas en la Valencia del siglo XVIII: los Causa; Batifora y Ferrano”, *La documentación notarial y la Historia*, 1984, Secretariado de Publicaciones, Santiago de Compostela, 1984, Vol. II, pp. 296-299]. El mismo argumento combatió Franch en su tesis doctoral, que si bien, no negó que “A principios del siglo XVIII la actividad comercial valenciana debía de encontrarse en una situación francamente desastrosa. No en vano se acababa de salir de una larga guerra...”, mantuvo firmemente que “...expresiones tan categóricas como la expuesta por M Ardit deben ser perfectamente matizadas, expresando claramente a qué tipo de burguesía se refieren. De esta forma se evitarían interpretaciones erróneas, como la defender la inexistencia o la escasa importancia de la burguesía comercial valenciana durante el siglo XVIII.” [FRANCH BENAVENT, R., *La burguesía comercial valenciana en el siglo XVIII*, Tesis doctoral. Director: José Miguel Palop Ramos, Universidad de Valencia, Facultad de Geografía e Historia, 1985, pp. 191 y 196]. Asimismo, encontramos indicios de la relevancia burguesa en Valencia reseñados por Molas, en los que también cita las investigaciones de Franch al respecto: “...se desprende la existencia en la capital de aquel reino de una nutrida burguesía mercantil, que disponía de grandes capitales; esta burguesía, fue más autóctona de lo sugerido por la frecuencia de algunos apellidos extranjeros, y también menos vinculada a la industria sedera de lo que se había supuesto” [MOLAS RIBALTA, P., “La actitud económica de la burguesía en la España del siglo XVIII”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, 1989, núm. 4, p. 411].

¹¹⁹⁷ ARDIT LUCAS, M., “Reflexions al voltant de la burguesia valenciana del set-cents”, *Saó*, 1980, núm. 31.

¹¹⁹⁸ ARDIT LUCAS, M., *Ibidem*.



burguesía industrial -que pareció tener un foco de nacimiento propicio en localidades, como Alcoy, epicentro de la industria textil lanera- o la burguesía comercial, con intereses agrarios de entidad dependientes de productos de esta naturaleza, industriales o no.

Esta burguesía comercial podía ser situada dentro de una calificación que englobaría a los comerciantes puros y a los comerciantes fabricantes. En cualquier caso, la remisión a la figura burguesa resulta interesante, por cuanto representaría el paradigma por antonomasia de la actividad agraria y económica con miras a una sucesión adecuada, en ocasiones, practicada sin éxito¹¹⁹⁹.

Sin embargo este concepto de burguesía comercial basada en lo agrario no parece que pueda posicionarse de ese modo de una manera tan inequívoca como apuntó ARDIT¹²⁰⁰. Más bien, habría que apuntar con otras miras, no sólo al objeto del negocio, sino a criterios diferenciadores separados que FRANCH estudió en profundidad. Al fin y al cabo, el elemento capitalista de esta clase social, era el común, aquel que permitía englobarlo dentro de una tipología comercial o identificar a un grupo de personas con un determinado poder adquisitivo. Debía resultar indiferente de dónde procedían sus ingresos, debiendo atender más bien, a una tipología específica y cualitativa.

El sistema hereditario de la vinculación estaría presente también en esta clase¹²⁰¹ –no solo en la nobleza- y mediante su puesta en práctica se demostró la asunción de una técnica particular en contra del clásico despedazamiento del patrimonio en el momento

¹¹⁹⁹ ARDIT LUCAS, M., “Reflexions...”, op. cit. Los comerciantes de la familia Canet representan un ejemplo de esta burguesía que no mantuvo en el tiempo la pervivencia de la explotación: “A conseqüència d’una sèrie de peripècies familiars (morts prematures, principalment), tant la firma de comercial com totes les terres passaren a mans d’una sola persona, Marià Canet i Longàs, el qual morí sense successió directa...”.

¹²⁰⁰ MATOSES CUQUERELLA, R., “Al voltant dels comportaments de la burgesia rural en els seus orígens: el cas de Don Pasqual Castillo i March”, *Ullal*, 1982, núm. 2, p. 24: “...encara no disposem d’una sèrie de criteris que ens permeten d’aplicar, amb el suficient rigor, el terme «burguesia» a sectors instal·lats al si de les comunitats rurals. Sabem de sectors del camperolat clarament diferenciats per l’extensió de les seues tinences, per la diversitat de les inversions de l’excedent agrícola que comencen a acumular, per les actituds ideològiques i polítiques, etc., però potser que molts d’aquests elements diferenciadors solament es fonamenten en una simple quantificació i el que cal és recercar una diferencia qualitativa”.

¹²⁰¹ Matoses Cuquerella cita los vínculos puestos en práctica por la familia March para transmitir sus bienes a través de la sucesión: “En el moment de vinclar les possessions, estaven repartides entre dotze termes, a més dels béns urbans de la ciutat d’Alzira i València... El vincle de primogenitura inclou tots els béns de la Ribera, més els de la Ciutat de València i el vincle de segongenitura, menys extens, els béns de la comarca de la Safor” [MATOSES CUQUERELLA, R., “Al voltant dels comportaments...”, op. cit., p. 26].



de pasar a los descendientes, lo que le llevaría asimilarse de una forma engañosa a comportamientos “para-nobiliarios”¹²⁰².

Pese a la diferencia de orígenes y circunstancias en ambos grupos sociales, la burguesía más poderosa, trató en muchas ocasiones de acercarse a la posición de la nobleza. En algunas ocasiones, ello representó un objetivo no conseguido, puesto que incluso los más poderosos burgueses no alcanzaban en riqueza a los que pretendían como homónimos nobles¹²⁰³. El hecho del elevado patrimonio del que se podía disponer, hacía que, no ya por asimilación en la misma posición social, sino por necesidad sucesoria, esta burguesía en determinados momentos, atendiera al uso de técnicas hereditarias similares, esto es, mediante vinculaciones en los bienes, independientemente de la legislación sucesoria vigente, que considerando la

¹²⁰² De la misma manera y continuando con su enfoque comparativo, Matoses descarta esta hipótesis de semejanza nobiliaria, aseverando que la utilización vincular por el campesinado respondía a unos planteamientos económicos diferenciadores que, precisamente hacían destacar a una élite de este campesinado, que “...es beneficiaran de la institució que utilitzaran com un hàbit més destinat a fonamentar d’alguna forma la situació econòmica diferenciada en vies d’aconseguir. A més, la proliferació dels vincles reflecteix una tendència reflexiva contra l’endeutament i fonamentalment, contra la desmembració de l’herència entre els descendents. Evitar la divisió d’un patrimoni, amb tant d’esforç esmerçat, entre els hereus sembla ser una de les inquietuds més vivament sentides per la *crema* del camperolat; així resulta fàcilment observable com les famílies més destacades dels àmbits rurals, en un intent d’evitar un repartiment equitatiu entre els fills, afavoresquen en llurs testaments els primogènits mitjançant les institucions de la millora del terç i del remanent del quint, quan, obviament no han aconseguit les oportunes llicències per a la creació del vincle.” [MATOSES CUQUERELLA, R., “Al voltant dels comportaments...”, op. cit., p. 28].

¹²⁰³ En un contexto no demasiado posterior en el tiempo, se destacaría el pretendido acercamiento burgués hacia la nobleza, sin llegar no obstante, a un poder patrimonial como el de la segunda, porque aunque “Durante el siglo XIX, ambos sectores sociales, a pesar de su origen diverso, se fueron acercando hasta dar lugar a una nueva clase dominante, gracias a una «simbiosis activa» entre unos y otros...: las alianzas matrimoniales y la participación nobiliaria en actividades empresariales permitieron a los nobles mantener su elevado nivel de vida, mientras abrían a las familias burguesas la posibilidad de entroncar con la aristocracia tradicional y ascender en la escala social...”, de todos modos “En Inglaterra, el país más avanzado de Europa, la aristocracia seguía siendo la capa social más adinerada. Se ha calculado que las dos terceras partes del suelo inglés pertenecían unos diez mil *landlords*, que cobraban las rentas más elevadas de Europa y disponían de fortunas muy superiores a las de los empresarios industriales o los mayores banqueros. Todavía en 1914 los terratenientes nobles seguían formando el grupo más numeroso entre los hombres y familias más ricos del país; tras ellos se situaban los grandes magnates de la banca y el comercio interior y exterior; y sólo en tercer lugar la burguesía productiva, formada por grandes fabricantes e industriales...” [ARTOLA GALLEGU, M.-PÉREZ LEDESMA, M., *Contemporánea. La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, p.134]. No se predicaría el mismo apego de la nobleza respecto a actividades de cariz económico: “...solamente la actividad comercial desarrollada al por mayor era la única que gozaba de un cierto grado de respetabilidad social...la actividad comercial constituía uno de los escalones superiores del tercer estado. Pero, dentro de aquella, únicamente el comercio al por mayor se acercaba notablemente hacia la consideración social de la nobleza, mientras que el comercio al por menor se consideraba como una actividad degradante: no cabe duda que esta discriminación fue, quizás, un elemento utilizado por el poder estatal con el fin de incitar a la nobleza hacia el desarrollo de actividades productivas.” [FRANCH BENAVENT, R., *La burguesía comercial...* op. cit., pp. 213 y 214].



temporalidad en algunos momentos históricos (siglo XVIII) y la territorialidad, ya no podría aprovecharse.

Así, en este período histórico en el devenir de los acontecimientos históricos de Valencia se destaca la presencia de mercaderes poderosos que llegaron a ennoblescarse por medio de estas vinculaciones, que antes de prefijar una estrategia sucesoria, supieron implementar una adecuada estrategia mercantil o matrimonial¹²⁰⁴; la de aquellos cuya estirpe venida a menos, se extinguió en el trayecto¹²⁰⁵; o la de otros potentados grupos familiares extranjeros, que trataron de reforzar su cohesión patrimonial en tierras valencianas¹²⁰⁶.

4.5.2 Aproximación a un análisis de la transmisión del patrimonio familiar: evolución desde los Fueros valencianos

Lo específico de la figura de la empresa familiar en nuestros días nos obliga a centrar el enfoque de una manera generalista en las transmisiones hereditarias durante los siglos en los que se mantuvo vigente el sistema foral.

Es del todo coherente suponer que las actuales configuraciones empresariales no tendrían demasiado en común con las pasadas industrias, conformadas por diferentes oficios, por sistemas de relaciones laborales prácticamente inexistentes sin ni siquiera – ni que decir tiene- contar con la presencia de diferentes sistemas de dirección organizacional.

A pesar de ello, sí que se daría una existencia de patrimonios familiares globalmente considerados, integrados por un conjunto de bienes que comprenderían

¹²⁰⁴ En la estirpe de los Cernesio encontramos un ejemplo, con una “...decidida estrategia matrimonial que les llevó a emparentarse con la familia de los Tárrega, una reconocida familia de la élite jurídica valenciana”. Mediante el acto jurídico de la vinculación se garantizó la “...concentración patrimonial de la nobleza en el tiempo y, por tanto, se basaba en la no disgregación patrimonial, con la voluntad de la perpetuación del prestigio y el patrimonio de una Casa nobiliaria o familia poderosa.”, que se acogió al principio de masculinidad, pero ordenándose no obstante otras líneas subsidiarias, hasta el número de 7 personas, que también incluyeron a mujeres. [SAN RUPERTO ALBERT, J., “Familia, redes mercantiles y poder en el siglo XVII: La llegada al Reino de Valencia de los Cernesio”, *Tiempos Modernos, Revista Electrónica de Historia Moderna*, 2013, Vol. VII, núm. 27, pp. 1, 29 y 30].

¹²⁰⁵ Los ya mencionados Canet.

¹²⁰⁶ Es el caso de los Causa, los Batifora o los Ferrano. Esta dinastía comercial del siglo XVIII obtuvo una gran acumulación de capital proveniente de la compra de bienes inmuebles y de la conexión con la burguesía autóctona mediante enlaces matrimoniales, al tiempo que cohesionando su grupo familiar mediante enlaces entre sus propios descendientes [FRANCH BENAVENT, R., “Dinastías comerciales...”, op. cit, p. 299.].



toda suerte de elementos relacionados en su mayor parte con una economía y sociedad agrarias. Es por ello que nuestro examen en esta materia tratará de acometer las tendencias hereditarias patrimoniales dentro de la familia valenciana y el tracto sucesivo entre parientes, a la vez que la variable esencial del traspaso unitario de los citados bienes, sin obviar el factor fundamental de la incidencia de la cuota legitimaria en dicho fenómeno sucesorio.

El fraccionamiento del patrimonio familiar en la sucesión fue una constante cuya regulación se llevó a efecto bajo el sistema foral valenciano, cuya aplicabilidad también recayó necesariamente sobre las transmisiones intrafamiliares de aquel tiempo, siempre también en dependencia directa con las alteraciones del régimen de las cuotas legitimarias¹²⁰⁷.

Centrado el objeto de la discusión sobre las mencionadas transmisiones, queda abierta la línea de investigación para examinar en qué medida se procedería al reparto igualitario entre todos los hermanos o hasta qué punto se favorecería a un solo hijo en detrimento del resto¹²⁰⁸.

¹²⁰⁷ Así se explica, debido a la mutación del sistema legitimario en el sistema foral valenciano: “Pedro II en las Cortes de Valencia de 1358 acaba con el relativo equilibrio entre voluntad del testador y derechos de descendientes y ascendientes fijando por fuero el triunfo de la primera...En las Cortes de Valencia de 1403 Martín I corrige el fuero anterior declarando que es necesario para que tenga efecto que en el testamento o última voluntad se mencione a los hijos o a otros familiares –ascendientes o descendientes– desheredándoles expresamente, manifestando el deseo de no dejarles nada o dejándoles simplemente alguna cosa o cantidad, grande o pequeña. En la práctica se dejarán cinco sueldos, que es el equivalente de un jornal en el siglo XVII. En las Cortes de 1604 Felipe III otorga un fuero insistiendo en que sólo se entenderá excluida la legítima cuando se manifieste expresamente.” [BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, R., “Familia y transmisión de la propiedad en el País Valenciano (siglos XVI-XVII). Ponderación global y marco jurídico”, en CHACÓN JIMÉNEZ, F. y HERNÁNDEZ FRANCO, J. (Eds.), *Poder, Familia y Consanguinidad en la España del Antiguo Régimen*, Anthropos, Barcelona, 1992, pp. 60-61]. En este sentido, Furió ha señalado que “...el paso verdaderamente decisivo para la adopción de estrategias alternativas al igualitarismo hereditario lo constituyó la supresión de la legítima en las cortes de 1358”. De este modo se descubren escenarios en los cuales “El padre tenía ahora en sus manos la posibilidad de preservar la integridad de la explotación familiar, legándola indivisa a un solo hijo y asignando a los demás una compensación simbólica” [FURIÓ DIEGO, A., “Reproducción familiar y reproducción social: familia, herencia y mercado de la tierra en el País Valenciano en la Baja Edad Media”, en GARCÍA GONZÁLEZ, F. (Ed.), *Tierra y Familia en la España Meridional, siglos XIII-XIX*, Universidad de Murcia, Murcia, 1998, pp. 39-40].

¹²⁰⁸ Matalí utilizó como punto de partida la metodología del sistema analítico comparativo en el que se basó Le Roy, definiendo el sistema *preciput*, como aquel en el que primaría el favoritismo hacia uno de los hermanos sobre los demás, evitándose de este modo el fraccionamiento –excesivo– del patrimonio familiar; y el sistema *Paris-Orléans*, mediante el que se excluye a un hijo de la masa hereditaria, por haber sido previamente dotado, combinándose con el reparto igualitario de la herencia para el resto de descendientes. [MATALÍ VIDAL, R. V., “Estudio de las transmisiones intrafamiliares en la Valencia Foral: Testamentos y bodas en el siglo XVII”, *Estudis*, núm. 11, 1984, pp. 167 y 168].



La aplicación al caso valenciano del sistema de reparto legitimario contenido en los Fueros medievales muestra que, pese a la obligación legitimaria por parte del causante, podría contemplarse la posibilidad de repartir igualitariamente o de favorecer a algunos de los herederos sobre el resto, quedando ello a voluntad del testador en última instancia, aunque dentro de dicha pauta, se atribuiría un papel preponderante al claro predominio del heredero universal, sobre el que recaería el patrimonio de la familia, con el otorgamiento de los legados menores y también formales¹²⁰⁹ al resto de los herederos.

El individualismo en la herencia, parecía pues, que iba a ser un rasgo definitorio y característico de la época¹²¹⁰ con preponderancia sobre otras maneras de testar.

Una gran parte de los análisis históricos realizados se efectuó sobre sectores geográficos diferenciados de Valencia, pero bien es cierta la existencia de rasgos comunes en algunas de aquellas zonas examinadas, con el objeto de concluir comportamientos habituales en las líneas de sucesión paterno-filiales, donde la sucesión generacional denotaba una clara preferencia de los hijos varones en el momento de la consolidación de una nueva generación sucesora en la explotación familiar¹²¹¹, constituyendo ésta la razón por la cual, en muchos casos y en función de la clase social, no primaba un sistema paritario en el momento de testar¹²¹².

¹²⁰⁹ Los 5 sueldos que la formalidad imponía.

¹²¹⁰ A pesar de que la autora mantuvo ambas posibilidades de la utilización del sistema igualitario y desigual [MATALÍ VIDAL, R. V., “Estudio de las transmisiones intrafamiliares...”, op. cit., p. 169: “...el derecho a la herencia y la obligación de legítima a cada uno de los hijos, permite la fragmentación de la herencia quedando a voluntad del testador el hecho de que ésta quede muy dispersa –repartiendo a todos por igual-, o se concentre más en unas manos sobre el resto, evitando así un excesivo fraccionamiento al favorecer a uno de los herederos, quedando también a su libre voluntad, una vez contemplados los dos derechos básicos descritos, permitiendo la existencia de uno u otro de los definidos anteriormente, o bien una mezcla de los dos..”], finalmente reconoció una preponderancia del segundo, aduciendo que “...no se puede evitar la existencia de un hecho...que se puede dar en mayor o menor grado según la libre voluntad del testador: la fragmentación del patrimonio familiar además de la observación de un individualismo en la herencia.” [Ibidem].

¹²¹¹ PÉREZ GARCÍA, J., “La familia campesina en la huerta de Valencia durante el siglo XVIII”; *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, 1988, Vol. VI, núm. 2, p. 16: Sobre el período temporal del siglo XVIII “La sucesión generacional denota una clara preferencia de los hijos varones (72,54%) sobre las hembras (27,45%) a la hora de consolidarse una nueva generación sucesora en la explotación familiar; asimismo, los primeros hijos son los preferidos con claridad (49%)...Por tanto, no creemos que el sistema sucesorio huertano practique un igualitarismo radical, como se ha pretendido, y más bien las hipótesis se orientan hacia una gran diversidad de situaciones...”.

¹²¹² Pérez García dirigió su estudio a la población de Benimaçlet y a la clase social campesina. Su exhaustivo examen facilita, al lado de otros de similar cariz, una visión adecuada para encontrar comportamientos sucesorios comunes, tendentes a la práctica de un sistema basado en la primogenitura y la masculinidad. El sistema preferencial tras la abolición de los Fueros vendría a ser sustituido por el sistema de mejoras castellano, habiéndose llegado a concluir que en el siglo XVIII el sistema valenciano



A lo largo de este siglo XVIII y prácticamente desde la desaparición de los Fueros, se redujo progresivamente en la tierra el reparto igualitario de las herencias, utilizando el recurso de las mejoras ofrecido por el sistema castellano, y siempre con la preferencia del hombre sobre la mujer. La causa de dichas estrategias sucesorias estuvo influida por un incremento demográfico, así como por una defensa de la explotación familiar, pretendiéndose evitar en la medida de lo posible la siempre discutida atomización de la propiedad.

4.5.3 Pérdida del protagonismo en la primera mitad de siglo XVIII de la vía legitimaria y de la mejora como alternativa en la sucesión

En la sucesión de la vivienda, del mismo modo se partiría de la preeminencia de un criterio residencial troncal con miras a la evitación de la fragmentación del patrimonio de la familia, considerando como nuevos factores que se introducen en la ecuación, la participación conjunta de varios hijos en el mantenimiento de bien familiar o bien, como ya se ha mencionado, el descenso en importancia de las mejoras¹²¹³.

“no descarta, pero tampoco privilegia el reparto igualitario” [PÉREZ GARCÍA, J., “Elementos configuradores de la estructura familiar campesina en la Huerta de Valencia durante el siglo XVIII”, *Revista de Estudios Humanísticos*, 1989, núm. 11, p. 122].

¹²¹³ Así nos lo explica Barrera, dentro del período de Nueva Planta: “...ens atrevim a assenyalar que la millora no era pas un instrument de classe adreçat per a garantir el manteniment, en la mesura que fos possible, d’una part considerable del patrimoni familiar d’una línia de descendència, sobre tot perquè l’èxit d’aquest propòsit dependria entre altres coses del nombre d’hereus –si realment es volia això caldria establir un vincle o «mayorazgo». L’ús de la millora caldrà efectuar-lo en una mena d’agraïment a determinats fills per haver participat més que la resta dels hereus al desenvolupament de les funcions familiars... Així, la disposició de la millora encara que no suposava una pràctica majoritària sí que era emprada sovint. A bon segur, la raó d’aquest ús tant generalitzat es fonamentaria en el desig de recompensar i agrair els serveis de determinats fills que haurien fet costat als pares en l’esforç de redreçament de l’empresa familiar” [BARRERA AYMERICH, M., *Família, patrimoni i dona al Vila-Real de l’Antic Règim. Els afers familiars en la pràctica judicial del set-cents*, Ajuntament de Vila-Real, Vila-Real, 1993, p. 52]. Esta mejora recaería en los hijos varones y primogénitos “...atés que per la seua condició de fill major havia tingut més temps de dedicació, i en uns moments de major necessitat, a la unitat de producció i vida que era, i és, la família”, hasta el punto de que “...de vegades l’agraïment seria tant que molt sovint la concessió de la millora aniria acompanyada del remanent del quint de lliure diposició.” [BARRERA AYMERICH, M, op. cit., p. 53]. Ardit, también dirige su opinión en este sentido, siendo partidario de la mejora como compensación, al entender que “La utilització del cinqué de lliure diposició i el terç de millora no tenia com a objectiu aparent la conservació del conjunt de béns sinó assegurar, en la mesura que això fos possible, la viabilitat de les noves famílies dels fills i les filles i el manteniment, encara que de vegades precari, del cònjuge supervivent. No hi havia pas una estratègia troncal.” [ARDIT LUCAS, M., *Creixement econòmic i conflicte social. La foia de LLombai entre els segles XIII i XIX*, Afers, Catarroja-Barcelona, 2004, p. 499]; y se sitúa junto a Catalá, que también postuló que la mejora entre la nobleza valenciana del siglo XVIII “...se entiende y funciona a la vez como una recompensa y como un seguro para la vejez”, aparte de que supone “...el instrumento que permite aliviar las graves consecuencias que sobre el ámbito familiar produce el régimen del mayorazgo” [CATALÁ SANZ, J.A., *Rentas y patrimonios de la nobleza valenciana en el siglo XVIII*, Siglo veintiuno editores,



Por otra parte, el encuadramiento y la búsqueda de testamentifacción divisible y no divisible, también se ha supeditado a las relaciones de género y a los diferentes sistemas de organización doméstica¹²¹⁴, contando siempre con el necesario factor demográfico ya citado. La causa del descenso en la división igualitaria ha venido justificada por ciertos autores por la imposibilidad de su aplicación en la mayoría de patrimonios familiares modestos¹²¹⁵, donde el mecanismo hereditario parecía obedecer más al sistema legitimario catalán, basado en el protagonismo del *hereu*. Pero dicha tendencia, en la práctica, parecía atrincherarse más en la justificación del sistema de valores y moralidad propio de las relaciones familiares de la época, que se consideraba como el más adecuado¹²¹⁶, pese a las evidentes distinciones entre los hijos a la hora de testar, incluyendo en estas consideraciones la más firme convicción por parte del causante de que la partición hereditaria practicada era la más justa y equitativa de entre las posibilidades a escoger, y de que el hecho de haber adjudicado más caudal a unos en detrimento del resto, no suponía ningún beneficio de uno y el agravio de los otros; más bien al contrario, era una operación habitual y exenta de atribuciones desmoralizantes¹²¹⁷.

Madrid, 1995, pp. 178 y 182] . Parece que Gimeno Sanfeliu no se decantó por la utilización del sistema de mejoras basándose en una estricta solidaridad de los padres, por cuanto sus referencias no apuntan hacia este aspecto. Al menos, tuvo muy claro que el funcionamiento de la mejora entre las oligarquías no fue ese, sino el de un "...instrumento para evitar la dispersión patrimonial" [GIMENO SANFELIU, M.J., *Patrimonio, parentesco...*, op. cit., p. 194]; ello sin dejar de reconocer que el sistema más socorrido para la perpetuación, se desarrolló mediante los vínculos o mayorazgos, basados en la primogenitura y la masculinidad [GIMENO SANFELIU, M.J., *Patrimonio...* op. cit, p. 77 y GIMENO SANFELIU, M.J., *La oligarquía urbana de Castelló en el siglo XVIII*, Ajuntament de Castelló de la Plana, Castelló, 1990, p. 105].

¹²¹⁴ GARRIDO ARCE, E., "La imposible igualdad. Familia y estrategias hereditarias en la Huerta de Valencia a mediados del siglo XVIII", *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, 1992, Vol. X, núm. 3, pp. 83 y 84.

¹²¹⁵ Según Garrido Arce, por el peligro de "...las futuras amenazas de una división *ad infinitum* del patrimonio..." porque "En la Huerta de Valencia hubiera sido literalmente imposible, dada la estructura de la propiedad, una división igualitaria de los mayoritariamente modestos patrimonios familiares, máxime cuando la media de la descendencia era elevada y la población crecía como nunca antes lo había hecho, sobre todo en la segunda mitad del siglo XVIII" [GARRIDO ARCE, E., "La imposible...", op. cit., p. 99].

¹²¹⁶ Vercher explica que "L'herència entre la pagesia valenciana sempre ha estat dividida a parts iguals. Al País Valencià no ha existit mai la institució del primogènit, a diferència del cas d'una gran part de Catalunya [VERCHER i LLETÍ, S., *Casa, família i comunitat veïnal...* op. cit., p. 89].

¹²¹⁷ GARRIDO ARCE, E., "La imposible...", op. cit., p. 102: "Parece como si se diera un sistema de compensaciones tácito que, a pesar de los conflictos fraternales que pudiera ocasionar, era respetado... Cuando se incluyen mejoras, incluso, no parece existir bajo esa actitud la conciencia de que se está beneficiando a un hijo en perjuicio de los demás...". Casey también se refiere a esta especie de sistema híbrido de reparto, combinando distintas vertientes de la práctica hereditaria: "De forma paradójica, València sembla dotada, en els Furs de Jaume el Conqueridor, amb la plenitud del dret romà quan a la llibertat de testar... En la pràctica durant el segle XVII, aquest Fur sembla utilitzat no per desheretar, sinó per donar més flexibilitat a la divisió de les herències, que la que fou possible, per



4.5.4 Tipología de los testadores y maneras de testar en Valencia durante los siglos XVI y XVII

La perspectiva del reparto igualitario de la tierra en función de la clase social a la que se perteneciera no es reseñable con carácter tan categórico, al menos en la Baja Edad Media valenciana, época en la que se aduce un predominio del reparto igualitario de la herencia¹²¹⁸ de influencia cristiana, identificado por un modelo familia nuclear bajo cuya articulación se practicaría la transmisión de la tierra de padres a hijos. Aunque en principio, los efectos perniciosos que provocaban el desmembramiento de la tierra debido al reparto igualitario podían ser subsanados mediante la tenencia abundante de tierras y el fácil acceso a las mismas en la primera época de colonización y poblamiento cristiano, ello a pesar de los límites impuestos en primera instancia por la legítima valenciana. Sin embargo esta inocuidad de la cuota legitimaria foral devendría algo más nociva en los siglos posteriores, debido a la mayor presión demográfica y a la reducción de tierras vacantes susceptibles de ocupación.

Por otra parte, el intento de estudio del acto de testar y de la transmisión del patrimonio familiar por los diversos grupos sociales que convivieron en la Edad Moderna, representa un análisis que no está exento de dificultad -por lo imbricado de las relaciones entre las personas- pero que sin embargo no es fútil, ni mucho menos, en la medida que nos aporta indicios valiosos para conocer las vías sucesorias de los bienes integrantes de aquellas herencias, que serían distribuidas dentro de la familia.

Partiendo de la libertad del testador, con las matizaciones establecidas por la debida acotación foral, debemos afirmar que el modelo testamentario valenciano vendría sensiblemente influenciado por las relaciones de género paterno-filiales.

exemple, a Castella...És a dir, que els camperols valencians del Segle d'Or sembla que combinen la lletra del dret romà...que deixava plenitud del poder al testador, amb la pràctica dels castellans, que era dividir el patrimoni entre tots els fills." [CASEY, J. "Parentela i comunitat a la València foral (segles XVI i XVII)", *Afers*, 1991, núm. 11/12, p. 60].

¹²¹⁸ FURIÓ DIEGO, A., "Reproducción familiar...", op. cit., p. 36: "...en el País Valenciano de la baja Edad Media, donde hemos visto que predominaba el reparto igualitario de la herencia, sobre todo en la primera época, se imponía la célula conyugal como unidad básica de la estructura familiar. No parece, sin embargo, que esta hegemonía estuviese determinada necesariamente, ni siquiera fundamentalmente, por las formas de transmisión patrimonial." En este caso, el autor mantuvo la convicción de que "...la forma dominante de la explotación de la tierra era la pequeña empresa familiar, basada en la autosuficiencia laboral y cuyas dimensiones se ajustaban perfectamente al tamaño del grupo doméstico" [op. cit., p. 37].



Realmente, el objetivo pretendido podría representarse por el aglutinamiento patrimonial en una sola mano con la finalidad de evitar su dispersión, pero la forma en que se ejercía aquella distribución de bienes –de manera general- estaba sujeta a variaciones, en función del grupo social de referencia, siendo la manera común más empleada -sobre todo en las oligarquías- para el ejercicio de la sucesión, la práctica de la unigenitura. Tal y como ya se ha observado, no se practicaría con asiduidad un reparto igualitario de la herencia. Ni siquiera se acudiría al recurso del favorecimiento de un hijo sobre los demás, y ello se practicaría con la meta de determinar la dirección que debía tomar aquel patrimonio.

La elección de un solo heredero sería la tónica general, aunque con determinadas particularidades en las que primaba la escala social de cada grupo.

El estrato social inferior más modesto y humilde, representado por labradores y artesanos, se caracterizaba por el reparto igualitario¹²¹⁹, por lo tanto, se descartaría la utilización de mejora hereditaria hacia un solo heredero¹²²⁰, ahora bien, no sucede del mismo modo con el estamento noble y adinerado, donde el reparto de la herencia se llevará a cabo por medio del recurso a la primogenitura con el fin expreso de forzar la determinación de la línea que debe seguir el reparto, lo cual, tal y como se ha indicado, sería sinónimo de la “preocupación por la merma de la fortuna y consecuentemente, la pérdida de un estatus”¹²²¹.

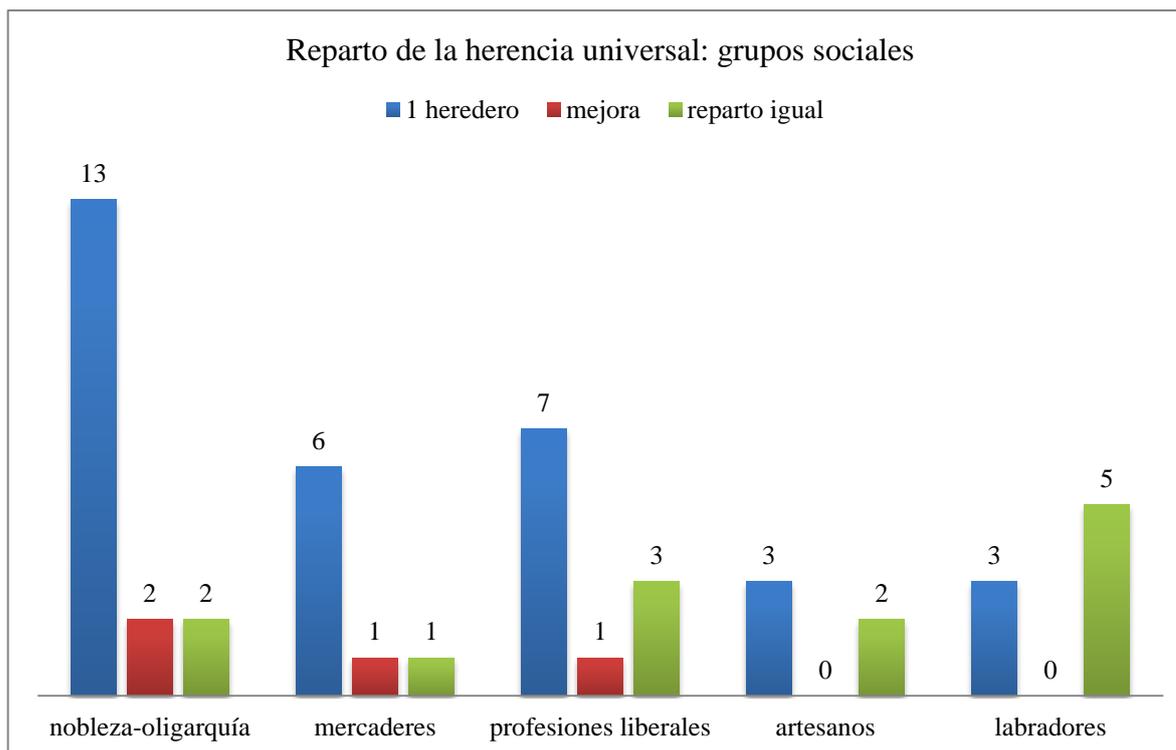
Se observa así, que los datos referidos para cada grupo social, muestran en el siguiente gráfico que, una disminución en la escala social, comporta un incremento del reparto igualitario de bienes dentro de la familia¹²²².

¹²¹⁹ Las afirmaciones de Furió muestran una excepción de “...pocas familias extraordinariamente fecundas, que suelen corresponderse con los estratos más acomodados del campesinado y más arraigados también en la comunidad...” [FURIÓ DIEGO, A., “Reproducción familiar...”, op. cit., p. 3].

¹²²⁰ Encontramos una remisión constante a la demografía como elemento causante de esta conducta, de acuerdo con las posibilidades de riqueza de cada familia.

¹²²¹ MATALÍ VIDAL, R. V., “Herencia y matrimonio en la Valencia del Seiscientos. Familia y aproximación a la situación de la mujer”, en CHACÓN JIMÉNEZ, F., HERNÁNDEZ FRANCO, J. y PEÑAFIEL RAMÓN, A. (Eds.), *Familia, grupos sociales y mujer en España, s. XV-XIX*, Universidad de Murcia, Murcia, 1991, p. 158.

¹²²² Se hace eco de esta evidencia Matoses, que mantuvo que “Aquesta postura del gran camperolat contrasta vivament amb el repartiment igualitari en les xicotetes herències, mitjançant el qual el pare volia assegurar l'accés a la terra de tots el fills, oposant-se al procés estructural d'expulsió de la terra a què estava sotmés el xicotet camperolat” [MATOSES CUQUERELLA, R., “Al voltant dels comportaments...”, op. cit., p. 28]



Fuente: Elaboración propia, por adaptación del Cuadro II, contenido en MATALÍ VIDAL, R. V., “Herencia y matrimonio...”, op. cit., p. 156.¹²²³

Un caso particular examinado sería el que representa al grupo de los mercaderes, en base al que se podría sugerir que en los negocios familiares, aunque dentro de clases sociales más humildes que las aristocráticas, pero más pudientes tal vez, por regla general, que los campesinos, otros profesionales y labradores; se localiza la adopción de determinadas estrategias que miran a la herencia para un solo hijo como el remedio de mayor viabilidad para evitar el desmembramiento patrimonial familiar.

Del bosquejo efectuado podríamos colegir que el mantenimiento del patrimonio en la familia, la mayoría de las veces obedecía a las llamadas estrategias familiares, que

¹²²³ La muestra, recopilada por Matalí, se realiza sobre las siguientes cifras totales escogidas por nosotros, para cada clase social en la primera mitad del siglo XVII: 1.- Nobleza-oligarquía: 17, 2.- Mercaderes: 8, 3.-Profesiones liberales:11, 4.- Artesanos: 5, 5.-Labradores: 8; con lo que la muestra seleccionada se totaliza sobre 49 unidades. Los datos se extraen de actas notariales de la sección de *Manaments i Empares* del A.R.V. en el período 1600-1650. La autora considera que “Con ellas, he construido una muestra que engloba a casi todo el espectro social valenciano de la época, que aunque en porcentajes de representatividad quizá algo bajos, me ha parecido interesante mostrar como un primer acercamiento a lo que pudiera ser el comportamiento de los diferentes niveles de la sociedad en lo referente al reparto de la herencia...”. En relación con el ámbito geográfico, manifestó que “...aunque en la muestra aparecen documentos de toda la zona valenciana, el mayor porcentaje se centra en el ámbito de Valencia y su provincia...”, contando con el “...riesgo que el modelo aquí apuntado sea más representativo de Valencia que de Castellón y Alicante. Pero a pesar de los inconvenientes señalados, los resultados son lo suficientemente interesantes como para poder dibujar unas líneas de comportamiento general en la primera mitad del s.XVII”. [MATALÍ VIDAL, R. V., “Herencia y matrimonio...”, op. cit., p. 152-153].



pretendían la indivisión del patrimonio, lo cual conllevaría al ejercicio de dicha facultad obviando la posibilidad de recurrir a repartos idénticos entre los herederos, con el pertinente desequilibrio de cada asignatario, lo cual, a su vez, se hacía posible por mor de las características del régimen legal que comprendía la sucesión foral. Parece pues que la pericia basada en estrategias sucesorias y destinadas al fin de la organización para la pervivencia del patrimonio familiar, resultaría crucial.

4.5.5 Dos formas de obtención del patrimonio: El mercado de la tierra y la transmisión dentro de la familia

La excesiva descomposición de las distintas explotaciones familiares acontecida durante los siglos XIV y XV, identificada como el mal constante descrito en líneas anteriores, se intentó mitigar mediante la técnica de las operaciones de mercado¹²²⁴, con el fin de la reagrupación del patrimonio familiar. La estrategia sucesoria elegida por el causante debería completarse con la debida estrategia económica, con la finalidad de “recomponer las explotaciones fragmentadas y pulverizadas por la herencia”¹²²⁵ en el

¹²²⁴ FURIÓ DIEGO, A., “El mercado de la tierra en el País Valenciano a finales de la Edad Media”, *Hispania*, 1995, Vol. LV/3, núm. 191, p. 890: “...si nos centramos en el País Valenciano, el carácter divisible e igualitario de la herencia tenía como consecuencia la extrema atomización y dispersión de las explotaciones, trabajosamente recompuestas por los nuevos titulares mediante sucesivas y complicadas operaciones de permuta y compraventa. El mercado se alimentaba así de las parcelas intercambiadas por los campesinos, que, además de completar sus heredades con la adquisición de nuevas tierras, intentando a veces recomponer las antiguas explotaciones familiares, tendían a corregir la dispersión de las parcelas e incluso a diversificar sus cultivos”.

¹²²⁵ FURIÓ DIEGO, A., “El mercado...”, op. cit., p. 891. Cruselles también se refirió globalmente a las distintas estrategias adoptadas por las familias con el fin de “asegurar la reproducción social del grupo dirigente”. Estrategias éstas, dependientes de “convulsiones demográficas, sociales y económicas” que determinaban una respuesta biológica por parte de los diferentes grupos sociales y que determinaban unos “objetivos a corto plazo”. Según el autor, “Unas estrategias son de tipo económico, político o educativo y otras afectan al destino de la organización familiar, estando intrínsecamente ligadas a las estrategias de provisión de herederos: por ejemplo, los mecanismos de transmisión y reparto del patrimonio, las formas de residencia y de imposición de la jerarquía de mando o el control del acceso al matrimonio que, en un modelo de familia con muchos herederos y con el fin de no fragmentar la herencia supone el retraso del acceso al matrimonio de los varones y el énfasis de la reproducción biológica de la familia sólo en las parejas constituidas, lo que provoca la diferencia creciente de edad entre los novios”. Por este motivo, ligado a lo social, debería examinarse, también, lo jurídico, o “...las transformaciones que se produjeron en la legislación sobre el derecho sucesorio.”. Así pues, el factor biológico confluía con el puramente jurídico, dado que “La promulgación de estas leyes reguladoras del derecho sucesorio debe relacionarse con las transformaciones experimentadas por las estrategias biológicas adoptadas por la clase dirigente y sus grupos sociales afines.”. Aún en esta edad temprana encontramos la prueba de la influencia de una necesidad social, reflejada en una consecuencia jurídica que se ofrecía como remedio a la situación hereditaria del momento: “...la nueva legislación de mediados del XIV preveía las disfunciones provocadas por la supervivencia de una progenie numerosa, enfatizando las jerarquías internas que ordenaban al núcleo familiar. Así, se superaba toda disyuntiva entre las estrategias de provisión de herederos y de preservación integral del patrimonio familiar” [CRUSELLES GÓMEZ, E., “La población de Valencia en los siglos XIX y XV”, *Revista d’Història Medieval*, 1999, núm. 10, pp. 78-80]. De



caso de las familias a las que hubiera afectado de forma negativa el reparto igualitario. En este sentido trató de explicarse una tendencia con cierta similitud a la inglesa vigente en el siglo XV, fortalecedora de las transacciones del mercado de la tierra entre personal foráneo y local; comprobando cómo se debilitaban los otros vínculos: aquellos que asociaban la transmisión interna de la tierra entre los miembros de un mismo grupo familiar. Esta situación parece que fue propiciada por determinada “polarización y movilidad de la población que se renovaba continuamente por la alternancia y desaparición de linajes”¹²²⁶, primando la imposición del mercado frente a la transmisión intrafamiliar de la tierra¹²²⁷.

Pero no podemos predicar sólo un efecto negativo de esta tendencia crematística proveniente del tráfico de la tierra, por cuanto no ha de verse únicamente la consecuencia nociva de los intercambios comerciales de los inmuebles contraponiéndolo a la vía de adquisición de parcelas puramente sucesoria dentro de la familia. Es significa que, como ya hemos explicitado, el dinámico mercado de la tierra permitiría “...recomponer las explotaciones fraccionadas por la herencia –a veces incluso con las mismas parcelas adquiridas por uno de los hijos a sus otros hermanos- y por otra ajustar el tamaño de la explotación agraria a las dimensiones del grupo doméstico y al ciclo biológico de éste”¹²²⁸, pudiendo sostenerse que ofrecía una papel regulador “...entre las dimensiones del grupo doméstico y las de la explotación agrícola”¹²²⁹.

Miguel también ha expresado el factor que viene dado por la contingencia de carácter socio-económico: “...esta preservación de los derechos de los herederos se afectada por las transformaciones económicas de mediados del XIV” [DE MIGUEL MOLINA, M., “La empresa familiar valenciana: oportunidades del derecho foral valenciano recuperadas por la legislación actual” en RAMÓN FERNÁNDEZ, F. Coord., *El Derecho Civil valenciano...* op. cit., p. 561].

¹²²⁶ Los movimientos extintivos de los linajes son repetidamente aludidos para representar flujos migratorios significativos. Alzira fue un importante núcleo poblacional afectado por el citado fenómeno. Furió destacó que “...de los 859 linajes censados en todo el término de Alzira a lo largo del Cuatrocientos, sólo un 23,6%, es decir, menos de una cuarta parte, están presentes durante toda la centuria...”.

