

Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Los rasgos generales de la nueva sucesión *mortis causa*.—3. Los principios y las reformas últimas del Derecho comparado.—4. La colocación sistemática en el texto articulado.—5. La vocación contractual.—6. La vocación testamentaria.—7. El testamento mancomunado.—8. El testamento por comisario.—9. La vocación hereditaria *ex lege*.—10. La valoración de la explotación y las obligaciones del sucesor en la titularidad de la misma.—11. Naturaleza, reducción y garantía de la legítima conmutada en dinero.—12. La legítima del cónyuge viudo.

1. Es sabido que una de las notas que da cierta singularidad a nuestra literatura jurídica es, como se ha señalado más de una vez por algún autor extranjero, una atención preferente por los problemas concernientes a la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola (1), lo mismo desde la perspectiva del Derecho común que desde la de los Derechos forales (2); y esto repercute, ciertamente, en el plano legislativo. Una

(1) Según lo ha advertido CARROZZA, en efecto, en trabajos diversos, tales como «L'individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti», en *RDC*, 1975, páginas 107 y ss., especialmente 13-14 de la separata; *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, I, Milano, 1975, pág. 57, nota 82, y, por último, «Per un diritto agrario ereditario», en *RDC*, 1978, págs. 758 y ss., especialmente 770-771, a propósito de la indicación bibliográfica. Esta temática constituye, pues, uno de los elementos que caracteriza la que se ha podido llamar escuela española del Derecho agrario, de orientación fundamentalmente civilista; para esto, BALLARÍN MARCIAL: *Derecho agrario*, 2.ª ed., Madrid, 1978, págs. 2 y, ampliamente, 419 y ss., con referencias.

(2) Esta línea de investigación la ha iniciado probablemente ROCA SASTRE: «La necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano en el Derecho sucesorio», en *AAMN*, 1944, págs. 335 y ss.; la han continuado, en el campo de los Derechos

buena muestra la constituye, a nuestro modo de ver, la nueva disciplina sucesoria que diseñan los artículos 17 y siguientes del reciente Proyecto de Ley de estatuto de la empresa familiar agraria y de los jóvenes agricultores, la que intenta articular una modificación profunda del Dere-

forales, principalmente, CASTÁN TOBEÑAS: *Familia y propiedad*, Madrid, 1956, especialmente págs. 85 y ss.; LACRUZ: «Los Derechos forales», en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1958, págs. 17 y ss., y «La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural», en IDAIC, *Atti seconda Assamblea*, III, Milano, 1964, págs. 561 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO: «La agricultura y la explotación familiar», en *RJC*, 1964, págs. 107 y ss.; «La conservación del 'fundus instructus' como explotación familiar, tema básico de los Derechos forales o especiales españoles», en *RDA*, 1966, págs. 16 y ss. (= *AAMN*, 1968, págs. 593 y ss.), y, últimamente, «Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. I. Las Legítimas», en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, vol. LVIII, Madrid, 1974, págs. 49 y ss., y LÓPEZ JACOISTE: «El Derecho foral como Derecho agrario», en *Estudios Serrano*, I, Valladolid, 1965, págs. 483 y ss., aparte de otros estudios institucionales; en el campo del Derecho común destacan, entre otros, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «La conservación de las unidades agrarias», en *ADC*, 1959, páginas 939 y ss., y «La conservación de las unidades agrarias en la Ley de reforma y desarrollo agrario», en *Estudios monográficos del Iryda*. 3. *Comentarios a la Ley de reforma y desarrollo agrario*, Madrid, 1975, págs. 97 y ss., y MARTÍN-BALLESTERO FERNÁNDEZ: «La indivisibilidad de las unidades familiares agrarias en la transmisión sucesoria», en *Boletín del Colegio de Abogados*, Zaragoza, 1973, págs. 87 y siguientes. Hoy en día se puede afirmar que esta línea de investigación culmina en la obra de DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, en los trabajos de las *III Jornadas italo-españolas de Derecho agrario*, Barcelona-Lérida, 1978, y, en cierto modo, en el proyecto de ley objeto de nuestro estudio. Entre los trabajos que DE LOS MOZOS ha dedicado al tema son de recordar: «El mantenimiento de la unidad de la empresa agrícola en la transmisión *mortis causa*» (1964), ahora en *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1972, págs. 287 y ss.; «La sucesión de las explotaciones agrarias», en *Estudios monográficos*, cit., págs. 271 y ss.; «Hacia un Derecho sucesorio agrario», en *ADC*, 1974, págs. 523 y ss., y, últimamente, *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario*, Madrid, 1977, en colaboración con GÓMEZ LAPLAZA, HERRERO GARCÍA y REIMUNDO YANES. No menos importantes son los estudios de LUNA SERRANO, tales como «Régimen jurídico de las fincas adjudicadas por los entes de colonización italianos», en *REAS*, 35 (1961), páginas 68 y ss.; «Regime giuridico dei fondi rustici assegnati in proprietà ai coltivatori diretti in Spagna», en *RDA*, 1962, págs. 391 y ss.; *El patrimonio familiar*, Roma-Madrid, 1962; «La transmisión *mortis causa* de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización», en *Estudios Serrano*, I, cit., páginas 507 y ss.; «Régimen de tierras en la ley de reforma y desarrollo agrario: La sucesión *mortis causa* del concesionario de tierras», en *Estudios monográficos*, cit., págs. 125 y ss.; «La successione *mortis causa* dell'assegnatario di terre di riforma (natura ed oggetto)», en *RDA*, 1976, págs. 479 y ss., y, en fin, «Aspectos concretos del Derecho sucesorio agrario en la legislación española», ponencia leída en las mencionadas *Jornadas*. En torno a estas últimas cabe recordar los estudios de ESPÍN CÁNOVAS: «La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil», en *RDP*, 1979, págs. 309 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES: «La eficacia protectora del Derecho sucesorio en la continuidad de la explotación agraria», en *Ibidem*, págs. 31 y ss.; VIDAL: «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», en *Ibidem*, págs. 546 y ss.; AMAT ESCANDELL: «Limitaciones a la libertad de testar y a los derechos de los legitimarios en la legislación española de reforma agraria», en *Derecho y reforma agraria. Revista*, 11 (1980), págs. 261 y ss., y el importante trabajo de TORRES GARCÍA: «La explotación

cho en vigor en este aspecto, entre otros que contempla el Proyecto (3). De aquí que la reforma, anunciada desde la redacción misma de la Ley de reforma y desarrollo agrario de 1973 (4), sea sumamente significativa, por lo que se refiere a la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola, no sólo en el campo del Derecho civil, sino, además, en el del Derecho agrario. En cuanto al Derecho civil español, en efecto, las innovaciones principales que en materia de sucesión por causa de muerte prevé el Proyecto, aunque se contraen a la llamada explotación familiar agraria, tienen una indudable *vis expansiva* que no dejará de incidir en su día en el sistema hereditario que regulan tanto el Código Civil como los Derechos forales, y ello por el ámbito de aplicación del nuevo texto por razón de la materia y por razón del territorio. Así, frente al Derecho común, la nueva disciplina de la transmisión *mortis causa* será de aplicación preferente toda vez que se presenten los presupuestos que, conforme al artículo 2.º del Proyecto, definen a la explotación familiar agraria, puesto que ella no sólo puede coexistir con otros bienes en el patrimonio del *de cuius*, como lo admite el propio Proyecto en el artículo 38 a propósito de la reducción de las legítimas, sino que hay que entender que existe por sí misma, haya o no un reconocimiento oficial que constate su existencia. Así resulta, en efecto, de la naturaleza del documento administrativo previsto por el artículo 13 del Proyecto, el cual, a pesar de ser bastante para habilitar el acceso al Registro de la Propiedad y tener, por tanto, cierta eficacia real, se configura, de una parte, como un acto meramente declarativo, y no constitutivo, de una

agrícola familiar: Su conservación en la sucesión *mortis causa* del titular. Artículo 35 de la Ley de reforma y desarrollo agrario», en *ADC*, 1980, págs. 335 y siguientes. Sobre estas *Jornadas*, uno de cuyos temas versó sobre los institutos y la oportunidad de un Derecho sucesorio agrario, *vid.* la noticia de CASELLA en *RDA*, 1979, II, págs. 139 y ss., y nuestra nota crítica en *Diritto-Economia*, pendiente de publicación.

(3) Cfr. el texto publicado en *B. O. C.* de 6 de marzo de 1980 y el informe de la Ponencia y enmiendas, en el de 28 de abril de 1981. Para el examen del Proyecto tuvo lugar el *Seminario sobre aspectos jurídicos de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores*, Valladolid, 1981, acerca del cual *vid.* nuestra nota en *ADC* de próxima publicación; nuestra ponencia sobre «La transmisión *mortis causa* de las explotaciones familiares agrarias» ha servido de base al presente estudio.

(4) Así, DE LOS MOZOS: *La sucesión de las explotaciones agrarias*, cit., págs. 288-291; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *La conservación de las unidades agrarias en la Ley de reforma y desarrollo agrario*, cit., págs. 119-122; significativo en este mismo sentido es el juicio de GÓMEZ Y GÓMEZ JORDANA: «Líneas generales de la Ley de reforma y desarrollo agrario», en *Estudios monográficos*, cit., págs. 79 y siguientes, especialmente 94-95. Conviene apuntar que la reforma no modifica directamente al Código Civil de acuerdo con el criterio mantenido por DE LOS MOZOS en su *Informe final* de las *III Jornadas* citadas, a diferencia de la ponencia de LUNA SERRANO; asimismo, se inclina por la primera opinión AMAT ESCANDELL: *Op. cit.*, pág. 282, y por la segunda, ESPÍN CÁNOVAS: *Op. cit.*, pág. 317.

realidad jurídica que es ajena tanto al propio Registro cuanto al sistema de auxilios económicos y de estímulos para la modernización y desarrollo de las explotaciones que dicho documento consiente de conformidad con los artículos 51 y siguientes del texto actual, y, de otra parte, como un instrumento *ad probationem*, ya que su función consiste, según dice el citado artículo 13, en «acreditar la cualidad de la explotación familiar agraria», esto es, la concurrencia de los presupuestos que marca el artículo 2.º, los que delimitan la tipicidad legal de la misma y actúan, por consiguiente, sin perjuicio de la constatación administrativa (5). Si esta interpretación expansiva es correcta, es de resaltar que el ámbito material trasciende los límites estrictos a los que se contrae, en principio, el Proyecto y se yuxtapone al Derecho común para regir de un modo preferente, como dijimos, la transmisión *mortis causa* de la explotación familiar agraria cuando ésta exista, reconocida o no por la Administración, lo que presenta una relevancia muy singular en el cuadro del sistema hereditario del Código Civil, tanto más cuanto que el Proyecto introduce el pacto sucesorio y restablece antiguas formas de fiducia testamentaria que el Código, apartándose de la tradición castellana, ha suprimido, debido probablemente a la influencia, más ideológica que técnica, que el *Code civil* ejerció en ésta y en otras materias sobre el nuestro (6). Este mismo criterio amplio rige, por lo demás, el ámbito territorial del Proyecto, aun cuando éste carece de una norma expresa que así lo establezca; se infiere, en cambio, que el texto está referido a los territorios regidos por el Derecho común, de manera inmediata y directa, de una lectura *a contrario* de la Disposición final primera, que salvaguarda la aplicación preferente de los Derechos territoriales, y de la Disposición derogatoria, que deja sin efecto, incluso con carácter retroactivo, determinados preceptos de la Ley de reforma y desarrollo agrario, los que son, como se sabe, de aplicación general y uniforme a todo el territorio español (7). Pero la relevancia jurídica del texto que nos

(5) En un sentido similar se manifiesta LUNA SERRANO en el mencionado *Seminario* al desarrollar su ponencia sobre «La explotación agrícola familiar desde el punto de vista jurídico», pendiente de publicación; igualmente, VELASCO FERNÁNDEZ: «Sobre determinados aspectos registrales del proyecto de ley de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores», comunicación al *Seminario* citado, quien pone de relieve, además, que la inscripción registral prevista y regulada por los artículos 13, 14, 73 y 74 del Proyecto carece de efectos constitutivos.

(6) Para esto, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., páginas 523 y ss.; con más detalles, *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria*, cit., págs. 152 y ss. Parece ser que la influencia del Derecho francés en este aspecto comienza a partir del Proyecto de 1851 y no antes, como tendremos ocasión de hacerlo notar más adelante, al menos, en tema de testamento por comisario.

(7) Cfr. la Disposición final primera del texto que hemos tenido a la vista: «La aplicación de las disposiciones de este Estatuto se entienden sin perjuicio de las normas, específicas en la materia, de los Derechos civiles forales o especiales y

ocupa no se limita al campo del Derecho común sino que se extiende, además, a los Derechos forales, por cuanto, aunque de aplicación subsidiaria en los respectivos territorios, no se puede desconocer que las indicaciones normativas que contiene en tema de pactos sucesorios y de testamentificación pluripersonal servirán para interpretar, con arreglo a un parámetro común, la disciplina tradicional que recogen, en su caso, las Compilaciones, y, a la inversa, las normas forales referidas a tales materias son aprovechables, como tendremos ocasión de ver más adelante, en la interpretación e integración de la disciplina del Proyecto en su aplicación a los territorios regidos por el Derecho común, lo mismo que, de acuerdo con la citada Disposición final primera, las nuevas normas regionales emanadas de las Comunidades Autónomas; normas forales y regionales que prevalecen, como sabemos, sobre las del Proyecto, sin embargo, sólo cuando sean «específicas en la materia», en nuestro caso, cuando atiendan a la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola, precisamente, como ha dicho VALLET DE GOYTISOLO, el «tema básico de los Derechos forales españoles» (8). Resulta de todo esto, y conviene subrayarlo, que el Proyecto se sitúa en una línea de aproximación del Derecho común a los Derechos forales y que, sin modificar directamente el Código Civil, se orienta de forma decidida, aunque quizá algo tardíamente, hacia la meta de la unidad legislativa, sobre todo porque la mayor distancia que hay entre los Derechos civiles coexistentes en España radica, como es bien sabido, en la diversa manera de entender el fenómeno sucesorio (9); meta que, si bien aparece

de las dictadas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. La existencia de una u otras normas no obstará a la aplicación de las demás disposiciones de esta Ley»; el ámbito nacional de aplicación de la Ley de reforma y desarrollo agrario se deduce de su artículo 6.º y de la Ley 35, de 21 de julio de 1971, que crea el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. En este mismo sentido, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., pág. 537, nota 59, a propósito del artículo 46 de la Ley antes citada.

(8) Según el expresivo título del trabajo de VALLET DE GOYTISOLO: *La conservación del «fundus instructus» como explotación familiar, tema básico de los Derechos forales o especiales españoles*, cit. Bien explica LACRUZ: *Los Derechos forales*, cit., págs. 17 y ss., que estos Derechos territoriales aparecen hoy centrados, en términos generales, en las relaciones familiares y sucesorias que giran en torno a la casa; asimismo, LÓPEZ JACOISTE: *El Derecho foral como Derecho agrario*, citado, págs. 489 y ss. y 497 y ss.

(9) En tal sentido, el propio LACRUZ: *Los Derechos forales*, cit., págs. 24 y 25; también, *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, cit., pág. 565; en general, ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano en Derecho sucesorio*, cit., págs. 335 y ss. Resplandece en los Derechos forales, en efecto, la ausencia de una disciplina orgánica del Derecho patrimonial, lo mismo de cosas que de obligaciones y contratos, con excepción de Cataluña y Navarra; de aquí que coexistan en el Derecho civil español actual un Derecho patrimonial tendencialmente uniforme y un Derecho de familia y sucesiones diversificado, diversidad algo atenuada por el Proyecto que nos ocupa. Para

algo desdibujada después del artículo 149.1.8 de la Constitución, es perfectamente compatible con el principio de pleno respeto a los Derechos forales que consagra, asimismo, el artículo 13 del Código Civil, en su redacción actual (10).

No menos significativas son, por otra parte, las innovaciones del Proyecto de cara a la legislación agraria en vigor, por lo menos, por dos órdenes de consideraciones diferentes. De una parte, establece el Proyecto un régimen que es tendencialmente único para la sucesión *mortis causa* en la titularidad de las unidades agrarias típicas al suprimir tres de los cinco regímenes existentes, a saber: el de las actuales explotaciones familiares, lo mismo en la fase de concesión administrativa que de adjudicación en propiedad, y el de los patrimonios familiares, a los que se refieren los artículos 32, 35 y 41 y 42 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, por virtud de lo dispuesto por la mencionada Disposición derogatoria del Proyecto, y el de la sucesión en el arrendamiento rústico por aplicación, como veremos, del artículo 42 del mismo; subsisten, por consiguiente, los regímenes sucesorios concernientes a los huertos familiares y a las unidades mínimas de cultivo, previstos, respectivamente, por los artículos 24, en relación con el 6 del Decreto de 12 de mayo de 1950, y 46 de la Ley precitada, debido probablemente a la escasa entidad y a la poca aplicación práctica de los mismos (11). Junto a éstos tenemos, pues, la nueva disciplina que rige la transmisión *mortis causa* de las explotaciones familiares agrarias ex artículo 2.º del Proyecto, la que se aplica retroactivamente a la sucesión

esto último, *vid.* LASARTE: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, pág. 154, quien resalta por contraste, en págs. 88 y ss., la uniformidad de la «doble codificación del Derecho mercantil».

(10) Para una interpretación del precepto constitucional citado, contraria al sentido del texto, es decir, desfavorable a la unidad legislativa del Derecho civil español, LÓPEZ JACOISTE: «Constitucionalismo y Código Civil», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, UNED, Madrid, 1978, págs. 599 y ss.; ROCA I TRÍAS: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en *RJC*, 1979, págs. 7 y siguientes, y DELGADO ECHEVERRÍA: «Los Derechos civiles forales en la Constitución», en *Ibidem*, págs. 643 y ss., que plantea el tema a modo de interrogación. Considera compatible dicha unidad con la norma del artículo 13 del Código Civil, en relación con el artículo 4.3 del mismo, entre muchos otros, LALAGUNA DOMÍNGUEZ: «Aplicación del Código Civil como supletorio de otras leyes», en *RDP*, 1976, págs. 598 y siguientes, y «Ambito territorial de aplicación del Código Civil», en *RDP*, 1977, páginas 311 y ss., trabajos recogidos, por otra parte, en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, I, Madrid, 1977, sub artículos 4.3 y 13, págs. 239 y ss. y 681 y ss.; también en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, I, Madrid, 1978, sub artículo 13, págs. 451 y ss.; entre las obras generales, DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I-1, Salamanca, 1977, págs. 318 y ss., 356 y ss. y 373 y ss., por todos.

(11) Para un esquema de esta disciplina residual, *vid.* nuestro trabajo «Algunas notas comunes del Derecho agrario europeo y del español», en *RDP*, 1977, páginas 833 y ss., especialmente 842-843.

en la titularidad de las explotaciones familiares y de los patrimonios familiares, constituidos con arreglo a los artículos 25 y siguientes y 36 y siguientes de la Ley de referencia, figuras éstas que desaparecen para el futuro de conformidad con el apartado segundo de la Disposición derogatoria del Proyecto (12). Así, pues, si bien es cierto que este último texto no establece, en rigor, un régimen sucesorio único, no es menos cierto que reduce de forma drástica la pluralidad de regímenes existente, y hace patente una clara tendencia hacia la unidad, la que debería llevarse hasta sus últimas consecuencias dado el carácter residual que presentan, ciertamente, los supuestos subsistentes al margen del mismo. De otra parte, hay que llamar la atención acerca de que el Proyecto parece abandonar la técnica de la sucesión excepcional o anómala al adoptar una disciplina sucesoria que no sólo coexiste con el Derecho general, lo mismo común que foral, sino que es cabalmente paralela al mismo, sobre todo por lo que se refiere a las modalidades de la vocación hereditaria; técnica que parece haber estado en la base de la sucesión en la titularidad de casi todas las figuras típicas que contempla la legislación agraria en vigor, con la probable excepción, que ha resaltado DE LOS MOZOS, de las explotaciones familiares en la fase definitiva de propiedad de acuerdo con el artículo 35 de la Ley de reforma y desarrollo agrario (13). Esta innovación viene a resolver en

(12) Cfr. la Disposición derogatoria: «A partir de la entrada en vigor de la presente Ley quedarán derogados los artículos 25, apartado 1; 32, apartados 1, 2, 3 y 4; 35, apartados 1, 2, 3 y 7, y 36 a 42, ambos inclusive, de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario, publicada por Decreto 118/1973, de 12 de enero. No obstante, las explotaciones familiares y los patrimonios de igual naturaleza ya constituidos en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley seguirán rigiéndose por la legislación anterior, salvo en lo que se refiere al sistema sucesorio establecido en esta Ley que resultará en todo caso de aplicación». Para la sucesión en la titularidad de los patrimonios familiares, *vid.* LUNA SERRANO: *La transmisión «mortis causa» de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*, citado, págs. 507 y ss., y por lo que se refiere a las explotaciones familiares, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 344 y ss., últimamente.