¹²²⁷ FURIÓ DIEGO, A., “El mercado...”, op. cit., p. 898: “...esta inestabilidad contribuía a debilitar los vínculos entre tierra y familia y, al mismo tiempo, a activar poderosamente el movimiento del mercado de la tierra. Muy poca tierra llegaba a pasar de padres a hijos, ya que muchas familias partían antes de que pudiera producirse la sucesión generacional, y sus tierras eran adquiridas en el mercado por las nuevas familias que llegaban a reemplazarlas.”. Es por ello que “sólo una pequeña parte de la propiedad familiar pasaba directamente de padres a hijos, ya que, por regla general, la mayoría de las parcelas familiares eran vendidas antes de la herencia y los hijos recomponían sus explotaciones acudiendo ellos también al mercado...” [Ibidem].

¹²²⁸ FURIÓ DIEGO, A., “Reproducción familiar...”, op. cit., p. 41.

¹²²⁹ FURIÓ DIEGO, A., Ibidem.



Esta regulación, en principio sólo cobraría un protagonismo sustancial en las áreas de mayor desarrollo urbano, frente a las zonas rurales, en las que el paso a la siguiente generación se caracterizaría por un ritmo mucho más lento. El estudio de este factor de la tierra en el que predominaban las transacciones económicas se ha examinado como una de las causas que ha venido a generar un efecto amortiguador - junto a un adecuado sistema de libertad del causante- del producto dañino identificado en el sistema igualitario de los sistemas sucesorios, en particular, de la “fragmentación y dispersión de las explotaciones”¹²³⁰.

Así, la presente perspectiva dinamizadora basada en la transmisión de las propiedades resultaría provechosa, porque coadyuvaría a la fundamentación de la teoría del tráfico de la tierra insertada en un sistema de régimen legitimario que, de por sí, podría considerarse, en un principio, lo suficientemente permisivo y capaz de regular la presente cuestión, régimen este que podría ser el foral valenciano de la época. Se generó de este modo una autorregulación propia, basada en el mercado de las transacciones de las tierras y explotaciones en momentos históricos en los que las circunstancias demográficas no ofrecían la respuesta a los problemas esbozados.

En consecuencia este motivo sería el causante de que el acceso a la propiedad agraria también tuviera lugar dentro de un marco dinámico mercado.

La formulación de la relatividad de la importancia de la misma familia en la transmisión de la propiedad considerando la existencia de otros mecanismos -como el citado mercado de la tierra- ha sido reiterada, habiéndose llegado a reconocer que “...la importancia de la familia como vía de acceso a la propiedad no era...la única ni...la fundamental”¹²³¹ pero el análisis global de las muestras del siglo XVI a principios del siglo XVIII ha demostrado que la familia “...nos aparece como la mediadora fundamental de la transmisión de propiedades”¹²³².

No obstante, destacaríamos junto a la postura más jurídica y bajo una perspectiva de pensamiento más relacionado con el prisma antropológico-social, aquella otra en la que COMAS D´ARGEMIR se ha situado junto a FURIÓ, postulando el rechazo de la herencia como uno de los únicos métodos para acceder a los medios de

¹²³⁰ FURIÓ DIEGO, A., “Reproducción familiar...”, op. cit., p. 43.

¹²³¹ BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, R., “Familia y transmisión...”, op. cit., p. 49.

¹²³² BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, R., *Ibidem*.



producción¹²³³, valorando en la justa medida el momento histórico adecuado y los mecanismos coherentes de reproducción social, el acceso a los diferentes recursos productivos, así como todos aquellos susceptibles de condicionar un traspaso patrimonial en la propiedad¹²³⁴.

4.5.6 Los cabreves valencianos: un instrumento valioso para analizar las transmisiones intrafamiliares

El término “cabreve” no se define en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pero si atendemos a las fuentes historiográficas que analizan esta fuente -persiguiendo el cumplimiento de ciertas líneas de investigación quizás algo alejadas de las propiamente jurídicas- pueden entenderse, sin necesidad de acudir a un amplio discernimiento de la cuestión, las provechosas aportaciones que su estudio puede conferir a nuestra finalidad investigadora, que no es otra que la de ahondar en la tradición del traspaso sucesorio de bienes dentro de la propia familia¹²³⁵.

¹²³³ Debiendo no obstante destacar que, bajo una perspectiva más contemporánea. Furió, mostrando un pensamiento algo distinto al de Mira, dejó claro en trabajos anteriores la relevancia del fenómeno hereditario a pesar de verse solapado en parte por el fenómeno de operaciones parcelarias: “A pesar, pues, del debilitamiento de los lazos de identificación entre la familia y su tierra y la notable actividad del mercado extrafamiliar, que redistribuye constantemente la propiedad de las parcelas, tales vínculos no se extinguieron, sino que se perpetuaron” [FURIÓ DIEGO, A., “Tierra, familia y transmisión...”, op. cit., p. 326].

¹²³⁴ COMAS D'ARGEMIR, M. D., “Matrimonio, patrimonio y descendencia. Algunas hipótesis referidas a la Península Ibérica” en CHACÓN JIMÉNEZ, F. y HERNÁNDEZ FRANCO, J. (Eds.), *Poder, familia...* op. cit. La apostilla a los sistemas hereditarios del norte, centro y sur, caracterizados los dos primeros por rasgos de tipo indiviso (proclives a la troncalidad) o de tipo distributivo los segundos (proclives a la fragmentación patrimonial), precede en esta obra a la idea fundamental de que el peso de los factores de reproducción social identificados con la tierra, las personas y con el conjunto de reglas y categorías culturales-dentro de las que se engloban, por cierto, las reglas jurídicas o nociones tan importantes como la familia y el modelo doméstico imperante en cada sociedad- deben ceder ante otros tal vez más relevantes, como la lógica reproductiva de los grupos sociales y de los fundamentos de la estratificación social. Entendemos que partiendo de este enfoque, debería efectuarse la reformulación de algunos criterios legitimarios que en la actualidad requiere nuestra sociedad.

¹²³⁵ Matalí ha descrito el acto de cabrevación como aquel que “...supone el reconocimiento por parte del enfiteuta del dominio directo del señor sobre la propiedad de la que él posee el dominio útil, y donde se indica, tanto el tipo de bienes poseídos como la exacción a que están sometidos. Normalmente, este tipo de documentación, ha sido utilizada para el análisis de la estructura social de la propiedad...pero de lo que ahora se trata, es de demostrar su efectividad en el estudio de las transmisiones de propiedad, tanto su número a nivel global, como su evolución en un tiempo de larga duración...” [MATALÍ VIDAL, R.V., “Tipos de transmisión y estructura de propiedad en la Ribera Alta: Los Cabreves de la Granja de Benibayre, 1525-1725”, *Al-Gezira*, 1987, núm. 3, pp. 159-160.]. También Benítez considera de utilidad este tipo de documentos para abordar la cuestión, definiéndolo como “...un documento notarial de especiales características, especialmente abundante en el País Valenciano y Cataluña y más que suficientemente conocido por su aplicación a otro tipo de estudios...”, refiriéndose a la ayuda que supone el acto de cabrevación, dado que “...nos relata la «historia» de la propiedad, especificando los sucesivos dueños y los documentos por los que se transmitió de unos a otros, indicando detalladamente el tipo de



Los cabreves aportan la utilidad de mostrar la realidad de las transmisiones entre distintos enajenantes y adquirentes dentro o fuera de la estirpe de la familia, aparte de que la tipología concreta del testamento como acto de traspaso en este tipo de documentos ofrece la particular ventaja de constituir un “...perfecto índice de las escrituras relacionadas con la transmisión de la propiedad”¹²³⁶.

La metodología empleada en dichos análisis frecuentemente obedece a la localización de un punto de encuentro entre el número de transmisiones y las formas de transmisión empleadas, ante lo cual es posible constatar como factor que atañe a nuestro interés, la tendencia evolutiva en las mencionadas maneras de enajenación, así como su cadencia, o como lo ha denominado el propio profesor BENÍTEZ, “...el tiempo de permanencia de un bien inmueble en manos de un mismo propietario”¹²³⁷.

Supondrían por ende estos cabreves, mejores aperos para el estudio del *tracto sucesivo* de bienes inmuebles, que “...resultan del todo inabordables desde la utilización clásica de las fuentes notariales”¹²³⁸.

Desde la investigación de los mencionados documentos se acometieron estudios de la zona geográfica de Valencia, acotada en la comarca de la Ribera Alta, que comprendía el período temporal de los siglos XVI-XVIII, contrastando las transmisiones dentro de la familia – en razón de las que tendía a preservarse el patrimonio familiar-, bajo la forma de testamento; y aquellas cuya transmisión obedecía a un estricto criterio transaccional oneroso o de mercado.

transmisión, la fecha y el notario ante quién se realizó la escritura.”. Es manifiesta la relevancia atribuida por el autor, al expresar que “...su tratamiento en profundidad ofrece nuevas posibilidades para el estudio de la transmisión de la propiedad, superando con creces a las ofrecidas por el empleo de las fuentes notariales. El trabajo sobre cabreves lo suficientemente amplios permite conocer la trayectoria de una determinada muestra de propiedades a las queda coherencia su concentración en el espacio, a lo largo de un determinado período de tiempo. Con ello, en lugar de un muestreo tendremos una muestra de la realidad de las transmisiones...” [BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, R., “Formas de transmisión de la propiedad en el País Valenciano (siglos XVII y XVIII). Aproximación metodológica a un nuevo tratamiento de una fuente notarial clásica: los cabreves”, *Actas del II Coloquio de metodología histórica aplicada. La documentación notarial y la historia*, Santiago, 1984, Vol. I pp. 353-354.].

¹²³⁶ BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, R., “Formas de transmisión...”, op. cit., p. 355.

¹²³⁷ BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, R., “Formas de transmisión...”, op. cit., p. 359.

¹²³⁸ BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, R., “Formas de transmisión...”, op. cit., p. 369. Catalá, en contra de las opiniones de Eiras Roel y Lanza García –a los que cita- también reseña en su obra que los testamentos no se han contemplado como la mejor fuente para analizar el fenómeno estratégico-sucesorio: “Sea cual fuere la causa que ha originado tal discrepancia en el aprovechamiento de los testamentos como fuente para el estudio de los comportamientos sociales...lo cierto es que son muy exiguas las aportaciones al análisis de los sistemas de reparto de los patrimonios fundadas en el examen masivo de testamentos [CATALÁ SANZ, J.A., *Rentas y patrimonios ...* op. cit., p. 178].



En un principio, el siglo XVI se manifiesta como una etapa en la que los predios son objeto de una economía en expansión, más que objeto de transmisión testamentaria, lo que induce a pensar en una “no tendencia a guardar el patrimonio familiar”¹²³⁹, contrariamente a lo que sucedería en el siglo XVII, en el que el traspaso por la vía familiar tendría mayor significación.

Nos encontramos ante una franja temporal con puntos de inflexión claramente definidos, a la vez que singulares por sus marcadas diferencias. La preeminencia de la dinámica de las transacciones económicas fuera de la familia se orienta progresivamente hacia conductas más conservadoras que mantienen los bienes en el núcleo de la misma, a falta de concretar cómo se realiza el reparto de los bienes entre los miembros del conjunto familiar. Además, la Guerra de Sucesión determinó un hito, invirtiéndose el fenómeno del mencionado movimiento de mercado de bienes inmuebles, aconteciendo una minoración de las transacciones y un correlativo refuerzo de la citada tendencia a la conservación del patrimonio familiar dentro de la familia; aunque con el tiempo, el fenómeno comercial de compra y venta a terceros de casas, parcelas y fincas, volvería a tomar protagonismo¹²⁴⁰.

La propensión hacia conductas más de mercado o más hereditarias vendría determinada por alternancias en función de la etapa histórica en la que nos encontráramos, tendiendo hacia una estabilización con mayor significación de las ventas de las diferentes propiedades¹²⁴¹, registrándose no obstante y a modo de contrapartida, un aumento en la duración de la tenencia de dichas propiedades¹²⁴².

¹²³⁹ MATALÍ VIDAL, R.V., “Tipos de transmisión...”, op. cit., p. 167.

¹²⁴⁰ MATALÍ VIDAL, R.V., “Tipos de transmisión...”, op. cit., p. 171: “... el período de 1596-1600 [es] denotativo de un cambio de tendencia en la situación de la Granja. Durante las épocas de expansión económica, parecen ser mayores los números de propiedades transmitidas por ventas que como resultado de una herencia, pasando a invertirse la situación en etapas de crisis y concentración de propiedad.”

¹²⁴¹ MATALÍ VIDAL, R.V., “Tipos de transmisión...”, op. cit., p. 173: “Si comparamos... las transmisiones que se pasan por vía intrafamiliar...se observa cómo, hasta el período 1676-80, éstas registran un nivel mayor que el de las ventas. Entre 1681-90 las ventas de estas tierras son superiores a las herencias y bodas, por lo que parece que vaya a invertirse la tendencia llevada hasta entonces. Pero este período en el que comienza a verse una cierta recuperación económica, parece interrumpirse durante 1691 y 1700, época en que las herencias vuelven a elevarse... y con ello la tendencia a la conservación del patrimonio familiar, mientras que las ventas comienzan de nuevo a descender, aunque se mantienen en unos niveles elevados...Tras esto, salvo el período de la Guerra de Sucesión -1706-10- en que las herencias alcanzan el 52,94% de las transmisiones y las ventas alcanzan un mínimo del 29, 41% se vuelve a invertir, quedando ya claro el proceso de recuperación iniciado de una forma clara en 1681-85.”

¹²⁴² MATALÍ VIDAL, R.V., “Tipos de transmisión...”, op. cit., p. 180: “A partir de esta fecha de 1680, y salvo el quinquenio de 1706-10, la situación comienza a cambiar, con una disminución gradual de los testamentos y un aumento del mercado de las tierras.”



Todo parece indicar que la sucesión en las conductas de las familias durante finales del siglo XV, el XVI en su integridad y principios del XVII torna hacia un sistema combinado, que en principio tiende a una permanencia en la propiedad dentro de la familia, con una línea antecedente en forma de “diente de sierra”, donde finalmente se erige como conducta consolidada la de retener la propiedad, aunque haya sido a costa de su adquisición de manera no endogámica, o fuera de la familia.

4.5.7 Polarización de la propiedad en Valencia. La no incompatibilidad del minifundio con la continuidad del patrimonio dentro de la familia. Diferentes medios para unos fines comunes

La Huerta de Valencia ha sido considerada como un modelo expansivo y un buen ejemplo de la dinamización, descrito por PÉREZ entre el período posterior a la Guerra de Sucesión y hasta principios del siglo XIX, que, de manera continuista articula su relato, adentrándose en la etapa postabolucionista de los Fueros, penetrando en el análisis del régimen de instauración de la Nueva Planta.

Se ha postulado la falta de efectos perjudiciales del minifundio sobre el territorio valenciano, lejos de lo que se podría pretender por otras opiniones. El tamaño de las explotaciones valencianas estaría directamente relacionado con una “agricultura especulativa y orientada hacia el mercado”¹²⁴³, acompañada de una coherente práctica hereditaria y estrategia familiar reflejada en las propias particiones hereditarias de la época, lo que conduciría a desembocar en un modelo más bien beneficioso, alejado del paradigma que conduciría a un correlativo empobrecimiento de carácter *malthusiano*, fruto de un acelerado crecimiento demográfico en tierras valencianas¹²⁴⁴.

¹²⁴³ PÉREZ GARCÍA, J.M., “Crecimiento agrario y explotaciones campesinas en las Rías Bajas Gallegas y en la Huerta de Valencia: Un estudio comparativo”, *Comunicación presentada al Simposio Internacional sobre historia rural, siglos XVIII-XX*, Santiago, 1988, p. 230.

¹²⁴⁴ Burriel también referencia el dato del perjuicio minifundista, añadiendo una alusión a una polarización en la población: “Cabe afirmar que la Huerta Sur de Valencia ha girado siempre en torno a una clase de propietarios de la ciudad, extraños en el fondo a la agricultura. La nobleza y el clero ocuparon durante siglos el papel fundamental... Pero esta sustitución [la de ambas clases, con la llegada del fenómeno desamortizador]...ha fragmentado enormemente la propiedad, determinando el minifundio actual, poco rentable, incapaz para incorporar un avance técnico serio y que predice un futuro muy difícil” [BURRIEL DE ORUETA, E.L., *La Huerta de Valencia. Zona Sur*, Institución Alfonso el Magnánimo, Valencia, 1971, p. 284]. Además, este minifundio “...conduce de una manera inmediata a la enorme dificultad de una explotación racional y rentable de esta huerta y al consiguiente abandono de la agricultura como actividad básica” [op. cit., p. 297]. A pesar de ello su discurso a continuación, atribuye al campesinado una situación prevalente, debido a su número, a pesar del abundante pequeño parcelado,



La polarización presente en la provincia de Valencia quedaba referida a la agrupación de burgueses, que practicaban una acumulación capitalista significativa -con la inclinación hacia técnicas sucesorias específicas, cuyo objeto primordial sería el mantenimiento unitario del patrimonio familiar – frente al colectivo integrado por el campesinado, que, del mismo modo, se resistía a la división excesiva de su patrimonio mediante el ejercicio de una parcelación moderada.

Tampoco han faltado otras opiniones que han relativizado el perjuicio del fenómeno de fragmentación minifundista, habida cuenta de la existencia de un contexto económico resistente y preparado para soportar el embate causado por la dispersión parcelaria; lo cual convertiría al grupo familiar en un conjunto capaz de actuar como un auténtico operador económico adaptado a la realidad económica con el paso de los años, según la inercia del propio crecimiento o mengua de la misma familia¹²⁴⁵.

Pese a la ubicación temporal del presente examen en época ya de vigencia legitimaria castellana, las estrategias sucesorias en la Huerta de Valencia han mostrado una menor presencia en el uso de la figura de la legítima¹²⁴⁶, o bien, han tratado de compensar sus efectos de alguna manera.

con origen en las particiones hereditarias: “Sin embargo, estos propietarios de Valencia, que se han ido retirando de su dominio sobre la zona de regadío de pie al compás del avance de los campesinos de los pueblos, han pasado a dominar, en estos mismos términos municipales unas extensiones importantes...[y] son hoy los dueños de la mayor parte de la superficie de los naranjales que ocupan los antiguos secanos del SW y W. de la comarca” [op. cit, p. 284].

¹²⁴⁵ BARRERA AYMERICH, M., *Família, patrimoni...* op. cit., p. 56: “...els repartiments igualitaris, tot i que suposaven desmembració i circulació, no afectaven gairebé en res la societat, atés que l’elasticitat de l’economia seria considerable. Elasticitat, en definitiva, perquè sempre hi hauria terra en circulació, bé en compravenda o bé en arrendament, també perquè malgrat que l’agricultura seria l’activitat fonamental hi hauria un elevat grau de diversificació que permetria, en cas de necessitat, reemplaçar-la o substituir-la total o parcialment...Aquesta elasticitat, provocada per la desmembració i circulació inherents a la divisió hereditària, augmenta també el significat de la família com a empresa de producció i reproducció...podem parlar d’un cicle familiar en la mesura que cadascuna de les famílies travessa per estadis diferents en funció de llurs necessitats de consum i de la força de treball disposada [per això]...a mesura que els fills creixen també ho fa la seua capacitat d’explotació augmentant les dimensions de la seua economia –comprant terres o llogant-les...”. Es por ello que “...l’empresa familiar tornaria a les seues dimensions originàries” quan els fills anaren casant-se. En consecuencia “...el món de la transmissió intrafamiliar equitativa implica una gran mobilitat de persones i terres, la qual estaria formada per un desig conscient d’adaptar l’explotació a la capacitat de treball disposada per la família camperola segons els diferents estadis que travessava”.

¹²⁴⁶ PÉREZ GARCÍA, J.M., “Crecimiento agrario...”, op. cit., pp. 234 y 235: “En el modelo huertano valenciano cambian algunos elementos: las legítimas están menos presentes y son menos decisivas (59,2% de los hijos que reciben el 40,86% de las tierras), las mejoras...ocupan un destacado papel (19,3% de los hijos y 36, 21% de las tierras)...”, y además “...el valenciano de la Huerta establece, a través de la mejora larga y otros mecanismos complementarios (exclusión de hijos) frenos importantes al proceso minifundista”.



Con la misma importancia cabría destacar la proporción “nada despreciable”¹²⁴⁷ de los hijos “excluidos del beneficio de la tierra”¹²⁴⁸ y de las viviendas, pero que resultarían compensados a través del clásico y frecuentemente utilizado sistema de la entrega a cuenta de lo percibido en concepto de dote (en el caso de las hijas), o bien, a través de la correspondiente compensación en metálico.

En cualquier caso, la vía de la utilización de la mejora larga y de la exclusión de algunos hijos de la atribución del *quantum* legitimario, hace pensar en la articulación de estrategias sucesorias que situaban al frente de la casa al heredero más capaz, con la exclusión o descarte del resto.

El proceso minifundista se ralentizó en virtud de actuaciones proclives al mantenimiento de porciones de tierra significativas y a procurar la unidad de la vivienda¹²⁴⁹. Esta situación de subsistencia, contrastaría con la riqueza de otro grupo social: la burguesía.

De tal riqueza sería titular la burguesía valenciana, que aun basándose en cálculos de herencia dividida –*partijas o particiones*- los cálculos se arrojaban en cifras elevadas¹²⁵⁰.

El campesinado, en el otro extremo, con evidente inferioridad adquisitiva, pero sin caer en la precariedad en su nivel de vida y de subsistencia, sería titular de explotaciones reducidas, pero suficientes, de modo que la conciencia en el mantenimiento de la solidez del grupo familiar se detecta en los textos testamentarios analizados¹²⁵¹.

¹²⁴⁷ PÉREZ GARCÍA, J.M., “Crecimiento agrario...”, op. cit., pp. 235.

¹²⁴⁸ Concretamente, en un porcentaje de un 21,5% sobre una muestra de 48 casos en el intervalo de 1790 a 1807: “En el modelo huertano valenciano cambian algunos elementos: las legítimas están menos presentes y son menos decisivas (59,2% de los hijos que reciben el 40,86% de las tierras), las mejoras...ocupan un destacado papel (19,3% de los hijos y 36,21% de las tierras), y los viudos/as tienen una buena participación y esto le permitirá diseñar, completar y redondear a estrategia ya apuntada o no a la muerte del primer cónyuge; asimismo es de destacar esa proporción no despreciable de hijos excluidos del beneficio de la tierra (21,5%) y aún de tierras y viviendas a la vez (14,1%)...” [PÉREZ GARCÍA, J.M., *Ibidem*].

¹²⁴⁹ Alquilerías en el caso de campesinos acomodados, frente a la tipología más humilde, residente en barracas.

¹²⁵⁰ La cuantificación media por herencia dividida en la Huerta de Valencia se ha valorado por Pérez García en 15.500 reales para el período entre 1790 y 1807.

¹²⁵¹ En su nota al pie, núm. 25 [PÉREZ GARCÍA, J.M., “Crecimiento agrario...”, op. cit., p. 237] se muestra la sucesión de los miembros de una familia en una hacienda valenciana, relatando la adquisición y el gobierno de hasta tres alquilerías por haber sucedido en su propiedad hasta tres generaciones de familias.



La práctica histórica, pues, indica que salvo el paréntesis de la Guerra Borbónica a comienzos del siglo XVIII, la bonanza económica provocó el descarte de posturas típicamente testamentarias en la transmisión de bienes, virando los negocios jurídicos más bien hacia la propensión de adquisición de tierras por medio de transacciones de carácter económico entre particulares, descartando así otras vías de adquisición quizás más tradicionales en el seno de la familia, que podían hacer que terrenos y parcelas se ubicaran dentro de la institución familiar.

Tras el transcurso del período bélico, la permanencia de los bienes en el núcleo familiar a través del modelo sucesorio, o bien, no retornaría, o bien tendría una importancia menor o relativa. Como contrapartida, sin embargo, aún a pesar del predominio del patrón del mercado de la tierra, un nuevo elemento entraría en escena: la conservación durante períodos más prolongados en las mismas manos de los inmuebles adquiridos por la vía de las operaciones de compraventa.

Supondría éste un método indirecto de acumulación patrimonial fuera de los hábitos típicamente hereditarios y que podría obedecer entonces a los mismos fines de gestionar un patrimonio mediante sucesivas líneas generacionales dentro del mismo grupo familiar de convivencia. En conclusión: diferentes medios para iguales fines, con dispares métodos adquisitivos: el sucesorio o el de mercado, con menos tradición sucesoria por no proceder el bien adquirido de líneas ancestrales endogámicas familiares, pero destinado a proyectarse en la misma tendencia continuista, dentro del espectro familiar.

4.5.8 La dificultad para fijar una tendencia sucesoria. Habitualidad en la variedad

Tal y como se ha podido constatar, no se puede predicar un comportamiento persistente y repetitivo en el acto hereditario de las familias valencianas, hecho que en parte, ha venido alterado por la imposición del Derecho castellano a raíz de la instauración de la dinastía borbónica.

Se parte la mayoría de veces de un reparto igualitario entre hijos varones y del mismo modo, en ocasiones, asistimos a repartos igualitarios encubiertos, con mejoras concentradas en determinados hijos. La vigencia de la Nueva Planta provocaría el uso –



esta vez forzoso- de las mejoras del quinto y del tercio con el fin de otorgar el máximo beneficio a uno solo de los hijos. Es decir, se pretendió seguir la tendencia igualitaria del sistema foral, pero junto con la utilización de los recursos de desigualación que ofrecía la nueva legislación, a pesar de que el fin último de dicha estrategia sucesoria no se basaba tanto en la conservación del patrimonio, como en asegurar la viabilidad de las nuevas familias¹²⁵².

Pero parece que ni siquiera los testamentos no igualitarios -que convivieron con otros que denotaban un reparto ecuánime de cuotas- llegaron a evitar la división de los patrimonios¹²⁵³, salvando los bienes familiares conjuntos.

Del mismo modo representa una importante figura la explotación familiar y los bienes inmuebles que la conforman¹²⁵⁴, pero de mayor relevancia destacaríamos cada una de las distintas maneras de llevar a efecto la cuestión sucesoria por los distintos grupos familiares, en función de su categoría social o simplemente, de sus posibilidades o necesidad.

Efectivamente, resulta valorada la fuerza de lo que representa un linaje y el ánimo de la perpetuación del nombre de la familia, habiendo un ánimo en la intención reproductiva del patrimonio familiar; pero dicho ánimo, en la práctica, se ha plasmado en el reparto igualitario típico foral en determinados estratos sociales, yuxtaponiéndose por el contrario en otras capas de la sociedad, con una tendencia hacia la sucesión preferencial en hijos varones.

Esta variada casuística obedecería a la existencia de una sociedad plural, que ofrecería como resultado una praxis diversa en el reparto de cada una de las herencias en el seno de una sociedad medieval -o incluso adentrada en un contexto más

¹²⁵² ARDIT LUCAS, M., *Creixement econòmic...* op. cit., p. 498.

¹²⁵³ ARDIT LUCAS, M., *Creixement econòmic...* op. cit., p. 497: “A partir dels anys centrals del segle XVIII, la major part dels testaments beneficien un fill o fills en detriment dels altres. Cada vegada és més freqüent que siga tan sols un fill el millorat...Quan s’acumulava en un fill el cinqué de lliure disposició i el terç de millora, i les filles ha havien estat dotades amb diners, mobles i robes, podía arribar a salvar-se la part essencial del patrimoni immoble...però axò no era possible i una certa fragmentació era molt sovint inevitable.”

¹²⁵⁴ La estrategia concentradora adquiriría una mejor efectividad si “...es disposava de numerari per repartir les legítimes en diners, com feien els llauradors de l’Horta, territori molt més ric que la foia de Llombai” [ARDIT LUCAS, M., *Creixement econòmic...* op. cit., p. 499]. La compensación en metálico a los herederos que no habrían de tomar parte en el patrimonio destinado al heredero único se pone de manifiesto cuando ni siquiera, en este caso, había sido esbozada dicha idea en nuestro Código civil, que tardaría algo más en aparecer en el panorama jurídico. El resto de sistemas forales sí que acuñaba este tipo de solución.



modernista- y tomando como fundamento en numerosas ocasiones un criterio de solidaridad y del orgullo de pertenencia a la familia, traducida en la reafirmación de la propia identidad, pero que obligaba en determinadas circunstancias a tomar decisiones particulares con referencia al modo de testar, lo cual llevaba a menudo a relegar a la legítima valenciana a tener un carácter meramente testimonial¹²⁵⁵, descartándose en este caso el reparto igualitario. En ocasiones, por el contrario, se invirtió la tendencia porque gran número de testamentos “...evidencian el carácter no sólo divisible sino también igualitario de la herencia, aunque en la legislación foral no se imponía...al final del proceso, el reparto de la propiedad familiar resultaba equitativo”¹²⁵⁶.

A pesar de haberse destacado criterios, bien igualitarios a favor de cada uno de los hijos y en muchas otras ocasiones, actitudes del causante que giran en torno a la conservación del patrimonio dentro de la familia, apostando por criterios de clara troncalidad; no puede de ello derivarse –dentro de las conductas típicas de cada familia y también de los comportamientos sucesorios habituales extraídos de las catas estadísticas realizadas en cada uno de los análisis citados, que nos podrían llevar a establecer un modo de testar como común y repetitivo en el tiempo y entre grupos sociales- un comportamiento general¹²⁵⁷ a lo largo de una franja temporal representativa que nos pueda conducir a concluir la primacía de una u otra manera de suceder.

¹²⁵⁵ La propia legítima, quedaba establecida en los *Furs* en su versión de 1580, fijando su grado de libertad en el siguiente contenido “Pot lo pare, o la mare liberament deixar los bens a los fills, instituintlos en parts iguals o desiguals, havent pagant los deutes.” [JERONI TARAÇONA, P., *Institucions del Furs i dels Privilegis del Regne de Valencia*, reimpressió facsímil por Ed. Del Senia al Segura, Valencia, 1976, p. 263], para a continuación imponer el requisito al testador, de al menos, nombrar a los excluidos para gozar de esta facultad: “Y pot lo testador deixar los bens a qui voldra, tàmbe estranys y no coneguts: y leuarlos a los fills tambe la legítima ab que facen mencio dels fills, o descendents, o ascendets, instituhinlos en tot, o en part, o desheretantlos en tot...” [op. cit., p. 263].

¹²⁵⁶ FURIÓ DIEGO, A., “Tierra, familia y transmisión...”, op. cit., p. 325. El reparto de donaciones dotales en vida del padre o el anticipo de otro tipo de donaciones colacionables, en ocasiones, generaba una imagen encubierta de una donación desigual.

¹²⁵⁷ Opción secundada por Garrido Arce y por la que nosotros nos decantaríamos, habida cuenta de la heterogeneidad de comportamientos de cada una de las familias: “Este principio de legitimidad puede privilegiar la transmisión de la «casa» patrimonial, favoreciendo por tanto la troncalidad familiar, pero puede también privilegiar al grupo de los hermanos, favoreciendo por tanto una concepción igualitaria que se traduciría en una organización de la residencia con un marcado carácter neolocal. Pero entre los dos grandes sistemas de perpetuación, «todo es posible». De esta manera, la complejidad residencial no tiene por qué ir necesariamente ligada a formas de organización familiar que privilegien la troncalidad bajo un principio que legitime la sucesión de la «casa»; puede responder también a una «cultura de la solidaridad» latente – y necesaria- en comunidades campesinas, en las que la convivencia del padre o la madre viudos junto a alguno de sus hijos ya casados supone su único recurso asistencial... el hecho de que los diferentes grupos sociales presenten ciclos familiares diversos, estrategias de matrimonio y de sucesión diversas, o modelos de residencia radicalmente opuestos, nos advierte del peligro ante las generalizaciones, ni siquiera admisibles en una misma comunidad.” [GARRIDO ARCE, E., “El ciclo familiar y el tiempo de vida en la Huerta de Valencia”, *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*,



Podríamos reconocer sin embargo, la incidencia de una conducta que parecería igualar en un determinado comportamiento a las familias más pudientes con aquellas que contaban con una menor cantidad de recursos¹²⁵⁸. Dicha incidencia vendría representada por los vínculos indisolubles con la familia originaria, de las personas que comenzaban un nuevo ciclo vital mediante la emancipación a través del matrimonio, respaldado por cierto apoyo solidario que se seguiría concediendo a la familia recién constituida.

Así pues, la fragmentación de las parcelas propia de la sociedad valenciana bajomedieval y su viabilidad económica en determinados casos intentaría paliarse con una “cobertura de la acción familiar, que trascendía la célula conyugal y la integraba en un grupo solidario más amplio...”¹²⁵⁹.

Queda demostrado pues, que el Derecho foral valenciano de sucesiones está englobado dentro del grupo de ordenamientos jurídicos territoriales que permitían al testador disponer de una considerable – más bien omnímoda- libertad para testar, pero que no solían aplicarla, dado que las decisiones testamentarias viraban en torno a un

1992, Vol. X, núm. 3, p. 48]. Furió tampoco se mostró partidario de etiquetar de manera genérica conceptos que merecieran un tratamiento o análisis particularizado: “...tampoco me parece fructífero reducir el estudio de la familia la mera cuantificación numérica de sus miembros, a la elaboración de complejas y precisas tipologías familiares sustentadas en un riguroso soporte estadístico, pero que a menudo no trasciende el formalismo expositivo. Se negligea de este modo la dimensión histórica de la familia, concretamente, su carácter de estructura elemental, en cuyo interior se produce la adaptación a una economía y a unas relaciones sociales en evolución...” [FURIÓ DIEGO, A., “Tierra, familia y transmisión...”, op. cit., p. 306]. Asimismo, Derouet se pronunció en un sentido similar, poco favorable a la concreción en clases o categorías del modo de suceder, tras exponer su tratamiento de las distintas tipologías en territorio francés. No apeló a ningún favoritismo por ninguna categoría sucesoria en concreto, aduciendo que la viabilidad del sistema sucesorio variaría según las circunstancias y condiciones de explotación: “Cette aptitude à supporter ou non les partages successoraux dépend, au premier chef, de l’importance que donne chaque contexte au rôle du patrimoine paysan dans la constitution d’une exploitation, ou de manière plus générale pour la constitution d’une activité...” [DEROUET, B., “Les pratiques successorales et rapport à la terre: les sociétés paysannes d’Ancien Régime”, *Annales, Économies, Sociétés; Civilisations*, 1989, núm. 1, p.197].

¹²⁵⁸ No obstante, Furió, ha puesto de relieve el factor que podría incidir en dicha afirmación, enervando su carácter de axioma: “En el País Valenciano, el grupo doméstico amplio...podría estar...bastante extendido en las comunidades rurales, al menos entre el sector más acomodado del campesinado, mientras que las familias más humildes presentan un tipo de estructura más frágil, con el temprano alejamiento de los hijos casados. Entre los labradores más solventes, el grupo doméstico parece rebasar los límites estrictos de la familia conyugal, estimulando la residencia común de sus miembros en la casa paterna o en viviendas dependientes de ésta, y organizando la cooperación laboral de padres e hijos en el conjunto de parcelas poseídas por el grupo” [FURIÓ DIEGO, A., “Tierra, familia y transmisión...”, op. cit., p. 320].

¹²⁵⁹ FURIÓ DIEGO, A., “Tierra, familia y transmisión...”, op. cit., p. 327.



reparto igualitario –no demasiado intenso- y a estrategias puntuales de concentración patrimonial, tanto durante, como después de la vigencia de los Fueros¹²⁶⁰.

Es por ello que, surgirían de nuevo a escena las reivindicaciones estudiadas a lo largo del siglo XVIII en relación con la redacción de este precepto dentro del Código civil: aquellas que legitimaban la autoridad paterna como la más elevada de las virtudes, tan morigerada y capaz de mantener un justo equilibrio al no discriminar o desigualar a los hijos en el acto testamentario, aun pudiendo legalmente hacerlo.

4.6 Aproximación introductoria a un estudio de una norma mortinata: la Ley Valenciana de Sucesiones

El Proyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones del año 2009 representa un intento frustrado en el avance hacia la consecución de la competencia civil dentro de la Autonomía de la Comunidad Valenciana.

Junto a la Ley 10/2007 de 12 de marzo de Régimen Económico Matrimonial, suponía el inicio de una andadura, que traía causa del clásico conjunto de reivindicaciones de la vigencia y reimplantación del Derecho foral valenciano.

No consistió en una defectuosa manera, a nuestro modo de ver, de dar continuación a una moderna tendencia de resurgimiento del antiguo Derecho valenciano, al menos, dentro de la lógica de una estrategia escalonada del afloramiento de antiguas normas, en relación con la importancia que las mismas tuvieron en su día en el Antiguo Reino, y a la luz del protagonismo que otras autonomías forales le han otorgado a este mismo Derecho hereditario en su respectivo ordenamiento autonómico.

Así, con independencia de los motivos que pudieran invocarse para dar cabida a esta ley en el juego del ordenamiento estatal y autonómico -y que ya han sido reseñados en otro lugar- es conveniente abordar con voz crítica si los motivos aducidos por el *Consell Jurídic Consultiu*, recomendando la supresión de circulación de este cuerpo normativo en algunos artículos, es puramente preventiva¹²⁶¹ -máxime cuando con la Ley

¹²⁶⁰ Concretamente Ardit, para su análisis del municipio de Llombai, destacó una “...major tendència a la concentració en la segona meitat del segle XVIII en contrast amb la primera meitat de la centúria” [ARDIT LUCAS, M., *Creixement econòmic...* op. cit., p. 501].

¹²⁶¹ Parece que no es esta la opinión de Marí, que sostiene que lo que menos ha tenido el legislador valenciano, ha sido prudencia a la hora de tramitar dicha ley: “...lo que sería deseable es que el legislador



10/2007 no hubo de soportar tantos prejuicios para su aprobación¹²⁶²-, si puede discutirse el hecho de haber faltado algo de gallardía jurídica¹²⁶³ en la consecución de dicho Anteproyecto, y si realmente la causa de su no nacimiento obedecería más al temor a un fracaso político por parte del grupo legislativo que quisiera impulsar la medida.

Resulta realmente complejo trazar una línea divisoria entre el análisis de la competencia de la Comunidad Valenciana para legislar en Derecho civil y sobre los motivos que llevaron a la iniciativa de este Anteproyecto, dado que la competencia legislativa es el presupuesto necesario para la gestación de la norma sobre sucesiones.

Ello no obstante y a pesar de que no son excesivamente abundantes las referencias bibliográficas que permitan un estudio más exhaustivo de la norma en alguno de sus preceptos –entre otras cosas, porque la norma ni siquiera se debatió en las Cortes Valencianas y en consecuencia, no tenemos posibilidad de encontrar, como mínimo, ningún testimonio de su discusión parlamentaria que tomar como punto de partida- su examen sí que representa, a nuestro modo de ver, una especie de mínimo tributo a la atención de unas necesidades actuales en el sistema sucesorio actual y por ende, a observar o a plantearnos la utilidad que una norma de estas características podría haber reportado.

valenciano hubiera realizado un ejercicio prudente de la misma. Sin embargo, no ha sido así,... tanto por iniciativa propia [de las Cortes Valencianas, se refiere] -...que deriva de una proposición de ley en la que no se tuvo en cuenta el criterio de ningún órgano consultivo, ni de la Comisión de Codificación Civil Valenciana ni del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana-... como por iniciativa del *Consell*...La imprudencia de los poderes públicos valencianos continuó con el segundo intento de recuperación de nuestro Derecho civil, el anteproyecto de ley de sucesiones, imprudencia que no pasó del *Consell* a las Cortes Valencianas porque dicho anteproyecto, a fecha de hoy, no se ha convertido en proyecto de ley...pero es que, además, el anteproyecto de ley de sucesiones no es solo una muestra de la *imprudencia constitucional* que está caracterizando el proceso de legiferación del Derecho civil valenciano, sino también de una *imprudencia conceptual* en la cual no incurría la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano...El Consejo Jurídico Consultivo hizo ver al *Consell* su imprudencia de una manera respetuosa y, a la vez firme...” [MARÍ OLANO, J., “Artículo 49.1.2º”, en GARRIDO MAYOL, V. Dir., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 937-943]. Frente a esta opinión, encontramos la de la profesora Moliner, aunque si bien es cierto la tomamos en un momento temporal anterior al anuncio del Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones. Ante la pregunta de si podrían regularse las instituciones forales valencianas relativas al régimen de la sucesión, sostuvo que “El TC no ha podido pronunciarse al respecto porque la prudencia de nuestro legislador autonómico no le ha brindado la ocasión” [MOLINER NAVARRO, R., “Las Competencias en materia de derecho civil foral...”, op. cit., p. 361].

¹²⁶² Exceptuando la salvedad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado del que a fecha de hoy, todavía no se tiene noticia y que entendemos debería resolverse sólo sobre los artículos impugnados, y no sobre la totalidad de la ley.

¹²⁶³ Gallardía jurídica que según hemos visto, es el elemento que Marí sostiene que ha sobrado.

4.6.1 La puesta en escena política para la difusión de la futura Ley Valenciana de Sucesiones

El Anteproyecto de Ley Valenciana de Sucesiones se podría definir como el propósito de una norma con una multiplicidad de distintos ámbitos de afectación. Por lo que a nuestro estudio concierne, el régimen de legítimas y la exclusión de la cuota legitimaria de la empresa familiar serían dos de los aspectos más relevantes en los que basar nuestro interés dentro del momento temporal en que se activaba el elemento propagandístico de la norma, que con decidido afán divulgador, se hacía continuadora de la ya citada Ley de Régimen Económico Matrimonial.

El *Consell* constituyó la Comisión de Codificación Civil, lo cual supuso la configuración de las subcomisiones integrantes, entre ellas, la Comisión del Derecho de Sucesiones. En este panorama ya se podía apreciar el *dies a quo* prefijado para la elaboración de la Ley de Sucesiones¹²⁶⁴.

Además, se marcó como una norma de referencia a la que querían seguir un grupo de normas procedentes del Derecho foral¹²⁶⁵.

En uno de los organismos representativos de la fe pública en Valencia, se afanaron en publicar diferentes notas de prensa sobre la novedad e incidencia de la ley y del resultado dentro de la ronda de contactos con los diferentes colectivos¹²⁶⁶.

¹²⁶⁴ “...por lo que respecta al calendario de trabajo, el Conseller ha destacado que se va a priorizar la elaboración del anteproyecto de la Ley de Sucesiones, sin perjuicio de que en paralelo puedan ir funcionando las restantes comisiones para ir avanzando en sucesivos anteproyectos legislativos” [<http://www.gov.gva.es/lrportal/web/orgconselleria-de-gobernacion/estatuto2007/>, fecha de publicación: 3 de noviembre de 2007, fecha de consulta: 25 de julio de 2014].

¹²⁶⁵ Se volvió a dar protagonismo a la norma en sus inicios por parte del *Conseller* de Governació: “La Comisión de Codificación Civil Valenciana acordó hoy dar prioridad al proyecto de ley de Sucesiones en el desarrollo de las disposiciones normativas relacionadas con el derecho foral valenciano, según informó tras la reunión constitutiva de este órgano el conseller de Governació, Serafín Castellano, quien también avanzó que se aprobará en breve la ley de creación del Instituto de Estudios Autonómicos Valencianos. Castellano señaló así en rueda de prensa que la Comisión de Codificación Civil Valenciana se ha marcado como prioridad el impulso de la ley de Sucesiones, una norma que definió como «importantísima» por las consecuencias que reportará a los habitantes de la Comunitat en su vida cotidiana.” [<http://www.lasprovincias.es/alicante/20071113/local/valenciana/acuerdan-prioridad-sucesiones-desarrollo-200711131420.html>; fecha de publicación: 13 de noviembre de 2007; fecha de consulta: 3 de agosto de 2014].