(13) Así, DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, VI-5, 8.ª ed., Madrid, 1978, págs. 385, si bien califica, como es habitual, de «sucesión excepcional» la disciplina de la transmisión *mortis causa* de los patrimonios, explotaciones y huertos familiares en *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, citado, págs. 544 y ss., estudio en el que nos explica, pág. 533, nota 38, que «restaurar la sucesión excepcional que permite mantener la unidad del patrimonio no se halla muy justificado en el contexto socioeconómico moderno, porque hay que hacerlo a costa de reducir la legítima de los hijos no favorecidos con la designación, o, por el contrario, a costa de reducir tanto la explotación que resulte inviable»; de aquí que esta fórmula se halle hoy desprestigiada. Por eso, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., pág. 346, la denomina «sucesión extraordinaria», siguiendo a PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, V-3, 2.ª ed., Barcelona, 1977, pág. 449, aunque este autor, en la *op. cit.*, 1.ª ed., Barcelona, 1964, página 472, entiende que las dos denominaciones son sinónimas. Como la cuestión no es puramente nominal, es de advertir el cambio de opinión de CARROZZA a este respecto, quien si bien entendió en un primer momento que se trataba de una

el plano legislativo, pues, una cierta contradicción que se apreciaba al afirmar, como hace LUNA SERRANO en relación con la sucesión en la titularidad de la explotación familiar en la fase provisional de concesión administrativa *ex* artículo 32 de dicha Ley, que, en el cuadro de la pluralidad de sucesiones concurrentes en el patrimonio del *de cuius*, éstas eran excepcionales pero no totalmente insensibles entre sí (14).

«sucesión anómala», en *Per un diritto agrario ereditario*, cit., pág. 765, ha hablado después de una «sucesión particular» en «La originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho agrario de los años ochenta», intervención en el *Seminario* mencionado, pendiente de publicación, la que se compone de «normas especiales o excepcionales para conservar la integridad de la empresa agrícola» (pág. 3 del original); el punto de inflexión entre estos matices distintos parece estar en su breve nota «La disciplina delle successioni *mortis causa* in agricoltura (presentazione di uno schema di legge)», en *Giur. Agr. It.*, 1979, págs. 583 y ss., especialmente 585, donde alude de paso a «una sucesión anómala (o, mejor, especial)». Tampoco es acertada la idea sugerida por LLOMBART BOSCH: «Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular el testamento mancomunado en el proyecto de ley de 'estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores'», comunicación presentada al aludido *Seminario*, pendiente asimismo de publicación, cuando dice, a propósito de la naturaleza jurídica de la sucesión *mortis causa* que nos ocupa, que la integran normas de carácter distinto, a saber: las que regulan instituciones olvidadas y hasta prohibidas por el Derecho común, las que limitan o controlan la voluntad del titular y las que protegen la integridad de la explotación con un rango de aplicación preferente o primordial, y añade: «Por lo que más que de sucesión excepcional preferimos hablar de sucesión legal que produce determinadas modificaciones en la forma ordinaria, regulada para todos los bienes del causante, a fin de conseguir los fines que se propone la Ley» (pág. 7 del original). Todo lo que es cierto, pero la denominación es equívoca, ya que la expresión «sucesión legal» tiene, como se sabe, un sentido técnico preciso, distinto de lo que aquí se quiere expresar; tiene razón, sin embargo, cuando agrega que, en lugar de una «sucesión anómala», lo que hay es «una anomalía en la sucesión ordinaria del causante, por mor de la especial naturaleza de uno de los bienes de su patrimonio», o sea, la explotación familiar agraria (pág. 8 del texto citado). Quizá la mejor calificación sea, a nuestro modo de ver, la de una sucesión particular, dada la singularidad de sus elementos subjetivos y objetivos, que el ordenamiento, sin duda, privilegia tanto en beneficio del heredero único cuanto en consideración a la integridad de la explotación.

(14) Así resulta, en efecto, de la importante construcción que propone este autor al distinguir los aspectos subjetivos y objetivos que juegan en esta clase de sucesión; *vid.*, entre otros trabajos suyos, LUNA SERRANO: *Régimen de tierras en la Ley de reforma y desarrollo agrario*, cit., págs. 126-127, donde explica que, desde el punto de vista del *de cuius*, se trata de una sucesión anómala y excepcional, mientras que desde el punto de vista del objeto, o sea, de la explotación relictiva, tal sucesión es particular, «sobre todo porque la sucesión del adjudicatario se refiere a un complejo patrimonial *a se stante* y aparece, por tanto, como una sucesión universal, cuyo objeto es, en efecto, el *universum ius* del adjudicatario en cuanto tal: es decir, el complejo patrimonial sobre el que se ejercita su empresa agraria que le lleva a conseguir la propiedad». De aquí que caracterice esta sucesión como una sucesión *mortis causa*, extraordinaria y universal y a la vez particular (págs. 141 y siguientes), en cuya dinámica no hay, sin embargo, una separación absoluta y tajante con la sucesión *mortis causa* del resto del patrimonio del causante, sensibilidad o comunicación entre la sucesión ordinaria y la extraordinaria que se manifiesta, como hace notar el mismo autor, en tema de legítimas y en el supuesto de que el adjudicatario haya afectado bienes propios a la explotación, los cuales «si-

Lo que quiere decir que las normas de la nueva disciplina sucesoria son de naturaleza especial o excepcional, en sentido técnico, según sea el marco del Derecho privado general con que se las confronte; por ejemplo, la disciplina de la sucesión contractual es ciertamente excepcional frente al Derecho común al par que especial frente a los Derechos forales que la admiten, y lo mismo ocurre, en términos generales, con los testamentos pluripersonales, pero, mientras las reglas de la sucesión intestada son siempre excepcionales por contraste tanto con el Código Civil como con las Compilaciones, la conmutación de las legítimas en dinero es, en rigor, especial lo mismo ante el Derecho común que ante los Derechos forales. En este sentido se ha dicho, con razón, que el Derecho agrario es un Derecho interdisciplinario (15).

En definitiva, el Proyecto que nos ocupa es un texto que no sólo reforma de un modo radical la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola sino que expone una postura de renovación de nuestro Derecho de sucesiones, aun cuando los mecanismos a través de los cuales la sucesión actúa no se aparten demasiado, como veremos, de los que rigen hoy en el Derecho español; un texto de notable interés tanto

guen, según la tesis expuesta, el destino *post mortem* que señala la Ley de reforma y desarrollo agrario» (pág. 146), de acuerdo con la lógica de los patrimonios separados *ex lege*, que está ciertamente en la base de la disciplina especial que regula la transmisión *mortis causa* de los patrimonios familiares; así, el propio LUNA SERRANO: *La transmisión mortis causa de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*, cit., págs. 509 y ss., y 528 y ss.; también, SAPENA: «En torno a la Ley del patrimonio familiar», en *RD*, 1953, págs. 718 y ss.; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ: *El patrimonio familiar*, Madrid, 1954, y LÓPEZ JACOISTE: *El patrimonio familiar rústico*, Madrid, 1958. En fin, señalemos que la construcción que examinamos ha sido desarrollada con datos nuevos y un aparato crítico muy completo recientemente por el mismo LUNA SERRANO: *La successione mortis causa dell'assegnatario di terre di riforma (natura ed oggetto)*, cit., págs. 479 y ss.; coincide con IRTI: «Profili civilistici dell'assegnazione di fondo rustico», en *RDA*, 1960, páginas 212 y ss., especialmente 260, en cuanto que la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola es siempre de índole singular.

(15) En tal sentido, de forma explícita, DE LOS MOZOS: «El Derecho agrario. Estado actual de la cuestión», en *ADC*, 1976, págs. 823 y ss., especialmente 826-827 y 833, y en *Derecho civil español*, I-1, Salamanca, 1977, págs. 137 y ss., lo que se debe a la compenetración de Derecho público y Derecho privado que le caracteriza, la que determina, en último término, la falta de autonomía del mismo; en sentido similar opina BALLARÍN MARCIAL: *Op. cit.*, págs. 454-457, últimamente. Sobre la *vexata quaestio* de la autonomía del Derecho agrario ha vuelto recientemente desde una perspectiva original, como se sabe, CARROZZA: «La noción de lo agrario: fundamento y extensión (*agrarietà*)», trad. esp., en *Jornadas italo-españolas de Derecho agrario*, Valladolid, 1976, págs. 305 y ss., y en *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, cit., págs. 60 y ss.; para una crítica de esta orientación, entre otros, IRTI: «Le due scuole del diritto agrario», en *RDA*, 1975, págs. 3 y ss., trabajo reproducido íntegro en *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1974, págs. 221 y ss.; entre nosotros, ALONSO PÉREZ: «Actitud metodológica en la sistematización del Derecho agrario», en *ADC*, 1973, págs. 809 y ss., y nuestras «Notas sobre la actividad agraria típica», en *Ibidem*, 1978, páginas 747 y ss., con otras referencias.

desde la óptica del Derecho civil como desde la del Derecho de reforma de la agricultura, un texto bifronte que no es, como bien lo advierte CARROZZA, «una obra de ingeniería jurídica que presupone muchas veces la demolición de un edificio legislativo que ha devenido inservible», precisamente por la proximidad que mantiene con la tradición jurídica que conserven, entre nosotros, los Derechos territoriales (16).

2. Antes de comenzar el examen del nuevo régimen sucesorio parece conveniente que intentemos puntualizar los rasgos más salientes del mismo, a saber: A) Una disciplina uniforme para la transmisión *mortis causa* de toda titularidad atinente a la explotación agrícola. B) Atribución íntegra de la misma a un sucesor único, y consiguiente alteración de los principios legitimarios del Derecho común. C) Concordancia del Derecho de sucesiones con el Derecho de familia en torno a la idea de la propiedad familiar, la que tiene manifestaciones múltiples en el Proyecto (17).

A) La nueva disciplina de la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola, en efecto, no sólo es única tendencialmente, en el sentido que conocemos, sino que es, además, uniforme por cuanto abarca el subingreso sucesorio en la titularidad de cualquier derecho subjetivo, lo

(16) *Vid.* CARROZZA: «La originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho agrario de los años ochenta», cit., págs. 7 y 8 del texto original.

(17) Hay que advertir que la primera y la tercera nota distintiva que hemos mencionado en el texto son relativamente recientes, y han sido introducidas entre nosotros, principalmente, por DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria*, cit., págs. 99-100 y 47 y ss., mientras que la segunda es constante en nuestra doctrina, tanto foralista cuanto del Derecho común; así, LACRUZ: *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, citado, pág. 570, quien propone para la elección del sucesor único una flexibilización del sistema de legítimas, el pacto sucesorio y las formas de fiduciacia testamentaria que encontramos en el Proyecto que nos ocupa, lo mismo que concluye DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, págs. 287 y ss. Para esta segunda nota que caracteriza el régimen sucesorio diseñado por el Proyecto, de gran interés PUIG BRUTAU: «El testamento del empresario (Consideraciones de algunos problemas de enlace entre el Derecho de herencias y el de sociedades)», en *RDP*, 1960, págs. 845 y ss.; DÍEZ PICAZO: «La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil», en *Problemática jurídica de la empresa*, Valencia, págs. 114 y ss., recogido en sus recientes *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1980, y FOSAR BENLLOCH: «Más sobre el artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código Civil y la explotación agrícola. El principio general de Derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar», en *RDCE*, 1971, páginas 266 y ss. En general, DE NOVA: «Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola», en *RDA*, 1979, págs. 509 y siguientes. No es disímil el cuadro de la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola familiar ex artículo 35 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, que caracteriza TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 346-347, salvo en cuanto a las formas testamentarias pluripersonales, autora que concluye: «Hubiera sido más loable que a estas dos formas de sucesión (testamentaria e intestada) se hubiera añadido la sucesión contractual como otra posibilidad con que cuenta el titular para poder disponer de la explotación», lo que lleva a cabo el Proyecto que estudiamos.

mismo de naturaleza real que personal, cuyo contenido habilite la constitución de la explotación o el ejercicio de la empresa agraria en la misma. Así se infiere, en efecto, del artículo 3.1 del Proyecto que declara, inmediatamente después de la definición legal de la explotación familiar agraria, que son elementos constitutivos de la misma, y quedan incorporados y afectos al destino de la explotación, los bienes muebles e inmuebles «que pertenezcan al titular, a su cónyuge o a ambos, en propiedad, arrendamiento o en virtud de cualquier otro título que faculte para su uso y disfrute»; esto es, cualquier derecho real o personal que consienta el ejercicio del llamado derecho subjetivo de empresa y que determine la titularidad de la explotación (18), forma parte integrante de la misma y la sucesión *mortis causa* de su titularidad se rige, por lo tanto, por la disciplina que el Proyecto establece. Esto mismo es lo que nos viene a decir de forma expresa y para un supuesto particular el artículo 43 del Proyecto, a cuyo tenor, «cuando forme parte de una explotación familiar agraria una finca rústica arrendada, la sucesión en el arrendamiento se regirá por la presente ley, con exclusión de la legislación arrendaticia rústica», reformada recientemente, como se sabe, por Ley de 31 de diciembre de 1980, cuyos artículos 79 y 80 mantienen en sustancia la misma disciplina del Derecho anterior (19). Suprimida esta modalidad de sucesión *mortis causa* por el Proyecto, quiere decirse que la nueva disciplina no se contrae a la transmisión de la propiedad de fincas rústicas sino que ella misma se extiende a la sucesión en la titularidad de la empresa agraria, cualquiera que sea la naturaleza del derecho subjetivo que le sirva de base, por incluir en su contenido la facultad de uso y de disfrute de los elementos que la componen; señaladamente, el dominio y los derechos reales limitados de disfrute, o los derechos personales generados por los contratos de arrendamiento y de

(18) Se trata de la tesis sobre la naturaleza jurídica de la empresa que ha propuesto NICOLÒ: «Riflessioni sull tema dell'impresa», en *RDComm*, 1956, págs. 177 y ss., e «Il trasferimento di impresa nella sistematica delle leggi di nazionalizzazione», en *Ibidem*, 1969, págs. 273 y ss., la que ha sido acogida, entre nosotros, por LUNA SERRANO: «Notas sobre la empresa agraria y el empresario agrícola», en *Estudios Castán*, V, Pamplona, 1968, págs. 413 y ss., y, con más amplitud, «Para una construcción de los conceptos básicos del Derecho agrario (Empresa, empresario, hacienda y explotación)», en *La problemática laboral de la agricultura*, Madrid, 1974, págs. 47 y ss., y BALLARÍN MARCIAL: *Op. cit.*, págs. 460 y ss. y 470 y ss. Para una crítica de esta concepción, nuestro libro *Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español*, León, 1978, págs. 50-51, y allí referencias.

(19) Para esto, *vid.*, aparte de las obras generales, FERRANDIS VILELLA: «Sucesión en los arrendamientos rústicos», en *ADC*, 1955, págs. 845 y ss.; MURGA GENER: *El arrendamiento rústico en la transmisión 'mortis causa'*, Madrid, 1962, *passim*; DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, *cit.*, págs. 550-551, y «Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en el Derecho español», en *DJ*, 1976, págs. 47 y ss., especialmente 75-76.

aparcería rústicos, lo mismo que la posesión (20). Esta uniformidad es la que permite calificar la disciplina que nos ocupa de una verdadera sucesión hereditaria particular agraria por cuanto no gravita sobre la finca rústica sino sobre la explotación misma, y no se refiere al derecho de propiedad inmueble sino a la titularidad de la explotación, a la que fija un destino *post mortem* conforme a reglas distintas de las que rigen la sucesión ordinaria, lo que la individualiza y diferencia en el seno del patrimonio del causante (21).

B) Otro rasgo que destaca, bastante menos original que el anterior, es la atribución íntegra de la explotación indivisa a la que quedan afectados, incluso con reflejo en el Registro de la Propiedad, en los términos del artículo 13.2 del Proyecto, como sabemos, todos los elementos que la integran, los cuales son susceptibles de segregación solamente en las condiciones previstas por el artículo 15, notablemente más elásticas que las vigentes y, en el tránsito sucesorio, únicamente, cuando, separados tales elementos, «sean suficientes para constituir —según dice el artículo 42.1— otras tantas explotaciones familiares independientes». Consecuencia de esto es, por otra parte, la técnica de sucesor único que establecen, para la vocación *ex voluntate*, los artículos 19.1, 26 y 27, y para la vocación *ex lege*, el artículo 31 del Proyecto. Se trata, en rigor, de un sucesor único al que la explotación se le puede atribuir, aunque el Proyecto no lo dice como el actual artículo 35.4 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, a título de heredero o legatario, así como, por aplicación del artículo 815 del Código Civil, por cualquier otro título, señaladamente, a título de donación o de cuota de legítima. En todo caso, aun cuando se trate de una institución *ex re certa*, asimilable a un legado conforme al artículo 768 del Código, hay que entender con VALLET DE GOYTISOLO que esta norma establece una simple presunción en orden a interpretar la voluntad del testador y que el sucesor en la titularidad de la explotación agrícola, sobre todo cuando ésta cubra todo o gran parte del patrimonio relicto, lo es siempre a título universal o de heredero, pues de otro modo podría quedar exento de responsabilidad por las deudas de la herencia, lo que agravaría la situación de los legitimarios excluidos de la sucesión en la titularidad de la explota-

(20) Así, LUNA SERRANO: *Para una construcción de los conceptos básicos del Derecho agrario*, cit., págs. 65 y ss., y BALLARÍN MARCIAL: *Op. cit.*, pág. 478.

(21) En este sentido se orienta la literatura italiana reciente; así, la ponencia de ROMAGNOLI sobre «Aspectos concretos del Derecho sucesorio agrario en Italia», y la introducción de RESCIGNO, leída por VITUCCI, «Los institutos del Derecho sucesorio agrario», en las referidas *III Jornadas*, pendientes de publicación; igualmente, CARROZZA: *Per un diritto agrario ereditario*, cit., págs. 762 y ss., orientación que sirve de base a nuestras observaciones críticas de la nota 13 *supra*.

ción (22). Y es que la atribución íntegra de la explotación al heredero único supone, igual que en el Derecho vigente, debilitar de forma un tanto drástica las legítimas de estos últimos, cuando menos, por tres conceptos de índole diferente (23). De una parte, en cuanto al aspecto cuantitativo de la legítima, se reduce, de acuerdo con lo que dispone el artículo 38 del Proyecto, «a la cuantía mínima que señale la legislación civil», caso de no existir en el caudal hereditario bienes distintos de la explotación o éstos sean insuficientes para el pago de la misma, lo que si bien no es del todo anómalo en los sistemas de legítima colectiva o puramente simbólica, como en Aragón, Navarra y Vizcaya, sí es atípico, por lo menos, donde la legítima es una *portio debita*, como en los territorios regidos por el Derecho común y en el área catalana, cualquiera que sea la naturaleza de su contenido (24). De otra parte, por lo que se refiere al aspecto cualitativo de la legítima, hay que señalar que el pago se puede hacer en metálico, según el artículo 39 del Proyecto, el que se puede aplazar hasta diez años, conforme al artículo 37 del mismo, lo que altera su naturaleza normal de *pars bonorum* y la

(22) *Vid.*, principalmente, VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, págs. 146 y ss., especialmente 202 y ss.; en el mismo sentido, DE LOS MOZOS: «La partición de la herencia por el propio testador», en *RDN*, 1960, págs. 179 y ss., especialmente 203; FOSAR BENLLOCH: «La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil», en *ADC*, 1963, págs. 377 y ss., especialmente 405-406; JORDANO BAREA: «Abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056», en *ADC*, 1964, págs. 941 y ss.; el propio VALLET DE GOYTISOLO: «Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil», en *ADC*, 1970, págs. 9 y ss., y en *Las legítimas*, I, cit., págs. 177 y siguientes, y específicamente sobre el punto que nos ocupa, *op. cit.*, II, págs. 813 y siguientes; acoge esta opinión TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, citado, pág. 351. No obstante, no es compartida por los partidarios del criterio objetivo para interpretar la voluntad del testador, por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS: «La dogmática de la herencia y su crisis actual», en *RGLJ*, 1959, págs. 243 y ss., resumido en *Derecho civil español, común y foral*, VI-1, 8.ª ed., por CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1978, págs. 91 y ss., y por los que creen que la norma del artículo aludido en el texto es de *ius cogens*, señaladamente, HERNÁNDEZ-GIL: *Lecciones de Derecho sucesorio*, Madrid, 1969, pág. 28; asimismo, ALBALADEJO GARCÍA: «Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario», en *RDP*, 1978, págs. 737 y ss.