¹²⁶⁶ Donde se reprodujeron las palabras de uno de los promotores de la Ley “En el discurso de la ponencia el conseller de Governació, Serafín Castellano, ha asegurado que con la Ley de Sucesiones «adecuaremos nuestro ordenamiento jurídico a las necesidades reales de la sociedad valenciana, apostando por la libertad y la responsabilidad, favoreciendo la continuidad de las pequeñas y medianas empresas, protegiendo tanto a la familia como a la empresa, y velando por la cohesión familiar y el



El *Consell* fue muy consciente de que era necesario que el nuevo Anteproyecto se divulgara de una forma notoria, y por lo tanto, ejerció de responsable comunicador y grandilocuente ante los medios de comunicación, sobre todo, escritos. El fundamento de cada una de las noticias, parecía basarse en los elementos principales del Anteproyecto, esto es, la mayor libertad de testar en relación con el sistema del Código civil, y sobre todo, las facilidades que el nuevo texto ofrecía en la transmisión de las empresas familiares, siempre en relación con la cuota de legítima¹²⁶⁷ y el cómputo a realizar sobre ella de las acciones y participaciones sociales.

Precisamente, uno de los motivos de la campaña legislativa en lo referido a dicha norma, se basó en que se constituía como una ley útil a la sociedad valenciana, por ello, parecía que la norma servía a unos fines jurídicos reales más que a un elemento “totémico” o de meros fines de “eslogan”¹²⁶⁸, precisamente por ello, el *conseller* de la antigua *Conselleria de Governació i Justícia*, Serafín Castellano, destacó que “las leyes se hacen para los ciudadanos y por tanto, la regulación no se puede realizar de espaldas

desarrollo económico de la Comunitat Valenciana» [Nota de prensa del Colegio Notarial de Valencia de 15 de enero de 2009]. El Colegio notarial de Valencia también publicó en 17 de junio de 2010 una convocatoria de prensa destinada a “tratar el contenido de la futura Ley de Sucesiones. De este modo “se pretende poner en conocimiento de los medios las principales líneas maestras de desarrollo del futuro Código de Sucesiones valenciano, con una valoración aquilatada de cómo han sido recogidas en el texto las distintas demandas sociales y el enfoque de nuestro futuro Derecho Sucesorio que pueda dar cumplida necesidad a las demandas específicamente valencianas” [Convocatoria de prensa del Colegio Notarial de Valencia de 16 de junio de 2010].

¹²⁶⁷ Europa Press se hacía eco de esta noticia, parece que dando más significación al elemento sucesorio empresarial: “En las sociedades mercantiles, el valor de la explotación computará a efectos del cálculo de la legítima. El testador podrá elegir el legitimario a quien le da el control de la empresa atribuyéndole derechos políticos --información, voto y nombramiento de administrador-- y al resto de legitimarios ha de atribuirles derechos económicos --participación en dividendos”. Además, las pyme en la Comunidad Valenciana como objeto de valor social se ponían en relación en una de las primeras ocasiones: “Con estas medidas, se proporciona una mayor libertad al empresario que decide el destino de su empresa tras su muerte, se contribuye a evitar la fragmentación de la empresa y los conflictos en la toma de decisiones, y asegura la continuidad empresarial y de los puestos de trabajo al facultar al empresario para que designe al legitimario más adecuado para llevar la empresa, según explicaron fuentes del Consell. El Ejecutivo valenciano indicó que las pequeñas y medianas empresas representan el 90 por ciento del tejido empresarial valenciano y con las medidas que contempla la Ley de Sucesiones se garantiza su supervivencia. De este modo, alrededor de 350.000 empresas de la Comunitat se beneficiarían de la ley...” [http://www.europapress.es/comunitat-valenciana/noticia-aprobado-anteproyecto-ley-sucesiones-beneficiaran-350000-empresas-20090724172052.html; fecha de publicación: 24 de julio de 2009; fecha de consulta: 4 de marzo de 2015].

¹²⁶⁸ Ambos términos han sido utilizados por el profesor Verderá con mucho acierto [VERDERÀ SERVER, R. “¿Hacia dónde va el Derecho valenciano?”, en GÁZQUEZ SERRANO, L. Coord., *¿Hacia dónde van ...?*, op. cit., p. 297].

a ellos, especialmente cuando se están regulando materias tan importantes que afectan al *modus vivendi* de la gente”¹²⁶⁹.

No se perdieron las sucesivas oportunidades para profundizar en esta perspectiva. La futura ley estaría adaptada a unas circunstancias específicas, dentro de una casuística muy concreta de la Comunidad Valenciana: el sector empresarial valenciano, referenciado desde el tamaño de cada una de las sociedades empresariales integrantes, además de apuntar hacia el carácter agrícola de algunas de sus explotaciones¹²⁷⁰.

El flanco abordado subsiguiente que ya hemos referenciado en la libertad de testar también se pondría de manifiesto como un método más flexible y adaptado a unas necesidades reales, que ofrecía mayores garantías que un Código Civil anticuado. No obstante, no se perdía el tono de moderación, observándose una postura situada a caballo entre la omnímoda facultad de testar y la modalidad más restrictiva, propia del Derecho común¹²⁷¹.

Pero el trámite procesal de aprobación de la ley se ralentizó de manera significativa, a pesar de que se presumía que se había otorgado el protagonismo suficiente en el proceso de confección legislativa a órganos tan importantes como la Comisión de Codificación¹²⁷². Parecía que la norma volvería al *Consell* tras el examen

¹²⁶⁹ Declaraciones recogidas por *El Diario Crítico*, versión en línea: <http://devel.diariocriticocv.com/ciudadanos/presentacion/gobernacion/sucesiones/288500#sthash.Tbh3fBKc.dpuf>, fecha de publicación: 25 de febrero de 2009, fecha de consulta: 27 de octubre de 2014].

¹²⁷⁰ Destacando el sistema legislativo valenciano como “... una sociedad [la valenciana] que hoy sigue siendo distinta, con un tejido empresarial basado fundamentalmente en la pequeña y la mediana empresa, y con una realidad agrícola para cuyos problemas no se encuentra respuesta en la legislación de nuestro Código Civil.”: Artículo en línea en http://www.gov.es/lrportal/ca/web/orgconselleria-de-gobernacion/contenido/-/asset_publisher/Fa6Tcontent/la--, fecha de publicación: 30 de noviembre de 2010, fecha de consulta: 14 de noviembre de 2014.

¹²⁷¹ Lo cual se advierte en que con la reforma de la ley de sucesiones se pretendía dar un “enfoque distinto e innovador, de carácter intermedio, más liberal que el de legítimas estricto, pero proteccionista al propio tiempo, inspirado en la libertad de testar, pero sin renunciar de manera drástica al sistema legitimario, pues de haber optado por esta última solución, el cambio hubiera resultado traumático para la sociedad”. Es por ello que Castellano aseveró que “... el objetivo que ha presidido la elaboración de la Ley ha sido crear un sistema que no rompiera definitivamente con las legítimas, pero que las suavizara de manera sensible...”, por este motivo “se trataba de facilitar instrumentos para ordenar de manera racional la sucesión y no de limitar o restringir posibilidades, es decir, de crear un marco jurídico más abierto que el del Derecho Común que dé más opciones o soluciones jurídicas al causante, suprimiendo el principio de desconfianza generalizada hacia el testador que contempla el Código Civil y que ha fundamentado ciertas prohibiciones de testar que ya no se contienen en la Ley de Sucesiones Valenciana” [<http://www.gov.es/lrportal/ca7web/orgconselleria-de-gobernacion/contenido-/Publisher/Fa6Tcontent/la->]

¹²⁷² En el periódico digital “20 minutos” se cita de primordial su papel, en palabras de Serafín Castellano, junto a las de otros colectivos: “...que han participado para que [el Anteproyecto de ley] pueda ser una realidad, con más de 200 reuniones celebradas”, por ser “una norma consensuada muy participada que se



del *Consell Jurídic Consultiu* para pasar a les *Corts*, pero el contenido del dictamen emitido por este primer órgano fue tal, que el proceso quedó “temporalmente” paralizado¹²⁷³. El anuncio del nuevo proyecto de ley, que comenzaba entre un clamor entusiasta e ilusionante –dado que se veía la generación normativa de Derecho civil foral valenciano, como fruto de un proceso liberalizador e irrefrenable-, se vería fuertemente atenuado por los primeros inconvenientes, postulados desde los sectores que combatían, de un modo u otro, la promulgación del Anteproyecto de la ley, por entenderlo inapropiado.

En primer lugar, surgían las referencias a la oportunidad política¹²⁷⁴. Parece, a la vista de dicha expresión, que el propio ejecutivo encontraba reparos en la promulgación de la norma. La oportunidad política siempre se había representado como la mejor, considerando tendencias, ideas y estrategias del partido que promovió la elaboración del propio proyecto legislativo. Ahora, sin saber bien por qué motivo, la oportunidad se había desvanecido. En segundo lugar, ya se avistaban las dificultades del choque con el inconveniente competencial¹²⁷⁵ de la Comunidad Autónoma Valenciana.

El Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu* ha hecho reflexionar sobre el furor legislativo plasmado en el sistema hereditario valenciano. La entrega de dicho dictamen, efectuada por su presidente, en fecha 29 de junio de 2010 apagó muchos entusiasmos o tal vez confirmó algo que ya se esperaba incluso en el propio sector del *Consell*, partidario de la promulgación del Anteproyecto.

adaptaba a las necesidades de los valencianos” [http://www.20minutos.es/noticia/691435/0/, fecha de publicación: 28 de abril de 2010, fecha de consulta: 4 de mayo de 2014].

¹²⁷³ Las notas de prensa en este caso aluden a que dicha paralización obedecía a una “fase de presentación y alegaciones, con el objetivo de mejorar la ley con las aportaciones de los colectivos implicados...”, especificándose, pese al titular del periódico en cuestión, que “no se ha renunciado a esta ley” [laverdad.es., en su titular “La Ley de sucesiones se atasca”, fecha de publicación: 6 de marzo de 2010, fecha de consulta: 7 de abril de 2014].

¹²⁷⁴ “Sin embargo, otras fuentes consultadas admitieron ayer que, sin que se haya cambiado de opinión respecto a la necesidad de aprobar esta ley, el sentir del Ejecutivo valenciano respecto a este proyecto es el de cuestionar la «oportunidad» de impulsarlo en este momento, tal y como estaba pensado” [laverdad.es, cit.]

¹²⁷⁵ “Distintos sectores implicados en el desarrollo y aplicación de la ley valenciana de sucesiones han cuestionado en privado la capacidad competencial de la Comunitat Valenciana para dictar normas relativas a los procedimientos que afectan a las herencias, esquivando lo que ya se recoge en el Código Civil. La recuperación de algunos aspectos incluidos en el derecho foral valenciano se desmarcan, cuando no contravienen, lo incluido en ese marco normativo” [la verdad.es, cit.].



Dos años después, aún se escucharían ecos de la noticia, que había supuesto, a ojos de las voces enjuiciadoras, un naufragio, más que legislativo, político¹²⁷⁶. Ya no se trataba de una norma que plantearía problemas con los órganos de nivel estatal, sino que en el grupo parlamentario que proponía la norma existían las mismas voces discordantes. De la misma forma, dicha falta de sintonía en el mismo bando político, se pondría de manifiesto por voces tan autorizadas como las de los profesionales procedentes del sector del notariado y registral, que aludirían a la norma como un cuerpo jurídico, a priori, de redacción desacertada¹²⁷⁷.

Las precipitaciones en la génesis de este cuerpo legal fueron la principal causa de su prematuro naufragio. Así pues, se le otorgó un rango pseudo-formal a un texto que ni siquiera tenía condiciones para pasar de mero croquis de trabajo, y sin más diálogo que condujera a un mayor consenso y en aras de consolidar su articulado en una fase en la que se precisaba de una esencial discusión para la fijación de sus bases, saltó a la cadena procedimental de formalización de leyes, disgustando por una parte, a los que habrían preferido un mayor afianzamiento y probablemente de este modo, una mayor seguridad en el ámbito de lo jurídico; y por otra, también decepcionando a los que

¹²⁷⁶ “Qué ha pasado con la nueva norma valenciana que iba a revolucionar el reparto de las herencias? La ley de sucesiones lleva dos años en vía muerta a la espera de que haya un acuerdo de mínimos para poderla sacar adelante. Era uno de los grandes referentes en la recuperación del derecho foral valenciano defendido por el *Conseller* Serafín Castellano. Tras la ley de separación de bienes para el matrimonio, la de las herencias era la escogida para entrar en el parque parlamentario y seguir avanzando así en una normativa propia para la *Comunitat*. Se dejó a un lado y le adelantó la de la custodia compartida para los divorcios, una ley, que contó con el apoyo del grupo popular y Compromís en Les Corts Valencianes”. En dicho artículo se avista uno de los mayores escollos de la norma, sobre todo, de la mano del cuerpo notarial y registral: “Los notarios y los registradores dudaron de que el proyecto se pudiera llevar adelante. Una sensación que confirmó el Consell Jurídic Consultiu que firmó un dictamen demoledor contra una norma que genera numerosos desencuentros incluso en el seno del PP valenciano. El *Consell Jurídic*, que preside Vicente Garrido, no dudó en advertir en su informe de que lo más probable es que si se aprobara la norma esta acabaría en el Constitucional.” [http://www.lasprovincias.es/v/20121218/política/nueva-sucesiones-consell-lleva-20121218.html, fecha de publicación: 18 de diciembre de 2012, fecha de consulta: 15 abril de 2014].

¹²⁷⁷ Un ejemplo claro lo tenemos en la opinión de Antonio Ripoll, miembro de la Comisión de Codificación: “Qué duda cabe que si a nivel nacional se hubieran abordado con valentía temas, en su día espinosos, como las uniones de hecho, la correcta sucesión de la empresa familiar o la actualización del régimen legitimario del Código Civil se hubieran evitado los excesos legislativos de muchas Comunidades Autónomas...”. Al referirse al anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones sugirió que “...el viaje era largo y, al parecer, no se sabe por qué motivo, el tiempo corto y los recursos nulos...los valencianos éramos los últimos en llegar al club de la competencia pero, al parecer, debíamos ser los primeros en tener un Derecho civil omnicompreensivo, con lo bueno malo que ello conlleva...en la Comunidad Valenciana, se empieza a elaborar un texto omnicompreensivo de la materia sucesoria; un auténtico código de sucesiones, que abarca desde las legítimas –pretexto natural para empezar a legislar– hasta las materias tales como los legados o la partición, pasando por un elenco de definiciones y naturalezas jurídicas que distan mucho de ser pacíficas” [RIPOLL SOLER, A., “Hacia una legislación Civil Valenciana?. Derecho de Sucesiones”, *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2010, núm. 29, pp.2-3].



atropelladamente fueron valedores de la premura en su tramitación, y que frente, al Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu* y de otros organismos a los que se pidió opinión, encontraron una decepción que se vislumbraba evidente y que tal vez, podría haberse evitado, de haber actuado con mayor sosiego normativo¹²⁷⁸.

Efectivamente, el Anteproyecto en la prensa y en los medios de comunicación siguió la misma tendencia decadente que su rumbo legislativo procesal, iniciado en el *Consell*, seguido en las desavenencias surgidas en la Comisión Valenciana de Codificación e impedido de mayor evolución, tras la respuesta del *Consell Jurídic Consultiu* en su papel de “castigador” del Anteproyecto: Una gran alegoría y una magnífica puesta en escena que antecedería a una debacle legislativa sucesoria de similares características.

La singladura político-jurídica transmitió sus efectos al plano mediático, que reflejó la varada hasta el momento presente, de una ley que sólo quedó en una manifestación del fervor pasajero en el contexto de la regeneración del Derecho foral valenciano.

¹²⁷⁸ Ripoll ha expresado de este modo su parecer: “Así, en el seno de la comisión, frente a las voces de los que piensan que debe haber un debate jurídico y social sobre la conveniencia y alcance de hacer tabula rasa con el sistema del Código civil y que se debe avanzar sosegadamente mirando hacia delante pero con vocación de mejorar lo existente; se alzan las de aquellos que rinden tributo a la voluntad política de sacar un texto legal a cualquier precio y en el que vale más la oportunidad política que la responsabilidad histórica; un texto en el que el medio se vuelve en el fin, sin importar su calidad. En consecuencia por mor de las circunstancias, en julio de 2009, lo que no era más que un buen borrador de trabajo interno de la comisión en el que no obstante el debate jurídico había sido prácticamente inexistente; alcanza precipitadamente el rango de Borrador del anteproyecto de Ley, de la Generalitat Valenciana de Sucesiones; se cierra una etapa en la singladura política del texto legal y cuando no cabe marcha atrás se circula por los distintos Colegios e Instituciones; como no podía ser de otro modo, las prisas son malas consejeras, y recibe duras críticas de un amplio sector de los operadores jurídicos y un desolador dictamen del Consejo consultivo. Aquellos polvos estos lodos.” [RIPOLL SOLER, A., op. cit., p. 3]. También se refirió a la regulación de la transmisión del patrimonio empresarial presente en el Anteproyecto, pero volvió a insistir que la voluntad política no siempre es sinónimo de buena técnica legislativa, en este caso, de los requisitos para legislar civilmente en relación con la competencia atribuida a la Comunidad Valenciana. El notario concluía entonces la falta de “refrendo social” que tendría la norma, no sabemos si por haber seguido tan tortuoso camino en lo concerniente a lo ortodoxo del procedimiento de su formación, aparte de su inevitable formalización. A la vista de lo estudiado, no consideramos dicha debilidad en el refrendo social de la misma, sobre todo, en aquello relacionado con el sistema legitimario, demandada por la sociedad una mayor libertad de testar, por mor de sus muchas veces injustos efectos.



4.6.2 El Anteproyecto de La Ley Valenciana de Sucesiones. La libertad de testar y la sucesión en la empresa familiar valenciana

No se ha dejado de mencionar el Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones -al menos, en sus inicios- como norma novedosa que se presentaba en el seno de la legislación civil valenciana por aquel entonces, tal vez, todavía exenta de la polémica que surgiría en torno a ella.

Las características del Derecho de sucesiones valenciano, en algunos casos, se han considerado loables, por la versatilidad y ventajas emanadas del propio cuerpo normativo¹²⁷⁹ y concretamente, por las posibilidades del mismo en una sociedad como la actual, como decimos, a propósito de la legislación sobre legítimas y libertad de disposición en el acto de testar¹²⁸⁰.

El debate en el ámbito de lo valenciano entre ambas posibilidades legislativas que corresponderían al causante también ha sido tenido en cuenta, partiendo de la discusión sobre la competencia legislativa. No se han perdido de vista las posibilidades que podría ofrecer una legislación en este sentido, pero tampoco se ha dejado de advertir que “Uno de los riesgos de legislar mirando al pasado es chocar con la realidad que tienes delante”¹²⁸¹, dado que, a pesar de que sería deseable un régimen de mayor libertad testamentaria por entender desprovisto de vigencia el fundamento que en su día esgrimió –si es que en realidad incluso en su día podía estar justificada esta figura- no

¹²⁷⁹ Lo cual nos recuerda Fayos Gardó, remitiéndose al profesor Arcadi García i Sanz: “...Arcadi García opinaba que algunas instituciones de *Els Furs* se podrían adaptar a la actualidad mejor que algunas del Derecho civil castellano vigente en la Comunidad. Y ello porque se trataba de un derecho en el que la personalidad individual primaba sobre la familiar, predominio que en los territorios nuevos de Valencia comenzó en el siglo XIII como consecuencia de la distinta procedencia de los repobladores. En la actualidad, nos dice Arcadi García, la movilidad social derivada de la industrialización capitalista y los grandes núcleos urbanos acentúan esta tendencia, lo que hace que el derecho de los Fueros fuera preferible. Así hay dos ejemplos típicos de *Els Furs*: 1. La separación de bienes en el matrimonio, si no hay pacto en contra: sistema más adecuado que el vigente, pues quien no pacta nada no pone nada en común.; 2. La inexistencia de la legítima, con la libertad de disponer *mortis causa*, lo que es más lógico: si *inter vivos* podemos disponer como queramos, ¿por qué no en un testamento? Es posible que ciertas instituciones propias resultaran más adecuadas a nuestra sociedad que otras ajenas, que nos fueron impuestas” [FAYOS GARDÓ, A. ¿Tiene sentido hablar hoy...?, op. cit., p. 12].

¹²⁸⁰ La pregunta -evidentemente retórica- al respecto también ha sido formulada por quien sería uno de los artífices del dictamen emitido por el *Consell Jurídic Consultiu*, Garrido Mayol: “¿por qué los valencianos no podemos, como los catalanes, regular nuestras relaciones jurídico-privadas? ¿Por qué podemos regular las estructuras agrarias pero no la sucesión en ellas o en las empresas familiares? ¿Por qué no podemos establecer un particular orden de suceder y regular la sucesión testada e intestada, los tipos de testamento... con cuantas peculiaridades estimemos procedentes?...” [GARRIDO MAYOL, V., “Las competencias...”, op. cit., pp. 289-290].

¹²⁸¹ BLASCO GASCÓ, F., “La recuperación...”, op. cit., p. 22.

debería optarse por su total supresión, en virtud de su utilidad asistencial. Del mismo modo la libertad podría obedecer a una mejor y efectiva organización sucesoria en la empresa familiar, aunque no representaría la mejor de las salidas al régimen sucesorio empresarial debido a la tendencia a dividir igualmente la cuota hereditaria que en este caso comprendería como bien, la explotación económica¹²⁸².

Lo bien cierto es que la libertad de testar como vetusto concepto normativo en los textos antiguos normativos valencianos, en la Comunidad Valenciana frecuentemente se ha asociado al concepto de actividad económica con la intención de relacionar un motivo de creación jurídica *ex novo* con una necesidad empresarial sucesoria, ello debido a las repercusiones que podría tener en el ámbito de mercado que una organización de estas características quedara malograda¹²⁸³, máxime si se considera el índice de empresas de tales características que en nuestra Comunidad alcanzan una proporción de considerable relevancia¹²⁸⁴.

¹²⁸² Blasco Gascó alude a las ventajas propias de un sistema legitimario menos coercitivo en la transmisión de una organización económica, pero se decanta por un criterio prudente a la hora de establecer pautas que pudieran regular dicha contingencia: Algo similar ocurre con la libertad de testar y la idea de la sucesión *mortis causa* en la empresa familiar. Es cierto que el régimen valenciano se basaba en la libertad de testar. Aunque conoció las legítimas, éstas fueron muy limitadas o formales... Pero no todos los males tienen su origen en la legítima ni todas las soluciones pasan por suprimir o limitar la legítima. De hecho, abstracción hecha del régimen legitimario, muchos males sucesorios de la pequeña y mediana empresa se hallan en la *manía* de los padres de dejarlo todo a los hijos por partes iguales, es decir, en la sucesión igualitaria". Parece que el autor atribuye una mayor importancia en la organización sucesoria en la herencia en favor de los extraños que en favor de los propios legitimarios, debido a dicho fenómeno fragmentador igualitario, pero no deja de reconocer que "...es cierto que en la actualidad el fundamento primero de la legítima ha perdido mucho sentido... Esto provoca un efecto contrario: la legítima posiblemente debe ser suprimida o limitada porque se ha convertido en una institución antieconómica... Sin embargo, aunque ya no queda fundamento originario y aunque la legítima sea actualmente una realidad antieconómica, podemos hallar nuevas necesidades y fundamentos que desaconsejen su total supresión." [BLASCO GASCÓ, F., "La recuperación...", op. cit., p. 24].

¹²⁸³ Y ello lo reitera el expresidente de la Comunitat, Olivas: "Así cuestiones como las relativas a...la libertad de testar...pueden consolidar un derecho moderno y actual y totalmente vigente para regular tanto las relaciones personales como las económicas o empresariales." [OLIVAS MARTÍNEZ, J.L., "El nuevo Estatuto...", op. cit., pp. 38-39].

¹²⁸⁴ Simó Santonja también recurrió al entronque del nuevo Derecho de matiz foral que ofrecía el Estatut, en relación con las necesidades actuales y especialmente, con las empresa familiares valencianas: "Tendrá muchos aciertos el nuevo Estatut, pero sin duda el más trascendente y de futuro es éste de la recuperación del Derecho foral derogado por el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707. Recuperación que exigirá una doble armonía: con la Constitución (desechando privilegios y disposiciones que tenían su base en discriminaciones por diferencias de sexo, raza o religión), y CON LAS EXIGENCIAS DE LA REALIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA VALENCIANA. Exigencias que justifican plenamente, por ejemplo, en materia matrimonial la recuperación de los regímenes de separación de bienes y la germanía; o en materia testamentaria, la libertad de testar que tanto tiene que favorecer la continuación y conservación de las empresas familiares cuyo porcentaje es el más alto entre todas las demás Comunidades Autónomas [SIMÓ SANTONJA, V., "Título Primero: La Comunitat Valenciana (artículos 1 a 7)", *Anuario de Derecho Parlamentario* (extraordinario), 2007, núm. 18., p. 298].



Así, la ayuda a la práctica sucesoria de la empresa familiar, de la mano del texto del Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones podría tener consecuencias favorables, pero no debería olvidarse que la conformación de esta norma estaría más basada en una ley propia del Derecho común que en una procedente del Derecho foral, lo cual supondría un cabo por atar, pudiéndose ello argumentar en contra de los que pretendieran que la raíz foral del borrador de la norma¹²⁸⁵ tuviera un carácter virtuosísimo, en el sentido de respeto fiel e íntegro de su antecesora medieval.

La “vigencia incuestionable”¹²⁸⁶ que en nuestros días podría atribuirse al Derecho de sucesiones estaría basada en una traducción “eficaz en la ordenación de las relaciones jurídico-privadas de los valencianos”¹²⁸⁷. En este caso, demostrando una visión amplia del panorama foral legislativo, que por cierto, todavía tardaría un tiempo en comenzar a gestarse, DOMÍNGUEZ CALATAYUD apostó –dentro de la postura defensiva del Derecho foral desarrollada por él- por la instauración de un sistema sucesorio que contribuiría al mejor funcionamiento del sistema social, jurídico y económico¹²⁸⁸.

Al sistema representado por el elemento empresarial se le otorgaron una serie de privilegios que perseguían la conservación de la entidad económica en línea con los preceptos de Derecho común¹²⁸⁹.

¹²⁸⁵ MONTÉS PENADÉS, V.L., “La inesperada resurrección...”, op. cit., p. 14: “En cuanto al régimen sucesorio que se ve venir, puede favorecer la sucesión en la empresa familiar, y es cierto que la legítima castellana es un anclaje férreo y, en los tiempos que corren, en los que la esperanza de vida ha crecido de modo tan notable, seguramente innecesario para asegurar alimentos y protección a la familia. La reforma puede tener efectos positivos para ajustar los derechos hereditarios a la realidad del vínculo familiar. Bien está todo ello, pero el Derecho foral es de nuevo una inspiración lejana para una mutación y, desde luego, no se repone.”

¹²⁸⁶ DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Posibilidades constitucionales...* op. cit., p. 69.

¹²⁸⁷ DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Ibidem*.

¹²⁸⁸ DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Posibilidades constitucionales...* op. cit., p. 70: “Estimo que sería conveniente recuperar el sistema valenciano de dulcificación y supresión de las legítimas. Para empezar, porque es el nuestro; luego, porque este sistema favorece el tráfico jurídico y económico al suprimir muchas trabas y obstáculos legales y, en fin, porque la relajación de las relaciones familiares y el modelo socio-económico de la familia actual aconsejan aflojar la rigidez de los llamamientos sucesorios forzosos fundados en vínculos de sangre”. Por otra parte, e incidiendo de forma más concreta en la necesidad sobre el establecimiento de unas pautas sucesorias en la empresa familiar, el mismo autor destacó que “merece destacarse que...la absoluta libertad de testar son...instituciones que se adecuan extraordinariamente bien a las necesidades del tejido empresarial de nuestra Comunidad y a las exigencias de una sociedad urbana y moderna como la nuestra actual” [op. cit., p. 92]. El mismo texto se empleó en el *Manifiesto a favor de Derecho civil valenciano de 13 de febrero de 2004*.

¹²⁸⁹ PALAO GIL, F.J., “Disposición...”, op. cit., p. 2452: “Para el supuesto de la sucesión en empresas o compañías, se vuelve a la libertad de testar de mediados del XIV...En este caso hay poco que tachar por razón de cambios sociales o políticos, pues el derecho de sucesiones se vio menos afectado por las revoluciones liberales”.



Ello vendría determinado por un porcentaje elevado de empresas familiares en la Comunidad Valenciana, considerado además de especial relevancia en relación con el número que representaba en el resto del país¹²⁹⁰.

El Anteproyecto de Ley de Valenciana de Sucesiones trató, en el aspecto referido a la empresa familiar, de permitir al complejo económico empresarial en el ámbito testamentario, escapar de los riesgos que la intangibilidad legitimaria podía entrañar y que podían verse reflejados en una disgregación de la empresa, en el caso de tener que ser asumido su control por varios herederos. Este interés de preservación de la empresa como entidad de especial relevancia viene avalado por la garantista figura –al menos, ese papel se le ha pretendido atribuir- de la libertad de testar¹²⁹¹.

Uno de los elementos normativos estudiados que podría haber contribuido de forma más notable a la transmisión de la empresa familiar sin efectos perjudiciales, fue incluso tachado de poco eficaz¹²⁹², viniéndose a sostener que el remedio articulado por la Ley Valenciana de Sucesiones podría suponer una mejora de las posibilidades.

Podría entenderse esta circunstancia si atendemos a la etapa menos proclive o floreciente para las empresas valencianas en la que asistimos a una recesión en el crecimiento de las mismas, período coincidente con los finales del siglo XIX y principios del XX. Pero pese a las grandes corporaciones existentes en la Comunidad Valenciana, es un hecho constatable la existencia y la importancia de las pequeñas y

¹²⁹⁰ DE MIGUEL MOLINA, M. et al., “La sucesión en la empresa familiar valenciana”: 1358-2010?, *Saberes, Revista de Estudios jurídicos, económicos y sociales*, Separata, 2010, Vol. VIII: “De este modo, en la Comunidad Valenciana, se concentran en la actualidad 28 de las 245 empresas familiares más antiguas de España”.

¹²⁹¹ DE MIGUEL MOLINA, M. et al., op. cit: Se viene a reproducir aquello indicado sobre las legítimas en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley: “El artículo 7 y la Disposición Transitoria 3ª del Estatuto de Autonomía en vigor en la Comunidad Valenciana, en base a aquel derecho sucesorio foral y a la demanda social actual, recogían la necesidad de una suavización respecto del vigente sistema legitimario del Código civil, que contempla la legítima, que se pueda compatibilizar con los problemas que surgen en la sucesión de las pymes valencianas. De este modo, el Anteproyecto de Ley distingue entre la sucesión en el patrimonio empresarial y en el resto de los bienes del causante. Respecto del patrimonio empresarial, proclama la libertad de testar para que el empresario pueda organizar de la mejor forma posible, a su juicio, la sucesión para que su muerte no ponga en riesgo, ni la productividad de su empresa, ni los puestos de trabajo de la misma. Esa libertad permitirá dar juego al empresario, que podrá ordenar la sucesión a la carta y prever de forma anticipada las estrategias pertinentes para garantizar la continuidad de la empresa a través de los mecanismos legalmente establecidos.”.

¹²⁹² SIFRE AVIÑO, B., “La legítima en el Anteproyecto de Ley de Sucesiones de la Generalitat Valenciana”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, segundo semestre 2010, núm. 8: “Pero donde el régimen del Código civil se muestra más disconforme con las necesidades de la realidad social es en el ámbito de la transmisión de la empresa familiar, sin que la tímida reforma del artículo 1056 del Código, operado por la Disposición Final 1ª de la Ley 7/2003, de 1 de abril, sea suficiente”, añadiendo la mejor solución otorgada por el artículo 112 del Anteproyecto.



medianas compañías¹²⁹³, que pese a no reunir a un número de trabajadores o facturación en cantidad tan elevada, sí que reúnen las condiciones para ser entidades capaces de alcanzar tal importancia que merezca que su sucesión deba ser ordenada en las merecidas condiciones y por los medios más adecuados¹²⁹⁴.

En definitiva, tal presencia y magnitud se decidió otorgar a la libertad de testar en el Anteproyecto, que dicho factor de libertad impregnó, además de al propio precepto que regía su regulación (artículo 125.1 del Anteproyecto), a distintos artículos, entre ellos, tal vez, los de más relevancia, esto es, los destinados a reglar la transmisión empresarial, que quedaría excluida del cómputo legitimario¹²⁹⁵.

En la práctica, y a pesar de que el espíritu poco artificioso del Derecho foral y del que se ha pretendido imbuir al Anteproyecto de la ley¹²⁹⁶ parece que este proceso sucesorio no se ha articulado con la espontaneidad, el éxito y la falta de conflictividad

¹²⁹³ DE MIGUEL MOLINA, M. et al., op. cit.: “Las grandes empresas familiares valencianas que surgieron los años siguientes, se centraron en su mayoría en la agricultura o los bienes de consumo, como fue el caso de Francisco Roig en los años 70 y que en la actualidad lleva 40 años como empresa familiar de éxito con la marca Mercadona. O han sido grandes empresas relacionadas con la construcción, y que al fundarse en los años 50, cuando comienzan a desarrollarse las infraestructuras en general en España, han conseguido continuar siendo en la actualidad empresas familiares valencianas (por ejemplo, Ros Casares, Pavasal, o Porcelanosa). De este modo, en la Comunidad Valenciana, se concentran en la actualidad 28 de las 245 empresas familiares más antiguas de España. Sin embargo, es un hecho que en la actualidad el tejido empresarial español, así como específicamente el valenciano, no está formado por grandes empresas sino que en su inmensa mayoría son pymes, gestionadas por una o más familias, con más dificultades para sobrevivir”.

¹²⁹⁴ En el año 2008 se contabilizaron para las tres provincias de la Comunidad Valenciana una cantidad de 7.164, 2.453 y 10.426 empresas para Alicante, Castellón y Valencia respectivamente en la franja de 10 a 49 asalariados; y 724, 440 y 1.476 para las mismas provincias en el mismo orden, en la franja de 50 a 199 asalariados [DE MIGUEL FERNÁNDEZ, E., *Pymes familiares, Un estudio en la provincia de Valencia*, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, Valencia, 2009, p. 21], razón que nos lleva a comprobar la relevancia de las pymes y en consecuencia, de la preocupación del legislador valenciano en este sentido.

¹²⁹⁵ DE MIGUEL MOLINA, M. et al., op. cit.: “En cuanto al Anteproyecto de Ley de Sucesiones valenciana, en base a nuestro Derecho foral, distingue entre la sucesión en el patrimonio empresarial y en el resto de los bienes del causante. Respecto del patrimonio empresarial, proclama la libertad de testar de forma que el empresario pueda organizar de la mejor forma posible, a su juicio, la sucesión para no poner en riesgo la productividad de su empresa o los puestos de trabajo de la misma. Esa libertad permitirá al empresario ordenar la sucesión a la carta y prever de forma anticipada las estrategias pertinentes para garantizar la continuidad de la empresa a través de los mecanismos legalmente establecidos. Todos estos mecanismos legislativos, heredados en gran parte del Derecho foral valenciano, así como otros instrumentos de gestión, esperamos que favorezcan la pervivencia de la empresa familiar.”.

¹²⁹⁶ PALAO GIL, F.J., “Leyes y costumbres...”, op. cit., pp. 140-141: “Quizá el cambio más notable se haya producido en la flexibilización de la legítima y su concepto: se ha recuperado la legítima variable en función del número de hijos...Entonces y ahora, el derecho trató y trata de respetar la propensión – perfectamente identificable aun hoy día– de los valencianos, y por extensión de las sociedades mediterráneas, a la eliminación paulatina de requisitos y formalidades para construir un derecho más ágil y menos rígido, más espiritualizado y atento a la voluntad de las partes que intervienen en el negocio jurídico”.



precisamente perseguida por el borrador normativo¹²⁹⁷. Nos faltaría esperar a conocer si la hipotética vigencia de la norma y las posibilidades que la misma ofrecería a sus destinatarios, alterarían esta situación.

4.6.3 Dos dictámenes que reconducirían la impulsiva posición legislativa del *Consell*

El análisis del tenor literal del comentado Anteproyecto contribuye a ahondar en el conocimiento de su contenido, pero no representa *per se* la esencia de los criterios tomados en consideración que pudieron motivar una redacción en uno u otro sentido.

Con el ánimo de intentar siquiera una aproximación al pensamiento desde las diversas perspectivas de algunos de aquellos organismos externos que intentaron advertir de las consecuencias de la aprobación de la ley, diferentes a la del propio órgano legislador –dado que no nos ha sido posible estudiar con mayor profundidad la postura del *Consell* en los pasos primeros de creación de la ley¹²⁹⁸- efectuaremos un examen de algunos de los citados textos.

¹²⁹⁷ DE MIGUEL FERNÁNDEZ, E., *Pymes familiares...* op. cit., p. 105: “El proceso de sucesión es la variable quizás más estudiada desde un punto de vista teórico y que más frustraciones ha causado. Cada empresa es un mundo, su entorno diferente y las variables internas también. Por ello es difícil proporcionar un modelo que se adapte a todas las circunstancias.”

¹²⁹⁸ La falta de posibilidades del estudio de dicha norma desde sus raíces se ha procurado subsanar mediante el contacto con miembros de la Comisión de Codificación Civil Valenciana, con la intención de averiguar si las indicaciones de los mismos podrían contribuir a llenar el vacío generado por la falta de información al respecto: los profesores Vicente García Edo, Francisco Javier Palao Gil y el Notario Antonio Ripoll Soler han atendido amablemente y con plena predisposición las peticiones sobre la búsqueda de los informes de los colectivos implicados, a los que agradecemos desde estas líneas sus indicaciones. Ellos nos han facilitado las pistas para acudir a la extinta *Conselleria de Governació i Justícia* en busca de mayores pistas. Manuel Moreno Vázquez –Jefe del Servicio de Derecho foral y Seguimiento Legislativo de dicha *Conselleria* – nos informó de la imposibilidad de acceder a las actas de las reuniones del *Consell*, por su carácter confidencial y teniendo en cuenta el cambio de gobierno de la Generalitat a raíz de las últimas elecciones municipales de mayo de 2015. Considerando el estado embrionario del Anteproyecto y de las eventuales decisiones y movimientos legislativos propiciados por los nuevos partidos políticos, se adujeron motivos de prudencia, evitando, en la medida de lo posible la promulgación de los pormenores de aquel borrador. Entendemos valiosa la documentación que podría contenerse allí, dado que los diferentes informes y dictámenes aportados por los organismos y colectivos consultados a petición del *Consell* nos hubiera permitido estudiar posturas enfrentadas, así como la variedad de opiniones de sus participantes, y por lo tanto, no sólo las de público conocimiento. Del mismo modo, hemos dirigido petición al Decano del Colegio Notarial de Valencia, el Sr. César Belda Casanova, quien solícitamente y con la mayor celeridad, accedió a darnos traslado de los Comentarios al Anteproyecto de Ley de Sucesiones Valenciana del año 2009 confeccionado por parte de este Colegio Notarial. No fue tan positiva la respuesta por parte del Decanato del Colegio de Registradores de Valencia, que considerando el documento como confidencial, no nos ha dado traslado del mismo, ni siquiera a través de su propia Decana y tras repetidos intentos por nuestra parte rogando por su exhibición. Mayor predisposición ha mostrado el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, a través de su



El examen sólo de artículos concretos obedece a la elección de un criterio analítico propio, que se deriva de una selección de los preceptos cuyo encuadramiento hemos entendido que se adapta mejor al presente estudio, por su relación con la temática sucesoria tratada.

a. La postura del Colegio Notarial de Valencia

El Colegio de Notarios desarrolló un riguroso y extenso informe de 248 páginas en las que analizó pormenorizadamente el contenido del Anteproyecto, con un comentario individual de cada precepto, una posible redacción alternativa y el enunciado de la norma semejante en el Código Civil. En el encabezamiento de cada uno de dichos apartados, se esclarecería si el comentario de la norma vendría referido a una reforma de la dicción del artículo, a una incompatibilidad normativa o a una impropiedad de la reforma propuesta.

En el caso del artículo 125 del Anteproyecto, la legítima propuesta representaba la figura de la cuota legitimaria conocida como *triente et semisse*, con cuya instauración se entendió efectuado un avance respecto a la regulación de Derecho común¹²⁹⁹, sin separarse del sistema justinianeo.

Decano, el Sr. Rafael Bonmatí, respondiendo a nuestra solicitud y facilitándonos un ejemplar del informe sobre la Ley Valenciana de Sucesiones, redactado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
¹²⁹⁹ SIFRE AVIÑÓ, B., “La legítima en el anteproyecto...”, op. cit.: “Por lo que respecta a las cuantías de las legítimas hay que resaltar que se ha producido una notablemente [sic] reducción de las mismas en relación con lo dispuesto en el Código civil, lo que se ajusta mejor a los valores predominantes en la sociedad actual... Es pues, evidente, una reducción de la cuantía de la legítima respecto a los establecido en el Código civil y su sistema de tercios, haciéndose, además, depender del número de hijos que concurren a la sucesión. En este punto, la reforma que se propone guarda similitud con la posición de otros Derechos forales, donde la cuantía de la reforma es, incluso, menor que la contemplada en el Anteproyecto valenciano”. Bajo esta perspectiva sería dable entender que no pide tanto el legislador valenciano, tan sólo alcanzar un grado de libertad algo superior al del Código civil, no por mero antojo o desvarío, sino porque concurren necesidades sociales para ello. Montés ha entendido que “...de su lectura se obtiene la sensación de que lo más importante es el intento de revisión y acomodación de las legítimas del Derecho común a la realidad social y económica del tiempo presente, procurando lo que se supone algún perfeccionamiento técnico, con incorporación de alguna regla que tuvo vigencia en época foral, pero más de nombre que de fondo... Es decir, no se llega a la libertad de testar, ni a la posibilidad de distribuir toda la herencia desigualmente, o incluso de gravarla a voluntad del causante, que caracterizó el desarrollo del Derecho foral en este punto.”, pero no mantiene una opinión acorde con el beneficio del sistema de legítimas, dado que supondría “una mutación arbitraria en el sistema sucesorio que no está ni pedida ni auspiciada por la sociedad valenciana” [MONTÉS PENADÉS, V.L., “La inesperada resurrección...”, op. cit., pp. 13 y 15].



Dicho precepto quedó redactado de la siguiente forma:

Artículo 125. La legítima de los hijos y descendientes.

La legítima de los hijos y descendientes será de una cuarta parte del valor del patrimonio relicto si el número de hijos es uno o dos y de una tercera parte del mismo si el número de hijos es de tres o más, sin perjuicio de las normas aplicables a los discapacitados.

Así, salvando las variaciones sancionadas por Pedro el Ceremonioso y Martín el Humano, el sistema legitimario progresivo en función del número de hijos propuesto, se parecería más al promulgado por los *Furs* de Jaume I (*Fur* VI-IV-49), en los cuales si los llamados a la herencia eran en número igual o inferior a cuatro, recibirían la tercera parte de la misma, ampliándose a la mitad del caudal si el número de llamados hubiera sido de cinco, o más de cinco.

En realidad, la opinión del Colegio Notarial no valoró con crítica negativa este primer párrafo del precepto. Únicamente mantuvo una posición relativa sobre determinadas locuciones del artículo, referidas a aspectos más formales que sustantivos¹³⁰⁰.

Esto nos lleva a pensar que, una vez más, los distinguos objetados a algunas de las normas del articulado se efectuaron, no porque aquellas normas fueran consideradas improcedentes, inviables o descabelladas debido a una falta de presumible adaptación a los tiempos actuales; sino que el problema residiría en la falta de competencia para legislar –en cuya virtud, sostenemos que el problema que realmente debería atacarse sería éste- más que en el contenido de cada uno de sus artículos, donde se demostró, por cierto, una cierta prudencia, al apostar por cierta tibieza en la letra de la reforma, que por otra parte, no acababa de separarse de los preceptos del Código Civil.