(23) *Vid.* AMAT ESCANDELL: *Op. cit.*, págs. 273 y ss. y TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 346 y 358 y ss.; en general, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 86 y ss. y 152 y ss., quien considera con razón en *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., págs. 538 y ss., que radica en esto «el núcleo central de la cuestión».

(24) Para una visión de conjunto sobre los distintos tipos de legítimas, VALLET DE GOYTISOLO: «Clasificación de los sistemas legitimarios», en *RGLJ*, 1968, páginas 812 y ss.; *Panorama del Derecho civil*, 2.ª ed., Barcelona, 1972, págs. 286 y siguientes, y *Las legítimas*, I, cit., págs. 56 y ss. Una tipología algo diversa presentan LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, págs. 9 y ss., y DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, citado, págs. 86-89; de gran interés las observaciones de PUIG BRUTAU: *Fundamento de Derecho civil*, V-3, 1.ª ed., cit., págs. 4 y ss., impregnadas del realismo que le caracteriza.

convierte en una *pars valoris bonorum*, pero no en el sentido de la legítima catalana de un valor pecuniario garantizado por una acción real de realización de valor, sino en el que el Código Civil admite con carácter excepcional cuando autoriza al testador o al heredero conmutar la legítima en dinero, señaladamente, en los supuestos de los artículos 829 y 1.056,2, entre otros (25); el pago de la legítima en metálico que contempla el Proyecto no la transforma, pues, en un simple derecho de crédito contra la herencia, sino que sigue configurada, puesto que se trata de una norma de Derecho común, como un freno a la libertad de testar consistente en el deber jurídico de atribuir, en principio, bienes de la herencia por el título que sea. Lo que tiene su importancia para interpretar, según veremos en su momento, el sentido de la «cuantía mínima» a que se refiere el artículo 38 del Proyecto, que no habla de «legítima estricta», como el actual artículo 35.4 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y el carácter de la garantía que ha de asegurar a los legitimarios el pago de la legítima en dinero por parte del sucesor en la titularidad de la explotación, aspecto que no regula el Proyecto de forma expresa, sino de una manera negativa e indirecta al no derogar el artículo 35.5 de la Ley precitada (26). Por último, también puede perjudicar las legítimas la disciplina de la valoración de la explotación a efectos de la partición, puesto que parece estimular, como veremos, que la valoración se haga de forma convencional, inferior, seguramente, al precio de mercado, con lo que puede disminuir notablemente una de las bases fundamentales para el cálculo de la porción legitimaria (27). Conviene apuntar que, aun cuando estas restricciones se puedan justificar por la razón económica de mantener indivisa la explotación en la transmisión *mortis causa*, lo cierto es que se compaginan mal con el principio fundamental de igualdad sustancial y de no discriminación que sancionan, entre otros, los artículos 9 y 14 de la Constitución, y en fun-

(25) Para un examen extenso y bien fundado de ambos supuestos, LÓPEZ JACOISTE: *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, III-1, Madrid, 1964, págs. 713 y ss., especialmente 914 y ss.; también, VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 56 y ss. y 87 y ss., con referencias completísimas; resumido en *Las legítimas*, I, cit., págs. 212 y ss. y 235 y ss., y un esquema en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., sub artículo 829, págs. 342 y ss.

(26) Cfr. la Disposición derogatoria transcrita en la nota 12 *supra*, que no menciona el artículo 35.5 citado, como bien lo ha advertido TORRES GARCÍA en su intervención oral en el *Seminario* antes referido, debiendo rectificar aquí, a este respecto, la opinión mantenida en nuestra ponencia sobre «La transmisión *mortis causa* de la explotación familiar agraria» en el aludido *Seminario*.

(27) Aspecto que ha resaltado acertadamente AMAT ESCANDELL: *Op. cit.*, página 279, en relación con las explotaciones agrícolas familiares.

ción del que cabe pensar en otras soluciones técnicas posibles, como son las que se inspiran en la idea de la *communio incidens* de los coherederos (28), cuya falta de titularidad única se puede salvar, *de lege ferenda*, por el reconocimiento de personalidad jurídica a base del simple acuerdo de los mismos, caso en el que para entender que se ha formado una sociedad civil bastaría un leve retoque al artículo 1.667 del Código Civil, al objeto de suprimir el carácter formal del acto constitutivo de la sociedad cuando se aporten a la misma bienes inmuebles o derechos reales constituidos en ellos.

C) Nota importante del nuevo régimen sucesorio es, por último, que el Proyecto entrelaza instituciones de índole familiar y de índole sucesoria, a base de la idea de que la explotación agrícola es siempre el resultado, si no de la propiedad familiar en sentido estricto, sí al menos de la solidaridad de los miembros de la familia (29). Así, por un lado, una manifestación significativa en este sentido está representada por el nuevo negocio jurídico de Derecho de familia que es el llamado «acuerdo familiar», el que tiene por objeto, conforme a los artículos 6 y siguientes del Proyecto, regular las relaciones laborales de cooperación en el seno de la explotación familiar agraria, el cual, siendo de naturaleza primordialmente patrimonial, puede pactarse lo mismo por acto *inter vivos* que *mortis causa*, caso este último en que debe adoptar, según lo dispuesto por el artículo 8.2, la forma de un pacto sucesorio o de un testamento, y puede contener importantes estipulaciones con repercusiones sucesorias, a saber: la retribución de las aportaciones de trabajo y el reembolso de las aportaciones de capital hechas por el colaborador al patrimonio común a que la explotación agrícola, como la vida familiar, inevitablemente da lugar (30). En cuanto a la primera, señala el artícu-

(28) En este mismo sentido, RECCHI: «Considerazioni sul diritto successorio agrario in Italia e in Spagna», en *NRDA*, 1978, págs. 437 y ss. Asimismo, se pregunta DAVID: «Introduction. La loi d'orientation agricole du 4 juillet de 1980. Premiers commentaires», en *RDR*, 1980, págs. 429-430, ante las nuevas normas sucesorias que prevé: «*Lorsque le droit civil préfère la paix des familles (l'égalité successorale) aux guerres de succession, le droit rural peut-il inverser au nom des exigences économiques les objectifs?*»

(29) Solidaridad familiar que parece haber tenido trascendencia real en el Derecho castellano antiguo, como lo ha hecho notar GARCÍA DE VALDEAVELLANO: «La comunidad patrimonial en el Derecho español medieval», en *Estudios medievales de Derecho privado*, Sevilla, 1977, págs. 306 y ss., y que desaparece del Código Civil, según muestra DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., páginas 524 y ss.

(30) Para esto, en general, *vid.* DÍEZ-PICAZO: «El negocio jurídico de Derecho de familia», en *RGLJ*, 1962, págs. 127 y ss., y CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, V-1, 9.ª ed., por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1976, págs. 51 y ss.; en particular, la ponencia de AMAT ESCANDELL: «La inserción de los jóvenes agricultores en la explotación familiar agraria», y la comunicación de CABALLERO GONZÁLEZ: «Los colaboradores en el proyecto de estatuto de la explotación familiar agraria», al mencionado *Seminario*,

lo 7.3, con una técnica que recuerda al salario diferido de los Derechos francés y suizo, que el mencionado «acuerdo familiar» debe fijar las bases para determinar las remuneraciones no percibidas por el colaborador «como aportación computable —dice el precepto— a su favor en el momento de la sucesión»; aunque no podemos ocuparnos aquí de esta institución, notemos que, desde el punto de vista que nos interesa, se trata de una *mortis causa capio* y que la computación a que se refiere el precepto, por lo tanto, no es la computación de donaciones en el sentido técnico del artículo 818 del Código Civil, sino un cálculo puramente contable que opera a favor del colaborador, precisamente, al revés que ésta (31). Por lo que respecta al segundo, digamos solamente que el artículo 9.1 reconoce al colaborador un derecho de crédito, configurado como una deuda de valor, que se hace efectivo al momento de apertura de la sucesión si ha participado «en la financiación de las inversiones derivadas del plan de modernización que vayan a integrarse en la explotación familiar», derecho de crédito que debe sumarse, pues, a la cuota legitimaria que a dicho colaborador le corresponda. Por otro lado, responde a esta misma idea de solidaridad familiar la fiducia sucesoria que se manifiesta de forma palpable en la admisión del testamento mancomunado y, sobre todo, en el testamento por comisario, así como en el usufructo viudal vitalicio que, a falta de disposición testamentaria diversa, atribuye *ex lege* al cónyuge superviviente el artículo 17 del Proyecto, configurándolo como un verdadero usufructo de regencia (32). Y en esta misma

pendientes de publicación, inclinándose el primero por calificar el vínculo de colaboración como una relación laboral atípica y compleja, mientras que el segundo, como una relación de naturaleza civil. Para el Derecho comparado, *vid.* las ponencias de DAVID: «Aproximación al Derecho francés sobre jóvenes agricultores»; D'ADEZZIO: «La tutela de los jóvenes agricultores según las orientaciones de la política comunitaria europea y las primeras experiencias en la legislación italiana», y WINKLER: «Familia rural y explotaciones familiares agrarias en el Derecho alemán de familia y sucesiones». Para la relación existente entre la explotación agrícola y la disciplina del régimen económico del matrimonio, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 47 y ss., y GÓMEZ LAPLaza: «Notas sobre la conexión de las instituciones familiares y sucesorias. Su importancia en el Derecho agrario», comunicación a las *III Jornadas* antes mencionadas, pendientes asimismo de publicación, la que se aprecia también en los regímenes de separación como lo hemos puesto de relieve en «La matrimonial home en el régimen matrimonial inglés», en *Cuadernos de Derecho Comparado. La reforma del Derecho de familia*, I, Salamanca, 1977, págs. 73 y ss.

(31) Acerca del *salatre diffé* francés y del *Lidlohnrecht* suizo, y su naturaleza jurídica, nos hemos ocupado en *Algunas notas comunes del Derecho agrario europeo y del español*, cit., págs. 841 y 844. Por lo que respecta al sentido no técnico de la «computación» a que se refiere el precepto, opina como en el texto TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., 367, a propósito del artículo 35.4 de la Ley de reforma y desarrollo agrario.