De esta forma, podría haber quien pudiera pensar que se estaría perdiendo una oportunidad para legislar todavía de un modo más laxo y permisivo, más próximo a la libertad de testar, habida cuenta de que en este caso se hubiese podido tomar como

¹³⁰⁰ Respecto al primer párrafo del artículo, el Colegio aseveró que “La expresión «patrimonio relicto» parece olvidar el donatum. Debe sustituirse por «patrimonio hereditario»”. En relación con el segundo párrafo, las objeciones se basaron en una “Redacción confusa y compleja; habla de «porcentaje» cuando el párrafo 1 se refiere a quebrados”, proponiendo como redacción alternativa a dicho párrafo, la siguiente: “si con los hijos que sobrevivan al causante concurren otros descendientes de un hijo premuerto, la legítima se determinará según el número total de los hijos, incluido el premuerto” [*Comentarios al Anteproyecto de la Ley de Sucesiones Valenciana*, Colegio Notarial de Valencia, 25 de septiembre de 2009, p. 95].

referencia, dentro de los márgenes permitidos por el factor identitario valenciano, otra legislación hereditaria posterior a la de Jaume I.

Por otra parte, también nos encontramos con otro de los artículos del Anteproyecto objeto de nuestro análisis al que hemos atribuido significativa relevancia, incluido entre los dedicados a la transmisión de la empresa familiar e identificado por los números 112 y siguientes¹³⁰¹. Dicho artículo antecede al propio precepto regulador que establece el concepto de los propios legitimarios, cuyo primer párrafo se reproduce del modo que sigue:

Artículo 112. La empresa y el cálculo de la legítima.

Si el causante hubiere dispuesto “inter vivos” o “mortis causa” de la titularidad de la explotación empresarial no representada por acciones o participaciones sociales a favor de alguno o algunos de sus legitimarios se entenderá que el beneficiario o los beneficiarios suceden en la propiedad de la explotación económica y en sus deudas sin que ni un ni las otras se computen a los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior para fijar la legítima del grupo de legitimarios.

La buena voluntad con la que se redactó el artículo, contrastó con la que, según el Colegio Notarial, parecía ser la redacción de un precepto sucesorio con un contenido repleto de errores técnicos, tanto en su redacción como en lo que atañía al fondo de las materias reguladas.

Por dicho motivo tanto el comentario al propio artículo 112 como a los siete artículos subsiguientes recibirían una dura crítica de base, que parecía no encontrar conciliación posible en la forma de una suavización en su contenido que no fuera el de la modificación íntegra del texto¹³⁰².

¹³⁰¹ En total, nada menos que ocho artículos dedicados al tratamiento de la materia de la sucesión de empresa familiar dirigidos a cuestiones técnicas que tratan de dar cabida al tratamiento regulador de la sucesión de la explotación, en conexión con el valor que debiera atribuirse a las acciones o participaciones, en estrecha relación con los derechos políticos de las mismas que a los legitimarios pudieran corresponder. Sobre todo, se aprecia el factor con el que sí contaba el legislador valenciano de que un grupo de diferentes legitimarios pudiera ser el titular de la empresa al fallecimiento de su titular; situación con la que no parece contar tanto el legislador en la norma de Derecho común, identificada por el artículo 1056.2 CC.

¹³⁰² El comentario al artículo 112 por parte del Colegio Notarial de Valencia en su párrafo primero recibió cinco duras apreciaciones. Su párrafo segundo se vería tan afectado que se preferiría su supresión a su mantenimiento:



La propuesta de reforma de dicción en la cabida del articulado hubiera hecho pensar que se detectaba una omisión de opiniones contrarias al fundamento de su formulación, en el sentido de que no se planteó la falta de utilidad del precepto.

Pero no se articularon las mismas razones en el comentario. En una sola locución se demostraba la falta de esperanza en la efectividad de la propuesta: si a lo largo de todo el Anteproyecto se había querido insistir en que la legítima era *pars valoris*, de poco serviría establecer una norma que vinieran a concretar la misma idea, siquiera en el marco de la empresa familiar. La protección ya estaba otorgada, por ese motivo, se estimaba que no era necesario, por ser redundante¹³⁰³.

“Párrafo 1.

- La regla es la no computación en relación con el total patrimonio hereditario, del valor de la empresa transmitida a uno o varios legitimarios por actos inter vivos o mortis causa. Se supone que tales actos – especialmente los inter vivos- serán gratuitos ¿no?.

- El resultado es que se limita o incluso se elimina la legítima de los restantes.

- La norma no está bien expresada. No es que “se entenderá que...suceden” sino que efectivamente suceden. Lo que ocurre es que esa especial “sucesión” se excluye de la computación.

- La referencia a las deudas parece innecesaria habida cuenta que están ya expresadas en el inventario del párrafo 3.

- ¿Cuál es la razón de este privilegio? ¿La conservación de la empresa? Pero si la legítima es un crédito, ¿dónde está el perjuicio para la empresa?

Párrafo 2.

- ¿Cómo se puede “calcular de nuevo” en un plazo de 10 años? ¿Cómo se resuelve un nuevo cálculo? ¿Con nuevos pagos y cobros? Y el sucesor empresario arriesgado que ha gozado del privilegio en perjuicio de los demás legitimarios, si la empresa desaparece y carece de patrimonio ¿cómo se paga? Y ¿cómo se compagina esta situación con el concurso? ¿Qué posición tienen los legitimarios defraudados en el concurso?

-Todo resulta innecesario e introduce unos elementos de incertidumbre e inseguridad jurídica prolongadas en el tiempo, que pueden abrir verdaderos problemas particionales.

- Se propone su eliminación.” [*Comentarios al Anteproyecto de la Ley de Sucesiones Valenciana*, Colegio Notarial de Valencia, 25 de septiembre de 2009, p. 87].

¹³⁰³ En esencia se podría estar de acuerdo con dicho planteamiento. No obstante la norma, en virtud de la tendencia política iniciada, con el acento en la protección empresarial persigue el objetivo de, al menos, enunciar como principio la salvaguarda de dicho tipo de explotaciones.



A continuación encontramos el artículo 113 del Anteproyecto:

Artículo 113. Los paquetes de control de las sociedades y el cálculo de la legítima: acciones o participaciones con derechos políticos y desprendidas de ellos.

A los efectos del cálculo de las legítimas, no se entenderá producida alteración de valor de las acciones o participaciones de una sociedad de capital o grupo de éstas que atribuyeran al causante su control, si las que correspondan a alguno o varios legitimarios estuvieran desprovistas de la totalidad o parte de sus derechos políticos.

El causante podrá prohibir la transmisión de las acciones o participaciones que lleven anejos los derechos políticos por un período de tiempo que no exceda de diez años, sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los legitimarios entre sí.

Este precepto pretendería evitar el efecto de la alteración del valor de acciones o participaciones empresariales a adjudicar a alguno de los legitimarios, con independencia de sus derechos políticos. A nuestro juicio, con motivo para ello, entendió el Colegio Notarial un necesario esclarecimiento del artículo, cuestionándose si realmente la norma obedecía a un fin útil, o si por el contrario, venía a enturbiar un precepto que habría podido regularse de manera mucho más sencilla¹³⁰⁴.

¹³⁰⁴ La postura se exponía con clarividencia en el Comentario del artículo del Anteproyecto, proponiendo una opción en la composición de su texto:

En lugar de “desprendidos”, debe decir “desprovistos”.

Párrafo 1.

-Debe clarificarse de forma más sencilla que lo que se pretende con el artículo es favorecer al heredero que resulte adjudicatario de los títulos que supongan el control social, aunque el valor de las acciones o participaciones que se adjudique a otro coheredero fuere mayor, pero no tuviere derechos políticos, o éstos no fueren tan representativos (acciones sin voto, o con prestaciones accesorias o usufructos de mayor número).

- No es correcta la expresión “correspondan”; es preferible “se adjudiquen”.

Párrafo 2.

- Qué sentido tiene esa prohibición de disponer cuando las acciones sí llevan aparejados los derechos políticos? ¿se trata de prolongar post mortem el control de la empresa?

- Y qué alcance tiene el acuerdo de los legitimarios? ¿pueden dejar sin efecto esa prohibición? ¿los legitimarios-adjudicatarios o todos los legitimarios?

POSIBLE REDACCIÓN ALTERNATIVA:

A efectos del cálculo de legítimas no se computarán aquellas acciones, participaciones o parte social que conlleve el control de la administración de la empresa. El causante podrá prohibir la transmisión de las acciones o participaciones que conlleven dicho control por un periodo de tiempo que no exceda de diez años, sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los legitimarios entre sí. [*Comentarios al Anteproyecto de la Ley de Sucesiones Valenciana*, Colegio Notarial de Valencia, 25 de septiembre de 2009, p. 88].



En realidad, el texto alternativo propuesto por el Colegio ofrecía mucha más claridad y precisión, de manera que mejoraba una norma con buenos fines -como era dicho artículo 113- por medio de un efecto positivo adicional, otorgándole una mejor comprensión y manteniendo además el espíritu del Anteproyecto de conservar la integridad de la empresa familiar.

La compleja redacción originaria podría haber estado justificada sin embargo, por la intención de esbozar un artículo con una redacción depurada, dotado de claridad expositiva, rigor y destreza técnica, aunque a juicio del Colegio Notarial no se consiguió dicho objetivo.

Los artículos 115 y 117¹³⁰⁵ representan lo siguiente a nuestro modo de ver: en el primer caso, el desarrollo de la materia omitida para esta norma en el ámbito del Derecho común¹³⁰⁶ y en el segundo, la protección de la empresa familiar prolongada más allá de la muerte del causante en el caso de la pérdida del control de las participaciones de la sociedad o su transmisión voluntaria. En este último caso se establece una especie de derecho de opción en favor de los legitimarios que en su momento resultaron apartados del control de la sociedad, recalculando el valor de la legítima que en aquel entonces les hubiera correspondido de no haberles excluido de su

¹³⁰⁵ “Artículo 115. Los paquetes de control de las sociedades y el cálculo de la legítima: atribución de las acciones o participaciones sociales en copropiedad a los legitimarios.

A los mismos efectos establecidos en el artículo anterior, se entenderá que tienen idéntico valor las cuotas de los legitimarios a quienes el causante atribuya, en régimen de copropiedad, el paquete de títulos de control, aunque señale, de entre ellos, al o a los que han de representar a la comunidad en la sociedad. El causante podrá establecer una remuneración a favor del comunero representante y a cargo de los demás comuneros que no podrá exceder del doble de los beneficios económicos del comunero que más perciba. El causante podrá establecer la prohibición de división de la comunidad y de la transmisión de las cuotas del paquete de control por plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de los acuerdos a los que los comuneros puedan llegar.

Artículo 117. Consecuencias de la pérdida voluntaria del control de la sociedad.

La pérdida voluntaria del control o la transmisión voluntaria de los derechos que llevan aparejado el control de la sociedad o grupo de sociedades dentro de los diez años siguientes al fallecimiento del causante, sin previo acuerdo entre los legitimarios, dará derecho a los que no ostentaron tal control a que se calcule de nuevo el valor de sus legítimas añadiendo al que en su día resultara por aplicación de lo establecido en el artículo 111 la diferencia real, a la fecha del fallecimiento del causante, entre el valor de los títulos sin derechos políticos y el de los que los tenían o permitían el ejercicio del control de la sociedad o grupo de sociedades.”

¹³⁰⁶ Ya hemos analizado en el apartado correspondiente, precisamente la no observancia del precepto en relación con la adjudicación de la empresa a varios herederos.



sucesión y asignándolo a los que en principio fueron los no adjudicatarios de dichas acciones o participaciones¹³⁰⁷.

Entendemos que el Colegio Notarial no pretendió condenar ambos preceptos de la norma cuya utilidad se perseguía. De hecho, en todos los casos, aun es circunstancias de reprobación flagrante a la literalidad de cada uno de los artículos comentados, se propone una reforma de la dicción, pero no asistimos a la calificación de una improcedencia manifiesta de la norma propuesta.

En ello tendría mucho que ver que el sector del notariado fue uno de los que más proclives siempre se ha mostrado a la libertad de testar y también, el que mayor sensibilidad ha demostrado a los problemas sociales de algún modo u otro relacionados con la limitación de esta libertad, y con las consecuencias que ello pudiera tener (la sucesión empresa familiar estaría muy relacionada con este factor).

Las críticas esbozadas resultaron duras, pero se vislumbró la esperanza de aunar un consenso. Es evidente que dichos artículos encabezarían la declaración de Derecho foral a instaurar con fines eminentemente prácticos y que la letra del Anteproyecto, del mismo modo complementaba los preceptos huérfanos de atención en el propio Derecho común. Hubiera faltado agudizar la composición de los artículos, al tiempo que haber aguardado al resultado de una nueva redacción consensuada posterior a este Dictamen. Los resultados fueron tan diferentes a los esperados que el bloqueo del procedimiento legislativo no se dio una nueva oportunidad, bloqueo que duró hasta la actualidad.

¹³⁰⁷ Los Comentarios en este caso por parte del Colegio se esbozan de la siguiente manera:

-¿Y si las cuotas son desiguales? ¿También se entiende que son de “idéntico valor”? ¿Qué sentido tiene la norma?

- La remuneración a favor del gestor ¿es una compensación por su labor? Si es una facultad del testador ¿por qué se limita su cuantía?

- El acuerdo de todos los condueños ¿puede dejar sin efecto la prohibición? Tampoco entiendo este artículo. ¿En qué perjudica a la sucesión el que las cuotas sean desiguales?.

Para el artículo 117, el comentario es el mismo que para el artículo 112.2 [*Comentarios al Anteproyecto de la Ley de Sucesiones Valenciana*, Colegio Notarial de Valencia, 25 de septiembre de 2009, pp. 89-90].



b. La postura del Consell Jurídic Consultiu

i. La competencia para legislar y otros motivos para el descarte del Anteproyecto

El dictamen del *Consell Jurídic Consultiu* 2009/0748 sobre el Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones aprobado por el Pleno el 14 de octubre de 2009 representó, en parte, un resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a la competencia para legislar de la Comunidad Valenciana. El veredicto del órgano consultivo se fundamentó en la reiteradamente citada STC 121/1992, en la letra del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana del año 2006, en la transferencia de la competencia del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana por parte de la Constitución y en las continuas precauciones legislativas que debían tomarse por los órganos de la Comunidad Autónoma Valenciana, tratando de evitar, sobre todo, el fundamento de la competencia legislativa en el factor histórico y en el Derecho foral valenciano.

En realidad, se trataba de un informe que añadía poco más a la cantidad de opiniones doctrinales existentes sobre el particular, sobre todo, en lo tocante a la citada competencia legislativa. No obstante, en una norma de este calado y por razón de la materia regulada, suponía una condición *sine qua non* dirigirse a la que podría suponer el origen o fuente de la fundamentación de las impugnaciones a la misma y sobre la que ya existían abundantes antecedentes¹³⁰⁸.

Adentrándonos en lo concreto, el *Consell Jurídic* cuestionó los preceptos particulares del Anteproyecto, insistiendo en la necesidad mantener unos requisitos de pericia exquisita en la redacción de la ley¹³⁰⁹.

¹³⁰⁸ Expresando que “Por idénticos motivos, y basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional contenida esencialmente en su Sentencia 121/92, de la que ya se ha dejado constancia, podría formularse eventualmente recurso de inconstitucionalidad contra la Ley que se proyecta -y, en su caso, también plantearse cuestiones de inconstitucionalidad- posibilidad de la que este Órgano Consultivo debe dejar constancia, sobre todo teniendo en cuenta la situación de inseguridad jurídica que se generaría en un ámbito del ordenamiento jurídico tan relevante como es el derecho sucesorio.” [*Dictamen 2009/748 del Consell Jurídic Consultiu*].

¹³⁰⁹ Concretamente, precisó que “En el análisis del contenido del texto sometido a consulta, este Órgano consultivo ha de tener en consideración que muchas de las normas que se proponen son novedosas en nuestra Comunidad y no están enraizadas con textos del vigente Código Civil, o bien son interpretaciones doctrinales, generalmente valiosas, pero que pueden no responder a un único sistema conceptual, pues son



Sin embargo, algunos de los argumentos esgrimidos son, a nuestro entender, objetables. Uno de ellos vendría representado por la aducida “novedad o el enraizamiento en las normas del Código civil”. En ese caso, se haría depender la originalidad normativa de unos cánones casi hermenéuticos que parecerían en este caso estar ligados a los parámetros del Derecho común. Si fuera así, ¿deberíamos entender que toda aquella norma ligada al pretendido Derecho foral valenciano, nacida a extramuros del Derecho común tradicionalmente considerado, representa un apartamiento de lo que podría considerarse una norma legítima? Desde luego, si se parte del criterio foralista de la atribución de competencia legislativa, parece que sí. En este caso, el *Consell Jurídic* se inclinaría por la citada postura foralista.

En cuanto a la redacción procedente de las exposiciones doctrinales y su medida de valor así como su incardinación en criterios particularistas o discernimientos o principios conceptuales unitarios, cabría la plantearse desde cuándo se considera poco ortodoxo el tomar en consideración la opinión dimanante de la doctrina científica u otros pareceres de personal autorizado que al respecto emite su opinión en el seno de grupos de trabajo o de comisiones legislativas con funciones parlamentarias.

Entendemos pues que el *Consell Jurídic* mantiene una suerte de postura ambivalente, por cuanto se dedica una notable extensión a las observaciones relacionadas con el marco normativo, a exponer la cortapisa basada en la limitada competencia legislativa de la Comunidad Valenciana, pero a pesar de ello parece que basa su tesis sobre este único motivo, alegando defectos técnicos en la redacción de sus artículos, tanto por el origen de la iniciativa como por la manera de establecer la redacción del borrador¹³¹⁰, facetas cuestionables del descargo que dicho órgano alega en este sentido.

fruto del análisis o de aplicaciones particulares. Por ello, en su examen hemos de ser especialmente cuidadosos tanto en la "coherencia" como en la "claridad" y, en general, en la calidad técnica de la norma. A ello se ha de añadir que la novedad de la norma también obliga a una especial claridad, pues su aplicación no hallará el auxilio de la jurisprudencia previa, sino que como sistema nuevo en algunas partes (régimen de legítimas, sucesión contractual, testamento mancomunado, conservación de la empresa, etc.) exige de una claridad que facilite su aplicación y no suscite mayores problemas que los que pretende resolver”.

¹³¹⁰ Entendiendo por tales, el no enraizamiento con textos del Código civil, restando la validez de opiniones doctrinales y sistemas conceptuales que se reputan partidistas y escasamente compartidos.



ii. La referencia a la empresa familiar

En pocos artículos se extiende tanto en su comentario el *Consell Jurídic Consultiu* como en su interpretación de los artículos 112 y 113 del Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones.

Reconociendo la novedad del precepto propuesto, el *Consell* manifestó que “Una de las novedades más significativas que introduce la norma proyectada es la transmisión “mortis causa” de la “explotación empresarial” a alguno o a algunos beneficiarios, sin que su valor compute a efectos del cálculo de las legítimas”, pero matizó a renglón seguido que:

Aun cuando la regulación proyectada pueda responder a la conveniencia de garantizar la continuidad de las explotaciones económicas, ante la eventual dificultad de pagar las elevadas legítimas de los no favorecidos con la transmisión mortis causa de la "explotación empresarial", las normas no deben prever mecanismos que constituyan artificios para vulnerar el mandato de otros preceptos normativos que persiguen fines igualmente dignos de protección, como es el sistema de legítimas.

Supone éste un punto débil que le ha atribuido la doctrina de forma constante al artículo 1056.2 del Código Civil, pero el legislador estatal, ha planteado la respuesta a dicho problema con el plazo de pago aplazado de la legítima a los legitimarios no adjudicatarios por cinco años y la no necesaria existencia de metálico en el caudal hereditario para efectuar el pago. La solución propuesta a dicho problema en el Anteproyecto, ha sido la de excluir a la empresa de la masa hereditaria a efectos del caudal que deberían repartirse, de la misma manera, los no legitimarios no adjudicatarios.

En este caso la norma se considera como una evitación de aquella norma general del Anteproyecto, que es el otorgamiento de la legítima en la porción de una cuarta parte. Estamos de acuerdo en que no se establece ningún criterio que pueda justificar una redacción un tanto inconsistente -como el de extraer un bien del caudal hereditario sin más motivo que el fin de conservación de la empresa- pero tampoco puede obviarse que la intangibilidad legitimaria se ha alterado de manera similar en otras circunstancias en el ámbito de la legislación civil general¹³¹¹. Basándose en este argumento, el mismo

¹³¹¹ Con mucha más evidencia la nueva redacción del artículo 808 del Código civil, según la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, que en la del propio



modo de proceder encontraríamos en movimientos legislativos, que no han pasado desapercibidos para la doctrina¹³¹². Es entonces cuando cabría preguntarse si realmente representa la propuesta del Anteproyecto un error tan grave, tachado de insubsanable, o si por el contrario en sede de Derecho común, también podríamos encontrar actuaciones legislativas semejantes y por ello denunciables, que se activaron por razones políticas¹³¹³ en contra del régimen inquebrantable de las legítimas; normas que siguen estando vigentes, no obstante.

Además, no se supone tan extraño el caso de encontrar un artículo de estas características, dado que tenemos un ejemplo de una norma que incorporó un método similar para salvaguardar de forma indivisa el patrimonio familiar en el caserío vasco. Es una muestra el artículo 154.2 de la derogada Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la ley del Derecho civil del País Vasco, en lo relativo al fuero civil de Guipúzcoa, donde se establecía que “En tal caso, y salvo que el causante estableciere expresamente lo contrario, el valor del caserío y sus pertenecidos no se computará en el caudal que para el cálculo de las legítimas determina el artículo 818 del propio Código civil.”; aunque la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco no ha incluido esta norma entre su articulado¹³¹⁴ suprimiendo dicho precepto mediante su Disposición Derogatoria.

artículo 1056.2 CC, por ejemplo. Además, a efectos del propio cálculo legitimario y de su cómputo, esta misma ley se coloca en esta misma posición al modificar con semejante criterio el artículo 1041 CC, con la exclusión de colación –y por lo tanto de su cómputo a efectos legitimarios- de los gastos para con los descendientes con discapacidad, sufragados por los padres. La profesora Díaz Alabart se ha pronunciado sobre la cuestión sobre el artículo 808 CC: “Así pues en pocas palabras, la reforma [referida a la ley citada] se concreta en que el causante podrá favorecer al legitimario discapacitado en detrimento de las legítimas que, como regla, corresponden a los demás colegitimarios. Se favorece a los legitimarios discapacitados o incapacitados (según los casos), a costa de reducir de una u otra forma los derechos de los otros legitimarios. La intangibilidad de la legítima se rompe respecto de los colegitimarios del discapacitado”. [DÍAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad...”op. cit., p. 5].

¹³¹² La misma autora ha sostenido que “Ahora la legítima estricta se podrá gravar con un fideicomiso, e incluso, en ocasiones -como veremos más adelante-, por la forma en que se establezca, en la práctica, la constitución del fideicomiso, más que gravar, podrá tener efectos semejantes a la privación de la legítima. Resulta llamativo que en lugar de acometer una reforma general en el sistema de legítimas del Derecho común, se opte por modificar algo que, si bien es muy concreto, afecta a la raíz del concepto de legítima”, convencida de que la premura podría haber tomado protagonismo en esta decisión, al igual, por cierto, que en parecidas circunstancias, en la redacción del Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones: “Con toda probabilidad la razón ha sido la prisa en promulgar la Ley 41/2003...antes de que finalizara el año 2003, designado «año europeo del discapacitado», y la incertidumbre sobre el cuándo y el cómo se podría llegar a producir una reforma general del sistema de legítimas en el Código.” [DÍAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad... op. cit., p. 8]”.

¹³¹³ En el caso del Anteproyecto, en favor de la conservación de la empresa familiar, y en el caso de la norma estatal, en favor del interés del discapacitado.

¹³¹⁴ El profesor Galicia en un comentario anterior a la actual Ley de Derecho Civil Vasco manifestó que “Esta sencilla solución...posibilita la transmisión indivisa del caserío al aislarlo del débito legitimario; su



Aunque cuestionable la opinión del *Consell Jurídic Consultiu*, el órgano dentro de una coherencia de su discurso, recriminó al *Consell* que "...dado que el redactor de la norma ha optado por establecer un sistema de legítimas, el valor económico de los bienes instrumentales que integran la «explotación empresarial» debe computar en el cálculo de las legítimas, a fin de evitar que la propia norma arbitre un sistema cuya utilización indebida desarticule todo el régimen de legítimas...".

El *Consell Jurídic Consultiu* prosiguió en su análisis:

Por otra parte, "la explotación empresarial" y la "empresa" no son cosas, sino conceptos económicos, lo que dificulta la determinación del patrimonio afecto a la explotación [sic] empresarial que, generalmente, suele ser todo, y tampoco puede olvidarse que de las deudas mercantiles responde todo el patrimonio, que es utilizado para la determinación de la solvencia del empresario, y que si se pretende ceñir "artificiosamente" el concepto a la "instalación industrial" o comercial, se corre el riesgo de plantear graves problemas de "determinación" e incluso la posibilidad de transmitir una empresa sin "viabilidad", si es que la explotación depende de bienes no vinculados jurídicamente a ella, pero sí imprescindibles para su "crédito" en el mercado. Añádase además que en este sistema responderían todos los herederos frente a los acreedores, sin recibir ningún bien de la empresa.

En este caso, la terminología "explotación empresarial" podría revestir cierto grado de indeterminación o ambigüedad, entendiendo que el concepto de "empresa" no es objeto de Derecho en nuestro ordenamiento, aunque con habitualidad la toma de control de los activos que la conforman suponen la conformación de la operación de transmisión; pero también es cierto que la existencia de normas de carácter mercantil y contable contribuirían a la finalidad de ayudar al establecimiento del valor de la explotación.

Entendemos que actualmente, tampoco escaparía a esta pretendida ambigüedad el concepto de "empresa" empleado en el propio artículo 1056.2 del Código Civil, por lo tanto volvemos a encontrarnos con un discernimiento que sobre el borrador de la norma autonómica se plasma con una intransigencia concluyente, pero que se asume con total normalidad –o al menos no se minusvalora con igual convencimiento- en la norma estatal.

exclusión de la masa de cálculo de las legítimas lo transmuta a estos efectos...en un objeto independiente y distinto del resto del patrimonio del *de cuius* y lo libera de toda afección en orden a su satisfacción...[e] incide mínimamente en el sistema legitimario del CC, pues las limitaciones que éste establece por causa de muerte continúan gravitando..." [GALICIA AIZPURUA, G., "Legítimas y libertad de testar...", op. cit., p. 450].



A continuación, el comentario del artículo 113:

En cuanto al artículo 113 primer párrafo (Los paquetes de control de las sociedades y el cálculo de la legítima) formula el Consell Jurídic dos observaciones: 1ª) si lo que se proyecta es que no compute en el cálculo de las legítimas, las acciones o participaciones de una sociedad de capital o grupo de éstas que atribuyan su control debe simplificarse, pero si lo que se pretende es que no se compute "el mayor valor" conectado al carácter "mayoritario" del paquete, debería clarificarse y fijar reglas correctoras para el supuesto en que se destruya; b) Por otro lado, ha de preverse que el causante pueda establecer lo contrario en su disposición sucesoria, así como la posible eficacia del acuerdo de todos los legitimarios.

No se puede negar, tal y como apuntaba el comentario del Colegio Notarial, que el artículo podría haberse confeccionado con una mayor claridad expositiva que se hubiera podido conseguir –a la que se refiere en dos ocasiones con los términos “clarificación” o “simplificación”–, tan sólo replanteando su dicción de una manera más sencilla. En ello, como se muestra, vino a coincidir unos meses antes el *Consell Jurídic Consultiu*.

Atendiendo a que en el Derecho societario ha ocupado un lugar destacado en la compraventa de empresas, la titularidad de paquetes accionarios de control estaría justificada la redacción de un artículo de este carácter cuya regulación hiciera frente a dicha circunstancia, lo cual se debería haber llevado a efecto no ya con una mayor precisión técnica, sino con mayor grado de inteligibilidad.

Los paquetes de acciones control en la transmisión cobran pues la misma importancia en la empresa familiar –que pueden llegar a alcanzar considerable tamaño– que en empresas no- familiares, con lo cual este artículo debía pasar a formar parte de los que excluían del cómputo legitimario al adjudicatario de la sociedad.

c. La postura de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación

El presente informe expresaba las razones a lo largo de seis manifestaciones iniciales, donde se contenía la opinión de la Academia sobre el derecho sustantivo del Anteproyecto. El Sexto Considerando supondría la parte más importante de la exposición.



No obstante haber reconocido la aplicación del Derecho valenciano, fruto de una plena competencia para legislar, la Real Academia advirtió de las modificaciones que debían efectuarse en el Proyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones para evitar confrontaciones con materias similares, contenidas el Código Civil¹³¹⁵.

En sentido parecido a los informes del Colegio de Notarios de Valencia y del *Consell Jurídic Consultiu*, la Real Academia expresó su disensión con los diferentes conceptos jurídicos¹³¹⁶ plasmados en el Anteproyecto, y con la técnica empleada en la redacción, que reflejó en propuestas de reforma y mejora de la dicción en su articulado, calificando algunos artículos de imprecisos en cuanto a su aplicabilidad, de incompatibles normativamente con la legislación estatal vigente y con la circunstancia de un incremento de la litigiosidad en el caso de mantener la vaguedad terminológica en algunos de sus artículos.

También en este caso, las referencias al testamento mancomunado¹³¹⁷ y a los pactos sucesorios perdieron relevancia a criterio de la Real Academia, porque en su opinión no se había presentado tan popular su uso en el Derecho histórico valenciano, como se había pretendido por otros juristas.

Sin hacer demasiadas referencias a la libertad de testar y la nueva cuota legitimaria establecida en el artículo 125 del Anteproyecto –el cual ni siquiera fue aludido explícitamente en el propio Informe - centró su atención en la observación de

¹³¹⁵ *Informe de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación sobre el Anteproyecto de Ley /2009, de la Generalitat Valenciana de sucesiones de 24 de julio de 2009*: “Reafirmando el principio de que la Generalitat tiene competencia para regular el todo, una posible opción legislativa hubiera sido hacer uso de la misma, en una primera fase, para hacerlo sólo de aquellas instituciones que-con antecedentes en el derecho foral valenciano- se desean recuperar y adaptar a las actuales características de la sociedad civil valenciana, permitiendo, además, la actuación supletoria del Código Civil, que prevé el artículo 149.3 de la CE, y 45 y 49.2 del Estatut [con la finalidad de evitar la inseguridad jurídica tal y como se describe justo a continuación], dando plenitud al todo y aprovechando todo cuanto doctrina y jurisprudencia han ido construyendo desde el derecho romano, que se encuentra- aunque no sólo- en el origen tanto del derecho de Castilla que se impuso con la abolición de los fueros valencianos, como del propio derecho foral valenciano.” [op. cit., p. 1].

¹³¹⁶ Sobre la “...tendencia a facilitar concepto de las instituciones en contra del prudente criterio de que cualquier definición en Derecho es peligrosa...” [op. cit., p. 3], sobre la naturaleza otorgada a la legítima, el concepto de legatario, etc.

¹³¹⁷ *Informe de la Real Academia Valenciana...* op. cit., p. 5: “El testamento mancomunado...es una institución extraña a nuestros Fueros, aunque sí es conocido en otros derechos forales...”. Además, también se ponía de manifiesto que “No existe en los Furs de Valencia una doctrina general relativa a las sucesión contractual, aunque se permite alguno que aparece expresamente autorizado. La cuestión radica, pues, en determinar si la sucesión contractual debe ser regulada, como hace el anteproyecto, de una manera completa o sólo aquellos pactos sucesorios que pueden considerarse deben ser rescatados de los derogados Furs, o ser regulados de nuevo, para solucionar una necesidad existente en la sociedad valenciana y que por ella es reclamada ” [op. cit., p. 9].



los artículos 112 y 113 –incidiendo sobre ellos más que sobre los siguientes, relativos a la sucesión de sociedades-, referidos a la sucesión de la empresa familiar, habida cuenta del interés en las sociedades mercantiles y de su influencia sobre el contexto económico valenciano.

En el artículo 112, la Real Academia pareció otorgar al articulado referido a la transmisión de la empresa familiar un valor complementario al concepto legitimario establecido en tanto que:

La lectura del artículo 112 transcrito lleva a la conclusión de que probablemente no se incorporaría al Anteproyecto si éste hubiera recogido el sistema foral de abolición de las legítimas y acogido el de libertad de testar, cada vez con más partidarios en la doctrina habida cuenta de la realidad social que justificó la imposición legitimaria en tiempos pasados y el de nuestro tiempo, en especial la longevidad¹³¹⁸.

De la extensa referencia a dicho artículo no se desprendía un total desacuerdo con su contenido, pero sí se plasmaban en el Informe una serie de recomendaciones traducidas en las posibles consecuencias en forma de abundante litigiosidad, debido a los agravios de unos herederos en perjuicio de otros, al entenderse algunos de ellos excluidos del caudal hereditario en virtud del mayor interés en salvaguardar la unidad patrimonial empresarial¹³¹⁹ resolviendo que el remedio del propio Código Civil presentaría unas condiciones mejores y más proporcionadas¹³²⁰, de modo que:

El artículo 112, en puridad, instaura gratuidades importantes a favor de uno o algunos herederos sin posible colación, lo que es extraño en el resto del articulado del Anteproyecto sin que los supuestos descritos en los párrafos segundo y tercero del precepto sirvan para paliar esta previsible litigiosidad en un destinatario de la Norma que, como todos nuestros compatriotas, siempre ha tolerado mejor el agravio absoluto que el comparativo¹³²¹.

En relación con el comentario del artículo 113, se volvería a exponer la conciencia de la importancia de su contenido y la del tejido empresarial valenciano. En este caso sin mayores consecuencias y sin que la Real Academia mostrara una opinión excesivamente reticente con el precepto, exponiendo simplemente que:

¹³¹⁸ Informe de la Real Academia Valenciana...op. cit., p. 11

¹³¹⁹ Informe de la Real Academia Valenciana...op. cit., p. 11

¹³²⁰ Informe de la Real Academia Valenciana...op. cit., p. 12: “El precepto más cercano del Código Civil es el artículo 1056, párrafo segundo pero en él no se produce un desequilibrio total en quien recibe en exclusiva una empresa familiar pues los legitimarios que ven desaparecer del acervo sucesorio la empresa son compensados en metálico, lo que no sucede en el artículo 112”.

¹³²¹ Informe de la Real Academia Valenciana...op. cit., p. 11.



Como el tejido empresarial valenciano en línea con el de España se acerca al 90% de Pequeñas y Medianas Empresas no resulta aventurado afirmar que el precepto en la casi generalidad de los casos aplique su mandato muy mayoritariamente a Sociedades familiares, personalistas o en cualquier caso de Capital significativamente inferior al de las Grandes Compañías.

La no disposición de derechos políticos en las Sociedades presupone una discriminación negativa del partícipe o del accionista que no los tenga respecto de quien disponga de ellos. La experiencia y realidad demuestra hasta qué punto la falta de intervención en la formación de la voluntad social puede llevar al Ente societario al Concurso o hasta su desaparición.

El Anteproyecto, consciente de esa realidad, pretende paliar tal desequilibrio con doble remedio: Equiparar el valor de unas y otras acciones o participaciones y permitir al causante que prohíba las transmisiones de las acciones con derecho políticos en un plazo máximo de diez años lo que no resulta para él necesariamente obligado sin que pueda imponer esa prohibición en todo caso si no es su deseo¹³²².

En definitiva, volvieron a destacarse los errores presentes en el Anteproyecto, en general, y en los preceptos legitimarios y referidos a la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, en particular. La crítica a la técnica legislativa volvía a ser protagonista, pero no puede decirse que la materia testamentaria en la que basamos nuestro análisis fuera objeto de un ataque que revistiera mayor intensidad que en los dos dictámenes anteriormente apuntados. Sí que podría concluirse, no obstante, la opinión no demasiado optimista a la viabilidad de la vigencia de la norma, además de que, en artículos concretos, la Real Academia atenuaba el énfasis pretendido por otros juristas, restando protagonismo y la identidad en el Derecho valenciano histórico a destacadas figuras cuyo restablecimiento se pretendía, tales como el testamento mancomunado o los pactos sucesorios, en virtud de los cuales, no se dejó de reconocer, no obstante, que podrían suponer un elemento útil e interesante que pudiera coadyuvar a la transmisión de la empresa familiar.

Por todo ello y en lógica con sus anteriores aseveraciones, la Real Academia no pudo más que proponer que “...debiera formularse un nuevo texto sobre cuyo contenido esta Corporación emitiera un nuevo informe con el fin de contribuir a la mejora de nuestro ordenamiento autonómico”¹³²³.

¹³²² Informe de la Real Academia Valenciana...op. cit., p. 13.

¹³²³ Informe de la Real Academia Valenciana...op. cit., p. 32.



4.6.4 Otro intento fallido: El Anteproyecto de Ley de Sucesión de empresas agrarias y familiares

La huella del Derecho consuetudinario valenciano en el que basarse para legislar también estaría presente en el siglo XXI, con unas nuevas intenciones y nuevas versiones de la reivindicación que actuaba a través de la costumbre foral. A estas alturas, ya no se trataba sólo de crear normas sobre los arrendamientos rústicos históricos valencianos¹³²⁴, sino de avanzar en una regulación consuetudinaria que abarcara ámbitos de actuación diferentes¹³²⁵, amparándose igualmente en la escasamente permisiva doctrina del Tribunal Constitucional.

Se trataba, una vez más, de aprovechar el único haz de luz que permitía iluminar las pretensiones de los juristas valencianos a través de costumbres agrarias vigentes en la práctica, pero enfocada a un objetivo más moderno, aunque también de antigua

¹³²⁴ Que en el año 2013 pasarían a regirse por la Ley Valenciana 3/2013 de 26 de julio, de los Contratos y Otras Relaciones Jurídicas Agrarias, según consta en el párrafo primero de su Disposición Derogatoria Única: “Queda derogada la Ley 6/1986 de 15 de diciembre, de la Generalitat, de Arrendamientos Históricos, Valencianos” y que el Dictamen *del Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana* ha considerado positiva y oportuna “cuyo fin es dotar al sector agrario de una mayor seguridad jurídica y otorgar una mayor protección a los agricultores y agricultora, a partir de los usos, costumbres y tradiciones del campo de nuestra Comunitat, como son, entre otros, la venda a ull, la venda al pes, el derecho al tormalom o figuras como el alfarrassador y la alfarrassadora” [*Dictamen al Anteproyecto de Ley, de la Generalitat, de contratos y otras relaciones jurídicas agrarias*, 30.5.2012, p. 3]. Agradecemos a la *Unió de Llauradors i Ramaders* el habernos facilitado copia del ejemplar citado; organismo que se ha pronunciado respecto en relación con el contenido de la misma ley de 2013: “Desde La Unió de Llauradors se valora positivamente la regulación normativa de las relaciones contractuales del sector agrario valenciano dentro del proceso de desarrollo de l’Estatut d’Autonomia de los sectores económicos valencianos, según establece el artículo 49 y más concretamente, como es el caso que nos ocupa, de su artículo 18. Con ello, por un lado se da cobertura legal a los tipos de contratos agrarios que hasta hace pocos lustros no la necesitaba pero que en los últimos tiempos ha supuesto una inseguridad jurídica para los agricultores y ganaderos valencianos por los reiterados y numerosos incumplimientos de los acuerdos pactados verbalmente (o mediante vales de compra). Pero por otra parte, esta normativa podría contribuir a la transparencia del sector y a la de las transacciones comerciales agrarias, uno de los objetivos que durante los últimos años se pretende conseguir por la mayor parte del sector y por las diferentes administraciones implicadas.” [*Alegaciones de La Unió de Llauradors al borrador de normativa de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias*, 5 de noviembre de 2011, p. 1].

¹³²⁵ Así lo expresó Palao, a propósito del señalamiento de la constitución del Observatorio de Derecho Civil Valenciano: “En el observatorio, variopinto e integrado por un gran número de miembros, todavía encontramos una tendencia patente hacia el estudio y la recuperación del derecho consuetudinario. El resultado es el de siempre: compraventas agrarias, riegos, pesca, etc. Pero en la memoria del primer año de actividad ya se adivinan las nuevas tendencias en los trabajos de...V. SIMÓ SANTONJA y J.M. BADENAS CARPIO (Borrador de Anteproyecto de Ley de Sucesión de empresas agrarias y familiares, uno de los puntos más conflictivos del actual Anteproyecto de Ley de Sucesiones)” [PALAO GIL, F. J., “La insuficiencia de la costumbre...”, op. cit., p. 1896].



reivindicación: el modo de establecer una sucesión para la empresa familiar valenciana¹³²⁶.

Este deseo se plasmó en la práctica, -al igual que para el Anteproyecto de la Ley de Sucesiones- mediante una propuesta de borrador de Anteproyecto de Ley de Sucesión de empresas agrarias y familiares valencianas y podríamos afirmar que su texto destacó por su original contenido, que intentaron convertir en una realidad el notario Vicente Simó Santonja y el profesor Juan Antonio Badenas Carpio.

Las singularidades del borrador de la norma y la intención de sus creadores, sobre todo, quedan plasmadas en el preámbulo de este esbozo normativo.

En primer lugar, la doctrina del Tribunal Constitucional, tantas veces criticada, por insuficiente, para la casuística que pretendía regular, esta vez, a juicio de sus redactores, entreabría la puerta que daba acceso a la propuesta del establecimiento normativo basado en parámetros sucesorios¹³²⁷.

Se percibía una intención manifiesta en huir de la contravención de la doctrina constitucional en relación con el empeño en la vigorización del Derecho foral valenciano, basándose en una apoyatura que surgía de la buena utilidad de la norma

¹³²⁶ El Anteproyecto se justificaba, "...para dar una solución a los problemas que se plantean en el seno de las empresas familiares y agrarias...y al mismo tiempo dar reconocimiento a una forma de testar, conforme con nuestra tradición jurídica, que han venido practicando de manera consuetudinaria muchos valencianos desde la abolición de los Fueros propios y que se sigue practicando tras la aprobación de la Constitución de 1978..." [BADENAS CARPIO, J.A. y SIMÓ SANTONJA, V., "Borrador de Anteproyecto de Ley de Sucesión de empresas agrarias y familiares", *Memoria del Primer Año del Observatorio de Derecho Civil*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2003, p. 149]

¹³²⁷ Así se hacía ver en el Anteproyecto: "Por consiguiente, ya sea por la vía de la existencia de una costumbre civil valenciana en el momento de promulgarse la Constitución Española o siguiendo la teoría de las instituciones conexas, el legislador valenciano está habilitado por la regla 8ª del párrafo primero del art. 149 de la Constitución y por el art. 31 párrafo 2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, para regular materias relacionadas con pactos sucesorios y testamentos mancomunados, ya sea de manera general, o al menos, para supuestos relacionados con explotaciones o empresas familiares y agrarias" [BADENAS CARPIO, J.A. y SIMÓ SANTONJA, V., *Ibidem.*]. Badenas Carpio ha sostenido con posterioridad que dichos factores fueron los puntales en los que se basó la estrategia con expectativas normativas. Sólo se trataba de encontrar el "...punto del que tirar, para recuperar de un modo práctico y verdaderamente útil nuestro Derecho foral, que además fuera completamente respetuoso con la distribución de competencias entre el Estado y la Generalitat Valenciana y con la doctrina del Tribunal Constitucional...". Así, el autor mantiene su postura de que "El gran mérito que tuvo, modestamente, a mi entender, nuestro trabajo, fue precisamente este: ser capaces de construir, sobre una base mínima, pero segura e irreprochable desde el punto de vista constitucional (por tener precisamente dos de sus tres pilares sustentados sobre la propia doctrina del Tribunal Constitucional) una regulación sintética, pero completa, capaz de poner el régimen sucesorio de nuestras empresas familiares en el más elevado y adecuado nivel legal posible. Esta fue nuestra humilde contribución y por ello fuimos felices" [BADENAS CARPIO, J.A., "Arròs melòs de bou de mar. Una proposta de Anteproyecto de Ley de sucesión de las empresas familiares valencianas", *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, 2015, Vol. I, núm. 60, p. 262].



proyectada y alejándose de reivindicaciones melancólicas con base en la perspectiva histórica¹³²⁸: de esta manera, el problema social identificado con la extinción de la empresa familiar en el momento del traspaso de padres a hijos, quedaría regulado de forma autónoma, distinta y mejor que en el propio Derecho civil general, con soluciones propias, coincidiendo con una regulación con claro sustrato en el Derecho foral valenciano¹³²⁹.

4.6.5 Figuras jurídicas fundamentales

La cautela jurídica que otros autores han objetado al legislar sobre la materia, no se aprecia aquí en cuanto al método directo indubitado expresado en la redacción y en su Preámbulo. El borrador de norma, que nunca llegó a ver la luz -y que tampoco alcanzó la misma intensidad jurídico-política que la Ley Valenciana de Sucesiones, sobre todo, por las menos controvertidas circunstancias de su nacimiento y contenido- combinaba dos métodos alternativos de llevar a efecto una sucesión en los operadores económicos que tanto preocupaban al legislador valenciano: los pactos sucesorios y el testamento mancomunado.

¹³²⁸ BADENAS CARPIO, J.A. y SIMÓ SANTONJA, V., “Borrador de Anteproyecto...”, op. cit., p. 149: “Finalmente, el ejercicio de la competencia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio que regulan de una manera general la Constitución y nuestro Estatuto de Autonomía no debe ser fruto de una voluntad sentimental, romántica o erudita tendente a restaurar antiguas instituciones de nuestro Derecho histórico, sino una consecuencia de la voluntad del legislador valenciano de tratar de dar satisfacción y de resolver los problemas que plantea la realidad jurídica actual, y que tampoco han sido resueltos por la legislación del Estado...”. Años después, Badenas Carpio, sigue sosteniendo que “...la recuperación del Derecho civil valenciano debía comenzar por donde más falta hacía, por donde la recuperación de nuestros Fueros pudiera servir para mejorar la economía y la productividad de las empresas y de las familias valencianas...la finalidad de todo buen legislador debería ser regular aquellas cuestiones que contribuyan a que las personas vivamos mejor” [BADENAS CARPIO, J.A., “Arròs melós...”, op. cit., p. 261].

¹³²⁹ BADENAS CARPIO, J.A. y SIMÓ SANTONJA, V., “Borrador de Anteproyecto...”, op. cit., p. 149: “Sociológicamente, la mayor parte de la riqueza de nuestra Comunidad Autónoma es generada o tiene relación directa con empresas o explotaciones familiares y agrarias, en las que se han detectado algunos problemas en el momento en que se transmiten ciertas situaciones o derechos entre una generación y otra, siendo en muchos casos, tales problemas la causa de la desaparición o de la pérdida del carácter familiar de la correspondiente empresa o explotación. Así lo demuestran los estudios económicos y sociales realizados durante los últimos años, en los que se pone de manifiesto que más del ochenta y cinco por ciento de las empresas valencianas son de carácter familiar”.



a. Los pactos sucesorios

El pacto sucesorio representaba una figura fundamental en el borrador. No obstante, se entendía que un punto de partida para su inclusión en el mismo podría ser su antecesora, la Ley 6/1986 de Arrendamientos Históricos Valencianos¹³³⁰. La legalidad de dichos pactos partiendo de aquella norma, después de haber pasado por el tamiz constitucional¹³³¹, hizo pensar a los creadores del Anteproyecto que aquellos pactos sucesorios -dotados del debido salvoconduto constitucional- podrían adaptarse con la misma validez y similar papel en una futura norma¹³³² que además, debería estar impregnada del debido espíritu foral. Tan sustancial fue la materia referida a los pactos sucesorios, que a ellos se dedicó un capítulo completo, a pesar del escueto carácter de la norma.

La tipificación de los diversos pactos se entendía como de “institución o de renuncia”¹³³³, pero el elemento destacable es que el derecho a la legítima de los demás legitimarios, se conservaba intacto¹³³⁴, lo cual venía a ratificarse en el artículo 16:

¹³³⁰ El Preámbulo del Anteproyecto ya explicaba que “...tal y como han puesto de manifiesto los autores que han estudiado el contenido de la citada Ley 6/1986, de 15 de diciembre, en esta norma valenciana se regula una especial manifestación de sucesión contractual, para los arrendamientos históricos valencianos...”, que además se relacionaba con algunos mecanismos sucesorios del Derecho común: “...que tiene cierto paralelismo, aunque con distinto fundamento, con algunos de los particulares instrumentos y mecanismos de sucesión que se regulan a nivel estatal por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes.” [BADENAS CARPIO, J.A., SIMÓ SANTONJA, V., “Borrador de Anteproyecto...”, op. cit., p. 148.].

¹³³¹ BADENAS CARPIO, J.A., SIMÓ SANTONJA, V., *Ibidem*: “...la sentencia, tras analizar los argumentos y fundamentos jurídicos alegados por cada una de las partes y, en especial, los de la parte recurrente, que expresamente se refirió a la posibilidad de que en ella se estuviese regulando «un especial tipo de pacto sucesorio»; sin embargo, no consideró que mereciera ser tachado de inconstitucionalidad”.

¹³³² El artículo 12 del borrador así lo indicaba: “Los miembros de una empresa familiar o agraria pueden establecer los pactos que tengan por conveniente de acuerdo con la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos, con las condiciones y límites establecidos por las demás disposiciones de carácter general, con el fin de determinar la sucesión de la totalidad o parte de los bienes, derechos y obligaciones correspondientes a la empresa o explotación familiar. A estos pactos pueden concurrir todos los miembros de la familia empresaria que tengan un interés legítimo en la sucesión de la empresa familiar o agraria”.

¹³³³ Artículo 13.2 del Anteproyecto de Ley de Sucesión de empresas agrarias y familiares: “Estos pactos pueden ser tanto de institución como de renuncia, dejando a salvo el derecho a la legítima de los herederos forzosos, con las excepciones establecidas en las leyes sobre arrendamientos y en el Estatuto de la Explotación familiar Agraria y de los agricultores jóvenes, así como en las normas que sustituyan a unas u otras”.

¹³³⁴ Por este motivo se expresa que se deberá practicar “...dejando a salvo el derecho a la legítima de los herederos forzosos.”.



En los pactos relativos a la sucesión de la explotación agraria o empresa familiar, siguiendo los principios de la legislación agraria, los legitimarios mayores de edad, pueden renunciar a los derechos y acciones que en concepto de legítima u otros derechos hereditarios, siempre que se hagan a cambio de una compensación equivalente, al menos, al valor de su legítima, en el momento en que ésta deba ser computada.

El elemento típico que tendía a ampliar la libre disposición por causa de muerte propia del Derecho civil foral valenciano, en este caso se subvertía para desembocar en una figura más típica del Código civil, precisamente, presente en el artículo 1056.2 CC, consistente en el abono en metálico de la cuota legitimaria a los que fueran apartados del control de la empresa familiar. El propio texto del borrador, además, tomaba como referencia una ley de Derecho común: el Estatuto de Empresa Familiar y de Agricultores Jóvenes de 1981, que ya contemplaba esta posibilidad de incluir el pacto sucesorio como medida a la sucesión de la explotación.

Parece pues, que el borrador de la norma únicamente estaría dispuesto a circular respetuosamente por los cauces estipulados por la citada doctrina constitucional en lo referido a los pactos sucesorios contenidos en la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos o en el Estatuto de la Empresa Familiar Agraria, además de sobreprotegerse en la utilización de elementos de una norma de marcado sello estatal, mostrando así un grado de audacia muy inferior a la que se demostraría con posterioridad en el Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones, evitando la incursión en materias no regladas y por lo tanto, huyendo del riesgo de adentrarse en un inconsistente terreno jurídico en el que difícilmente se sostendrían figuras que, por innovadoras y por falta de adecuación a los parámetros constitucionales –a pesar de enraizadas históricamente con la esencia sucesoria del Derecho valenciano- estarían condenadas a la negación de su instauración y vigencia¹³³⁵.

Sin embargo, lo conservador de esta postura contrasta con la iniciativa, algo más transgresora, de activar la vigencia del testamento mancomunado como medio para transmitir por vía sucesoria la empresa familiar o agraria. Si bien esta figura no tenía un

¹³³⁵ En un artículo actual, el propio profesor Badenas Carpio ha reconocido que “En aquel momento optamos por proponer lo más seguro, «al menos» una regulación para la sucesión de las empresas familiares y agrarias, hoy por hoy, sin ninguna duda, habría que ser más ambicioso, porque el marco jurídico lo permite, y proponer una ley de sucesión contractual valenciana o simplemente de sucesiones, que regule la sucesión contractual y el testamento mancomunado”, insistiendo en que “el texto fue redactado de forma prudente, sin que en ningún caso cupiera cualquier tacha de inconstitucionalidad: se apoyaba en la tradición jurídica valenciana y en la misma regulación vigente, declarada inconstitucional por el TC y, por si hubiera alguna duda, se sometía a los límites del Código civil o Derecho común” [BADENAS CARPIO, J.A., “Arròs melós...”, op. cit., pp. 265-267].



precedente legislativo consolidado y presente en una ley con respaldo constitucional tan evidente como los pactos sucesorios –aunque sí llegó a existir este recurso en el Estatuto de Empresa Familiar Agraria y de Agricultores Jóvenes de 1981, que también se cita en el Preámbulo del borrador de la ley valenciana- pero se entendería igualmente que su utilización contribuiría a constituir un nuevo método en la sucesión empresarial.

b. El testamento mancomunado

La reivindicación de la presencia de esta figura fue motivada por su constante uso en territorio valenciano, aun después de la abolición de los Furs¹³³⁶.

Su utilización es un hecho que se ha manifestado públicamente en la práctica notarial y registral, y por ello se consideró que el uso reiterado sería un motivo para incluirlo en el citado borrador¹³³⁷.

No obstante, en el uso y en el concepto de este testamento se entremezclan convicciones equivocadas, que vienen representadas por la voluntad de los testadores, considerando el modo de llevar a cabo la ejecución de esas voluntades que los

¹³³⁶ En el Preámbulo del Borrador se pone de manifiesto que “El llamado heredament mutual universal puede considerarse el antecedente directo de una costumbre valenciana que se ha venido practicando en nuestras tierras desde la abolición de los Fueros en 1707 hasta la promulgación de la Constitución española, en 1978, tal y como demuestran las investigaciones realizadas en nuestros archivos históricos y, sobre todo, en los protocolos de las notarías valencianas, cuya denominación popular es de testamento «de l’un per a l’altre», que consiste en el otorgamiento de dos testamentos separados, pero ante el mismo fedatario público, a la misma hora y en el mismo día, en los que los cónyuges otorgantes realizan entre sí recíprocas disposiciones *mortis causa* reservándose el uno para el otro la totalidad de los bienes del que fallezca primero. Tal forma de actuar demuestra que de no haberse derogado los Fueros, o de haberse restaurado...los valencianos habrían continuado recurriendo, haciendo uso de su libertad, a las figuras de sucesión contractual y de testamento mancomunado, que expresamente regulaban los Fueros de Valencia, para determinar sus propias sucesiones” [BADENAS CARPIO, J.A., SIMÓ SANTONJA, V., “Borrador de Anteproyecto...”, op. cit., p. 148]. El Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu* respecto a dicha norma no mantiene una entente con esta línea de opinión, dado que el testamento mancomunado “...no tenía regulación foral si bien fue acogida -antes de la promulgación del Código Civil- por la práctica notarial valenciana. Por tales hechos carece también de tradición jurídica valenciana que pueda completar su regulación, por lo que la «complitud» de ésta es especialmente exigible”.

¹³³⁷ SOLÀ PALERM, E., “Listado de instituciones forales”, *Memoria del Primer Año... op. cit.*, p. 104: “...a diez generaciones desde el desastre de Almansa, las familias valencianas continúan dando vigencia a los fueros. Lo hacen marido y mujer cuando intentan poner su firma junto a las del cónyuge; ambos están pretendiendo instintivamente otorgar un testamento mancomunado...Aplican también los cónyuges el derecho foral valenciano nombrando heredero universal al cónyuge, cuando ello está prohibido en muchos casos por la legislación española...y defienden en definitiva la legalidad foral cuando se instituyen herederos universales recíprocos a *totes les passades*, sean cuales sean las condiciones personales y familiares del causante. Y como acabamos de decir, cuando fallecido el primero de los cónyuges, el sobreviviente acude a la Notaría o al Registro de la Propiedad para tramitar la sucesión, el hijo o hijos que lo acompañan siempre aceptan la institución *de l’un per l’altre i a totes les passades*.”



profesionales no han tenido más remedio que implementar, para, de algún modo, compensar de la manera más parecida posible, los deseos de sus clientes¹³³⁸.

La utilización de métodos alternativos se hizo patente demostrando la adopción de un sistema paralelo, considerando los mecanismos posibles basados en el Derecho común¹³³⁹.

A nuestro entender, el presente borrador no sería un lugar demasiado apropiado para regular dicha figura, dado que no despliega sus efectos de manera directa sobre la transmisión de la empresa familiar.

Podría darse el caso en el que uno de los cónyuges beneficiados por el testamento mancomunado quedara disfrutando del usufructo de la empresa, pero este supuesto parece que no esté directamente relacionado con el fin que pretende perseguir el texto, al menos en su temática principal. En este sentido da la impresión de que el anteproyecto supone un pretexto para incluir piezas sin una relación estrictamente objetiva en la materia que se pretende regular, a excepción de la materia puramente sucesoria, dentro de la que se incluiría dicha figura del testamento de *l'un per a l'altre*.

Valdría la pena el hecho de combinar la Ley Valenciana de Sucesiones junto con la norma comentada para alcanzar un proyecto normativo completo. Claro es que en

¹³³⁸ SOLÀ PALERM, E., *Ibidem*: “¿Qué hemos venido haciendo en tales circunstancias las autoridades y funcionarios, los Notarios y los Registradores?: crear una cortina de humo ante los clientes. Les hemos engañado, en el sentido más bienintencionado y legalista de la palabra, pero hemos desviado su voluntad en definitiva. En cada caso concreto hemos buscado la fórmula del derecho español que más se acercaba a la voluntad de los causantes y de la familia y la hemos aplicado. Hemos recurrido al usufructo universal a favor del cónyuge, o a la cautela Socini del artículo 820.3º del Código civil, y nunca hemos explicado a los interesados la colisión entre el derecho valenciano arrancado por la fuerza de las armas y el derecho español que se nos impone a la trágala.”. Contra esta opinión se ha apuntado por la Real Academia Valenciana de Legislación y Jurisprudencia que poco valor tiene este testamento mancomunado, por no suponer una institución típica del Derecho histórico valenciano.

¹³³⁹ El ejemplo más evidente lo tenemos en la demostración efectuada por Granell a través de un sondeo que comprendía una muestra total de 197 notarios encuestados, traducándose ello en un porcentaje de 65,66% de los encuestados, cuyo resultado general, después de la formulación de cuatro cuestiones sobre los deseos de los cónyuges al otorgar testamento, fue que “Es clara la existencia de una tendencia constante a que marido y mujer acudan conjuntamente al notario a otorgar testamento; que el contenido de sus testamentos es con gran frecuencia idéntico y que desean favorecerse en primer lugar el uno al otro y luego dejarlo para los hijos; que sigue siendo el usufructo universal o dejar a la elección del viudo el decidir por el usufructo universal o el tercio libre más su cuota legal la cláusula más utilizada (pues es lo que más se aproxima a lo de «todo del uno para el otro y luego para los hijos»; que no hay especial preocupación para privar al cónyuge viudo de sus derechos en caso de que deje su estado de viudez; y que la atribución del usufructo universal al viudo es respetado por los legitimarios” [GRANELL DASÍ, A., “Conclusiones de la encuesta sobre disposiciones testamentarias entre cónyuges en los supuestos de normalidad de las relaciones conyugales, remitida a los notarios de la Comunidad Valenciana”, *Memoria del Primer Año...* op. cit., pp. 141-143].



este caso la primera norma contiene la totalidad de las materias de ambos cuerpos legales¹³⁴⁰.

Lo que es destacable en todo caso, es la insistencia por tener, por regular, por regresar a unas normas que un día protagonizaron la actividad legislativa del Reino de Valencia, que en la actualidad, no serían, en absoluto descabelladas mediante una justa y coherente regulación constitucional¹³⁴¹. Unas normas que se han reivindicado reiteradamente, bien entrado ya el siglo XXI, pero a cuya demanda parece que se sigue llegando tarde, una y otra vez: no importan las maneras, ni los motivos, ni los fines que se persigan por los promotores jurídicos valencianos, siquiera sean los más loables y legítimos¹³⁴². Da la sensación de que nos encontramos, al tratar determinadas materias –la sucesoria principalmente- ante un sistema legal encriptado, estanco y ante una situación irreversible, inmodificable y definitiva, sujeta a un control de constitucionalidad pendiente de atacar cualquier movimiento que tenga por objeto la propuesta legislativa de materias relacionadas con los *Furs* valencianos.

¹³⁴⁰ Existen algunas matizaciones. Ejemplo de ello es que el Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones excluye el factor conyugal en la regulación del testamento mancomunado, cuya conveniencia fue puesta en duda por el Colegio de Notarios de Valencia: El artículo 18 de dicho anteproyecto establecía que “Pueden concurrir dos o más personas a otorgar su testamento en un mismo instrumento o documento, ya lo hagan en provecho recíproco o ya en beneficio de tercera o de terceras personas, actuando las disposiciones de los unos como causa jurídica de las de los otros”. En este caso, el Colegio Notarial de Valencia, recomendó la relación entre los causantes: “...Por los problemas prácticos y jurídicos que plantea sería más adecuado haber limitado el testamento mancomunado al otorgado por los cónyuges o al menos exigir cierta «afectio» entre los otorgantes. La realidad viene demostrando que lo demandado es el otorgamiento mancomunado por los cónyuges o convivientes (es decir la existencia de una *afectio maritalis*).” Uno de los motivos de la inclusión en el borrador de Anteproyecto de Ley de Sucesión de Empresas Agrarias y Familiares podría venir determinado por la opinión por la que se decantó el mismo Colegio Notarial en su comentario al artículo 18: “Si el legislador opta por admitir la posibilidad de testamento mancomunado en otros casos [se refiere a aquellos en los que los sujetos intervinientes no están unidos por *afectio maritalis*] debería admitirse solo cuando exista algún tipo de *afectio* entre los otorgantes por razones de negocio empresarial o profesional que justificasen las disposiciones correspondientes unas respecto de otras...” [*Comentarios al Anteproyecto de la Ley de Sucesiones Valenciana*, Colegio Notarial de Valencia, 25 de septiembre de 2009, p. 14].

¹³⁴¹ Aunque, por paradójico que parezca, precisamente es la propia Constitución la que impide una regulación más profusa.

¹³⁴² Badenas Carpio esgrime que una motivación principal para la propuesta del borrador de Anteproyecto de Ley de Sucesión de Empresas Agrarias y Familiares fue “...presentar una regulación lo más completa y suficiente posible, de una materia que considerábamos muy importante para la economía y generación de riqueza en la Comunidad Valenciana...nuestro interés simplemente fue el de ser útiles” [BADENAS CARPIO, J.A., “Arròs melós...”, op. cit., p. 268].



4.7 Conclusiones

- El acto de despojar de algo a alguien no resulta grato. Desposeer con manifiesta violencia de un bien cuya titularidad se ejerce legítimamente, no provoca una reacción, sino de réplica o de instintiva autodefensa por parte del perjudicado. Esa actitud generó este episodio al hacer retremblar la dinastía borbónica los cimientos que soportaban la estructura del Derecho foral valenciano. Revistió un hecho igualmente incontestable la resistencia e interpelación constante de la solicitud de devolución de este sistema jurídico propio por el pueblo valenciano, pero la evidencia de la igualmente incesante obstrucción a la restitución, bien por la violencia de las armas, o bien por aquella que todavía reviste un carácter más nocivo (la burocrática), aplacó temporalmente el fenómeno de reivindicación foral. Pero ello no significaría abandono o dejación del pueblo valenciano en esta constante demanda.

- Actualmente, -y de manera más acusada a raíz del Nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana- asistimos a lo que no es más que una continuación de aquellas peticiones y a la demostración de un hecho que durante más de tres siglos no ha conseguido ser arrinconado: el sentimiento de una identidad que viene de la mano de un cuerpo jurídico antiguo pero constitucionalmente remodelable, que lo podría convertir en útil y beneficioso para nuestra sociedad, dado que en este cuerpo de normas se aloja una valía identitaria valenciana pendiente de ser rescatada.

- Los argumentos que se barajan entre los grupos doctrinales en liza, se identifican con la no necesidad de este Derecho foral, o bien con la imposibilidad constitucional de su reactivación, recursos frecuentemente usados por sus detractores, pero igualmente combatidos con igual intensidad por sus defensores para alcanzar un desenlace constatable: son constantes los recursos de constitucionalidad contra normas sectoriales que traen causa de los *Furs*, pero no hemos encontrado ninguno que haya impugnado la norma matriz que permite legislar de manera autónoma.

- Resulta indudable que la norma procedente de los *Furs* en materia de sucesiones otorgaría con su sanción, un gran servicio a la sociedad valenciana. Pero la realidad es una, y viene impuesta y condicionada por el texto constitucional y por la doctrina de su intérprete. Doctrina ésta que el legislador autonómico puede reinterpretar, extender, cumplir parcialmente, impugnar, o rebatir jurídicamente. Los caminos pueden



ser varios, pero el punto de destino es único, y se traduce en que en el momento actual limita las posibilidades del *Consell*, que amaga con la promulgación de normas pero se encuentra impedido para lanzar una ley con consistencia acorde a la Constitución.

- El remedio a esta situación pasa por el manejo íntegro y por el aprovechamiento de las herramientas estatutarias constitucionalmente válidas para conseguir la construcción de un buen Derecho civil valenciano, libre de objeciones y con un mayor alcance que lo que comúnmente se ha considerado Derecho civil valenciano, pero que excluye las posibilidades de legislar en la materia sucesoria. El calificativo de “foral” resulta indiferente al fin social útil y válido de la norma, dado que resulta de mayor importancia el hecho de atender a que su contenido sea realmente el que constituya el factor que atribuya la utilidad y sostenibilidad a la propia ley. Además, aunque el apelativo “histórico” tampoco pasa de ser un mero epíteto, sí debe tenerse en consideración, a los efectos de extraer de su sustrato la identificación necesaria extrapolable para su utilización y aplicación al Derecho valenciano sucesorio actual. La conjugación de estos elementos junto a la inercia desarrollada por la vocación legislativa de las Comunidades Autónomas en la actualidad y junto a su afán por legislar en cualquier materia, acompañada de un espíritu de persistencia ante las instituciones procedentes, puede que sea el único camino para la rehabilitación de un Derecho valenciano sucesorio.

- Los factores demográficos y las necesidades sociales históricas condicionaron el cambio de legislación en el intervalo de los siglos XIII a XVII, desde una libertad con restricciones hasta un sistema de libertad absoluta de testar, con el único requisito de nombrar a los desheredados. Salvando las distancias constitucionales actuales, ello podría ser un ejemplo de la avidez de cambios que reclama el sistema actual de legítimas, adaptable al territorio valenciano.

- Con el objetivo de sostener una justificación pertinente en orden a encauzar argumentos que abriguen la necesidad de un Derecho sucesorio valenciano actual, nos demuestra la historia que aun contando con la posibilidad de un reparto libre en vigor desde el siglo XIV, se acudió en la práctica en un principio, a la igualdad en la atribución de cuotas legitimarias, pasando por la localización de tendencias hereditarias en función de grupo social, demostrándose una preocupación en los mercaderes por mantener íntegro el patrimonio de la explotación de la familia.



- En base a ello, puede afirmarse que las estrategias sucesorias relevantes en la Valencia foral se alternan en sistemas de unigenitura y en el reparto igualitario de la herencia, sin que se localice una utilización excesiva de la libertad de testar con el objetivo concreto de favorecer a uno de los herederos, salvo en los casos de oligarquías, en los que un único heredero sí solía ser el destinatario del patrimonio de la familia. No obstante, sí que resulta relevante el margen de libertad que la ley otorgaba al testador para desigualar a sus hijos, que era utilizado en algunas ocasiones, pero manteniendo de todos modos el causante a pesar de una evidente discriminación, una convicción de que todos sus sucesores recibirían todo aquello que les correspondiera pese a ser desigualados, fruto de la combinación con el otorgamiento de la dote a las hijas y del usufructo, incluso capitalizado, a los cónyuges.

- Tras la abolición foral, hubo lugar a la utilización de la mejora para favorecer a determinados herederos, pero tampoco se erige esta figura castellana como un recurso permanente para mantener el patrimonio familiar, que más bien se efectuaría por la vía del uso de las vinculaciones, sobre todo en las oligarquías.

- El recurso a la asignación de la mejora del tercio y del quinto se utiliza con aparente naturalidad, y pese a lo aseverado, también como mecanismo para repartir la herencia de forma desigual. En cualquier caso y visto el uso del Derecho foral con anterioridad a la Nueva Planta, se estaría demostrando que el padre, pese a tener una facultad de libertad, repartía con criterios de ecuanimidad en la mayoría de los casos, atribuyendo a los hijos cuotas pariguales.

- De lo anterior se deduce que, atendiendo a las meritadas estrategias sucesorias, la libertad de testar del Antiguo Reino de Valencia era utilizada de forma comedida, como un remedio útil y justo. Características que la convertirían en igual de necesaria en la actualidad y que la revisten de un carácter idóneo para regular las relaciones sucesorias en nuestro territorio. En base a este fenómeno, no deberían temerse por los detractores de tal libertad conductas irresponsables y desmedidas por parte de los testadores, porque quedaría históricamente contrastada la tendencia a la racionalidad y responsabilidad en la atribución de cuotas legitimarias. Cierto es que, puestos a repartir con esta medida, podría resultar indiferente que el sistema vigente fuera el castellano – de tercios- o el valenciano que se pretendería implantar –de cuartos y progresivo en función de los descendientes- dado que el resultado final en la distribución de los bienes



tendría un desenlace deseable que no perjudicaría a ninguno de los hijos. No obstante, esta afirmación no debería servir como argumento para defender una distribución igualitaria de la herencia, sino para remarcar el buen uso que se hace de dicha libertad cuando se tiene posibilidad de ejercitarla por parte de los padres.

- La querencia por la tradición y por el Derecho propio, en la actualidad no ha cesado. Asistir al nacimiento de una ley tan relacionada con los orígenes del Derecho valenciano, como sería una Ley Valenciana de Sucesiones, no es un acontecimiento que deba pasar desapercibido, por su significación y por la denotación del interés en el Derecho extinto, anterior a la Nueva Planta. Obviando la situación jurídica en la que se incardina la propuesta y que no se sostiene según los pareceres más conservadores, se ha pretendido revestir la misma de un carácter de completitud, salvando los inconvenientes de interpretación por parte del *Consell Jurídic Consultiu* y del Colegio Notarial y además, adaptando esta ley a las necesidades económicas de la Comunidad Valenciana, incluyendo en ella algunos elementos de Derecho común.

- En este sentido, el borrador ya no sería un fiel reflejo de su antecesora medieval, sino una adaptación que podría considerarse el anteproyecto de una ley confeccionada de manera improcedente, y además, con unas notables características de inconsistencia. Las intenciones eran encomiables: las necesidades en la sucesión empresarial de las pymes de la Comunidad podrían haber aconsejado una ley con tal contenido, pero los resultados no cumplieron con las expectativas. Se consiguió formular una norma con un cuerpo que comprendiera las contingencias normativas sucesorias en cuya regulación el Código Civil había quedado incompleto unos años antes, en el intento de actualizar el artículo 1056.2 CC; pero en este caso, el borrador fue demasiado ambicioso. La combinación de preceptos y la casuística que se pretendió abarcar fue tan amplia que motivó las críticas de los sectores que preconizaron -sin mencionar los inconvenientes legislativos- una regulación profusa y más mediática que real y adaptada a las exigencias sociales. No obstante, si valoramos los propósitos y metas del Anteproyecto, entendemos que lejos de ser considerado como el descalabro jurídico que se pretendió, lo que en realidad debería evaluarse sería la intención de crear una norma en la línea del movimiento de recuperación legislativa, además de aportar una solución a un problema cuya dificultad se había sopesado de antemano y cuyas medidas, a fecha de hoy, se podrían seguir estimando como convenientes a un problema colectivo de nuestra realidad económica y social. La técnica empleada para acometer



dicha tarea es cuestión distinta, aunque precisamente, parte de la culpa de la no consecución del borrador la tuvo esa misma falta de pericia legislativa.

- Con el Anteproyecto de la Ley de Transmisión de Empresas Familiares Agrarias propuesta más de un lustro antes, la cuestión tuvo diferente planteamiento. Pese a ser un borrador que pretendía presentar menos hostilidades en el ámbito constitucional, los pactos sucesorios tampoco suponían una figura que contribuyera a dibujar una plena compatibilidad con el Código Civil y con su artículo 1271.2 CC. Tomar como punto de partida una ley estatal –como la de Explotaciones Familiares Agrarias- cuyos resultados tampoco fueron los esperados en su día, no le hacía augurar un buen pronóstico a dicho borrador. El interés social sería igual de bienintencionado que el borrador de sucesiones posterior, sin embargo, ni siquiera tuvo la oportunidad de ser vituperada, por cuanto ni asomó al ámbito procesal legislativo.

- Los cauces que persiguen redimir actuaciones históricas no son válidos, pero sí que son legítimos por cuanto no pretenden el resurgimiento vano de un Derecho que no tendría razón de ser en nuestra sociedad actual, sino todo lo contrario, puesto que estas buenas intenciones deberían suponer el punto de partida para profundizar, a posteriori, en el tratamiento legislativo de fondo. Además, ha quedado demostrado por el análisis histórico temporal en las actitudes de los padres que muestran en el reparto de la herencia, una tendencia a una ecuanimidad manifiesta, así como el interés por regresar a un sistema hereditario parecido en aquellos términos, que si bien no discurre por los mismos senderos en la propuesta realizada, sí muestra el deseo y la necesidad acuciante de un cambio necesario en el sistema de transmisión sucesoria empresarial, así como en el del sistema legitimario.



V. CONCLUSIONES

CONCLUSIÓN I. La ampliación de la libertad de testar como fenómeno evolutivo y como posibilidad

Los debates parlamentarios de finales del siglo XIX y las Memorias de los representantes forales, entendidos como los acontecimientos insertos en el proceso dirigido a la elaboración de un código único, simbolizan dentro del pensamiento de muchos juristas contemporáneos, episodios cuyo contenido en poco contribuye a resolver necesidades actuales relacionadas con el elemento sucesorio-legitimario. Nosotros entendemos que resulta absolutamente necesario analizarlos, no con la finalidad de aplicar sus principios o ideas a un contexto legislativo actual –al menos en la medida en que ello no pueda o no deba realizarse- sino con el objetivo de comprobar la evolución de una norma tan importante desde la perspectiva social, como es el Código Civil; hito fundamental que nos indica, a la luz de los cambios y coetáneas tendencias actuales, hacia dónde se dirige el sistema legitimario español, englobando a sus diferentes variedades forales.

En primer lugar, no puede hacerse una lectura crítica negativa de los resultados finales del fenómeno codificador civil, ni puede considerarse un fracaso el hecho de no haber logrado la pretendida unificación legitimaria entre Derecho castellano y derechos forales. Una de las finalidades del Decreto de 1889 fue la de armonizar la legislación y regular instituciones dispersas, aparte de su fin primordial de conseguir una unificación orgánica para conseguir una seguridad jurídica real. Durante la trayectoria legislativa hubo de atenuarse la intensidad legitimaria inherente a la uniformidad perseguida, retrocediéndose en dicho deseo, sobre todo, debido a los distinguos forales. Si bien, aunque no se alcanzó un objetivo plenamente unificador, tampoco se perjudicaron los deseos castellanos por cuanto el nuevo régimen legal suponía la evolución hacia un sistema de legítimas más flexible que el anterior y también más respetuoso con la libertad del testador, que por otra parte, los territorios forales tampoco necesitaban, porque sus normas seguían ofreciendo mejores soluciones que aun la reciente aprobada norma civil.



En segundo lugar, no son baladíes las reflexiones referidas a la familia: no lo fueron en aquellos momentos en los que maduraba el nuevo Código, y nos atrevemos a postular que tampoco pierden su relevancia en el momento presente. El hecho de que la legítima suponga un recurso jurídico falto de utilidad en nuestros días debe relativizarse a la hora de aseverar que la causa directa de ello es que los valores en los que la familia tiene su arraigo se encuentren caducados. Es decir, estamos de acuerdo en el hecho de que la legítima debe alejarse de un ordenamiento más moderno al que ya no resulta útil, pero no lo estamos menos en que ello no debe hacerse a costa de atribuir esta responsabilidad a la figura de la familia.

Resulta palmario que en los momentos actuales surgen nuevos modelos familiares, nuevas relaciones entre personas que confirman una manifiesta pluralidad de formas que exceden de la tradicional familia nuclear central, y que a la luz de los diversos estudios sociológicos ésta se muestra como una tipología familiar desplazada por el individualismo que conforma la sociedad actual, arrinconando, por lo tanto, a un modelo más clásico cuya vigencia e intensidad se desvanece.

Pero ello no debe significar la pérdida de relevancia de las relaciones familiares en este modelo familiar concreto ni que debamos identificarlo por lo tanto, como un arquetipo decadente que genera a su vez, que las legítimas -entendidas como la reserva en favor de los hijos como el fruto del *officium pietatis*- en esta ocasión queden vacías de contenido y que por ese motivo, deban dejar paso a la libertad de testar. La libertad de testar es necesaria, pero no debe atribuirse ello sólo al hecho de que el estándar familiar haya cambiado, puesto que queda demostrado que la familia, así como las relaciones que dentro de ella se desarrollan, es una institución bien considerada incluso entre un colectivo que comúnmente presenta un perfil de desentendimiento a este respecto, como son los jóvenes.

Cierto es que la estructura del sistema sucesorio tradicional debe replantearse a la luz de las condiciones socioeconómicas del siglo XXI, y ello debe hacerse considerando todos los prismas de una nueva sociedad, pero que se modifiquen las estructuras familiares no significa que una de sus modalidades quede debilitada en tan gran medida como algún autor ha pretendido.

La libertad de testar es necesaria, aunque lo realmente complicado es poder determinar desde cuándo lo ha sido: si realmente desde que comenzaron a gestarse los



reiterados y pretendidos cambios en la nueva familia en el nuevo siglo o si realmente ya lo era en aquellos antiguos debates en los que un número ingente de jurisconsultos ya abogaba por esta libertad, sin que realmente se precisara del argumento socio-familiar que en la actualidad con tanta reiteración e insistencia se baraja, máxime cuando las referencias a la familia como institución en permanente cambio ya estaban presentes etapas históricas temporales incluso más pretéritas.

Por eso entendemos que, aunque se incorporan nuevos modelos familiares, el modelo nuclear central sigue ocupando un puesto relevante. Tal vez la libertad de testar, al igual que se reivindicaba en tiempos de Joaquín Costa, se demandó también entrado el siglo XX y sigue demandándose en la actualidad, posiblemente porque las posibilidades de la plena libertad por causa de muerte configuran el mecanismo que con mayor justicia puede delimitar la atribución de bienes a cada uno de los herederos. El testador, en el ámbito de esta libertad tendría absoluto margen para dotar a los más merecedores, seguro que en la mayoría de ocasiones en las que no se detectara caso de flagrante desmerecimiento, igualando a la globalidad de legitimarios. El respaldo empírico que mejor contribuye a mantener dicha aseveración son los protocolos notariales y la práctica diaria de testamentaría en los despachos notariales. El sector notarial ya se ha pronunciado sobre el particular y categóricamente ha postulado que un sistema dotado con la instauración de la libre testamentifacción dispararía graves problemas de reparto entre legitimarios que no son dignos de la atribución de dichos bienes.

CONCLUSIÓN II. La evolución hacia la libertad de testar hecha realidad en los territorios forales

Pese al aparente deseo de su implantación, ni en España ni en Europa la libertad de testar -salvo en contadas excepciones forales- ha sido un fenómeno que se haya llevado a sus últimas consecuencias, no sólo desde lo legislativo, sino también desde lo doctrinal. En nuestro territorio se muestra como una reivindicación constante, como un juego de luces y sombras que sirve para avivar un debate sin conclusiones firmes; dado que ni el legislador estatal ni el autonómico han suprimido la legítima en ninguna ocasión, siendo que al contrario, siempre la han reconocido de manera expresa.



Las vías paralelas por las que circunda el debate se basan en la mayoría de propuestas, en una reducción del sistema legitimario, acompañado de un sistema alimenticio a cargo del patrimonio del causante en el caso de que la persona con derecho a la percepción de los alimentos encuentre bajo una situación de necesidad hasta alcanzar una edad determinada. Por otra parte, el cónyuge toma un claro protagonismo en la nueva realidad social, en la que debe quedar amparado por el Derecho ante la muerte de su pareja, con derecho a la asignación del caudal del causante, dado que a buen seguro será la única persona a la que en sus días postreros le será de mayor utilidad, más que a unos hijos a los que sus ingresos propician una buena calidad de vida a esas alturas de la existencia y a los que la aplicación de la anacrónica solidaridad intergeneracional ya no les ofrece beneficio alguno. Los ascendientes, por su parte, quedan relegados, cediendo su posición a estos cónyuges.

No existe mejor testimonio de la aseveración que describe los amagos sin éxito hacia la completa libertad de testar que las circunstancias en las que se han desarrollado los ordenamientos forales. Y por ello el examen realizado en dichos ordenamientos y la evolución de su reserva forzosa, perfectamente se podría extrapolar al Derecho “foral” castellano, que se mantiene impasible ante el elevado dinamismo de los ordenamientos forales coetáneos.

Dentro del grupo de dichos ordenamientos, la casuística es realmente variada, y el inconveniente legitimario se aborda desde diferentes flancos con la aportación de soluciones legislativas a este respecto de diferente intensidad. Debe destacarse que los únicos territorios que permanecen en la plena libertad testamentaria son los que nunca dejaron de tenerla: Navarra y el territorio de Ayala. El resto de Comunidades con Derecho foral con legítima mínima, aun contando con posibilidades mayores para tomar la iniciativa en este cambio, reducen su cuota legitimaria, pero nunca la diluyen.

No obstante, una mirada en profundidad también nos hace ver que la amalgama de respuestas forales al inconveniente de la libertad del testador viene motivada en ciertos casos por la existencia de un sistema foral más antiguo aún que el propio Código Civil y por la voluntad y necesidad en hacer efectiva la escisión respecto a dicho sistema: La Comunidad gallega transforma su sistema de legítimas debido a la antigua y permanente vinculación de su Derecho al Derecho común, y el País Vasco redefine su sistema de reservas forzosas, puesto que, excepto en el territorio de Ayala, Vizcaya aún



articulaba el régimen medieval de Partidas y Guipúzcoa mantenía su dependencia respecto al régimen legitimario castellano. Las Comunidades que tuvieron la oportunidad de adoptar un régimen legitimario acorde con su tradición histórica –como Aragón, Cataluña o Baleares- no han efectuado notables alteraciones en materia de legítimas. Practicada dicha reforma por Aragón desde la entrada en el siglo XXI, no se ha visto en la necesidad de acometer reformas adicionales, a pesar de haber tenido la oportunidad para ello. Las Islas Baleares tampoco pretenden abordar con demasiado empeño cambios en unas legítimas que se subsumen en el conjunto de un Derecho foral cuyas intenciones de revisión son más bien pocas. Cataluña ejecuta un control legitimario y conserva su cuarto legitimario evitando expandir su libertad testamentaria, pero de manera plenamente consciente y articulando de forma paralela métodos adicionales en el ordenamiento sucesorio que amortiguan los efectos de la reserva forzosa en favor del causante, pero que podrían mostrarse mucho menos efectivos en la práctica. En este último caso lo que cabría entrar a discutir sería la validez de dichos métodos.

CONCLUSIÓN III. La insuficiencia de preceptos civiles de flexibilización legitimaria en la transmisión de la empresa familiar

La transmisión de la titularidad de los bienes familiares reviste una importancia clásica a lo largo de la historia. No sólo las oligarquías han perseguido como objetivo estratégico el conservar el patrimonio familiar dentro de su propio linaje por medio de figuras vinculatorias bajo la forma de mayorazgos y fideicomisos. Dicha finalidad no sólo no se ajustaría a los intereses de una aristocracia que, aunque conservaba sus bienes, ya no desempeñaba el mismo papel político en el siglo XX –ni siquiera ya a finales del siglo XIX- que en etapas históricas anteriores. Se debía demostrar que el deseo de la libertad de testar por parte de quienes lo anhelaban no obedecía a causas relacionadas con los deseos de una clase ni al mantenimiento del nombre de una familia, sino que se reclamaba para una finalidad económica, susceptible de procurar un bienestar a los miembros de sucesivas generaciones y de fomentar los intereses económicos de una sociedad, dentro de la cual serían fundamentales las empresas familiares capaces de aportar beneficios, puestos de trabajo y enriquecimiento social.



Como ha quedado expuesto, el artículo 1056.2 CC supone una prueba más de la utilización de medios instrumentales en el camino hacia la regulación de la libertad de testar y, por supuesto, del carácter liberal, económico, burgués e individualista del Código Civil. Con el paso del siglo XX dicho precepto, en principio destinado a un tipo de organizaciones más agrarias, es tomado como modelo en diversas leyes sectoriales del mismo tipo y con la misma intención, faculta al testador para escoger a un heredero y apartar al resto a cambio de un equivalente en dinero. Pero el interés en la utilización del mencionado artículo del Código Civil ha primado sobre el resto de las citadas normas -en su mayoría derogadas- siendo el meritado artículo del Derecho común aquel al que el legislador le ha dedicado mayor atención.

En este sentido, entendemos que la misma evolución de los tiempos y del carácter de la economía ha influido de forma notable sobre el carácter inicial del artículo 1056.2 CC así como el de las normas que han repetido los intentos de regulaciones similares, y por ese mismo motivo, con el cambio de cada momento histórico hasta la actualidad, la “agrariedad” del precepto realiza un giro hacia un concepto más industrial. Los derechos forales mantienen un precepto similar en cuanto a contenido y también en cuanto a intenciones en la evitación de la desmembración del patrimonio familiar, y por ello se debe obviar el origen rural de los mismos intentando su aplicación a las sucesiones empresariales actuales. Actualmente debemos prestar menor atención al carácter del precepto, aplicándolo sobre la explotación sobre la que se pretende la indivisión. Ejemplos como el caserío, la compañía familiar o remedios más generalistas deben ser utilizados a toda costa para tratar de evitar la citada disgregación siempre que la finalidad de la norma lo permita.

Con ello queremos significar que a falta de una libertad más laxa que permita una sucesión planificada de la empresa en favor de la persona más apta, el remedio que ofrece la legislación para actuar la legítima como una *pars valoris*, ha de ser considerado como un instrumento cuyo uso debe rentabilizarse, siempre con una diligente planificación sucesoria por parte del testador, que debe prever el inconveniente al que puede abocarle su propio contenido, entendido dicho inconveniente como el riesgo de una descapitalización del adjudicatario del negocio tras el pago a los destinatarios del efectivo legitimario y la falta de activación del precepto en el caso de que acontezca una sucesión intestada.



En cualquier caso y pese a las críticas recaídas sobre el precepto que aluden a su falta de eficiencia por considerarlo como un “parche” con el que subsanar las escasas soluciones que ofrece un rígido sistema legitimario incapaz de encauzar la sucesión de la empresa familiar con expectativas de éxito, no se debe menospreciar una norma que no pretende sino ayudar en la conservación de un ente al que cada día se atribuye mayor importancia, como son las pequeñas, medianas o tal vez grandes empresas familiares, además del significativo lugar que éstas ocupan en nuestra sociedad. Sin lugar a dudas, seríamos más partidarios de que el presente fenómeno sucesorio pudiera ser articulado por la vía sucesorio-legitimaria más directa en un panorama en el que la libertad de testar se presentara de manera más evidente. Pero si por el momento no disponemos de este recurso, debemos seguir, sin dudarle y en la medida que nos sea posible, la vía instrumental a la que tantas veces ha hecho referencia el profesor DELGADO ECHEVERRÍA.