(32) Así, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 200 y ss., en línea con los Derechos forales, a los que nos referimos brevemente más adelante.

idea descansa, en realidad, la preferencia de la vocación contractual sobre la testamentaria, y la de ésta sobre la legal, que consagran, respectivamente, los artículos 25 y 31.1 del Proyecto. Fácil es inferir de esto último, de una parte, el propósito de acercar el Derecho común a los Derechos territoriales y, a la inversa, de generalizar a todo el ordenamiento las especialidades más destacadas de éstos, tal como lo hemos adelantado; y de otra parte, el designio de no imponer normas de *ius cogens* en el tránsito sucesorios de la explotación agrícola, lo que puede quitar en parte virtualidad práctica a la nueva disciplina que diseña el Proyecto (33).

Vemos, pues, que dicha disciplina establece un régimen de transmisión *mortis causa* tendencialmente único y uniforme por virtud del cual la explotación agrícola pasa íntegra e indivisa a un heredero único y se modifica la configuración cuantitativa y cualitativa de los derechos hereditarios de los legitimarios excluidos de la titularidad de la misma, con una técnica que no es muy distinta de la vigente en materia de patrimonios y de explotaciones familiares (34); sólo que el Proyecto introduce, además, como se había sugerido hace años desde el campo del Derecho foral, una vocación contractual preferente y una fiducia sucesoria ensanchada (35), en línea, por lo demás, con los principios y con las reformas legislativas que imperan en el Derecho comparado.

3. En efecto, es sabido que en el Derecho europeo de los últimos cincuenta años se ha generado, como la he puesto de relieve PIKALO, un verdadero Derecho sucesorio agrario, con principios comunes e instituciones propias, los que están muy próximos, en términos generales, a la disciplina de la transmisión *mortis causa*, cuyos rasgos esenciales hemos descrito (36); cabe advertir, incluso, que el Proyecto, al admitir las men-

(33) Lo que contrasta con la orientación seguida en el Derecho italiano al respecto; así lo ha puesto de relieve CARROZZA: *La disciplina delle successioni mortis causa in agricoltura*, cit., pág. 590, artículo 16 del Proyecto italiano: «*Le norme contenute nella presente legge sono inderogabili. Ogni disposizione testamentarie che risulti incompatibile con le finalità della present legge è nulla*», que el autor compara con «la propensión a valorizar la autonomía de la voluntad de los interesados para definir el destino sucesorio», en «La originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho agrario de los años ochenta», cit., pág. 7 del original.

(34) Vid. las referencias de la nota 12 *supra*.

(35) Así, especialmente, LACRUZ: *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, cit., pág. 570.

(36) Ha profundizado este aspecto, en el cuadro del Derecho europeo, comunitario y nacional, PIKALO: «Elementi di diritto romano e germanico nel diritto agrario successorio», trad. it., en *RDA*, 1968, págs. 439 y ss.; «Der Schutz der landwirtschaftlichen Betreibe durch Eheverträge, Schenkungen und Testamente», en *VI Congrès européen de droit rural*, Luxembourg, 1971, y «Le devenir de la propriété foncière», en *VIII Congrès européen de droit rural*, París, 1975; asimismo, WINKLER: *Familia rural y explotaciones familiares agrarias en el Derecho alemán de familia y sucesiones*, *passim*, autor que prepara para el *Institut für Landwirtschaftsrecht der Universität Göttingen* una obra enciclopédica sobre el tema.

cionadas formas de vocación hereditaria pluripersonal, acerca nuestro Derecho a la órbita de los Derechos germánicos. Así, como lo hemos hecho notar en otro lugar, dichos principios aparecen enderezados a evitar el fraccionamiento de la explotación agrícola y a mantenerla indivisa en el tránsito sucesorio; tienden a conciliar la libertad de testar con un orden sucesorio impuesto por la ley de índole rígida, la institución del heredero único con los derechos legitimarios de los parientes próximos, el interés económico de conservar íntegra la explotación con la necesidad social de restringir la acumulación de tierras en una sola mano, aparte del interés fiscal del Estado en que la transmisión se lleve a cabo; suelen concretarse, en fin, en instituciones tales como la vinculación del patrimonio a la familia y en la sucesión excepcional de patrimonios separados, en la atribución de la explotación a un heredero único o preferente y en la conmutación de las legítimas en dinero, en la donación *mortis causa* con o sin efectos de presente, y en el supuesto inverso del salario diferido conforme a bases de cálculo y actualización legales o convencionales, en la vocación hereditaria contractual y, por último, en normas especiales para la sucesión en el arrendamiento de fincas rústicas (37). Profundizando en este punto, ha señalado CARROZZA, con acierto, que el Derecho sucesorio agrario trata de oponer, frente a la necesidad negativa de evitar la extinción de las relaciones jurídicas por la muerte del *de cuius*, la exigencia positiva de poder elegir al sucesor más idóneo; frente a la indiferenciación de los bienes del causante y a la igualdad de los coherederos, la singularidad de la explotación agrícola y la profesionalidad del sucesor, como único criterio objetivo de preferencia; frente a la disciplina uniforme de la transmisión *mortis causa*, la pluralidad de sucesiones y una reglamentación diversificada para cada clase de unidades patrimoniales que integren el caudal hereditario, en interés tanto de la familia como de la productividad. En pocas palabras un Derecho sucesorio que, centrado en la explotación agrícola, tutele la integridad y la unidad de la misma en la transmisión por causa de muerte al par que actúe y materialice la función social que, por definición, le corresponde (38). Por eso hemos dicho que la nueva disciplina tendencialmente única y uniforme que el Proyecto establece configura una verdadera sucesión particular agraria, lo que constituye la *ratio iuris* del mismo.

No parece oportuno que nos detengamos aquí en el examen del Derecho comparado, cuyas líneas fundamentales han sido destacadas suficien-

(37) Nos referimos a nuestro estudio sobre *Algunas notas comunes del Derecho agrario europeo y del español*, cit., págs. 841-842, de donde extractamos lo expuesto en el texto.

(38) Así, CARROZZA: *Per un diritto agrario ereditario*, cit., págs. 767 y ss.

temente por DE LOS MOZOS, entre nosotros (39); debemos, en cambio, llamar la atención sobre la coincidencia del Proyecto que nos ocupa con las reformas legislativas llevadas a cabo, o que están en vías de realización, en otros países de Europa, tanto en tema de arrendamientos rústicos como en materia de sucesión hereditaria. Así, en Inglaterra la *Agriculture (Miscellaneous Provisions) Act*, de 1976, ha modificado en parte la *Agricultural Holdings Act*, de 1948, el texto fundamental sobre arrendamientos rústicos, en el sentido de que la muerte del arrendatario no causa la extinción del contrato, sino que habilita al cónyuge supérstite, a los hermanos y a los hijos del causante para solicitar ante el Tribunal especial agrario, en el plazo de tres meses, la atribución del *tenant*, y el Tribunal puede seleccionar discrecionalmente al sucesor que le parece más apto, incluso contra la voluntad del testador, teniendo en cuenta la profesionalidad y la experiencia práctica, la salud física y la situación económica, caso de que la petición la formulen varios interesados; sólo en el supuesto de que se acuerde la transmisión a favor de más de una persona es preceptivo el consentimiento del arrendador, y los términos del nuevo contrato los fija el propio Tribunal (40). En Francia, la nueva Ley de Orientación Agrícola, de 4 de julio de 1980, mantiene el sistema de comunidad continuada y atribución de la explotación a favor de un heredero preferente que sea descendiente del *de cuius*, pero establece modalidades nuevas, de suyo interesantes, de llevar a efecto la partición, además de otras disposiciones encaminadas a obligar al heredero favorecido a pagar la mitad tan sólo de las reservas legitimarias de los coherederos excluidos dentro de un plazo no superior a diez años, a mejorar el módulo legal para el cálculo del salario diferido y a regular la continuidad *post mortem* del arrendamiento rústico. Las mencionadas modalidades de la partición, que son las que aquí nos interesan, son estas dos: De una parte, a falta de un heredero preferente que pida continuar al frente de la explotación, cabe la posibilidad de que los coherederos acuerden la constitución de un *groupement Foncier Agricole* con todas las consecuencias que, en orden a la reforma de estructuras y a las facilidades de financiación, ello trae consigo; de otra parte, se admite también la atribución de la explotación, no en propiedad, sino en arrendamiento al heredero preferente que la pida, pero que carece de los medios

(39) Vid. DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., págs. 532 y ss.; *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 263 y siguientes, e incluso en CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 372 y ss.

(40) La *Agriculture (Miscellaneous Provisions) Act*, de 1976, mencionada en el texto, ha desencadenado una abundante legislación de signo reformista, de la que cabe mencionar aquí las *Agricultural Holdings (Notice to Quit) Act*, de 1977; *Agricultural Holdings Act 1948 (Amendment) Regulations*, de 1978, y la interesante *Agricultural Land Tribunal (Rules) Order*, de 1978, que desarrolla los criterios marcados por la reforma de 1976.

económicos para pagar las cuotas de los coherederos, hasta que se practique, en definitiva, la partición judicial, o que, sin ser heredero preferente, desee adquirir la propiedad de la explotación siempre que se obligue a arrendarla, dentro de seis meses y por largo tiempo, a uno de los herederos preferentes que carece, asimismo, de dinero (41). En Italia, por último, destaca el Proyecto de Ley elaborado por el Profesor CARROZZA que establece un régimen sucesorio único tanto para el causante titular de un contrato de cualquier naturaleza que permita el uso y disfrute de tierras como para el causante titular de un derecho de propiedad, u otro de naturaleza real, sobre la explotación relicta, bien la cultive directamente bien lo haga con trabajo asalariado; en ambas hipótesis el Proyecto italiano prevé una delación preferente a un heredero único y un derecho de crédito garantizado con hipoteca legal a favor de los coherederos excluidos de la titularidad de la explotación, delación que se dirige a la persona designada por el testador o por la ley, si reúne unas condiciones mínimas de idoneidad profesional, o a favor del designado de común acuerdo, suplido por resolución judicial, caso de encontrarse varios herederos en la misma situación. Normas significativas de este Proyecto son, a nuestro modo de ver, la que obliga al heredero favorecido a formular un plan de ordenación y modernización de la explotación a cuya titularidad accede, a quien se concede, además, preferencia en la obtención de crédito oficial con destino al pago de los derechos correspondientes a los coherederos excluidos de la misma; la que regula la valoración de la explotación conforme al módulo del *equo canone*, respecto a los inmuebles, mientras que mantiene el criterio del valor venal para los bienes muebles, incorporados unos y otros a la misma y, en fin, la que somete a la misma disciplina la transmisión *mortis causa* de las tierras rústicas cultivables en potencia, aunque a la apertura de la sucesión no exista una explotación agrícola constituida por el causante en ellas (42).