CONCLUSIÓN IV. Las instituciones europeas como mediadoras entre los Estados, en materia de derecho legitimario

Europa podría representar el escenario donde los intereses de los países se aúnan y la solidaridad de las naciones resulta más patente y enérgica: la representación más clara de un conjunto de naciones con diferentes caracteres que unen opiniones y consensuan legislación incluso en materias cuyo régimen resulta notablemente dispar.

La prueba del esfuerzo legislativo colectivo en materia sucesoria se destaca en el Reglamento 650/2012 de Sucesiones y del Certificado Sucesorio Europeo, y aunque dicha norma no entra a conocer el Derecho sustantivo sucesorio ni legitimario, no se le debe restar mérito a su confección, al menos en lo que queda referido a su fuerza de obligar, por su propio carácter reglamentario.

Durante la última década del siglo XXI se destaca un interés sustancial en que los Estados aporten soluciones que doten de una mayor seguridad al fenómeno sucesorio en la empresa, entendiendo como un hecho de vital repercusión el mantenimiento de entes mercantiles, por las significativas consecuencias que sobre el ámbito fiscal, y de la creación de riqueza y empleo pudiera tener en cada Estado la desaparición de una explotación comercial o industrial por causa de muerte de su titular,



sin que el mismo hubiera acometido de antemano una preparación mínimamente diligente al objeto de evitar su extinción.

Los países de nuestro entorno y nuestro mismo país acometen la complicada tarea de intentar avances que sólo se consiguen de manera común en materias tangenciales como las nombradas, o en muchas ocasiones sólo en el ámbito interno de cada Estado que en este caso, sí que regula de manera más evidente sobre el fondo del asunto la sucesión empresarial. Sin embargo es difícil prever la consecución de acuerdos de mínimos en la nombrada sucesión empresarial sustantiva europea, habiéndose descartado como un fin posible y realizable en el medio plazo.

Dicha realidad queda demostrada por las circunstancias de cada país, donde la legítima es un instituto constante. Incluso en el país estandarte de libre sucesión, la *Inheritance Act* de ascendencia neozelandesa logró paliar los efectos de aquella libertad sin medida mediante las innovadoras *family provision*. Últimamente el Tribunal Constitucional alemán a través de una inusitada sentencia enaltece el valor de la legítima como un recurso sucesorio tradicional y consuetudinario del que no se puede prescindir, lo cual nos hace verificar lo lejos que nos encontramos en nuestro entorno europeo de alcanzar un consenso en la materia en el caso de que las intenciones apunten hacia la debilitación de esta figura.

Por lo tanto, el contexto europeo, de manera análoga al caso español nos ofrece elementos comparativos afines: por una parte, el incesante interés en el estudio de métodos accesorios con los que paliar el vacío que deja la carencia de una libertad de testar o de unas legítimas lenificadas, y por otro, la continuidad en el empeño por parte de distintos países miembros de continuar con la regulación legitimaria como elemento absolutamente necesario en la testamentifacción. De este modo, entendemos que nos podríamos encontrar mucho más cerca de la modificación individual legitimaria – siquiera leve- en cada uno de los Estados, que de una decisión global consensuada en el espacio europeo.



CONCLUSIÓN V. La imposibilidad legal de igualación a otros territorios forales en materia de libertad testamentaria. Contrapartida en la persistencia

Asistimos en el comienzo del siglo XXI a la reactivación del sentimiento foral en las Comunidades Autónomas titulares de dichos ordenamientos históricos. Los territorios forales con una mayor o menor intensidad han reivindicado su nuevo lugar en su conjugación con el ordenamiento castellano.

Entre los Derechos forales clásicos ha demandado últimamente la atención el Derecho foral valenciano. El año 2006 y la modificación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana suponen el inicio de una andadura institucional decidida a enardecir el único ordenamiento que no quedó restablecido tras los Decretos de Nueva Planta.

Para algunos supone una realidad que el Derecho civil valenciano no puede recuperarse al amparo de la historia, pero sobre todo, debido a la literalidad del artículo 149.1.8ª de la Constitución, por mucho que se haya pretendido relativizar la expresión "allí donde existan". La interpretación textual del artículo provoca que incluso los que pretendan la reactivación foral de su Derecho, de una manera plenamente consciente deban remitirse, pese a su empeño, a la realidad y a una actitud jurídica racional en la medida que además, se ha aducido que la realidad social tampoco demanda dicho Derecho valenciano por su similitud con el castellano en relación con las legítimas, y en el ámbito de la utilidad, porque en muchas ocasiones el nuevo Derecho civil valenciano propuesto no tiene que ver con los antecedentes forales.

En este caso el Derecho valenciano actual debería referirse a otro tipo de Derecho, pero no al foral o histórico. No convence en absoluto a los defensores de la foralidad valenciana dicho motivo. El Derecho civil actual debe ser completado con rasgos de Derecho civil foral histórico a la luz de lo permitido por la Constitución y por el nuevo Estatuto de Autonomía, que en este caso se nos presenta como el auténtico texto impulsor que realmente legitima la iniciativa foral valenciana. Es difícil pensar que sin el arma que el Estatuto representa se pudiera defender la teoría que ahora se



mantiene, o al menos se pudiera sostener por esta segunda doctrina que enarbolan sus defensores.

Ello no obstante y por encima de los argumentos que defienden o menosprecian la legislación de Derecho civil valenciano, queda un argumento irrefutable, y es que el Estatuto no ha sido constitucionalmente cuestionado, no así como las leyes que de él dimanar. La legitimidad del Estatuto es clara, y tiende a ensanchar el angosto sendero que encorseta el Derecho foral dentro de estrictos cauces de las tesis foralistas, virando hacia tendencia autonomista, que por otra parte, no pierde sintonía con la tendencia actual en muchas Comunidades Autónomas, tendentes a legislar en Derecho civil, sin que importe la historicidad de su Derecho.

Y en esta acelerada tarea legislativa civil pretendidamente foral, tras la redacción de un borrador de ley cuestionado, germina el Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones.

Dicho Anteproyecto no ha tenido la oportunidad de ver la luz, como sí que sucedió con su norma homónima: la Ley de Régimen Económico Matrimonial. No obstante, el veto unánime de las fuentes procedentes de los colectivos que hemos podido consultar, realmente queda dirigido a la imposibilidad de base derivada de la falta de competencia autonómica para legislar en materia de Derecho civil.

En otro plano se han discutido igualmente los preceptos de Derecho sustantivo presentes en el cuerpo del borrador jurídico después de considerar como un hecho prácticamente cierto que la ley poco podría avanzar en el plano de la realidad jurídica. A nuestro entender, la base sobre la que se sustenta la crítica sobre la falta de competencia tiene mejor fundamento que la que versa sobre el cuestionamiento de la subjetividad del propuesto Derecho foral. No obstante, ni la tipología legitimaria propuesta, ni el texto dedicado a favorecer la transmisión de la empresa familiar merecen el grado de reproche del que son objeto.

El método legitimario de *triente et semisse* no soporta ninguna detracción; La atención queda más acaparada por el hecho de la inviabilidad de la norma que por la forma que adoptaría la legítima en el caso de ser regulada, y no son excesivamente criticados dichos preceptos porque no merecen serlo, a la vista de la realidad social sobre la que serían susceptibles de ser aplicados.



Se considera como un descalabro del mismo tipo la normativa referida a la conservación de la empresa familiar. Se ataca de modo improcedente la desafección que opera sobre la legítima con la finalidad de facilitar la transmisión de la empresa dentro de la familia evitando su disgregación, y ello no resulta coherente con los postulados jurídicos ya existentes, dado que dicha desafección es igualmente empleada en nuestra legislación civil general y en otros artículos concretos de distintas normas forales. Aunque no discutimos la técnica empleada en la redacción, que podría mejorarse, sí que nos oponemos a la calificación de “inoportuna finalidad” que se le ha atribuido al Anteproyecto.

El Anteproyecto de Ley Valenciana de Sucesiones es una norma cuya utilidad no debería ser discutida debido sobre todo, a su cometido en favor de la sociedad. Pero el debate sobre la competencia ha cobrado tanto protagonismo que ha ensombrecido la discusión sobre la utilidad del propio Derecho propuesto, desmereciéndose así las ventajas que el mismo texto podría haber aportado.

Es claro que el texto se presenta imperfecto por la fase procesal en la que le ha tocado ser publicitado, a raíz de lo cual ha cobrado una notable impopularidad, pero no deja de ser un esbozo susceptible de ser remodelado en las diferentes fases por la que le hubiera tocado atravesar en el caso de que el *Consell Jurídic Consultiu* hubiera bendecido su tramitación.

El modelo de Derecho sucesorio foral valenciano antes de su abolición, constituyó un dechado jurídico con una actividad testamentaria parigal para con los descendientes legitimarios, con una destacada actividad consuetudinaria en función de la clase social afectada y no excesivamente diferente de la práctica sucesoria de la que otros derechos en distintos territorios forales pudieran haber ofrecido en sus respectivas circunstancias. La vigencia de aquel Derecho y su perpetuación en la actualidad hubiera supuesto hoy en día un modelo mucho más apropiado con el que hacer frente a las necesidades sucesorias actuales, y tal y como se ha llevado a efecto por distintos territorios forales, susceptible de ser modificado conforme a la evolución de los tiempos.

Los argumentos sobre la competencia de la Comunidad Valenciana que han obstado a la consecución de la ley y que han propiciado entrar en el análisis sobre su contenido con escaso entusiasmo -debido a la escasa esperanza que todos los sectores



han albergado en cuanto a su vigencia jurídica- realmente han entumecido el impulso de la misma.

Entendemos que en la actualidad, las únicas armas con las que contamos para combatir la nueva vigencia de nuestro Derecho foral y de aplicar parte de los efectos que antaño reportó, son los argumentos que se guardan en el Estatuto, con la necesidad de un replanteamiento de la doctrina constitucional al respecto, y sobre todo, considerando la utilidad de la norma adaptada como un bien general para la sociedad valenciana, habida cuenta de las limitaciones sucesorio-legitimarias existentes en el Derecho común.

CONCLUSIÓN VI. La libertad de testar como una realidad instaurable a largo plazo en el Derecho común

La obligación de realizar una propuesta que pueda contribuir de manera conveniente a la aportación de soluciones que persiguen la sustitución de las históricas legítimas no es una tarea fácil, por cuanto la lógica y la sensatez nos hacen decantarnos hacia los sistemas libres con el recurso repetidamente nombrado hacia los alimentos, propuestas éstas de sobrado conocimiento.

Sin embargo, y con la conciencia de que se estrechan las posibilidades para la formulación de propuestas que revistan la debida originalidad, sí que nos resulta posible efectuar una visión de la presencia de la legítima en el Derecho común -y a la luz de lo actuado en el conjunto de los ordenamientos forales vecinos- así como las modificaciones que deberían desarrollarse en un futuro a la luz de lo actuado en el conjunto de los ordenamientos forales, de los cuales, el Gobierno central podría tomar su modelo de desarrollo.

Entendemos que es ésta una cuestión de tiempo. Es necesario colocar la mirada en el horizonte jurídico para realizar una lectura de aquello que, de manera realista, podría acontecer en materia de legítimas en el ámbito del Derecho común. En el Estado español existe una tendencia históricamente constatable hacia el decrecimiento en materia de la relevancia de legítimas. No se puede negar el hecho de que dicha mengua de importancia se ha producido de manera escalonada y precisamente, su cambio más relevante coincidió con la redacción del Código Civil, pero lo que tampoco puede



obviarse es que los ordenamientos jurídicos forales despliegan una influencia destacable, tanto entre ellos mismos, como sobre el Derecho común.

La actitud de dichos gobiernos autonómicos forales, con las modificaciones más recientes de la institución legitimaria se traduce en un agotamiento casi integral en la materia, manteniendo únicamente una porción mínima en manos de la ley que debe corresponder a los herederos forzosos, por prudencia, por conservadurismo o tal vez, simplemente, por inercia consuetudinaria. Porción legitimaria a la que repetidamente se dota de una elasticidad absoluta al otorgarle el citado carácter de legítima global.

En los próximos tiempos el camino a seguir en las modificaciones el Derecho común debería ser éste: la relajación del sistema legitimario, que únicamente deberá alcanzar el tercio de legítima estricta, dotándosele de un carácter colectivo, al que debería adicionarse la supresión del tercio de mejora.

Mención aparte merece la modificación estructural del sistema sucesorio dentro del Código Civil que la doctrina científica ha defendido que debe ser revisada en bloque y de manera efectiva, descartando la alteración por materias concretas, que en muchas ocasiones en nada vienen a solucionar los inconvenientes de los que el sistema de legítimas es titular. Insistimos en que los modelos recogidos en los derechos forales resultan sumamente útiles, por cuanto aportan la experiencia en la superior permisión legitimaria y por lo tanto, en las consecuencias que dicha configuración legislativa puede proyectar sobre una determinada sociedad. En Cataluña encontraríamos un ejemplo claro de sistema legitimario avanzado que ha optado por mantener la reserva forzosa a cambio de dotar de otras facultades al testador con las que flexibilizar su decisión sobre la atribución de bienes.

Tampoco puede afirmarse que el legislador estatal no haya efectuado modificaciones tendentes a facilitar la labor del testador en estos casos -como la afección del pago en metálico de las legítimas, que somete a consideración el carácter de *pars bonorum* de las mismas en determinados supuestos, o el gravamen la legítima de los descendientes con sustituciones fideicomisarias, en otros- siquiera sean de específica utilización, pero entendemos que dichas opciones le han valido más críticas que elogios, por cuanto no han supuesto remedios definitivos que hayan ofrecido soluciones prácticas a la distribución del caudal hereditario.



Considerando estos extremos y habida cuenta de la tendencia que en la última década se demuestra en orden a flexibilizar la rigidez de la legítima, entendemos que ha llegado el momento de tomar decisiones de mayor calado que no necesariamente tengan que ver con su total supresión, pero sí que giren hacia una reconsideración de los porcentajes en el *quantum*, habida cuenta de que con esta práctica ni se pone en peligro la integridad constitucional del precepto, ni se atenta contra las necesidades de los descendientes necesitados en favor de los cuales pueden quedar establecidos sistemas de manutención provisional. La instrumentalidad de dichos remedios sucesorios sirve para mitigar la urgencia en la libertad tantas veces reclamada, pero la resolución total del asunto todavía queda lejos. Entendemos, según lo postulado, que el siguiente paso debe venir de la mano de la propuesta efectuada, afectando directamente a la cuota de legítima y a la de mejora y esperando que las venideras modificaciones se efectúen, tal vez, en tiempos que ya no nos toque vivir, pero siendo igualmente bienvenidas, puesto que de esa manera se habrá demostrado que con el empleo de la sensibilidad y sensatez jurídicas, aunque tarde, se alcanzan propósitos coherentes que consiguen beneficiar a la sociedad.



VI. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Don Clemente Felipe De Diego*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1940.

AA.VV., *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Fundación Congreso Jurídico Catalán, Barcelona, 1972.

AA.VV., *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*, Ilustre Colegio Notarial de Bilbao-Aranzadi, Pamplona, 1994.

AA.VV., *La empresa familiar y su relevo generacional*, Colegio Notarial de Cataluña (20 de octubre de 2011), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.

ACADEMIA VASCA DE DERECHO e ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL SEÑORÍO DE BIZKAIA-BIZKAIKO JAURERRIKO, *Propuesta de Ley Civil Vasca aprobada por su junta de Gobierno el 28 de mayo de 2012*.

ACEDO PENCO, A., “Derecho civil autonómico *versus* Derecho civil estatal: estado de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2010, núm. 28, pp. 245-259.

ADRIANA VICTORIA, M., “La construcción del Derecho agrario para el comiendo del nuevo milenio: entre el desarrollo sustentable y la globalización de la economía”, *El Derecho agrario ante el tercer milenio*, Dykinson, Madrid, 2002.

AGUILÓ i LÚCIA, LL., “El Tribunal Constitucional y la Comunidad Valenciana”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2005, núm. 5, pp. 237-248.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.:

- *El patrimonio familiar*, Ministerio de Trabajo, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1954.
- “La explotación familiar agraria. Breves comentarios a la ley de 24 de diciembre de 1981”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1982, núm. 120, pp. 9-30.
- “Anotaciones críticas al Proyecto de Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y los Jóvenes Agricultores”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, pp. 49-56.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y PASQUAU LIAÑO, M. *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y DE CASTRO GARCÍA, J. Coords., Ed. Trivium, Madrid 1992, pp. 1201-1209.



ALBALADEJO GARCÍA, M.:

- “El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la ley de 13 de mayo de 1981”, *Anales de la real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, 1983, núm. 11, pp. 128-171.
- *Curso de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1989.

ALIENA MIRALLES, R., *La pluma y la renta*, Servicio de Publicaciones Diputación de Castellón, Castellón, 1987.

ALONSO MARTÍNEZ, M.:

- *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2ª ed. (al cuidado de José Castán Tobeñas), Plus Ultra, Madrid, 1947.
- *Discurso leído por el Excmo. Sr D. Manuel Alonso Martínez, Presidente de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación en la sesión inaugural celebrada por la misma el día 4 de octubre de 1869*, Tipografía de Lezcano y Roldán, Madrid, 1869.

ALONSO PÉREZ, M., “Actitud metodológica en la sistematización del Derecho agrario”, *Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario Salamanca-Valladolid, Noviembre 1972*, Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976, pp. 331-347.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Derecho civil foral de Navarra”, en GÁZQUEZ SERRANO, L. Coord. *¿Hacia dónde van los derechos civiles autonómicos?*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, p. 232.

ÁLVAREZ CARVALLO, J.M., “Propiedad y explotación agraria en la legislación y en la situación fáctica de España”, *Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario Salamanca-Valladolid, Noviembre 1972*, Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976, pp. 444-472.

ÁLVAREZ CORA, E., *Esquemas y textos para la historia del derecho español*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2009.

ÁLVAREZ LATA, N.:

- “Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. Coord., *La familia en el Derecho de Sucesiones cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 555-602.



- “Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Juicio crítico a la luz de los principios del Derecho civil gallego (y de la doctrina del Tribunal Constitucional)”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2008, núm. 22, pp. 57-94.

AMAT ESCANDELL, L.:

- “Noción jurídica de la empresa agraria”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1966, núm. 57, pp. 55-109.
- “La inserción de los jóvenes agricultores en la Explotación Familiar Agraria”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, pp. 67-80.

AMAT LLOMBART, P. (Dir.) et al., *Derecho Agrario, agroalimentario y del desarrollo rural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

AMAT SALAS, J.M.:

- *La sucesión de la empresa familiar*. Ediciones Deusto, Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Bilbao, 2005.
- *La continuidad de la Empresa Familiar*. Ed. Gestión 2000.com, Barcelona 2004.

ANTEQUERA, J.M., *La Codificación moderna en España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1886.

ANTÓN CANO, E., *El patrimonio familiar agrícola*, Murcia, 1945.

ARACIL R. et al., *La industrialización valenciana: historias y problemas*, Almudín, Valencia, 1978.

ARDIT LUCAS, M.:

- “Reflexions al voltant de la burgesia valenciana del set-cents”, *Saó*, 1980, núm. 31.
- *Creixement econòmic i conflicte social. La foia de LLombai entre els segles XIII i XIX*, Afers, Catarroja-Barcelona, 2004.
- “Las empresas comerciales de la sociedad «viuda de Don Mariano Canet e Hijos» y las primeras expediciones directas de Valencia a Veracruz”, *Revista d’Història Moderna*, 1984, núm. 11, pp. 103-142.



- “Familia, parentesco y grupo doméstico en el País Valenciano (siglos XVI-XIX). Un estado de la cuestión”, en GARCÍA GONZÁLEZ, F. Coord., *La historia de la familia en la península ibérica. Balance regional y perspectivas, “Homenaje a Peter Laslett”*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2008, pp. 183-204.
- “Els orígens d’un mite. ¿fou l’Horta una comarca peculiar?”, *Afers*, 1991, núm. 11-12, pp. 76-88.

ARNAU RAVENTÓS, L., “Estanislao Reynals i Rabassa: la reacció catalana al projecte de Codi Civil DE 1851. La qüestió de la llibertat de testar”, *Revista de Dret Històric Català*, 2004, núm. 3, pp. 79-232.

ARROYO i AMAYUELAS:

- “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, abril 2015, núm. 2, pp. 2-32.
- “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, enero de 2010, pp. 1-53.

ARROYO AMAYUELAS, E.-ANDERSON, M., “Cambios sin rupturas en el nuevo derecho de sucesiones catalán”, en CUENA CASAS, M. et al. Coords. *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1699-1719.

ARTOLA GALLEGO, M.-PÉREZ LEDESMA, M., *Contemporánea. La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

ASUA GONZÁLEZ, C.I.:

- “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònòmics*, 2010, núm, 54, Vol. II, p. 213.
- ASUA GONZÁLEZ, C.I. et al. , *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco (bases para un nuevo régimen)*; Universidad del País Vasco, Departamento de Derecho civil, 2011, pp. 207-218.
- “El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *Derecho Privado y Constitución*, 1994, núm. 2, pp. 9-34.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “El tratamiento de las legítimas en el Derecho comparado”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 2007, núm. 43, pp. 49-86.



BADENAS CARPIO, J.A.:

- “Arròs melós de bou de mar. Una proposta de Anteproyecto de Ley de sucesión de las empresas familiares valencianas”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2015, Vol. I, núm. 60, pp. 259-269.
- “Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, 2001, núm. 21, pp. 777-795.

BADENAS CARPIO, J.A. y SIMÓ SANTONJA, V., “Borrador de Anteproyecto de Ley de Sucesión de empresas agrarias y familiares”, *Memoria del Primer Año del Observatorio de Derecho Civil*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2003, pp. 147-153.

BALLARÍN MARCIAL, A.:

- “El Código Civil y la agricultura”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1953, núm. 2, pp. 7-88.
- “La sucesión *mortis causa* en la explotación agraria”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2001, núm. 38, pp. 9-30.
- “Introducción y Crítica a la Nueva Ley de Modernizaciones Agrarias”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 1995, Año 11, núm. 27, pp. 7-12.
- “Definición y justificación del Derecho Agroalimentario español” en AMAT LLOMBART, P. Coord., *Derecho Agrario y Alimentario Español y de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 33-54.
- “La Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias”, *Diario La Ley*, 1996, T. IV.
- “¿Un modelo europeo de agricultura?”, *Vida Rural*, 1999, núm. 85, pp. 8-9.
- “Derecho Agrario y reforma agraria”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1972, núm. 79, pp. 15-30.
- “La Ley de Modernización de explotaciones agrarias”, *Diario La Ley*, 1996, núm. 4, pp. 1219-1223.
- “Propiedad y empresa en la base del reformismo agrario”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1971, núm. 76, pp. 7-52.



- “Aspectos institucionales de la adaptación de la empresa Agraria española al desarrollo económico y social”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1968, núm. 62, pp. 459-475.
- “Principios generales de la reforma agraria integral”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1965, núm. 52, pp. 197-271.

BALLESTEROS GUERRA, J.C. et al.:

- *Crisis y Contrato Social. Los Jóvenes en la sociedad del futuro*, FAD, Madrid, 2013.
- *Jóvenes y emancipación en España*, FAD, Madrid, 2012.

BALMES Y URPIÀ, J. L., *Curso de Filosofía Elemental*, Librería de Garnier Hermanos, París, 1872.

BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

BARRACHINA PASTOR, F., *Derecho foral español en sus relaciones con el Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremos y Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Vol. III, Establecimiento Tipográfico de J. Armengot é Hijos, Castellón, 1912.

BARRERA AYMERICH, M., *Família, patrimoni i dona al Vila-Real de l'Antic Règim. Els afers familiars en la pràctica judicial del set-cents*, Ajuntament de Vila-Real, Vila-Real, 1993.

BARRERO GARCÍA, A.M., “El Derecho romano en los «Furs» de Valencia de Jaime I”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1971, núm. 41, pp. 639-664.

BARRIO GALLARDO, A.:

- “Atemperar la rigidez de las legítimas”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21/2007, pp. 1-25.
- “Condicionamientos materiales del Derecho civil, foral o especial”, *Cuadernos “Lacruz Berdejo”*, 2005, núm. 2.
- *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.

BARRÓN ARNICHES, P., *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001.



BARTOLOMÉ CLAVERO, S., “Historia jurídica y código político: los derechos forales y la Constitución”, *Anuario de la Historia del Derecho Español*, 1980, núm. 50, pp. 131-154.

BATALLA DE ANTONIO, A., “La empresa familiar y el análisis del Art. 1056.2º del Cc”, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al. Dir. y MONJE BALMASEDA, O. Coord., *El patrimonio sucesorio, reflexiones para un debate reformista*, T.I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 133-151.

BATALLER RUIZ, E., “El Derecho civil autonómico en España: Génesis y perspectivas”, *Revista de Derecho civil valenciano*, 2009, núm. 5.

BAYOD LÓPEZ, M.C. et al., *Jornada de derecho foral aragonés “derecho aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros derechos forales”*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, 2013.

BELLIDO D.- MADRAZO, D., Ponencia “La reforma del Derecho civil aragonés: el Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880-1881”, en *Sextos encuentros del foro de Derecho aragonés. Actas*, 1996.

BELLO JANEIRO, D.: Las novedades en el Derecho civil de Galicia”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2010, Vol. II, núm. 54, pp. 135-163.

BELLO JANEIRO, D. y FRAGA IRIBARNE, M., *El desarrollo del derecho civil autonómico en el marco constitucional. El caso gallego*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “La Legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, Año 70, núm. 622, pp. 1253-1292.

BENEYTO, PÉREZ, J., “Una explicación sociológica de la no-devolución del Derecho civil valenciano”, *Revista de Estudios Políticos*, 1985, núm. 43, pp. 159-163.

BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, R.:

- “Familia y transmisión de la propiedad en el País Valenciano (siglos XVI-XVII). Ponderación global y marco jurídico”, en CHACÓN JIMÉNEZ, F. y HERNÁNDEZ FRANCO, J. (Eds.), *Poder, Familia y Consanguinidad en la España del Antiguo Régimen*, Anthropos, Barcelona, 1992, pp. 35-70.
- “Formas de transmisión de la propiedad en el País Valenciano (siglos XVII y XVIII). Aproximación metodológica a un nuevo tratamiento de una fuente notarial clásica: los cabreves”, *Actas del II Coloquio de metodología histórica aplicada. La documentación notarial y la historia*, Vol. I, Santiago, 1984, pp. 353-369.



BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Año 1, núm. 1, pp. 15-82.

BERMEJO PUMAR, M. M.:

- “El sistema legitimario en la Ley 2/2006 de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (Primera Parte)”, *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2008, núm. 65, pp. 9-128.
- “Atribuciones legales (Legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas), Parte Primera. La Legítima (función y estructura)” en DELGADO DE MIGUEL, J.F. Coord., *Instituciones de Derecho Privado*, Vol. III-T. V, Thomson-Civitas/Consejo General del Notariado, Navarra, 2005, pp. 17-598.

BERNABÉ GIL, D.:

- “La formación de un patrimonio nobiliario en el seiscientos valenciano. El primer marqués de Rafal”, *Revista de Historia Moderna*, 1985, núm. 5, pp. 11-56.
- “Las oligarquías urbanas del reino de Valencia en el tránsito a la Edad Moderna”, *1940: En el umbral de la modernidad*, Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1994, pp. 205-231.

BLASCO GASCÓ, F.:

- “Despropósitos de la proposición de Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2007, núm. 21, pp. 5-21.
- “La recuperación de la competencia legislativa en materia de derecho civil valenciano”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, enero 2006, núm. 18, pp. 16-24.
- “La competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho civil”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2010, núm. 33, pp. 7-30.
- “El desarrollo del Derecho civil valenciano: La Ley de Régimen Económico matrimonial valenciano”, *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, pp. 45-68.

BOISSONADE, G. E., *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Librairie de Guillaumin et Cie, Paris, 1873.



BONEL SÁNCHEZ, L.:

- *¡Abajo las legítimas, plaza a la libertad de testar!*, Imp. De F. Escámez, Madrid, 1875.
- *Código civil español comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados*, T. III-L. III, A. López Robert Impresor, Barcelona, 1890.

BONET RAMÓN, F.:

- “Progresión legislativa y directrices del Derecho Agrario en España”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. extraordinario conmemorativo del Centenario, 1953, pp. 173-229.
- “La Ley de Bases del Código Civil”, *Anales, número especial dedicado al centenario del Código Civil español*, 1988, núm. 19, pp. 321-344.

BOUCHARD, G., “L’étude des structures familiales pré-industrielles : pour un renversement des perspectives”, *Revue d’Histoire Moderne et contemporaine*, octubre-diciembre 1981, T. XXVIII, pp. 546-571.

BREBBIA, F. P.:

- *Manual de Derecho Agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- “Los confines y el futuro del Derecho Agrario”, en HERRERA CAMPOS, R., Dir.-Coord., *Derecho Agrario ante el tercer milenio*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 173-185.

BROCHER, CH. A., *Étude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, Paris- E. Thorin/Gèneve- Libraire Georg, 1868.

BUCCIANTE, A., *Lezioni di Diritto Agrario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.

BURGUIÈRE, A., “Pour une typologie des formes d’organisation domestique de l’Europe moderne (XVIe-XIXe siècles)”, *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1986, Año 41, núm. 3, pp. 639-655.

BURRIEL DE ORUETA, E.L., *La Huerta de Valencia. Zona Sur*, Institución Alfonso el Magnánimo, Valencia, 1971.

BUSTO LAGO, J.M.:

- “Las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Derecho civil”, *Revista Xurídica Galega*, 2002, núm. 35, pp. 13-64.



- “La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, Año 84, núm. 705, pp. 11-118.

CABALLERO GONZÁLEZ, J.M., “Los colaboradores en el Proyecto de Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, pp. 95-104.

CABALLERO Y MORGÁEZ, F., *Fomento de la población rural, Memoria premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso de 1862*, Imprenta Nacional, Madrid, 1864.

CABEDO MALLOL, V.:

- “La competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, en RAMÓN FERNÁNDEZ, F. Coord., *El Derecho Civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 105-118.
- “La recuperación del Derecho Civil Foral Valenciano y su adecuación a la Constitución española de 1978 y a la realidad social valenciana del siglo XXI”, en RAMÓN FERNÁNDEZ, F. Coord., *La adecuación del Derecho civil foral valenciano a la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 45-58.

CADAFALCH Y BUGUÑA, J.:

- *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?*, *Memoria Premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en Junta Pública del día 12 de enero de 1862 con arreglo al concurso abierto el 5 de julio de 1859*, Imprenta del Colegio de sordo-mudos y de ciegos, Madrid, 1862.
- *Inconvenientes de la sucesión forzosa establecida en el Proyecto de Código Civil*, Imprenta y Librería de Oliveres Hermanos, Barcelona, 1852.
- *Necesidad de la libertad de testar. Recopilación de varios escritos é ideas sobre la materia*, Imprenta del Diario de Barcelona, á cargo de Francisco Gabañach, Barcelona, 1859.
- “Memoria sobre los inconvenientes de la sucesión forzosa por el doctor D. Joaquín Cadafalch y Buguña”, *El Faro Nacional*, núm. 116 [pp. 510-514], 118 [pp. 544-546], 121 [pp. 591-594] y 126 [pp. 675-676], 1852.



CALATAYUD SIERRA, A., “Consideraciones acerca de la libertad de testar”, *Academia Sevillana del Notariado*, Editorial Revista de Derecho Privado-Edersa, 1995, T. IX, pp. 241-264.

CALVO ALFAGEME, A., “La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1945, pp. 517-558.

CÁMARA LAPUENTE, S.:

- “Hacia un Código Civil europeo: ¿realidad o quimera?”, *Diario La Ley*, 1999, T. II, pp. 1-21.
- “New Developments in Spanish Succession Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 14.2, october 2010, <http://www.ejcl.org>, pp. 1-35.
- “¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte” en CÁMARA LAPUENTE, S. Coord., *Derecho Privado Europeo*, Cóllex, Madrid, 2003, p. 1185-1233.

CAMPUZANO Y HORMA, F., “El Derecho agrario en España. Ensayo de sistematización”, *Revista de Derecho Privado*, 1933, año XX, núm. 242, pp. 361-372.

CANALEJAS MÉNDEZ, J.:

- *Discurso leído por el Presidente en la Sesión inaugural 1904-905 celebrada el 28 de marzo de 1905, bajo la presidencia de S. M. el Rey D. Alfonso XIII en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Imprenta de los hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1904.
- *Discurso leído en la Sesión inaugural del curso de 1894 á 95 celebrada el 10 de diciembre de 1894, Sesión inaugural del curso de 1894 a 1895 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Tipografía de los hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1894.

CARBALLO FIDALGO, M., “La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, *Actualidad Civil*, 2001, núm. 45, pp. 1553-1557.

CARBALLO FIDALGO, M. y HUALDE MANSO, T., “La legítima en Galicia y en Navarra”, en GETE- ALONSO Y CALERA, M. C. Dir. y SOLÉ RESINA, J. Coord., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 2147-2172.

CARRASCO PERERA, A., “Acoso y derribo de la legítima”, *Aranzadi Insignis-Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003, núm. 580, p. 3.

CARRETERO GARCÍA, A., “Comentario a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, Vol. L, núm. 2, pp. 671-696.



CARRIÓN OLMOS, S., “Consideraciones en torno al Derecho civil foral valenciano”, en BLASCO GASCÓ, F. et al. Coords., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 483-512.

CARROZZA, A.:

- “L’impresa agricola”, *Lezioni di Diritto Agrario*, Vol. I., Giuffrè Editore, 1988, pp. 177-191.
- “La noción de lo agrario (Agrarietà). Fundamento y Extensión”, *Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario Salamanca-Valladolid, Noviembre 1972*, Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976, pp. 305-329.
- “Originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho agrario de los años ochenta”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, pp. 29-34.

CARROZZA, A. y ZELEDÓN ZELEDÓN, R., *Teoría general e institutos de derecho agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

CASANUEVA SÁNCHEZ, I. y DE PERALTA Y CARRASCO, M., *Principios básicos de Derecho Agrario*, Librería Técnica Universitaria Figueroa 2, Cáceres, 2006.

CASEY, J. “Parentela i comunitat a la València foral (segles XVI i XVII)”, *Afers*, 1991, núm. 11-12, pp. 57-73.

CASILLAS BUENO J.C. et al., *La Gestión de la empresa Familiar*. Ed. Thomson-Paraninfo. Madrid, 2005.

CASTÁN TOBEÑAS, J.:

- “Familia y propiedad. La propiedad familiar en la esfera civil y en la del Derecho agrario (I)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre 1955, núm. 6, pp. 653-724.
- “Familia y propiedad. La propiedad familiar en la esfera civil y en la del Derecho agrario (III-Conclusión)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1955, núm. 3, pp. 209-266.
- *Derecho civil español, común y foral*, T. Sexto, Derecho de Sucesiones, Ed Reus, Madrid, 1973.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.:

- “Las primeras ediciones privadas del Código Civil (1888-1898)”, *Revista de Derecho Notarial*, 1975, Vol. LXXXIX-XC, pp. 131-176.



- “El Derecho de sucesiones y las normas constitucionales”, en Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza Coord., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. II, JM Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1992, pp. 1141-1160.

CASTAÑEDA Y ALCOVER, V., *Estudios sobre la Historia del Derecho Valenciano y en particular sobre la organización familiar*, Tipografía de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, Madrid, 1908.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., “Presente y futuro del Derecho civil foral de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2002, núm. 33, fasc. 1, pp. 91-116.

CATÁ DE LA TORRE, R.M., *La ley de sucesión forzosa y la libertad testamentaria en sus relaciones con la familia, la agricultura y la conservación de los patrimonios rurales*, Imprenta de Redondo i Xumetra, Barcelona, 1886.

CATALÁ SANZ, J.A., *Rentas y patrimonios de la nobleza valenciana en el siglo XVIII*, Siglo veintiuno editores, Madrid, 1995.

“Congreso de Jurisconsultos de Madrid, celebrado del 28 al 31 junio 1863”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. XXIII, pp.273-308.

“Congreso Jurídico Español de 1886”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 69 (1886), pp. 435-447, 565-645; T. 70 (1887), pp. 37-60, 626-628.

CELAYA IBARRA, A.:

- “El Derecho civil y los juristas vascos”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2003, Año 1, núm. 1, pp. 42-53.
- “Nuestra libertad de testar”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2010, Año 8, núm. 19, pp. 9-16.
- “La nueva foralidad en el último proyecto de Ley Civil Vasca”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2011, núm. 21, pp. 9-19.
- “Las Legítimas”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2007, Año 5, núm. 12, pp. 115-133.
- “El horizonte actual del Derecho”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2004, año 2, pp. 3-18.
- “Hacia una ley civil vasca”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, junio 2007, extraordinario, pp. 13-32.



- “La actual coyuntura del derecho vasco”, *Azpilcueta cuadernos de Derecho*, 1998, núm. 13, pp. 13-34.
- “La troncalidad”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2012, año 11, núm. 23, pp.7-19.
- “Presentación de las jornadas sobre el Derecho de Sucesiones”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2004, año 2, núm. extraordinario, pp.13-20.

CERDÁ ALBERÓ, F., “La successió en l’empresa familiar”, en *XV Jornades de Dret Catalá a Tossa*, pp. 1-19.

CERDÁ GIMENO, J.:

- “De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2007, núm. 62, pp. 89-144.
- *La prohibición de la sucesión contractual en el Código civil*, Director: Vicente L. Montés Penadés, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 2005.

CERRILLO QUÍLEZ, F., “La codificación del Derecho agrario español”, *Revista de Derecho Privado*, 1952, Año XXXVI, núm. 428, pp. 914-919.

CIMBALI, E., *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, (traducción española de Esteban García), Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", 1893.

CLAR GARAU, R., *El Derecho foral de Mallorca*, LLeonard Muntaner, Palma, 2005.

CLAVER Y FALCES, J., *Examen de algunas cuestiones políticas, administrativas y civiles con el objeto de impugnar el artículo 642 del Proyecto del Nuevo Código Civil que trata de la sucesión forzosa*, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1853.

CLEMENTE MEORO, M.E., “Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil”, *Revista General de Derecho*, 1994, núm. 596, pp. 4923-4945.

CLEMENTE MEORO, M.-BLASCO GASCÓ, F., “La sucesión intestada en favor de la Generalitat Valenciana y la condición jurídica de valenciano”, *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, T. I, Universitat de València, Valencia, 1989, pp. 117-139.

CLIMENT DURÁN, C., “El contenido del Derecho civil especial valenciano”, *Revista General de Derecho*, 1996, núm. 618, pp. 1605-1620.



COBAS COBIELLA, M.E., “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista de Derecho Patrimonial-Aranzadi Insignis*, 2006, núm. 17, pp. 1-27.

COCA PAYERAS, M.:

- “Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, 2010, núm. 54, Vol. II, pp. 187-202.
- “El despliegue del artículo 149.1.8ª de la Constitución en el ámbito jurídico balear”, *Derecho Privado y Constitución*, 1994, núm. 2, pp. 35-54.
- “Elegía a nuestro derecho civil”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2014, núm. XV, pp. 279-283.

COLEGIO NOTARIAL DE VALENCIA, *Comentarios al Anteproyecto de la Ley de Sucesiones*, 25 de septiembre de 2009, Valencia.

COLMEIRO Y PENIDO, M., *Memoria sobre el modo más acertado de remediar los males inherentes a la estremada [sic] subdivisión de la propiedad territorial de Galicia*. Santiago, Imprenta de la viuda é hijos de Compañel, 1843.

COMAS CARABALLO, M., “El Derecho civil valenciano y la reciente reforma del Estatuto de Autonomía”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2008, núm. 3.

COMAS D’ARGEMIR, M.D., “Matrimonio, patrimonio y descendencia: Algunas hipótesis referidas a la Península Ibérica”, en CHACÓN JIMÉNEZ, F. y HERNÁNDEZ FRANCO, J. (Eds.), *Poder, Familia y Consanguinidad en la España del Antiguo Régimen*, Anthropos, Barcelona, 1992, pp. 157-175.

COMITÉ ECONÓMIC I SOCIAL DE LA COMUNITAT VALENCIANA, *Dictamen al Anteproyecto de Ley, de la Generalitat, de Contratos y Otras Relaciones Jurídicas Agrarias*, 30 de mayo de 2012, Castellón.

CONDOMINES VALLS, F. DE A., “Crisis del derecho sucesorio”, *Anuario de Derecho civil*, 1970, núm. 4, pp. 701-710.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen 5 Sobre el anteproyecto de Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, sesión del pleno de 6 de julio de 1994*, pp. 55-71.

CONSELL JURÍDIC CONSULTIU, *Dictamen 2009/748 aprobado por el pleno el 14/10/2009*.

CORBAL FERNÁNDEZ, J., “Artículo 1056, párrafo segundo”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. Coord., *Comentario del Código Civil. Libro IV. De las obligaciones y contratos*. Arts. 1088 al 1314, Barcelona, 2000, pp. 542-558.



CORDERO MARTÍNEZ. L., “El Derecho vasco: El impulso gubernamental”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2011, año 10, núm. 21, pp. 21-38.

CORRAL DUEÑAS, F., “Comentarios a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias (Ley 19/1995, de 4 de julio)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, Año 71, núm. 630, p. 1771-1798.

CORTES GENERALES, *El Código Civil, Debates Parlamentarios*, (Estudio preliminar de DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. y edición al cuidado de HERRERO GUTIÉRREZ, R. y VALLEJO ÚBEDA, M.A.), Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Servicio de Publicaciones, Secretaría General del Estado, Madrid, 1989, Vols. I y II.

COSTA MARTÍNEZ, J., “Sucesión testamentaria. Libertad de testar”, *La libertad civil y el congreso de jurisprudencia aragoneses*, Guara Editorial, Zaragoza, 1981.

CREMADES GARCÍA P., “Sucesión *mortis causa* de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios”, Dykinson, Madrid, 2014.

CRUSELLES GÓMEZ, E., “La población de la ciudad de Valencia en los siglos XIV y XV”, *Revista d’Història Medieval*, 1999, núm. 10m pp. 45-84.

CUENCA ANAYA, F.:

- “Transmisión «mortis causa» de la explotación familiar agraria”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1983, núm. 25, pp. 75-92.
- “Transmisión «mortis causa» de la explotación familiar agraria” en *Revista de Estudios Agrosociales*, 1983, T. III, núm. 123, pp. 44-67.

D’AGUANO, J., *La génesis y la evolución del Derecho civil*, Jiménez Gil editor, Pamplona, 1999.

DÁVILA GARCÍA, J., “La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1946, T. III, pp. 569-596.

DE ALMANSA MORENO-BARRERA, L.J., “¿Debe introducirse en el Derecho civil común la “falta de relación familiar” como causa para desheredar a hijos y otros descendientes?”, *Aletheia Cuadernos Críticos de Derecho*, 2012, núm. 1, pp. 27-37

DE ANGULO Y VELASCO, I., *Artículos del socio del Instituto Agrícola Catalán de San Isidro, D. Isidoro de Angulo, sobre la división territorial de la agricultura, acogidos y aprobados satisfactoriamente por la Junta Directiva y Comisión Científica de dicho Instituto, y publicados bajo los auspicios de las mismas*, Imprenta de A. Bausi, Barcelona, 1852, p. 37.

DE ARVIZU GALARRAGA, F., “La reserva hereditaria en el Derecho Navarro de la Edad Moderna”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1982, T. LII, pp. 349-371.



DE AZCÁRATE, G., *Ensayo sobre la Historia del Derecho de Propiedad y su estado actual en Europa*, T.I, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1879.

DE BEAULIEU, H., “El campesinado”, *Verbo*, 1963, núm. 20, pp. 26-72.