(41) Sobre la reforma introducida en este aspecto por la Ley francesa citada en el texto, *vid.* MARTIN: «Les incidences sur les intérêts patrimoniaux de famille»; MARTINE: «Le groupement foncier agricole (GFA)», y O OURLIAC: «Les innovations en matière de statut du fermage et de contrôle des structures», en *RDR*, 1980, páginas 461 y ss., 466 y ss. y 479 y ss.; también, BÉNABENT: «La transmission à cause de mort (de l'entreprise agricole)», en *RDR*, 1981, págs. 149 y ss., y las comunicaciones de los tres primeros autores al coloquio sobre «Politique foncière et politique des structures», Poitiers, 1980, publicadas en *RDR*, 1981, págs. 191 y ss., 216 y ss. y 229 y ss.

(42) *Vid.* la *Bozza di proposta di legge*: «Norme di diritto agrario ereditario», anexa a la presentación de su autor, el Profesor CARROZZA: *La disciplina delle successioni mortis causa in agricoltura*, cit., págs. 588 y ss.; sobre este texto, la intervención de FERRUCCI: «Fisionomía del proyecto de ley italiano para la solución global del problema de la sucesión *mortis causa* en la agricultura», en el *Seminario* tantas veces citado, pendiente de publicación. Para otros proyectos relativos al mismo tema, *vid.* DE NOVA: *Op. cit.*, págs. 600 y ss., junto con referencias esquemáticas al Derecho vigente.

De esta referencia, necesariamente esquemática, podemos inferir unas características comunes a estas nuevas indicaciones legislativas, a saber: ante todo, destaca la imbricación de la disciplina sucesoria con la normativa comunitaria tendente a la reforma de estructuras de modo que el régimen de la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola aparece envuelto en el conjunto de reformas enderezado a la recepción interna de las Directrices de 1972, fundamentalmente, sobre modernización de las explotaciones y otras materias afines; de otra parte, existe la tendencia a configurar dicho régimen como único o, por lo menos, uniforme tanto para la transmisión de derechos reales como personales cuyo objeto es la explotación agrícola; luego, se mantiene la técnica de atribución íntegra a favor de un heredero único, siempre que reúna ciertas condiciones de profesionalidad, asignación que se sujeta a la carga de pagar la cuota legitimaria de los herederos excluidos de la titularidad de la explotación, cuota legitimaria que ofrece el aspecto, en términos generales, de un derecho de crédito asegurado con una garantía real; seguidamente, se establece una intervención judicial, más o menos amplia o más o menos inmediata, tendente a concretar el llamamiento hereditario preferente; por último, resaltan la atribución en arrendamiento que contempla el Derecho francés y el carácter de *ius cogens*, incluso para tierras sólo potencialmente cultivables, que consagra el Proyecto italiano. De este ligero examen del Derecho comparado reciente cabe concluir, muy brevemente, que la coincidencia con nuestro Proyecto no es sólo temporal sino, en lo fundamental, sustancial; que el Proyecto hace bien al conectar, aunque sea formalmente, la nueva disciplina sucesoria con el programa de desarrollo y modernización de las explotaciones, y al establecer un régimen sucesorio tendencialmente único y uniforme para cualquier titularidad de la explotación agrícola; asimismo, que si bien mantiene la técnica de la atribución íntegra a un heredero único, con todas las consecuencias que ella implica, habría sido recomendable, quizá, prever la posibilidad de la intervención judicial en orden a la selección del heredero más idóneo para suceder en la titularidad de la explotación, y haber tenido algo más en cuenta las últimas reformas de los Derechos francés e italiano (43).

4. Si nos aproximamos al texto articulado actual, llama la atención la colocación sistemática de la disciplina que nos ocupa por cuanto viene situada, sin solución de continuidad e incluso sin epígrafe propio, en

(43) Algo de esto se refleja en la exposición de DE LOS MOZOS sobre las *Conclusiones del Seminario* aludido; también en la *Memoria* elaborada por el Ministerio de Agricultura que acompaña al texto articulado del proyecto de ley que nos ocupa y en la comunicación al mencionado *Seminario* de MONTOLIÓ HERNÁNDEZ: «Valoración de la explotación familiar agraria ante el fenómeno particional», pendiente de publicación, pág. 5 del original.

el Capítulo tercero del Proyecto, que tiene por objeto la «protección de la integridad de la explotación» el cual comprende, además de la disciplina de la sucesión *mortis causa*, unas normas generales entre las que destaca el artículo 15, que concierne a la segregación por acto *inter vivos* de los elementos que componen la explotación, y la regulación de los derechos de tanteo y de retracto previstos con la misma finalidad. Esto nos parece significativo ya que revela, de una parte, una concepción unitaria de la sucesión en la titularidad de la explotación, lo mismo por acto *inter vivos* que *mortis causa* (44); y por otra parte, el cuadro teleológico que enmarca la sucesión particular de la explotación agrícola, cuya finalidad reside, pues, en la conservación de la integridad de la misma, finalidad que justifica y explica la modificación de los principios fundamentales que rigen la sucesión *mortis causa* en el Derecho común (45), pero, conviene señalar, sólo en la medida en que la modificación sea necesaria para alcanzar dicha finalidad. Asimismo, es significativo que la disciplina de la transmisión *mortis causa* comience por regular el usufructo viudal vitalicio que prevé el artículo 17, puesto que hace patente que ella descansa, como sabemos, en la idea de la propiedad, o, mejor, de la solidaridad familiar (46). En este mismo orden de cosas, habría que señalar, en cambio, defectos de redacción susceptibles de rectificación. Así, de una parte, la norma del artículo 18 del texto actual, que alude al tipo de procedimiento aplicable a los litigios derivados del régimen protector de la integridad de la explotación, debería estar al final del Capítulo concerniente al mismo, antepuesto al artículo 50, que se refiere, también, a otro aspecto de índole procesal, relativo a la ejecución, embargo o apremio que recaiga sobre la explotación o parte de ella; y de otra parte, los artículos 14 y 70 tienen, prácticamente, idéntico contenido preceptivo, con muy ligeras variaciones de redacción, de modo que se debe prescindir, probablemente, de este último.

Por lo que se refiere a la sistemática interna, notemos que, por otra parte, el Proyecto regula, fundamentalmente, cinco aspectos particulares en relación con la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola, a saber: las modalidades de la vocación hereditaria contractual, testamentaria y legal; los criterios que marcan las preferencias en orden a la designación del heredero único según la naturaleza de la sucesión

(44) Para esta concepción, NICOLÒ: «Successione nei diritti», en *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, págs. 605 y ss., por todos.

(45) En este mismo sentido, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, citado, págs. 345-346, con bibliografía abundante.

(46) Así se infiere por analogía con los Derechos forales, sobre todo aragonés y navarro; de momento, *vid.* DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 205-207.

de que se trate; las formas de valorar la explotación a los efectos de la partición; la conmutabilidad de las legítimas en dinero, su reducción, aplazamiento y garantía, y, por último, la legítima del cónyuge viudo. Lo que quiere decir que, en lo no regulado por el texto que nos ocupa, es de aplicación el Derecho general, común o foral, en su caso, que no sea incompatible con el mismo.

5. Hemos destacado antes que la nueva disciplina hereditaria señala al pacto sucesorio una preferencia de primer orden, la que se infiere no sólo de su colocación sistemática sino de la gradación que, al objeto de la designación del heredero, marcan los artículos 25 y 31.1, sobre todo este último, a cuyo tenor «a falta de pacto sucesorio o de disposición testamentaria al respecto, la explotación familiar agraria se atribuirá íntegramente al heredero legítimo...». Por supuesto que no vamos a agotar todas las cuestiones que un pacto de esta naturaleza suscita ni pretendemos hacer aquí un estudio completo de la sucesión contractual en nuestro Derecho, pero sí conviene tratar de fijar el *status quaestionis* para comprender bien el significado de la innovación que, de cara al Derecho común, el Proyecto introduce en este aspecto (47). Como recuerda KASER, en el Derecho romano arcaico hay ciertos indicios que se pueden aproximar al contrato hereditario, tales como la *arrogatio* y el testamento *calatis comitiis*, e incluso el testamento *per eas et libram*, los cuales no prosperaron por el desarrollo temprano del testamento unipersonal en la forma que hoy conocemos, llegando a ser prohibidos por la *lex hereditas*, si bien, iniciado el proceso de vulgarización, el Derecho romano tardío aceptó contratos sucesorios que, practicados en el Derecho griego, asimiló a la *donatio mortis causa*, verdadero pacto sucesorio que por analogía con el legado hecho en testamento, quedaba ineficaz por revocación o por la muerte del donatario antes que la del

(47) En nuestra literatura son clásicos los trabajos de ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, págs. 341 y ss., y *Notas a KIPP: Derecho de sucesiones*, I, en ENNECERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, V, traducción española, Barcelona, 1951, págs. 209 y ss., y a COING-KIPP: *Op. cit.*, I, 2.ª edición española revisada por PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, Barcelona, 1976, páginas 368 y ss. y 703 y ss., y los de LACRUZ: *Notas a BINDER, Derecho de sucesiones*, traducción española, Barcelona, 1953, págs. 127 y ss., y en colaboración con SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1976, págs. 464 y ss.; en particular, de gran interés, COSACK: «El derecho hereditario según los principios del Código Civil alemán comparado con los del Derecho español», en *RDP*, 1923, páginas 290 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO: *Breves consideraciones sobre la sucesión contractual*, Madrid, 1923; GAS: «Pactos sucesorios», en *RJC*, 1953, págs. 314 y siguientes; MARTÍN-BALLESTERO: *El Código Civil y la sucesión contractual*, Zaragoza, 1965; CASTÁN VÁZQUEZ: «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español», en *ADC*, 1964, págs. 367 y ss.; PELAYO HORE: «Los pactos sucesorios», en *Ibidem*, 1967, págs. 818 y ss., estudio de índole general aunque referido, especialmente, al Derecho aragonés; por último, DE LOS MOZOS: «Adopción y pacto sucesorio», en *RDEA*, 1968, págs. 11 y ss.