DE BOFARULL Y DE PALAU, M., *La Codificación Civil en España. Consideraciones acerca de la discusión de este tema en el último Congreso Jurídico*, Imprenta de A. Pérez Dubrull, Madrid, 1887.

DE CASTRO Y BRAVO, F.:

- “El Derecho Agrario en España. Notas para su estudio”, *Anuario de Derecho civil*, abril-junio 1954, Vol.VII, núm. 2, pp. 377-404.
- “La cuestión foral y el Derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, Vol. II, núm. 3, pp. 1003-1046.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., “El concepto de «pequeña empresa agraria» y la moderna legislación española”, *Anuario de Derecho civil*, 1955, Vol. VIII, núm. 3, pp. 727-741.

DE ELIZALDE Y DE AYMERICH, P., “El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía”, *Anuario de Derecho civil*, 1984, Vol. XXXVII, núm. 2, pp. 389-436.

DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A.:

- “La mejora de labrar y poseer”, *Anuario de Derecho Civil*, 1948, T. I, pp. 878-921.
- *Estudios de Derecho Civil*, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra-Aranzadi, Pamplona, 1992.

DE HEREDIA Y HEREDIA, N., *Poesías y artículos del Marqués de Heredia*, Imprenta de la Viuda é hijo de Aguado, Madrid, 1879.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.:

- “El principio de libertad de testar y sus limitaciones. La legítima (primera parte)”, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 2011, p.189.
- “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Vol. I, Sección 3ª. Madrid 1964, pp. 713-1006.



- En “Artículo 1.056”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. Dir., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, pp. 2474-2482.

DE LA CONCHA Y ALCALDE, J., *Discurso leído ante el Claustro de la Universidad Central en el solemne acto de recibir la investidura de doctor en dicha facultad*, Impresor Eusebio Aguado, Madrid, 1866.

DE LA CONCHA CASTAÑEDA, J., *Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el 7 de marzo de 1880*, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros, Madrid, 1880.

DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P., “Perspectiva de la legitima. Notas para una posible revisión”, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 1097-1154.

DE LA PEÑA CADENATO, J.M., “El derecho foral de Álava: el Derecho de la tierra de Ayala”, Ponencia parlamentaria sobre el Anteproyecto de la Ley de Derecho Civil del País Vasco, 2007, pp. 1-14.

DE LA PISA PAJARES, F., “¿Debe admitirse en buenos principios de derecho la absoluta libertad de testar?”, *Revista de los Tribunales*, 1880, T. III, pp. 281-312.

DE LAVERGNE, L., *Essai sur l'économie rurale de l'Angleterre de l'Écosse et de l'Irlande*, Guillaumin et Cie, Librairie Agricole, 1855.

DE LECANDA y MENDIETA, M.:

- *Memoria sobre las instituciones civiles que deben quedar vigentes en las provincias Vascongadas, escrita con arreglo á lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1889.
- *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Galicia, Vizcaya y Mallorca*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1888.

DE LIÑÁN Y EGUIZÁBAL, J. P.:

- *Estudio sobre la libertad de testar*, Imprenta de la librería católica de San José, Madrid, 1883.
- *Memoria leída en la Academia Matritense de Jurisprudencia y legislación en la sesión inaugural del curso de 1880 á 1881*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1880.



DE LOS MOZOS, J.L.:

- “El Derecho agrario. Estado actual de la cuestión”, *Anuario de Derecho Civil*, 1976, Vol. XXIX, núm. 3, pp. 823-834.
- “Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código Civil, en los Derechos Forales y en Derecho de colonización)”, *Anuario de Derecho civil*, 1974, pp. 523-561.
- “En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, Vol. LVIII, núm. 10, pp. 873-888.
- *Propiedad, Herencia y División de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario*, Serie Estudios, Ministerio de Agricultura, Secretaría General Técnica, Servicio de publicaciones agrarias Madrid, 1977.
- “La partición de la herencia por el propio testador”. *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 99-123.
- “Hacia un concepto de explotación agrícola (marginales a Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997, Año 73, núm. 641, pp. 1345-1363.
- “La ordenación rural en la nueva ley de 27 de julio de 1968”, *Revista de Estudios Políticos*, 1969, núm. 164, pp. 77-94.
- “Agricultura y medio rural”, en HERRERA CAMPOS, R., Dir.-Coord., *Derecho Agrario ante el tercer milenio*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 351-358.
- “La sucesión de las explotaciones agrarias”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura-Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, pp. 271-292.

DE MIGUEL MOLINA, M., “La empresa familiar valenciana: oportunidades del Derecho foral valenciano recuperadas por la legislación actual” RAMÓN FERNÁNDEZ, F. Coord., *El Derecho Civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 553-568.

DE MIGUEL FERNÁNDEZ, E., *Pymes familiares, Un estudio en la provincia de Valencia*, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, Valencia, 2009.



DE MIGUEL MOLINA, M. et al., “La sucesión en la empresa familiar valenciana”: 1358-2010?, *Saberes, Revista de Estudios jurídicos, económicos y sociales*, Separata, 2010, Vol. VIII.

DE MIRANDA Y EGUÍA, M., *Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Derecho*, Ed. de D. Manuel B. de Quirós, Madrid, 1865.

DE OLEAGA y ECHEVERRÍA, “Reseña de la obra de Don Adrián Celaya Ibarra titulada Los Fueros de Bizkaia: I. Cómo nacieron; II. El Licenciado Poza y la defensa de la hidalguía”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2009, año 7, núm. 18, pp. 289-291.

DE OLÓZAGA ALMANDOZ, S.:

- *Acta de la sesión inaugural de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, celebrada el 10 de noviembre de 1860*, Imprenta y Librería de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1860.
- ¿Cuál debe ser el límite de la sucesión intestada? *La América-Crónica Hispano Americana*, 1861, Año 4, núm. 24, pp. 8-9.

DE PAULA VIDAL, F., *Las Legítimas de Cataluña, Memoria presentada al Gobierno de S.M. contra la costumbre catalana relativa á las sucesiones testamentarias*, Administración y Redacción del Plus Ultra, Barcelona, 1855.

DE PERALTA Y CARRASCO, M., “Ley 19/1995 de 4 de julio, Modernización de las explotaciones agrarias, Impulso y Desarrollo del Derecho Agrario”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1996-1997, núm. 14-15, pp. 394-415.

DE POU, F., *Memoria sobre la conveniencia y utilidad de la sucesión forzosa en la forma en que se establece en el Proyecto de Código Civil español*, Imprenta de Luis de Tasso, Barcelona, 1857.

DE UHAGÓN Y GUARDAMINO, F., *Memoria laureada con el accésit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso ordinario de 1873 sobre la influencia que la acumulación ó división excesiva de la propiedad territorial ejercen en la prosperidad ó decadencia de la agricultura en España*, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876

DEL BURGO TAJADURA, J.I.:

- *El Fuero: pasado, presente, futuro*, Ediciones Castilla, Pamplona, 1975.
- *Curso de derecho Foral Público de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, 1996.



DEL POZO FERNÁNDEZ, L., “Protocolo familiar sucesorio”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284/2012, pp. 53-102.

DEL VALLE LOROÑO, A. I., “El futuro de la familia: la familia”, *Iglesia viva: revista de pensamiento cristiano*, 2004, 217, pp. 9-26.

DEL VECCHIO, G., “Sobre el Derecho Agrario”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre 1952, T. XXIV, pp. 530-543.

DELGADO DE MIGUEL, J.F.:

- *Derecho Agrario de la Unión Europea*, Editorial Thebook, Oviedo, 1996.
- *Estudios de Derecho Agrario*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.

DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ, L., “Análisis jurídico-constitucional del auto del pleno del TC de fecha 12 de junio de 2008 (número 156/08) que acordó el levantamiento de la suspensión de la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano núm. 10/07 de 20 de marzo”, *Revista Valenciana D'Estudis Autònoms*, 2008, núm. 51, pp. 285-293.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.:

- “La recuperación del Derecho civil de Aragón”, www.unizar.es/derecho/derecho_aragones/progcivil/Documentos/Veinte [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2015].
- *Los proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1881-1925)*, Institución “Fernando el Católico” (CSIC), Excma. Diputación de Aragón, Zaragoza, 2006.
- “Orientaciones para una posible reforma del Derecho sucesorio”, *XV Jornades de Dret Català a Tossa*, 2008, pp.1-12.
- “Una propuesta de política del Derecho en materia de Sucesiones”, *Derecho de Sucesiones, Presente y Futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp.13-172.
- “¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de sucesiones del Código civil?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2009, núm. 3, pp. 26-35.
- “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1994, núm. 4, pp. 361-404.



- “Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones”, *Autonomía de la voluntad en el derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, T.I., Consejo General del Notariado, 2012, pp. 513-638.
- “El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte”, *Diario La ley*, 2011, Año XXXII, núm. 7675, pp. 1-9.

DEROUE, B., “Les pratiques successorales et rapport à la terre: les sociétés paysannes d’Ancien Régime”, *Annales, Économies, Sociétés; Civilisations*, 1989, núm. 1, pp.173-206.

DÍAZ ALABART, S.:

- “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.”, *Aranzadi Insignis Civil-Mercantil*, 2006, núm. 3, pp. 1-44.
- “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)”, en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1045-1061.

DÍEZ PICAZO, L.:

- “La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil”, en BORRAJO DACRUZ, E. et al., *Problemática jurídica actual de la empresa*, Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1965.
- “A vueltas con el Derecho civil valenciano” ¿Una milagrosa resurrección?, en BLASCO GASCÓ, F. et al. Coords., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 875-878.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Tecnos. Madrid, 2006.

DÍEZ RODRÍGUEZ, F., *Viles y mecánicos. Trabajo y sociedad en la Valencia preindustrial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1990.



DÍEZ SOTO, C. M.:

- “La partición realizada por el propio testador en el Código civil”, en BLASCO GASCÓ, F. et al. Coords., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 879-896.
- “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar”, *Revista de Empresa Familiar (Instituto de la empresa familiar)*, 2011, Vol. 1, núm. 1, pp. 23-33.

DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.:

- *Posibilidades constitucionales de una plena recuperación de nuestro Derecho Foral Civil*, Temas de las Cortes Valencianas, Valencia, 2004.
- “La competencia de la Generalitat para legislar en materia de derecho civil valenciano: su evolución desde la Constitución de 1978 hasta el Estatut de 2006: una reflexión lealmente crítica sobre la doctrina de la Sentencia 121/1992 del Tribunal Constitucional”, en *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 99-216.
- “La competencia exclusiva de la Generalitat sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano”, *Anuario de derecho Parlamentario*, 2007 (extraordinario), núm. 18, pp. 323-344.
- “Una aproximación a la Ley Valenciana de Sucesiones”, *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, 2009, núm. 53, Vol. II, pp. 130-181.
- “La competencia legislativa civil de la Generalitat”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 727, pp. 2505-2537.
- “La competencia legislativa civil de la Generalitat”, *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, 2008, núm. 51, pp. 36-69.

DOMINGUEZ LUELMO, A., *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.

DURBÁN MARTÍN, I., “Lectura Constitucional del artículo 149.1.8ª de la Constitución (sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materias de derecho civil)”, *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, 2013, Vol. II, núm. 58, pp. 285-289.



DURÁN Y BAS, M., *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña: escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta de la Casa de la Caridad, Barcelona, 1883, [Reimpresión facsímil por Analecta Editorial, Navarra, 2003, Colección de Derecho, serie Derecho Foral, Estudios, p. 197].

DURÁN RIVACOBBA, R., *Hacia un nuevo sistema del Derecho foral y su relación con el ordenamiento civil común*, Dykinson, Madrid, 1993.

EGEA FERNÁNDEZ, J.:

- “La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2010, núm. 54, Vol. II, pp. 167-182.
- “Protocolo familiar y pactos sucesorios”. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona 2007, <www.indret.com> (Consulta: junio de 2014), pp. 1-36.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Derecho de familia en Navarra: su presente y futuro”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2010, núm. 54, Vol. II, pp. 94-109.

EL NOTARIO DEL SIGLO XXI (opinión editorial), “¿Son legítimas las legítimas”, julio-agosto 2005, núm. 2.

ELZO IMAZ, J. et al.:

- *Valores Sociales y Drogas*, FAD, Madrid, 2010.
- *Jóvenes y valores. Un ensayo de tipología*, FAD-Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Madrid, 2014.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “La reforma del Código Civil por la Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa”, en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1249-1269.

ESPÍN CÁNOVAS, D.:

- “La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil español”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, Vol. LXIII, núm. 4 (abril), pp. 309-317.
- “Normativismo y Derecho Agrario”, en HERRERA CAMPOS, R., Dir.-Coord., *Derecho Agrario ante el tercer milenio*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 465-471.



- *Manual de Derecho civil español, Sucesiones*, Vol. V, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

ESTRUCH ESTRUCH, J., “Criterios de aplicación del Derecho civil valenciano”, *Curso de Derecho Civil Valenciano-Revista General de Derecho*, 2000.

FACAL FONDO, T.- TORRÉNS CALLE, M.P., “Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el Derecho de sucesiones”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. Coord., *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 43-82.

FAGES DE ROMÀ, N.:

- “Memoria acerca de los graves males que resultarán á la agricultura de las provincias catalanas de que fuese adoptado en el Código Civil español el sistema de sucesión forzosa que se establece en el Proyecto del mismo; elevada al Excmo Sr. Ministro de Fomento por D. Narciso Fages de Romà, Comisario Regio para la inspección de la Agricultura”, *La Granja, Revista de la Agricultura y Biblioteca Rural, periódico de la sociedad de agricultura del Ampurdán*, enero de 1852, Año III, núm. 1, pp. 1-23.
- “Vindicación de la Memoria acerca de los males que ocasionaría á la agricultura de las provincias catalanas el sistema de sucesión forzosa establecido en el Proyecto del Código civil”, *La Granja, Revista de la Agricultura y Biblioteca Rural, periódico de la sociedad de agricultura del Ampurdán*, marzo de 1852, Año III, núm. 3, pp. 45-87.
- “Sucesión Forzosa”, *La Granja, Revista de la Agricultura y Biblioteca Rural, periódico de la sociedad de agricultura del Ampurdán*, mayo de 1852, Año III, núm. 5, pp. 129-146.
- “Nueva Comunicación del Señor Llansó”, *La Granja, Revista de la Agricultura y Biblioteca Rural, periódico de la sociedad de agricultura del Ampurdán*, junio de 1852, Año III, núm. 6, pp. 157-164.
- “Inconvenientes de la sucesión forzosa”, *La Granja, Revista de la Agricultura y Biblioteca Rural, periódico de la sociedad de agricultura del Ampurdán*, agosto de 1852, Año III, núm. 8, pp. 187-188.
- “Sucesión forzosa”, *La Granja, Revista de la Agricultura y Biblioteca Rural, periódico de la sociedad de agricultura del Ampurdán*, diciembre de 1852, Año III, núm. 12, p. 250.

FALCÓN Y OZCOIDI, M., “La Codificación Civil”, *Revista de los Tribunales*, 1880, T. III, pp. 5-32.



FAYOS GARDÓ, A., “¿Tiene sentido hablar hoy de un Derecho civil valenciano?”. Sobre las competencias civiles de las Comunidades no forales”, *Diario La Ley*, 1999, T. VI, pp. 1-15.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A.L., “El mandato de la unificación jurídica y la Constitución Española”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2012, núm. 34, pp. 167-194.

FERNÁNDEZ COSTALES, J., “La eficacia protectora del Derecho sucesorio en la continuidad de la explotación agrícola”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, Vol. LXIII, núm. 1, pp. 31-42.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, I., “Aspectos civiles y fiscales de la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las explotaciones agrarias”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 1995, Año 11, núm. 27, pp.23-38.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., “El «Homestead». Una legislación de ida y vuelta”, en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1325-1347.

FERNÁNDEZ GIMENO, J.P.:

- *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*. Tirant lo Blanch-Universitat de València, Valencia, 1999.
- “Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar”, en BLASCO GASCÓ, F. et al. Coords., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1057-1083.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J.P.-REYES LÓPEZ, M.J., *La empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

FERNÁNDEZ HIERRO, M.-FERNÁNDEZ HIERRO, M., “Panorama legislativo actual de la libertad de testar”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2010, Año VIII, núm. 19, pp. 17-80.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2009, núm. 23, pp. 289-308.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.:

- “Protocolo Familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”. *Revista de Derecho de Sociedades*, 2002, núm. 19, pp. 89-101.
- “La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedad Limitada”, *Diario La Ley*, 2004, Año XXV, núm. 2938.



FERRANDO BADÍA, J., *El histórico Reino de Valencia y su organización foral*, Generalitat Valenciana- Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1995.

FERRER PONS, J.:

- “Sistema legitimario de las Illes Balears”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2010, núm. XI, pp. 307-326.
- “Libertad dispositiva «mortis causa» y el Derecho civil de Mallorca”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 1992, núm. II, pp. 95-110.

FERRER RIBA, J.:

- “El nuevo derecho catalán de sucesiones”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2008, núm. 4, pp. 1-2.
- “La successió per causa de mort: Llibertat de disposar i interessos familiars” en FLORENSA I TOMÀS Dir. y FONTANELLAS MORELL Coord., *La Codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 337-362.
- “Línies generals del nou Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya”, *XV Jornades de Dret Català a Tossa*, ponencia disponible en <http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos/pon/1/jfr.htm>., pp. 1-11.

FERRER VANRELL, M. P.:

- “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, julio 2008, pp. 1-30.
- “La Codificación civil y la llamada «cuestión foral» en Baleares”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2012, núm. XIII, pp. 85-182.
- “Los Protocolos Familiares y la Ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios”, *Actualidad Civil*, 2009, núm. 212, pp. 1-22.
- “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio”, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al. Dir. y MONJE BALMASEDA, O. Coord., *El patrimonio sucesorio, reflexiones para un debate reformista*, T.II, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 649-718.



- *Lecciones de Derecho civil balear*, Universitat de les Illes Balears-Col·lecció materials didàctics Palma, 2004.

FERRERO HORMIGO, J.L., “La explotación familiar agraria en la Ley de 24-XII-81. Concepto, naturaleza jurídica y elementos”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1983, pp.

FONT Y VIÑALS R., “Derechos del usufructuario y del propietario en una herencia, de la que forma parte un establecimiento industrial o mercantil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1893, pp. 142-152.

FOSAR BENLLOCH, E.:

- “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1.056 del Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1963, Vol. XVI, núm. 2, pp. 377-422.
- “Más sobre el artículo 1.056,2 del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1971, Año XLII, núm. 483, pp. 225-272.

FOSSIER, R., *Historia del campesinado en el occidente medieval*, Editorial Crítica, Barcelona, 1985.

FRANCH BENAVENT, R.:

- “Dinastías comerciales genovesas en la Valencia del siglo XVIII: los Causa; Batifora y Ferrano”, *La documentación notarial y la Historia*, 1984, Secretariado de Publicaciones, Santiago de Compostela, 1984, Vol. II, pp. 295-315.
- *La burguesía comercial valenciana en el siglo XVIII*, Tesis doctoral. Director: José Miguel Palop Ramos, Universidad de Valencia, Facultad de Geografía e Historia, 1985.

FRANCO Y LÓPEZ, L.:

- *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1886.



- *Adición á la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al gobierno de S.M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero del propio año el vocal correspondiente de la comisión general de codificación el senador vitalicio del reino D. Luis Franco y López, Barón de Mora: y reformas y adiciones que en unos de la autorización concedida por la Real Orden de 16 de octubre de 1889 propone al proyecto presentado con la misma Memoria, para ser apéndice primero del Código Civil Español.* Zaragoza, Imprenta del Hospicio Provincial, 1893.

FUENTES MARTÍNEZ, J.J., “La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria ultra vires. Algunas propuestas de reforma.”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords. *El Patrimonio Familiar, Profesional y empresarial. Sus Protocolos*, T. II, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 457-500.

FURIÓ DIEGO, A.:

- “Tierra, familia y transmisión de la propiedad en el País Valenciano durante la Baja Edad Media”, en PASTOR DE TOGNERI, R. (Comp.) *Relaciones de poder, de producción y parentesco en la Edad Media y Moderna*, CSIC, Madrid, 1990, pp. 305-328.
- “Reproducción familiar y reproducción social: familia, herencia y mercado de la tierra en el País Valenciano en la Baja Edad Media”, en GARCÍA GONZÁLEZ, F. (Ed.), *Tierra y Familia en la España Meridional, siglos XIII-XIX*, Universidad de Murcia, Murcia, 1998, pp. 25-44.
- “El mercado de la tierra en el País Valenciano a finales de la Edad Media”, *Hispania*, 1995, Vol. LV/3, núm. 191, pp. 887-919.

GACTO FERNÁNDEZ, E., “El grupo familiar de la edad moderna en los territorios del Mediterráneo Hispánico: Una visión jurídica”, *La familia en la España Mediterránea (siglos XV- XIX)*, Centre d’Estudis d’Història Moderna Pierre Vilar-Editorial Crítica, Barcelona, 1987, pp. 36-64.

GALICIA AIZPURUA, G.:

- “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, *Tratado de Legítimas*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 417-470.
- “El Reglamento europeo de Sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2015, núm. 3, pp. 523-542.



- “La ley aplicable en materia de sucesiones según el reglamento (UE) nº. 650/2012 y el principio de troncalidad del Fuero de Bizkaia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2015, núm. 2, pp. 489-502.
- “Breves reflexiones acerca de la sucesión forzosa en el Derecho vasco. Perspectivas de futuro”, en <http://www.parlamento.euskadi.net/irud/08/00/012545.Pdf>

GARCÍA AMIGO, M., “La competencia legislativa civil según la Constitución”, *Revista de Derecho Privado*, 1983, pp. 499-528.

GARCÍA BONAFÉ, M., “El marco histórico de la industrialización valenciana”, *Información Comercial Española*, 1974, núm. 485, pp. 135-146.

GARCÍA CANTERO, G.:

- “Lectura crítica del Código Civil a la luz de la vigente legislación agraria”, en AMAT ESCANDELL, L. y LLOMBART BOSCH, D. Coords., *Ponencias y Comunicaciones del VII Congreso Nacional de Derecho Agrario*, Servicio de Publicaciones Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1999.
- *Un siglo de Derecho Agrario, Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Zaragoza el 5 de abril de 2001, con ocasión de la Clausura del VI Curso de Derecho Agrario*, pp. 1-8.

GARCÍA DELGADO et al., *La cuestión agraria en la España Contemporánea*, Edicusa, Madrid, 1976.

GARCÍA EDO, V.:

- “Orígenes del Derecho foral valenciano”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2008, núm. 51, pp. 147-161.
- “Derecho foral e identidad valenciana (Comentarios al Título I del Estatuto de Autonomía)”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, núm. 18, pp. 301-321.
- *Furs de València 1238-1707, Una aproximación a su origen y posterior evolución*, Generalitat Valenciana, Conselleria de Governació i Justícia, 2012.

GARCÍA FERNÁNDEZ, G.L., “Oportunidad y justificación del Proyecto de Ley”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, pp. 7-14.



GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852.

GARCÍA HERRERA, V., “La sucesión en la empresa familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, núm. 726, pp. 1927-1959.

GARCÍA PÉREZ, R., “Derechos forales y Codificación civil en España (1808-1880)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2012, núm. 82, T. LXXXII, pp. 149-174.

GARCÍA PRESAS, I., “Visión comparativa del derecho de sucesiones entre la normativa gallega y la estatal”, *Actualidad Civil*, 2013, núm. 3, pp. 1-18.

GARCÍA RODRÍGUEZ, C., “En torno a la ley de explotaciones familiares”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1963, núm. 587, pp. 3-10.

GARCÍA i SANZ, A., *Institucions de Dret Civil Valencià*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló, 1996.

GARCÍA VALDECASAS, G., “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1963, T. XLVII, pp. 61-977.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, Oviedo, 1964.

GARRIDO ARCE, E.:

- “La imposible igualdad. Familia y estrategias hereditarias en la Huerta de Valencia a mediados del siglo XVIII”, *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, 1992, Vol. X, núm. 3, pp. 83-104.
- “El ciclo familiar y el tiempo de vida en la Huerta de Valencia”, *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, 1992, Vol. X, núm. 3, pp. 29-51.
- “Casa y Compañía: La familia en la Huerta de Valencia, siglo XVIII”, *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, Vol. X, núm. 3, pp. 63-81.
- “Tener o no tener en 1791. Estructuras familiares y tenencia de la tierra en la Huerta de Valencia, siglo XVIII”, en GARCÍA GONZÁLEZ, F. (Ed.), *Tierra y Familia en la España Meridional, siglos XIII-XIX*, Universidad de Murcia, Murcia, 1998, pp. 193-223.

GARRIDO DE PALMA, M.:

- “Los actuales artículos 831 y 1.056.2.º de Código Civil. Aplicaciones prácticas antes el sistema de legítimas”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2005, núm. 55, p. 124.
- “Oportunidad de un Derecho Sucesorio Agrario”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1978, núm. 104, pp. 51-72.



- “La familia empresaria ante el Derecho”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El Patrimonio Familiar, Profesional y empresarial. Sus Protocolos*, T. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 63-94.
- “Reflexiones ante el Derecho de Sucesiones en la obra de Lacruz Berdejo”, en Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza Coord., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. I, JM Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1992, pp. 373-385.

GARRIDO MAYOL, V.:

- “Las competencias de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Civil: Perspectivas de futuro”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2005, núm. 41/42, Vol. I, p. 282-306.
- “Disposición Derogatoria”, en GARRIDO MAYOL, V. Dir., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2461-2463.
- “El ordenamiento jurídico valenciano: perspectiva de futuro”, *Conferencia pronunciada en el Colegio de Registradores de la Propiedad de Valencia, el día 28 de Marzo de 2003*, pp. 1-29.
- “La LOTRAVA y su incidencia en la delimitación de competencias del Estatuto valenciano”, en ÁLVAREZ CONDE, E., Coord., *Estudio sobre el estatuto valenciano, las competencias de la Generalitat y sus recursos*, Generalitat Valenciana-Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1996, T. III, pp.73-140.
- “Leyes estatales, leyes autonómicas, Derecho supletorio”, *Revista General de Derecho*, 1995, núm. 606, pp. 1567-1575.
- “Oportunidad, constitucionalidad y relevancia de la Reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2005, Vol. I, núm. 47-48, pp. 81-95.

GIL RODRÍGUEZ, J.:

- “¡Por fin hacia un Derecho civil vasco!”, en GÁZQUEZ SERRANO, L. Coord., *¿Hacia dónde van los derechos civiles autonómicos?*, Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2011, pp. 241-275.
- “Del Derecho foral al Derecho civil vasco”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2011, año 10, núm. 21, pp. 89-103.



- GIL RODRÍGUEZ et al., *Dictamen en relación con el Derecho civil guipuzcoano y en la perspectiva de su conservación, modificación y desarrollo*, 28 de mayo de 2003.

GIL RODRÍGUEZ, J.-GALICIA AIZPURUA, G.:

- “Patrimonio y troncalidad”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 501-579.
- “La sucesión forzosa en el País Vasco”, en GETE- ALONSO Y CALERA, M. C. Dir. y SOLÉ RESINA, J. Coord., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 2173-2228.

GIMÉNEZ CHORNET, V., “Las instituciones del Derecho foral valenciano”, en RAMÓN FERNÁNDEZ, F. Coord., *La adecuación del Derecho civil foral valenciano a la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 11-44.

GIMÉNEZ CHORNET, V. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “El testamento nuncupativo: Del Derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2009, núm. 5.

GIMENO SANFELIU, M.J.:

- *Patrimonio, parentesco y poder. Castelló (XVI-XIX)*, Publicacions de la Universitat Jaume I: Servicio de Publicaciones de la Diputación de Castellón, Castellón de la Plana, 1998.
- *La oligarquía urbana de Castelló en el siglo XVIII*, Ajuntament de Castelló de la Plana, Castelló, 1990.

GINER DE LOS RÍOS, F.-CALDERÓN, A., *Resumen de filosofía del Derecho*, T.I, Madrid, 1926.

GIRALT y RAVENTÓS, E., “Problemas históricos de la industrialización valenciana”, *Estudios Geográficos*, 1968, núm. 112, pp. 369-395.

GIUFFRIDA, G., “Acerca de la empresa agraria”, *Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario Salamanca-Valladolid, Noviembre 1972*, Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976, pp. 509-518.

GOICOETXEA OLEAGA, L., “Función social del Derecho de Propiedad y carácter familiar del patrimonio en la vigente Ley 3/1992 de Derecho civil foral del País Vasco”, *Ius Vasconiae: Revista de Derecho Histórico y autonómico de Vasconia*, 2005, núm. 2, pp. 359-394.



GOMÀ LANZÓN, I.:

- “Atribuciones legales (Legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte Segunda. Los derechos del cónyuge viudo” en DELGADO DE MIGUEL, J.F. Coord., *Instituciones de Derecho Privado*, T. V, Vol. III, Thomson-Civitas/Consejo General del Notariado, Navarra, 2005, pp. 600-943.
- “El protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T.IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 669-707.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español*, T.I, Imprenta de D. F. Sánchez, Madrid, 1863.

GÓMEZ Y GÓMEZ JORDANA, F., “Líneas Generales de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura- Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, pp. 77-98.

GONZÁLEZ BOU, E., “Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M., Coords. *El patrimonio empresarial, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. II, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 733-766.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., “Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos”. *Revista de Derecho Privado*, 1954, pp. 494-538.

GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN, T., “La familia en la Ley Civil Vasca”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2007, núm. 4 extraordinario, pp. 147-153.

GOODY, J., *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.

GORTÁZAR LORENTE C.:

- “Empresa familiar conservación y continuidad. El protocolo familiar”, *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, 2001, núm. 53, pp. 48-57.
- “Derecho y Empresa Familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo”, *XIII Jornades de Dret català a Tossa*, ponencia disponible en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/cgl.htm>, consultado el 18 de octubre de 2012.



GRANELL DASÍ, A., “Conclusiones de la encuesta sobre disposiciones testamentarias entre cónyuges en los supuestos de normalidad de las relaciones conyugales, remitida a los notarios de la Comunidad Valenciana”, *Memoria del Primer Año del Observatorio de Derecho civil*, pp. 141-146.

GRIMALT SERVERA, P., “Los derechos legitimarios en el Derecho civil balear”, en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.1611-1632.

GRUPO DE ESTUDIO DE DERECHO CIVIL FORAL DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL SEÑORÍO DE BIZKAIA, “Notas, reflexiones y propuestas al anteproyecto de la ley civil vasca”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2011, año 10, núm. 21, pp. 23-70.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, septiembre 2004, núm. 4, pp. 171-211.

GUILLEM CARRAU, J.:

- “Los trámites parlamentarios y sus consecuencias en el contenido material de la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, núm. 18 (extraordinario), pp. 165-193.
- “Estudio y tramitación de la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2005, núm. 16, pp. 369-380.

GUTIÉRREZ ALVI-CONRADI, P.:

- “La legítima no es intocable”, *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2009, núm. 24, p. 2 [edición electrónica en <http://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1623-la-legitima-no-es-intocable-0-3552222590476482>; consultado el 22 de noviembre de 2013].
- “El testamento del longevo”, *Revista Cultural del Ateneo de Cádiz*, 2003, núm. 3, pp. 199-214.

GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., “La sucesión en la explotación agraria”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 2009, núm. 9, pp. 1-8.

HENRI LELEU, Y., “Nécessité et moyens d’une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe”, *European Review of Private Law*, 1998, núm. 6, pp. 159-193.



HERNÁNDEZ CRESPO, C.M., “La legislación de reforma y desarrollo agrario y el Registro de la Propiedad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 50, núm. 501, 1974, págs. 315-322.

HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, A.:

- “En defensa del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 776-883.
- “El Congreso jurídico español de 1886 de la Real Academia de Jurisprudencia”, *Anales, número especial dedicado al centenario del Código Civil español*, 1988, núm. 19, pp. 289-318

HERRERA CAMPOS, R., “Hacia un nuevo modelo de empresa agraria”, *Estudios Jurídicos de Derecho Agrario*, Ediciones del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2008, pp. 67-74.

HUALDE MANSO, T., “Libro II: Título X (Ley 267)” en RUBIO TORRANO, E. Dir., *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 437-1082.

HUERTA TRÓLEZ, A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril –junio 2004, núm. 50, pp. 93-138.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BILBAO. *Dictámenes emitidos por el I. Colegio de Abogados de Bilbao relacionados en algunos puntos con el Derecho Foral de Vizcaya en virtud de un Comunicación del Sr. Presidente de la Junta de Información sobre el mejoramiento de la clase obrera*, Imprenta Provincial-Iturribide (Patio del Instituto), Bilbao, 1890.

INFORME DE LA REAL ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY /2009 DE LA GENERALITAT VALENCIANA DE SUCESIONES, DE 24 DE JULIO DE 2009, 10 de febrero de 2001, Valencia.

ISÁBAL BADA, M., “Cuestiones de Derecho foral aragonés”, *Revista de Derecho Privado*, 1915, Año III, núm. 25, pp. 289-295.

JERONI TARAÇONA, P., *Institucions del Furs i dels Privilegis del Regne de Valencia*, reimpressió facsímil por Ed. Del Senia al Segura, Valencia, 1976.

JIMENO ARANGUREN, R., “Derecho civil navarro y Codificación general española”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, 2012, T. LXXXII, núm. 82, pp. 267-311.



JIMÉNEZ GALLEGO, C.:

- “Discurso de ingreso: Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: evolución comparada y perspectivas de futuro”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2013, núm. XIV, pp. 59-150.
- “Reservas hereditarias y Derecho Civil Balear. Ponencia y proyecto de Don Carlos Jiménez Gallego y Actas de las sesiones de 26 de marzo y 30 de abril de 2012”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2012, núm. XIII, pp. 291-338.

JORDANO BAREA, J.B., “Dictamen sobre el abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1.056 del Código civil y otras cuestiones”, *Anuario de Derecho Civil*, 1964, Vol. XVII-IV, pp. 941-960.

JOU I MIRABENT, LL., “Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar.”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio empresarial, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 359-382.

LACRUZ BERDEJO, J.L.:

- “La aportación de los derechos forales españoles a un derecho sucesorio rural”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (Separata), 1964, Vol. XXXIII, núm. 3-4m, pp. 409-431. También en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, T. II, Obligaciones y Sucesiones. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 1992.
- “El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946 del 3 al 9 de octubre”, *Anuario de Derecho Civil*, 1948. pp. 145-155.

LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, Vol. V, Dykinson, Madrid, 2004.

LALINDE ABADÍA, J.:

- “Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, 1985, núm. 55, pp. 333-387.
- “El sistema normativo valenciano”, *Anuario de Historia de derecho Español*, 1972, núm. 42, pp. 307-330.



LAMARCA MARQUÉS, A.:

- “Relacions familiars i atribucions sucesòries legals. Novetats en la regulació de la llegítima i la quarta vidual”, *XV Jornades de Dret Català a Tossa*, pp. 1-11, ponencia disponible en <http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos/pon/1/jfr.htm>; fecha de consulta.
- “Successió intestada a Catalunya. De la Compilació Civil al Codi Civil i els cinquanta anys entre dues lleis 1169-214 (1936-1987)” *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010, núm. 4, pp. 1169-1214.

LAMO DE ESPINOSA Y ENRÍQUEZ DE NAVARRA, E., “Proceso formativo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura- Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, pp. 3-60, también disponible en *Revista de Estudios Agrosociales*, 1975, núm. 91, pp. 7-66.

LANGLE RUBIO, E., “Las directrices fundamentales del Derecho Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, junio 1947, pp. 317-395.

LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. y SAIZ ARNAIZ, A., *Los Derechos históricos en la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

LARRAZABAL BASÁÑEZ, S., “Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral Vasco, presentado por la Academia Vasca de Derecho en 2007”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2008, año 6, núm. 15, pp. 171-180.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

- *Derecho de Sucesiones*, T VII, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.
- “Artículo 149.1.8ª”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. Coord., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T XI, Cortes Generales- Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, pp. 207-230.

LASIERRA GÓMEZ. I., “La legítima en el Derecho civil aragonés”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, 2004, núm. 1.

LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, T. IV- Vol. I, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, Madrid, 1970.

LAUSÍN Y CARNICER, L., *Derecho de viudedad, libertad de testar y orden de llamamientos en las sucesiones intestadas según los fueros de Aragón, en sus relaciones con la ley de Castilla*, Establecimiento tipográfico de la Comarca, Calatayud, 1886.



LE NABASQUE, H. et al., *La transmission de l'entreprise familiale*, Ed. Dalloz, París, 1992.

LE PLAY, F.:

- *Les ouvriers européens*, Alfred Mame et fils libraires-éditeurs, Paris, 1879.
- *Correspondance*, p. 367, *Reforme Sociale*, CLXV.

LEAL GARCÍA, A.:

- “El Derecho agrario y sus modernas orientaciones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1935, núm. 128, pp. 600-614.
- “Perspectivas generales de la reforma de estructuras agrarias”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1968, núm. 64, pp. 7-36.
- “La transformación del medio rural a través de la puesta en regadío y de la colonización”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1969, núm. 66, pp. 107-137.
- “La legislación agraria de los últimos cinco lustros”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1965, núm. 50, pp. 7-80.
- “La política de cambio de estructuras en las nuevas leyes agrarias”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1962, núm. 40, pp. 7-39.

LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Libertad de testar, hacia una solución justa y equilibrada” *El Notario del siglo XXI*, núm. 2, julio-agosto de 2005, pp. 153-154.

LEÓN PINA, G.M., “Apuntes para la revisión del derecho sucesorio pitiuso”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre 2002, Vol. LV, núm. 4, pp. 1703-1715.

LINGUET, S. N. H., *Théorie des loix civiles ou principes fondamentaux de la société*, Londres, 1774.

LONGO, M.:

- “La empresa agrícola en el Código Civil italiano”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1955, núm. 10, pp. 113-123.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.:

- “La legítima en el Código Civil” en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. et al. Dir. y CAPILLA RONCERO, F. Coord., *Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 303-322.



- “El Derecho civil valenciano en el momento presente: vías de creación y desarrollo”, *Curso de Derecho civil valenciano, Revista General de Derecho*, Valencia, 2000, pp. 53-66.
- “La sucesión intestada en favor de la Generalitat Valenciana”, en LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. Coord *Instituciones de Derecho Privado Valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 191-218.
- *La conmutación de la legítima*, Tecnos, Madrid, 1989.

LÓPEZ DE LAGO, R., *Memoria sobre foros y sociedad gallega, escrita con arreglo á lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1885.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.:

- “El Derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites” en MONEREO PÉREZ et al. Dirs. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 249-285.
- “La garantía institucional de la herencia” en *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 29-62.

LÓPEZ JACOISTE, J.J.:

- “La idea de explotación en el Derecho civil actual”, *Revista de Derecho Privado*, 1960, T. XLV, pp. 351-371.
- “El Derecho foral como Derecho agrario”, *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Vol. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, pp. 483-505.
- *El patrimonio familiar rústico*, Ateneo, Madrid, 1958.

LÓPEZ PARDIÑAS, M., “El fenómeno sucesorio de la Ley civil vasca”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2007, núm. 4 extraordinario, pp. 105-115.

LORA TAMAYO, I., *Panorama actual de las legítimas, con especial referencia al Derecho comparado* © (Notas inéditas del autor utilizadas en la Ponencia “Libertad de testar, hacia una solución justa y equilibrada”, publicada en *El Notario del siglo XXI*).

LLEDÓ YAGÜE, F.- MONJE BALMASEDA, O., “Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar”, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al. Dir. y MONJE BALMASEDA, O. Coord., *El patrimonio sucesorio, reflexiones para un debate reformista*, T.I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 649-718.



LLODRÀ GRIMALT, F., “Un impulso al derecho civil balear: los contornos del derecho civil balear <<posible>>”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2004, núm. VII, pp. 77-118.

LLODRÀ GRIMALT, F.- FERRER VANRELL, M.P., “La legítima y la *definitio* en las Islas Baleares”, en GETE- ALONSO Y CALERA, M. C. Dir. y SOLÉ RESINA, J. Coord., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 2081-2143.

LLOPIS GINER, J.M., “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 CC”, en REYES LÓPEZ, M.J. Coord., *La empresa familiar, encrucijada de intereses personales y empresariales*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 51-72.

LUNA SERRANO, A.:

- *El patrimonio familiar, la ley española de 15 de julio de 1952*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma-Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. 15, Roma-Madrid, 1962.
- “La transmisión «mortis causa» de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización” (Separata), *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Vol. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, pp. 507-540.
- “Régimen de tierras en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario: La sucesión «mortis causa» del concesionario de tierras de reforma agraria”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura- Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, pp. 123-150.
- “Limitaciones al derecho de propiedad que se consideran necesarias para el desarrollo de la explotación agrícola y para la ordenación del territorio” *Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario Salamanca-Valladolid, Noviembre 1972*, Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976, pp. 535-549.
- “La Explotación Agrícola Familiar desde el punto de vista jurídico”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, pp. 15-28.
- “Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la actual realidad social” en LLEDÓ YAGÜE, F. et al. Dir. y MONJE BALMASEDA, O. Coord., *El patrimonio sucesorio, reflexiones para un debate reformista*, T.I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 5-10.



LUNA SERRANO, A-FERNÁNDEZ BOADO, P., “Método y posibilidades de una planificación agraria en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1964, núm. 428-429, pp. 27-93.

MAGARIÑOS BLANCO, V.:

- “La libertad de testar”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2005, Año 89, pp. 3-30.
- “Libertad de testar, hacia una solución justa y equilibrada”, *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2005, núm. 2, pp. 144-147.
- “La libertad de testar. Una reforma necesaria”, en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, T.I., Consejo General del Notariado, 2012, pp.641-690.

MALDONADO RAMOS, I., *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, 1996, Año 72, núm. 632, pp. 119-127.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “El Derecho Privado autonómico y su relación con la Constitución y el Derecho comunitario”, *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, Universitat de València, Valencia, 2010, pp. 563-570.

MANGLANO CUCALÓ DE MONTULL, J. (BARON DE TERRATEIG), “Sobre testamentos valencianos en la época foral”, *Anales del Centro de Cultura Valenciana (Separata)*, 1948, núm. 22.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, T.VII, 7ª edición, Madrid, Ed. Reus, 1956.

MARÍ OLANO, J., “Artículo 49.1.2ª”, en GARRIDO MAYOL, V. Dir., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 937-943.

MARÍN LÁZARO, R., “La partición de la herencia hecha por actos inter vivos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, núm. 176, pp. 213-238.

MARSÀ VANCELLS, P., “Derecho agrario y Derecho civil”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1970, núm. 72, pp. 55-112.

MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, L., “La empresa y el Derecho civil”, *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Vol. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, pp. 585-603.



MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.A.:

- “Aspectos Generales de la Ley 19/1995 sobre Modernización de las Explotaciones Agrarias”, *Anuario de la Fundación Ciudad de Lleida*, 1996, núm. 7, pp. 329-348.
- “Notas sobre algunas tendencias doctrinales acerca de la sistematización del Derecho agrario y su enseñanza”, *Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario Salamanca-Valladolid, Noviembre 1972*, Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976, pp. 357-366.

MARTÍN RETORTILLO, S., “Derecho agrario y Derecho Público”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura- Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, pp. 151-176.

MARTÍNEZ BELOQUI, M.S., *Navarra, el Estado y la Ley de Modificación de Fueros de 1841*, Gobierno de Navarra, Departamento de Educación y Cultura. Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana, Navarra, 1999.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., y DE PABLO CONTRERAS, P., “Derecho civil navarro y Codificación civil en España”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2002, núm. 33, fasc. 1, pp. 65-84.

MARTÍNEZ GOLLETI, L. E., “El futuro del Derecho agrario”, en HERRERA CAMPOS, R., Dir.-Coord., *Derecho Agrario ante el tercer milenio*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 809-826.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: De la Compilación al Código del Derecho Foral de Aragón de 2011”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2011, núm. 25, pp. 175-227.

MARTÍNEZ RODA, F., “El Derecho común y la supresión de los Fueros de Valencia”, *Revista de Estudios Políticos*, 2014, núm. 163, pp. 101-124.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.:

- “Competencia de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Privado”, *Curso de Derecho civil valenciano, Revista General del Derecho*, Valencia, 2000, pp. 233-260.
- *Pluralidad de Derechos civiles españoles. El artículo 149.1, regla 8, de la CE*, Civitas, Madrid, 1997.



MARZAL RODRÍGUEZ, P.:

- “El Derecho hereditario valenciano. Análisis de sus particularidades durante el período foral”, *Curso de Derecho Civil Valenciano-Revista General de Derecho*, 2000.
- *El derecho de sucesiones en la Valencia foral su tránsito a la Nueva Planta*, Universitat de València, Valencia, 1998.
- “Una visión jurídica de los mayorazgos valencianos entre la época foral y la Nueva Planta”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1996, núm. 66, pp. 229-364.

MASFERRER DOMINGO, A., *La pervivencia del derecho foral valenciano tras los Decretos de Nueva Planta*, Dykinson, Madrid, 2008.

MASFERRER DOMINGO, A. y OBARRIO MORENO J.A., *La formación del Derecho foral valenciano*, Dykinson, Madrid, 2012.

MASOT MIQUEL, M.:

- “Los principios generales del Derecho sucesorio balear”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2001, núm. V, pp. 73-112.
- “Contestación al discurso de Jaime Ferrer Pons”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 1992, núm. II, pp. 111-122.
- “Algunas consideraciones sobre la pervivencia de las legítimas en Mallorca”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho (UIB)*, 1992, núm. 18, pp. 7-18.

MATALÍ VIDAL, R. V.:

- “Herencia y matrimonio en la Valencia del Seiscientos. Familia y aproximación a la situación de la mujer”, en CHACÓN JIMÉNEZ, F., HERNÁNDEZ FRANCO, J. y PEÑAFIEL RAMÓN, A. (Eds.), *Familia, grupos sociales y mujer en España, s. XV-XIX*, Universidad de Murcia, Murcia, 1991, pp. 151-177.
- “Estudio de las transmisiones intrafamiliares en la Valencia Foral: Testamentos y bodas en el siglo XVII”, *Estudis*, núm. 11, 1984, pp. 163-180.
- “Tipos de transmisión y estructura de propiedad en la Ribera Alta: Los Cabreves de la Granja de Benibayre, 1525-1725”, *Al-Gezira*, 1987, núm. 3, pp. 159-180.

MATOSÉS CUQUERELLA, R., “Al voltant dels comportaments de la burgesia rural en els seus orígens: el cas de Don Pasqual Castillo i March”, *Ullal*, 1982, núm. 2, pp. 24-31.



MAURA y MONTANER, A. *Legislación foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Biblioteca Judicial de la Real Academia de Jurisprudencia, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1888.

MEMORIA DEL PRIMER AÑO DE OBSERVATORIO DEL DERECHO CIVIL; Generalitat Valenciana, Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas, Dirección General de Justicia, Valencia, 2003.

MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E., “Variaciones sobre las legítimas”, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1969, 165-215.

MILANI, F., “La sistemática del Derecho agrario comparado”, *Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario Salamanca-Valladolid, Noviembre 1972*, Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976, pp. 367-374.

MILL, J.S., *Principios de economía política: con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*, Fondo de cultura económica, Méjico, 1951.

MILLÁN SALAS, F.:

- “Requisitos de la empresa agraria”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 1993, núm. 3, pp. 215-226.
- “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código civil”, *Actualidad Civil*, 2003, núm. 45-46, pp. 1179-1197.
- *Instituciones sucesorias en el Código civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, Ediasa, Madrid, 1999.
- “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 2006, pp. 403-434.
- “La partición de la herencia y la unidad mínima de cultivo”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril-septiembre 2014, núm. 90-91, pp. 125.
- “La partición de la herencia en el procedimiento de la concentración parcelaria”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 1999, Año 15, núm. 34, pp. 14-21.
- “Las explotaciones familiares agrarias: la sucesión “mortis causa” del concesionario de tierras en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, enero-junio 1998, núm. 32, pp. 39-44.
- “Tipos de empresa según la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 1998, núm. 8, pp. 277-289.



MIRA, J.F., “Organisation sociale et stratégie matrimoniale dans la région de Valence (Espagne)”, *Études rurales*, 1979, núm. 75, pp. 77-96.

MOLAS RIBALTA, P., “La actitud económica de la burguesía en la España del siglo XVIII”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, 1989, núm. 4, pp. 407-424.

MOLINER NAVARRO, R.:

- “Las Competencias en materia de derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2^a del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, núm. 18 (extraordinario), pp. 345-365.
- “Artículo Séptimo”, en GARRIDO MAYOL, V. Dir., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 189-207.
- “El razonable ejercicio de la competencia por parte del legislador valenciano en materia de derecho civil: las tres primeras leyes civiles forales”, en *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 217-380.

MONREAL ZIA, G., “Codificación civil y legislación foral de Bizkaia”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2013, T. LXXXIII, pp. 186-251.

MONTALEMBERT, CH.F.R., *De l’Avenir Politique de l’Angleterre*, Didier et C. Libraires-Éditeurs, Paris, 1857.

MONTERO Y GARCÍA DE VALDIVIA. J., “Notas y apuntes sobre el Derecho Agrario en España”, *Anuario de derecho Civil*, 1973, Vol. XXVI, núm. 3, pp. 727-753.

MONTÉS PENADÉS, V.L.:

- “El Derecho Foral Valenciano (Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho Civil)”, en BAÑO LEÓN, J.M. Dir., *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pp. 261-322.
- “La inesperada resurrección del Derecho foral valenciano”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 3, 2009, pp. 4-15.

MONTES RODRÍGUEZ, P., “Competencia legislativa de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, enero 2008, núm. 25, pp. 5-29.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes (vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo)*, Librería General de Vitoriano Suárez, Madrid, 1906, T. II, pp. 209-211



MORALES Y GÓMEZ, A.:

- *Memoria que comprende los principios é instituciones del derecho civil de Navarra, que deben quedar subsistentes como excepción del Código General; y los que pueden desaparecer viniendo á la unificación, redactada con arreglo al Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Imprenta Provincial, Pamplona, á cargo de V. Cantera, 1884.*
- *Adición á la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al gobierno de S.M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero del propio año el vocal correspondiente de la comisión general de codificación el senador vitalicio del reino D. Luis Franco y López, Barón de Mora: y reformas y adiciones que en unos de la autorización concedida por la Real Orden de 16 de octubre de 1889 propone al proyecto presentado con la misma Memoria, para ser apéndice primero del Código Civil Español. Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1893.*

MORÁN CALERO, J. J., “Presente y futuro del Derecho civil foral de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2002, núm. 33, fasc. 1, pp. 117-120.

MORENO RETAMINO, J.L., “Los prolegómenos del Código Civil”, *Eúphoros*, 2002, núm. 4, pp. 113-123.

MORET Y PRENDESGAST, S. y SILVELA DE LE VIELLEUZE, L., *La familia foral y la familia castellana. Memoria premiada por la Academia Matritense de Jurisprudencia y legislación en el concurso abierto en 20 de junio de 1862*, Imprenta y Librería de la Señora viuda é hijos de D. José Cuesta, Madrid, 1863.

MORET Y REMISA, L., *Consideraciones críticas sobre las legítimas. Memoria leída en la Academia de Jurisprudencia y Legislación en sesión pública de 7 de noviembre de 1879*, Imprenta de J. M. Pérez, Madrid, 1880.

MOREU BALLONGA, J.L.:

- “Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1997, T. L, pp. 97-154. Artículo también disponible en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, Año 3, núm. 1, pp. 9-64.
- “El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones” en *Actas de los XV encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2006, pp. 149-410.
- “Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés”, *Anuario de Derecho Civil*, 2010, T. LXIII, fasc. I, pp. 5-45.



MOSSA, L., “Ensayo sobre la empresa y sociedad”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1948, pp. 159-187.

MURILLAS ESCUDERO, J.M., “La práctica legislativa de las CCAA sobre su Derecho Civil propio” *Anuario Jurídico de La Rioja*, 2010, núm. 15, pp. 145-218.

NANCLARES VALLE, J., “Aspectos jurídicos de la sucesión en la empresa familiar”, <http://www.iefamiliar.com/empresafam/datos.asp>, (5 de junio de 2008), pp. 107-128.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., “La explotación agrícola de tipo familiar ¿problemas de conservación o de supervivencia?”, *La protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch 2006, pp. 261-307.

NÚÑEZ IGLESIAS, A., “El testamento por comisario del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1991, núm. 1615, pp.76-126.

O’CALLAGHAN, MUÑOZ, X.:

- “A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima”, *Actualidad Civil*, mayo 2015, núm. 5, pp. 1-4.
- “Libertad de testar, hacia una solución justa y equilibrada”, *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2005, núm. 2.
- “Artículo 1056”, en *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. Ed. La Ley, Madrid, 2001, pp. 1014-1017.

OBARRIO MORENO, La costumbre en el Reino de Valencia” en CHAMOCHO CANTUDO, M.A. Dir., *Droit et moeurs*, Universidad de Jaén, Jaén, 2011, pp. 107-124.

OBERGFELL, E.I., “Legítima quo vadis? Informe sobre el Simposio «Cuestiones sobre la reforma del derecho a la legítima» en el Castillo de Salzau (30 de noviembre-2 de diciembre de 2006) y el Anteproyecto del Ministerio Federal de Justicia alemán”, 2007, *Anuario de Derecho Civil-Crónica de Derecho Privado Europeo*, T. LX, fasc. III, pp.1321-1328.

OLIVAS MARTÍNEZ, J.L., “El nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, núm. 18 (extraordinario), pp. 35-42.

ORDUÑA MORENO, F.J., *El derecho agrario. Su marco jurídico y económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

OREJAS CASAS, J. A., “La sucesión testada en el Derecho Agrario”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 1994, Año 10, núm. 25, pp. 44-52.



ORTEGA LLORCA, V., “Del derecho foral valenciano al derecho civil especial valenciano”, *Revista General de Derecho*, diciembre 1996, núm, 627, pp. 12781-12803.

OSÉS ABANDO, J., “Parlamento Vasco y Derecho civil foral: balance y perspectivas”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2011, año 10, núm. 21, pp. 21-38.

OTERO VARELA, A., “Sobre la Compilación del Derecho foral gallego”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, 1965, núm. 35, pp. 553-556.

PACHECO CABALLERO, F.L., “Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio”, *Anuario de la Historia del Derecho Español*, 2012, núm. 82, T. LXXXII, pp. 113-147.

PALÁ MEDIANO, F.:

- “El patrimonio rural vinculado”, *Estudios de Derecho Aragonés*, 1942, pp. 57-72.
- “Dictamen (sobre legítimas en Aragón)”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 1963-1964, núm. XII, 367-377.

PALAO GIL, F. J.:

- “Del Derecho civil foral al Derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònòmics*, 2008, núm. 51, pp. 162-169.
- “Leyes y costumbres en la recuperación del Derecho foral”, en CHAMOCHO CANTUDO, M.A. Dir., *Droit et moeurs*, Universidad de Jaén, Jaén, 2011, pp. 125-144.
- “Entre Furs y Estatut. Notas sobre la experiencia histórico-jurídica valenciana y su recepción tras la Constitución de 1978”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònòmics*, 2012, núm. 57, pp. 209-248.
- “La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del Derecho civil valenciano” en BLASCO GASCÓ, F. et al. Coords., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1885-1903.
- “La reivindicación de un derecho civil propio de los valencianos desde la abolición de los fueros: bases históricas”, en *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 37-98.



- “Disposición Transitoria Tercera” en GARRIDO MAYOL, V. Dir., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2444-2456.
- “Abolición y reintegración del Derecho foral valenciano en la perspectiva del Antiguo Régimen”, en RAMÓN FERNÁNDEZ, F. Coord., *El Derecho Civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 13-66.

PALAZÓN GARRIDO, M.L.:

- *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanch Monografías, Valencia, 2003.
- “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código civil”, *La protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch 2006, pp. 309-345.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentarios a los artículos 841-847”, en AMORÓS GUARDIOLA, M. et al, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid 1984, T. II, pp. 1378 a 1457

PARRA LUCÁN, M.A.-BARRIO GALLARDO, A., “La legítima en Derecho aragonés”, en TORRES GARCÍA, T.F. Coord., *Tratado de Legítimas*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2012, pp. 359-416.

PARRA LUCÁN, M.A.:

- “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”. Ponencia expuesta en el curso “Reflexiones sobre materias de Derecho Sucesorio” [CGPJ, Madrid, noviembre 2008]. Trabajo realizado en el marco del Proyecto “Validez y eficacia de normas y actos”, MCYT DER2008-01169 (2008-2011), pp. 1-80. También disponible en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, núm. 13, pp. 481-554.
- “El Derecho civil de Aragón”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 2010, Vol. II, núm. 54, pp. 113-130.

PAZ LAMELA, R. S., “Nuevas perspectivas en la armonización jurídica comunitaria: El Libro Verde de la Comisión sobre Sucesiones y Testamentos”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade Da Coruña*, 2009, núm. 13, pp. 1063-1070.



PEIRÓ-SIGNES, A. et al., “La (r)evolución económica de la empresa agraria valenciana: el caso Frudesa” en RAMÓN FERNÁNDEZ, F., Coord., *El Derecho agrario valenciano y su aplicación a la empresa familiar agroalimentaria y los usos del suelo. Aspectos jurídicos y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.:

- “La conservación de las unidades agrarias”, *Anuario de Derecho civil*, 1959, Vol. XII, núm. 3, pp. 939-1025.
- “La conservación de las unidades agrarias en la ley de reforma y desarrollo agrario”, *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos, núm. 3, Ministerio de Agricultura- Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Madrid, 1975, pp. 97-122.
- “La naturaleza de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, 1985, Vol. XXXVIII, núm. 849-908.

PEÑALVER Y ZAMORA, N., *La familia y la propiedad. Discurso de apertura de la Audiencia Territorial de Cataluña en 2 de enero de 1857*, Imprenta de Antonio Brusi, Barcelona, 1857.

PÉREZ APARICIO, C., “La respuesta de los valencianos a la abolición de los Fueros”, en FRANCH BENAVENT, R. Ed., *La sociedad valenciana tras la abolición de los Fueros*, Institució Alfons el Magnànim-Diputació de València, Valencia, 2009, pp. 161-192.

PÉREZ GARCÍA, J.:

- “La familia campesina en la huerta de Valencia durante el siglo XVIII”; *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, 1988, Vol. VI, núm. 2, pp. 5-27.
- “Elementos configuradores de la estructura familiar campesina en la Huerta de Valencia durante el siglo XVIII”, *Revista de Estudios Humanísticos*, 1989, núm. 11, pp. 121-149.
- “Crecimiento agrario y explotaciones campesinas en las Rías Bajas Gallegas y en la Huerta de Valencia: Un estudio comparativo”, *Comunicación presentada al Simposio Internacional sobre historia rural, siglos XVIII-XX*, Santiago, 1988, pp. 225-245.

PERMANYER I AYATS, J.J., *Dictamen sobre la Codificación propuesta en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1881.



PESET REIG. M.:

- “Historia y codificación civil”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, 2010, Vol. 1, núm. 54, pp. 210-238.
- “Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, 1972, núm. 42, pp. 657-716
- “Valencia en las Cortes de Castilla de 172-17313 y en las de 1724”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, núm. 41, 1971, pp.1028-1062.
- “Furs de Valencia: su sentido y vigencia”, en AA.VV. *En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia*, Vol. I, Generalitat Valenciana, Valencia, 1989, pp. 361-378.

PIDAL Y MON, L., MARQUÉS DE PIDAL, *Discursos de recepción del Excmo. Sr. Marqués de Pidal y de contestación del Excmo. Sr. Marqués de Molins, leídos en la Junta Pública del día 27 de marzo de 1887. Tesis del método de observación en la ciencia social; Le Play y su escuela*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1887, p. 496.

PIQUERAS JUAN, J., “Permanecer a través del tiempo: estrategias sucesorias y transmisión de los patrimonios en la sociedad valenciana del siglo XV”, *Hispania, Revista Española de Historia*, 2012, Vol. LXXII, núm. 241, mayo-agosto, pp. 397-421.

PLA ALBEROLA, P. J., “Familia y matrimonio en la Valencia moderna. Apuntes para su estudio”, *La familia en la España Mediterránea (siglos XV- XIX)*, Centre d’Estudis d’Història Moderna Pierre Vilar-Editorial Crítica, Barcelona, 1987, pp. 94-128.

PLAZA PENADÉS, J., “El Derecho Civil, los Derechos civiles forales o especiales y el Derecho Civil autonómico”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2012, núm. 12.

POLO ARÉVALO, E. M., “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en Derecho sucesorio español: precedentes y actualidad”, *Revista Internacional de Derecho Privado*, abril 2013, pp. 331-376.

POLO SÁNCHEZ, E., “La transmisión "mortis causa" de la empresa en el Derecho catalán. Sus diferencias respecto del Código civil”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1972, Vol. CXXIII, pp. 7-39.

POSADA, A., “Concepto económico y régimen jurídico de la empresa”, *Revista de Derecho Privado*, 1944, T XXVIII, pp. 776-781.

PRADA ÁLVAREZ, P., “El artículo 1056, párrafo 2º, del Código civil y las menciones legitimarias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, pp. 908-941.



PUIG BRUTAU, J.:

- *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V-Vol. III, Bosch, Barcelona, 1983.
- “El testamento del empresario”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1960, T. XLIV p. 850.
- “Algunas consideraciones sobre la llamada sociedad anónima familiar”, *Revista Jurídica de Cataluña*, septiembre-octubre 1958, pp. 567-576.

PUIG FERRIOL, L., “El Derecho civil catalán”, *Autonomies: Revista Catalana de Derecho Público*, 1990, núm. 12, pp. 171-188.

PUIG SALELLAS, J.M., “El desenvolupament de la competència legislativa en matèria civil”, *XI Jornades de Dret català a Tossa*, 21 i 22 de setembre de 2000, pp. 1-30.

RAGEL SÁNCHEZ, F.:

- “Comentario al art. 806 CC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Dir., *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Tirant los Blanch Tratados, Valencia, 2013, pp. 5830-5848.
- “Las competencias legislativas en materia de derecho civil y su deseable reforma constitucional”, *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 7-8, pp. 3-17.
- “La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta”, en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1995-2016.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.:

- *Prospectiva del Derecho civil foral valenciano*, Universitat Politècnica de Valencia, Valencia, 2011.
- “El Derecho civil valenciano ante la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la costumbre”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, núm. 19, pp. 221-310.
- “El Derecho Civil Foral valenciano: pasado, presente y futuro”, *El Legajo*, julio-agosto 2009, núm. 13, p.27.

RAMS ALBESA, J., “Libertad civil, libertad de testar (notas para su formulación)”, en Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de La universidad de Zaragoza Coord., *Estudios de Derecho Civil homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. I, JM Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1992.



RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “La evolución del régimen foral de Navarra: veintes años del amejoramiento del Fuero”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2002, núm. 33, fasc. 1, pp. 9-31.

REAL SOCIEDAD ECONÓMICA MATRITENSE DE AMIGOS DEL PAÍS, *Informe de la comisión nombrada por la Sociedad Económica Matritense en 29 de octubre de 1864 en virtud de Real Orden de la Dirección de Agricultura, Industria y Comercio de 11 de febrero del mismo año para dar su dictamen acerca de la memoria del Excmo. Sr. D. Fermín Caballero sobre fomento de la población rural*, Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos y de Ciegos, Madrid, 1865.

REBOLLEDO VARELA, A.L.:

- “La iniciativa legislativa en el Derecho Civil de Galicia”, *Boletín Jado, Academia Vasca de Derecho*, Mayo 2011, año X, núm 21, pp. 73-87.
- “Derecho civil de Galicia: presente y futuro”, *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, pp. 11-43.
- “La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. Coord., *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23-42.

REVERTÉ NAVARRO, A., “Reflexiones sobre la legítima en el Código civil”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. Coords., *Libro Homenaje al Profesor Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, T. II, pp. 4133-4168.

REY ESTEVE, J.:

- *Alocución que en el Acto de la Apertura de la Real Audiencia de Mallorca pronunció su Regente, el día 2 de enero de 1835*, Real Imprenta de D. Felipe Guasp, Palma, 1835.
- *Discurso que el Señor Don Joaquín Rey, Regente de la Real Audiencia de las Islas Baleares, leyó en la solemne apertura del Tribunal el día 2 de enero de 1836*, Imprenta Real regentada por D. Guasp y Pascual, Palma, 1836.



REYES LÓPEZ, M.J.:

- “Panorama de las normas de Derecho de familia en la Comunidad Valenciana”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2014, núm. 20.
- “El patrimonio del empresario familiar individual”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 95-154.
- REYES LÓPEZ, M.J., “Retomando las ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Coord., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 5481-5495.

RIMBLAS RIMBLAS, J., *Código Civil interpretado y anotado*, Bosch/Casa editorial, Barcelona 1934.

RIPOLL Y PALOU, P., *Memoria sobre las instituciones del Derecho Civil de Baleares escrita con arreglo á lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta de la Casa de la Misericordia, Palma, 1885.

RIPOLL SOLER, A.:

- “El artículo 1056.2: Tradición sucesoria y vanguardia societaria al servicio de la empresa familiar”, *La Notaría*, enero de 2005, núm. 13, pp. 19-24.
- “Hacia una legislación Civil Valenciana?. Derecho de Sucesiones”, *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2010, núm. 29.

ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, A., “El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, octubre 1947, núm. 233, pp. 586-599.

ROCA JUNYENT, M., “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos.*, T. IV, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 23-62.

ROCA SASTRE, R.M.:

- “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1943, T. I, pp. 335-377.
- “Naturaleza jurídica de la legítima”, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1944, Año XXVIII, núm. 324, pp. 185-209.



- “La unidad de la empresa en el impuesto de Derechos Reales”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1952, T.II, pp. 359-384.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.:

- *Derecho de Sucesiones*, T. II., Bosch, Barcelona, 1989.
- “La vida jurídica de la empresa individual”, *Revista de Derecho Notarial*, 1980, pp. 147-225.

ROCA I TRIAS, E.:

- “De la ilegítima a la legítima. De la pars hereditatis a la pars valoris”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010, núm. 4, pp. 1145-1168.
- “El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, Año 78, núm. 1, pp. 7-36.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La partición hecha por el propio testador”, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1970, pp. 209-231.

RODRÍGUEZ ARIAS, L., “Efectos de la partición «inter vivos» que regula el artículo 1056 del Código Civil”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, pp. 307-347.

RODRÍGUEZ DE CEPEDA Y MARQUÉS, R., *Discurso leído en el ejercicio del grado de Doctor en derecho civil y canónico*, Imprenta de Domenech, Valencia, 1880.

RODRÍGUEZ DE LA FLOR Y NOCEDAL, C., *Discurso leído en la sesión inaugural de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación celebrada el día 29 de octubre de 1866*, Establecimiento Tipográfico de Eduardo Cuesta, Madrid, 1866.

RODRÍGUEZ ENNES, L., “Proceso histórico de formación del Derecho civil gallego”, *Revista Xurídica da Universidades de Santiago de Compostela*, 1996, Vol. V, núm. 2, pp. 251-282.

RODRÍGUEZ MONTERO, R.P.:

- “Sobre el proceso de formalización legislativa de las peculiaridades jurídico-civiles de Galicia. Un repaso histórico hasta la reciente ley de Derecho civil de Galicia de 2006”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2006, núm. 10, pp. 1011-1056.
- “El Derecho civil en Galicia, la Ley de Derecho civil de Galicia y el futuro Derecho civil de Galicia: apuntes, ideas y sugerencias”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2001, núm. 5, pp. 735-758.



- “Realidad socio-económica, intereses familiares y Derecho sucesorio en Galicia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2005, núm. 9, pp. 777-803.

ROIG Y REY, R., *Discurso leído en la sesión inaugural de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, celebrada el día 2 de enero de 1859*, Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1859.

ROMERO GONZÁLEZ, J.:

- “Les estructures de propietat de la terra i de les unitats d’exploració al País Valencià. Mètode i Fonts per al seu estudi”, *Propiedad Agraria y sociedad rural en la España Mediterránea. Los casos valenciano y castellano en los siglos XIX y XX*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Servicio de Publicaciones Agrarias, Madrid, 1983.
- *Propiedad Agraria y Sociedad rural en la España Mediterránea. Los casos castellano y valenciano en los siglos XIX y XX*, Serie Estudios-Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones Agrarias, Madrid, 1983.

ROMEU ALFARO, S., “Los Fueros de Valencia y los Fueros de Aragón: «Jurisdicción alfonsina»”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1972, núm. 42, pp. 75-115.

ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951, p.339.

RUBIO GARCÍA-MINA, J., “El principio de la conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en derecho español”, *Revista de derecho Privado*, 1935, pp. 288-306.

RUBIO TORRANO, E., “Evolución y futuro del Derecho civil navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2002, núm. 33, fasc. 2, pp. 15-24.

RUEDA ESTEBAN, L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 205-237.

RUVIRA Y RUIZ, J., “Exposición de las leyes forales vigentes en Aragón sobre sucesión testamentaria ¿Tienen los padres con arreglo á lo establecido en dicha legislación, libertad de testar?”, *Revista de los Tribunales*, 1880, T. III, pp. 369-371.

SÁEZ-SANTURTUN PRIETO, J., “Intervención notarial en la estructuración de las pequeñas empresas”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2008, núm. 9 (extraordinario), pp. 321-339.



SALINAS QUIJADA, F., “La libertad de disposición «mortis causa» en el Derecho foral navarro”, *Anuario de Derecho Civil*, 1983, fasc. 2, pp. 421-450.

SALLERON, L., “El poder en la empresa”, *Verbo*, 1964, núm. 128-129, pp. 1135-1152.

SAN JUAN MESONADA, C., “El futuro de la explotación familiar en Europa ante la evolución de la P.A.C.”, *Revista de Estudios Agrosociales*, abril-junio 1989, núm. 148, pp. 99-117.

SAN RUPERTO ALBERT, J., “Familia, redes mercantiles y poder en el siglo XVII: La llegada al Reino de Valencia de los Cernésio”, *Tiempos Modernos, Revista Electrónica de Historia Moderna*, 2013, Vol. VII, núm. 27, pp. 1-34.

SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, Comares, 2003. Granada.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., *El protocolo familiar. Una preparación práctica a su preparación y ejecución*. Ed. Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.:

- “El Derecho Agrario en España: Perspectiva Histórica y Prospectiva”, en HERRERA CAMPOS, R., Dir.-Coord., *Derecho Agrario ante el tercer milenio*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 1107-1138.
- “Nueva configuración jurídica de la actividad agraria”, *Jornada Temática «Empresa Agraria y Cooperativismo» celebrada en Madrid, el 18 y 19 de abril de 2002*, pp. 1-17.

SÁNCHEZ FERRIZ, R.:

- *Lectura constitucional del artículo 149.1.8ª de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Puntualizaciones sobre la expresión «allí donde existan» (art. 149.1.8 CE)”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònòmic*, 2012, núm. 57, pp. 253-277.
- “El Estado de las Autonomías antes y después de 2006”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònòmic*, 2008, núm. 51, pp. 14-35.



SÁNCHEZ ROMÁN, F.:

- *Estudios de derecho civil: según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código civil é Historia general de la legislación española. Derecho de familia*, Establecimiento Tipográfico “sucesores de Rivadeneyra”, Madrid, 1910, T. VI-II, pp. 746-748.
- *La Codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral antes y después de la promulgación del Código Civil*, Establecimiento Tipográfico “Sucesores de Rivadeneyra”, Madrid, 1890.

SANDE GARCÍA, P., “El Derecho civil de Galicia: Una actualización imposible a la luz de la Historia”, *Revista General del Derecho*, 1994, núm. 597, pp. 6499-6516.

SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil teoría y práctica, T. VI, Derecho de Sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972-1982.

SANTOS MUÑOZ, P., *La libertad de testar*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1924.

SANZ JARQUE, J.J.:

- “Contenido, interés y enseñanza del moderno Derecho Agrario”, *Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario Salamanca-Valladolid, Noviembre 1972*, Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976, pp. 409-414.
- “Aspectos sociológicos de la Explotación Familiar Agraria en España”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, pp. 35-48.

SAPENA TOMAS, J., “En torno a la ley de Patrimonio Familiar”, *Revista de Derecho Privado*, julio-septiembre, 1953, pp. 705-731.

SECRETARÍA DE ESTADO DE ESTRUCTURAS. MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN, *Notas para la estructura y contenido del Anteproyecto de Ley de Bases sobre Modernización de las Estructuras Agrarias*, pp. 21-28.

SERNA MEROÑO, E., “Los derechos sucesorios de los hijos en los nuevos modelos familiares”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. Coord., *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 237-262.



SERRANO CHAMORRO, M. E., “Problemas de transmisión de la empresa familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2015, Vol. XCI, núm. 747, pp. 95-148.

SERRANO GARCÍA, J.A.:

- “Derecho civil de Aragón: presente y futuro”, *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, pp. 109-162.
- “La legítima en Aragón”, en GETE- ALONSO Y CALERA, M. C. Dir. y SOLÉ RESINA, J. Coord., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1959-2028.

SEVILLA GUZMÁN, E., “Sobre los orígenes del Derecho Agrario en España: La construcción ideológica de la Ilustración”, *Revista de Estudios Agrosociales*, 1978, núm. 104, pp. 73-86.

SIFRE AVIÑÓ, B., “La legítima en el Anteproyecto de Ley de Sucesiones de la Generalitat Valenciana”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, segundo semestre 2010, núm. 8.

SILVELA DE LE VIELLEUZE, F., “El Código Civil”, *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, 1889, T LXXIV, pp. 105-125.

SIMÓ SANTONJA, V.L.:

- *La planificación sucesoria, un medio para evitar conflictos empresariales. El testamento: una herramienta básica.*, IVEFA, Valencia, 2002.
- *Derecho histórico valenciano. Pasado, presente y futuro.* Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia, 2002.
- “Título Primero: La Comunitat Valenciana (artículos 1 a 7)”, *Anuario de Derecho Parlamentario* (extraordinario), 2007, núm. 18, pp. 287-300.
- “La identidad valenciana en el Estatuto de Autonomía”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, 2012, núm. 57, pp. 281-312.
- “Territorialización del Derecho foral valenciano”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, 2008, núm. 51, pp. 104-143.

SOLÀ I PALERM, E.:

- *Recuperem els Furs*, Parts cinquena i sisena, El Temps, Valencia, 2002.
- “Listado de Instituciones forales”, *Memoria del Primer Año del Observatorio de Derecho civil*, pp. 85-98.



SOLDEVILLA Y VILLAR, A.D.:

- “La Explotación Agrícola Familiar de la agricultura tradicional a la nueva empresa agraria”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982.
- *Derecho Agrario, Lecciones para un curso*, Vol. II, Valladolid, 1992.
- *Derecho Agrario, Lecciones para un curso*, Vol. III, Valladolid, 1993.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M., “Naturaleza de la legítima y pago en metálico”, *Diario La Ley*, 1984, T. IV, pp. 997-1032.

SURIO NOGUES, L., *Esquema del desarrollo histórico de la industria valenciana*, Imprenta V. Casaña, Sueca, 1947.

TARABAL BOSCH, J., *El nou règim jurídic de la successió intestada a Catalunya arran de la regulació del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.

TAULET Y RODRÍGUEZ-HUESO, E., *Derecho foral valenciano*, Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación- Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, cuaderno núm. 35, 1950.

THIERS, A., *De la Propiedad*, traducida al castellano por J. Pérez, Establecimiento Tipográfico de Mellado, Madrid 1848.

TÉLLEZ DE PERALTA, J. D., “Incidencias en la Ley 19/1995 de Modernización de explotaciones agrarias en la sucesión y transmisión de lotes de colonización”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1997, núm. 3, pp. 167-180.

TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, Paris, Pagnerre Éditeur, 1848.

TORRES GARCÍA, F.T.:

- “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, *Derecho de Sucesiones, Presente y Futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 173-227.
- “La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión «mortis causa» del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario”, *Anuario de Derecho Civil*, 1980, Vol. XXXIII, núm. 2, pp. 335-388.
- “Consideraciones al régimen sucesorio de la Explotación Familiar Agraria previsto en el Proyecto de Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores*



Jóvenes, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, pp. 229-238.

TORREJÓN PUCHOL, J.E., “Los recursos de inconstitucionalidad contra las tres primeras leyes civiles forales valencianas posteriores a la reforma del Estatut d’Autonomia de la Comunitat Valenciana del año 2006 y sus incidencias” en *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 381-423.

TORRES GARCÍA, F.T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. Coords., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos.*, T. II, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 767-833.

TORRES LANA, J. A.:

- “Panorama del Derecho civil de las Islas Baleares”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. et al. Dir., *Derechos Civiles de España*, Vol. VIII, Aranzadi-Grupo BSCH, Navarra, 2000, pp. 4717-4759.
- “Veinte años después (Una reflexión sobre el Derecho civil de las Islas Baleares a raíz del Estatuto de Autonomía)” en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2383-2404.

TORRES MENA, J.:

- “Memorial ajustado en el pleito sobre la codificación”, *Revista General del Legislación y Jurisprudencia*, 1875, Vol. XXIII, núm. 46, pp. 81-110.
- “Los desenvolvimientos de la Codificación”, *Revista General del Legislación y Jurisprudencia*, 1874, Vol. XXII, núm. 45, pp. 193-210.

TRAMOYERES BLASCO, L.:

- “Organización del trabajo en Valencia”, *Revista de Valencia*, 1883, T. III, pp. 145-160.
- “Los gremios en Valencia”, *Revista de Valencia*, 1883, T. III, pp. 440-462.
- “La sociedad industrial en Valencia”, *Revista de Valencia*, 1883, T. II, pp. 409-416.
- “Las cofradías de oficios en Valencia”, *Revista de Valencia*, 1883, T. III, pp. 211-223.



UNIÓ DE LLAURADORS I RAMADERS. *Alegaciones de La Unió de Llauradors al borrador de normativa de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias*, 5 de noviembre de 2011, Valencia.

URIARTE BERESATEGUI, J., “Un sistema de unificación del Derecho civil” (Conclusión), *Revista General del Derecho*, 1946, núm. 25, pp. 662-665.

URRUTIA BADIOLA, A.:

- “Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2007, núm. 4 (extraordinario), pp. 163-189.
- “Derecho civil vasco: nuevas perspectivas”, *Ponencia parlamentaria sobre el Anteproyecto de la Ley de Derecho Civil del País Vasco*, de 26 de junio de 2007.
- “Testamentifacción en la Ley civil vasca”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2007, núm. 4 extraordinario, pp. 115-125.

VALIÑO ARCOS, A., *Un paseo por la tradición jurídica valenciana (desde los Fueros hasta nuestros días)*, Conferencia en el Salón de Actos del Instituto Luis Vives, 3 de marzo de 2011, pp. 1-19.

VALLADARES RASCÓN, E., “Por una reforma del sistema sucesorio del código civil” en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. Coords., *Libro Homenaje al Profesor Albaladejo García*, T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4893-4902.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.:

- “La libertad civil”, *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios (Actas de la VI Reunión de Amigos de la Ciudad Católica, Madrid 28-29 octubre 1967)*, Madrid, Speiro, 1968.
- “Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de derecho foral”, *Anuario de Derecho Civil*, julio-agosto 1970, T. XXIII, pp. 459-518.
- “Apuntes de Derecho Sucesorio”. *Anuario de Derecho civil*. octubre-diciembre 1951, Vol. IV, núm. 4, pp. 1348-1457.
- “Apuntes de Derecho Sucesorio”. *Anuario de Derecho civil*. octubre-diciembre 1952, Vol. V, núm. 3, pp. 835-911.
- “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil”, *Anuario de Derecho civil*, 1970, Vol. XXIII, núm. 1, pp. 9-121.



- “La conservación del «fundus instructus» como explotación familiar, tema básico de los Derechos civiles forales o especiales españoles”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1968, T. XVI, pp. 595-636.
- “Comentarios al artículo 1056 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. Coord., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIV-Vol. II, art. 1035 a 1087, Edersa, Madrid, 1989, pp. 123-170.
- *Panorama del derecho de sucesiones*, Civitas, Madrid, 1982.
- *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer.*, T. I, Las Legítimas, en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, Vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
- “La relación hombre-tierra en la política agraria”, *Revista de Estudios Políticos*, 1968, núm. 157, pp. 121-153.
- “El fenómeno sucesorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, Año 57, núm. 544, pp. 757-783.
- *Estudios de Derecho Sucesorio*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1980, T. I.
- “Comentarios al artículo 841 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. Coord., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XI, arts. 806 a 857 del Código Civil., EDERSA, Madrid, 1982, pp. 489-500.
- “El espíritu del Derecho foral español”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1965, T. XVIII, pp. 210-226.
- “La agricultura y la explotación familiar”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1964, Año 63, núm. 1, pp. 107-123.
- “Ponencia General del Primer Coloquio Latino de Derecho Agrario celebrado en Zaragoza del 8 al 12 de diciembre de 1964 organizado por la Asociación Aragonesa de Derecho Agrario”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1965, T. XVIII, pp. 211-226.
- “Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1056 y del artículo 863 del Código Civil”, *Revista General de Derecho*, 1946, pp. 673-676.
- “Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la reforma de 13 de mayo de 1981”, *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, 1983, núm. 11, pp. 116-124.



- “Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, Vol. XXXIX, núm. 3, pp. 831-849.
- “Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XXXIX, núm. 3, pp. 3-68.
- “Joaquín Costa y los principios standum est chartae y standum est consuetudini”, *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, 1986, núm. 3, pp. 23-56.
- “El fenómeno sucesorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, Año 57, núm. 544, pp. 757-784.
- “Aspecto cuantitativo de las legítimas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1971, Vol. XXIV, núm. 1, pp. -148.
- “La legítima en el Derecho foral de Vizcaya”, *Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto*, 1993, Vol. XLI, pp. 203-228.
- “Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966, Vol. XIX, núm. 1, pp. 3-44.
- “El Derecho de Sucesiones en el Código civil”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (número especial dedicado al Centenario del Código civil español), 1988, núm. 19, pp. 11-57.
- “Sobre el pretendido origen germánico de algunas instituciones jurídicas (la legítima castellana y la vizcaína, la sociedad de gananciales. La reivindicación de bienes muebles”, *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, T.II-Vol. II, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1996, pp. 295-322.
- “Las legítimas, según Claude Chifflet (1542-1580), jurista del Franco Condado de Borgoña en el período español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1974, Vol. XXVII, núm. 3, pp. 679-693.
- “En el centenario del Congreso Jurídico de Barcelona (Correspondencia de Costa con Manuel Durán y Bas y Juan Homs y Homs), *Anales de la fundación Joaquín Costa*, 1988, núm. 5, pp. 95-120.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho”, en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. Coords., *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2415-2442.



VAQUER ALOY, A.:

- Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2007, pp. 1-25.
- “Freedom of testation, compulsory share and disinheritance base don lack of family relationship” disponible en <http://ssrn.com/abstract=1711338>, 2010, pp. 1-20.
- “El Derecho civil catalán: presente y futuro”, *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, p. 85.
- “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, julio 2015, núm. 3, pp. 1-20.

VAQUER ALOY, A. y BARRON ARNICHES, P., “La legítima en Cataluña”, en GETE- ALONSO Y CALERA, M. C. Dir. y SOLÉ RESINA, J. Coord., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 2029-2080.

VATTIER FUENZALIDA, C.:

- “La empresa agraria y las explotaciones prioritarias”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, 1997, pp. 45-57.
- “Algunas notas comunes del Derecho agrario europeo y del español”, *Revista de Derecho Privado*, 1977, Vol. LXI, núm. 10, pp. 833-844.
- *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Reus, Madrid, 2012.
- “El pago en metálico de la legítima de los descendientes”, *Revista de Derecho Privado*, 1983, pp. 453-475.
- “Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1983, núm. 557, pp. 871-935.
- “La transmisión «mortis causa» de la Explotacion Familiar Agraria”, *Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1982, pp. 105-128.

VERDERÁ SERVER, R.:

- “¿Hacia dónde va el Derecho valenciano?”, en GÁZQUEZ SERRANO, L. Coord., *¿Hacia dónde van los derechos civiles autonómicos?*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, pp. 279-304.



- “Competencias de la Comunidad Valenciana en materia de Derecho Privado”, en BELTRÁN LÓPEZ DE HEREDIA Coord., *Instituciones de Derecho Privado Valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 29-106.

VICENT CHULIÀ, F., “Organización Jurídica de la sociedad familiar”. *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, núm 5, pp. 21-47.

VERCHER i LLETÍ, S., *Casa, família i comunitat veïnal a L’Horta de València. Catarroja durant el regnat de Ferran el Catòlic (1479-1516)*, Servei de Publicacions de l’Ajuntament de Catarroja, Catarroja, 1992.

VIDAL MARTÍNEZ, J.:

- “Algunos aspectos de la regulación de la sucesión «mortis causa» en el Código Civil español, que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, Vol. LXIII, núm. 6, pp. 546-558.
- “Reflexiones en torno al artículo 149.1.8 de la Constitución”, *Documentación Jurídica*, 1981, núm. 29-32, pp. 259-310.
- “La potestad normativa de las Comunidades Autónomas en orden a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales”, *Revista General de Derecho*, 1982, pp. 1074-1084.

VIÑAS Y MEY, C.,

- “El patrimonio familiar inembargable”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1924, pp. 180-221.
- “La reforma agraria en España a principios del siglo XIX”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1932, Año 81, T. 161, pp. 5-77.

VIVES CEBRIÀ, P.N., *Observaciones sobre algunos artículos del proyecto [sic] del código civil de España que tienen mira á la cuota de la legítima y al modo de pagarla*, Imprenta Luis de Tasso, Barcelona, 1862.

WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Premia Editora (edición digital), México, 1991, p. 42.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Precipitaciones valencianas en forma de ley, inconstitucionales y poco meditadas”, *La Tribuna del Derecho*, 2007, pp. 112-115.

ZAPATERO MOLINERO, S. et al., *Sistema de herencia en la explotación agraria*, Centro Regional de Investigación y desarrollo Agrario del Ebro, Zaragoza, 1977.



- HEMEROTECA DIGITAL:

- “Acuerdan dar prioridad a la ley de Sucesiones en el desarrollo de normativas sobre derecho foral valenciano”, *Las provincias*, fecha de publicación: 13 de noviembre de 2007; fecha de consulta: 3 de agosto de 2014.
- “Aprobado el anteproyecto de la ley de Sucesiones, de la que se beneficiarán 350.000 empresas”, *Europa Press*, fecha de publicación: 24 de julio de 2009; fecha de consulta: 4 de marzo de 2015.
- “La Ley de Sucesiones se atasca”, *La verdad.es*, fecha de publicación: 6 de marzo de 2010, fecha de consulta: 7 de abril de 2014.
- “El CJC alerta al Consell de que la Ley de Sucesiones podría ser inconstitucional”, *Levante-emv.com*, fecha de publicación: 30 de junio de 2010, fecha de consulta: 12 de julio de 2015.
- “La Comisión de Codificación Valenciana aprueba el borrador de la Ley de Sucesiones”, *20 minutos Valencia*, fecha de publicación: 28 de abril de 2010, fecha de consulta: 4 de mayo de 2014.
- “La nueva ley de sucesiones del Consell lleva más de dos años paralizada”, *Las Provincias*, fecha de publicación: 18 de diciembre de 2012, fecha de consulta: 12 de julio de 2015.
- “La Ley de Sucesiones, en el centro de la discordia”, *Las Provincias.es*, fecha de publicación: 1 de julio de 2010, fecha de consulta: 18 de diciembre de 2012.
- “Somos la Comunidad que menos interés muestra por su derecho foral”, *Diario de Mallorca.es*, fecha de publicación: 20 de diciembre de 2011, fecha de consulta: 1 de octubre de 2015.