donante, como lo ha puesto de relieve VALLET DE GOYTISOLO entre nosotros; sin embargo, a pesar del principio prohibitivo, hubo importantes pactos sucesorios que, excepcionalmente, se estimaron válidos, los que se multiplicaron, como ha demostrado ROCA SASTRE, por obra de la legislación imperial, y entre los que cabe mencionar la *divissio inter liberos* que contempla, aunque desnaturalizada, el artículo 1.056 del Código Civil (48). Hace notar DE LOS MOZOS que el cuadro evolutivo de los Derechos germánicos no es muy disímil del Derecho romano, pues los pactos sucesorios, que eran frecuentes en épocas primitivas, responden a la misma idea de la *adoptio in hereditate* y desembocan, asimismo, en la donación *mortis causa*, la que parece haber sido bastante usual en el Derecho histórico español durante los primeros siglos de la Alta Edad Media, lo mismo en Castilla que, como explica LACRUZ, en Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya (49). Es sabido que, aunque las *Partidas* recogen tempranamente la regla prohibitiva, formulada, probablemente, por los glosadores, admiten, sin embargo, ciertas excepciones, que la práctica se preocupó por todas partes de ensanchar en torno a la partición hecha por el testador, la emancipación voluntaria con entrega del peculio adventicio y reserva de usufructo, las promesas de mejorar y de no mejorar previstas por las Leyes 17 y 22 de Toro, y, sobre todo, las donaciones *post obitum*, donaciones *mortis causa* de bienes futuros, con o sin efectos de presente, y otras figuras similares que, cuando implicaban una renuncia a la facultad de revocarlas, venían a desempeñar una función equivalente a la vocación hereditaria contractual, como se puede advertir en la doctrina catalana clásica sobre heredamientos y, hoy en día, en la verdadera sucesión contractual que representa la

(48) Vid. KASER: *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, 148, y *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, págs. 57 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO: «Donación, condición y conversión jurídica material», en *ADC*, 1952, págs. 1205 y ss.; «La donación *mortis causa* y el Código Civil español», en *RCDI*, 1952, págs. 789 y ss., y antes «La donación *mortis causa* en el Código Civil español», en *AAMN*, 1950, página 634, y ROCA SASTRE: *Estudios*, cit., pág. 344. En general, respectivamente, KUNKEL: *Derecho romano privado*, trad. esp., Barcelona, 1965, pág. 449; BRONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, 2.ª ed. it., trad. esp., Barcelona, 1960, págs. 63 y siguientes, y el propio ROCA SASTRE: *Estudios*, I, cit., págs. 563 y ss.; LALAGUNA: «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *RDP*, 1964, págs. 277 y ss., y en *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1978, págs. 225 y ss.; DE LOS MOZOS: «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *RDP*, 1971, págs. 803 y ss., y, últimamente, RUBIO: «Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explotación», en *RCDI*, 1981, págs. 351 y ss., con otras referencias, incide indirectamente sobre el tema. Para la *divissio inter liberos*, DE LOS MOZOS: *La partición de la herencia por el propio testador*, loc. cit., por todos.

(49) Asimismo, DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 271 y ss., y LACRUZ: *Notas*, cit., págs. 128 y ss.; en general, la monografía de ARVIZU: *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, págs. 391 y ss., con bibliografía y fuentes.

donación universal de bienes presentes y futuros, por ejemplo, que regulan los artículos 8 y siguientes de la Compilación balear (50). Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que en el Derecho común impera un criterio contrario a los pactos sucesorios, mientras que en los Derechos forales prevalece una tendencia favorable a los mismos, si bien la prohibición del Código no es rígida y la admisión de tales pactos por las Compilaciones no es absoluta. Así, frente a la prohibición que consagran los artículos 1.271,2, 658, 816, 991 y 1.674 del Código Civil, tenemos la excepción, más aparente que real, de la partición del testador que contempla el mencionado artículo 1.056,1, y las verdaderas excepciones constituidas por las promesas de mejorar o de no mejorar que mantienen los artículos 826 y 827, y la donación de bienes futuros para el caso de muerte a que se refiere el artículo 1.331, no reformado pero revitalizado por la reforma del Código Civil de 1975, aparte del posible juego de la donación *inter vivos* en concepto de mejora, con o sin reserva de usufructo, y del acceso al Registro que asegura a estos pactos el artículo 14

(50) La prohibición se recoge en textos tales como P. 5.11.33 y 6.2.1, relativos a las instituciones recíprocas y a los pactos sobre sucesión futura; suelen mencionarse como excepciones la división del caudal hecha por el padre entre sucesores legítimos y los pactos sucesorios ligados a la compañía de bienes a que se refieren P. 6.1.7 y 15.9 y 3.10.9, lo mismo, en tema de emancipación, el texto de P. 4.18.15, en conexión con el *Fuero Juzgo*, 4.2.13-15, y las *Leyes de Toro*, 47.7.48, lo que advierte el propio B. GUTIÉRREZ: *Códigos o Estudios fundamentales del Derecho civil español*, I, 3.^a ed., Madrid, 1871, págs. 604 y ss. y 692 y ss.; pero la regla de P. 5.11.33 se refiere, más bien, al supuesto del testamento mancomunado, según vemos en su momento. En cuanto a los heredamientos, baste recordar aquí la conocida definición de FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, Génova, 1722, cl. IV, gl. 6.^o, núm. 3: «*Donatio inter vivos quae fit in pactis nuptialibus quia per eam consetur donator praevenisse diem supremi iudicii*», según refiere el propio Roca SASTRE: *Derecho hipotecario*, 6.^a ed., Barcelona, 1968, IV-1, pág. 13, nota 1, lo mismo que, como señala DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 186-187; autores como SOCARRATS, VIVES y hasta BORRELL Y SOLER; por el contrario, la idea de la sucesión contractual fue impulsada por BROCA: V-1, Barcelona, 1918, págs. 701 y ss., desarrollada por PELLA Y FORGAS: *Derecho civil de Cataluña*, III, Barcelona, 1943, págs. 39 y ss., y confirmada por el mismo Roca SASTRE: *Estudios*, II, cit., pág. 357, y *Derecho hipotecario*, IV-1, citado, págs. 13 y ss.; se trata de la concepción que prospera y desenvuelve el autorizado estudio de PUIG FERRIOL en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXVII-2, Madrid 1978, sub artículos 63 y ss. de la Compilación catalana, páginas 99 y ss. Y lo mismo ocurre en el Derecho aragonés a partir de ISABAL, según DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, págs. 187 y 257, nota 209, con referencias. Para el Derecho balear, el clásico PASCUAL Y GONZÁLEZ: *Derecho civil de Mallorca*, reedición, Palma de Mallorca, 1979, págs. 127 y ss., y los trabajos recientes de COLL CARRERAS: «Sucesión contractual en Baleares», en *Jornada de Derecho Foral*, Palma de Mallorca, 1973, págs. 55 y ss., y MASSOT MIQUEL: *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca. La donación universal de bienes presentes y futuros*, Palma de Mallorca, 1976, y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXXI-1, Madrid, 1980, sub artículos 8 y ss., págs. 182 y ss., y la misma orientación mantiene CERDÁ GIMENO para Ibiza y Formentera, en la *op. cit.*, XXXI-2, sub artículos 69 a 76 de la Compilación balear, págs. 222 y ss.

de la Ley hipotecaria. Y, por el contrario, aun cuando los Derechos forales admiten los pactos sucesorios, no lo hacen de forma indiscriminada sino que limitan los sujetos a un círculo más o menos amplio de parientes, salvo en Navarra, exigen que se estipulen en capitulaciones matrimoniales, rechazan el pacto de *hereditate tertii* y restringen el pacto negativo de renuncia (51). Con todo, no hay que olvidar que la disciplina de los Derechos forales sobre los pactos sucesorios, y especialmente el régimen refinado de los heredamientos de los artículos 63 y siguientes de la Compilación catalana, debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar e integrar, lo mismo por analogía que por diferencia, las normas del Proyecto, así como las reglas generales que se pueden inferir del Código enlazando los supuestos excepcionales en que los admite (52).

Los artículos 19, 21 y 41 del Proyecto introducen, en efecto, una innovación radical en tema de vocación hereditaria al aceptar de forma sumamente amplia los pactos de suceder, de no suceder y hasta los *pactum de hereditate tertii*. Así, consagra un pacto de suceder, que lo mismo puede ser adquisitivo que confirmativo, pero no de *mutua successionem*, el artículo 19.1 al disponer que «el titular de la explotación podrá convenir la sucesión en dicha titularidad con uno de sus legitimarios que reúna la cualidad de colaborador», así como el siguiente artículo 20 cuando expresa que «para ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria mediante pacto, será preciso, en su caso, el otorgamiento del mismo por ambos cónyuges», caso este último en el que no cabe, tampoco, la institución mutua o recíproca, pues se configuraría un testamento mancomunado, y que hay que entender referido al supuesto de que la explotación sea un bien ganancial, en el que la institución de heredero debe ser efectivamente concordada por ambos cónyuges por virtud del principio de codisposición que establece, como sabemos, el artículo 16 del propio Proyecto; se trata, pues, de un pacto de insti-

(51) Así, CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. cit.*, págs. 369 y ss. y 373 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 285 y ss. y 312 y ss.; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, 1.ª ed., cit., págs. 435 y ss.; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, páginas 464 y ss. y 472 y ss., y DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 151 y ss., especialmente, sobre los Derechos forales, 182 y ss., y acerca de la donación *inter vivos*, 158-159. Tema que ha trascendido a la doctrina extranjera; así, HIERNEIS: *Das besondere Erbrecht der sogenannten Foralrechtsgebiete spaniens*, Berlín-Tübingen, 1966, págs. 375 y ss. y 382 y siguientes.

(52) Inducidas estas reglas generales de los casos excepcionales de pactos sucesorios que admite el Derecho común por ROCA SASTRE: *Estudios*, II, cit., páginas 363 y ss., han sido acogidas, con matices diversos, por la doctrina posterior, señaladamente: CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 308 y siguientes; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, págs. 455 y ss., y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, págs. 469-471. las que sirven de base a la exposición que sigue en el texto.

tución conjunta a favor de tercero, el cual, a diferencia de la hipótesis anterior, no se contrae a la institución pactada con el sucesor, sino que tiene el objeto amplio de «ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria», según dice el citado artículo 20, de modo que puede afectar, probablemente, bienes ajenos a la misma, con lo que este pacto sucesorio puede llegar a ser de aplicación, de forma indirecta, toda vez que exista en el patrimonio hereditario una explotación agrícola de esta naturaleza. Aún más amplia, si cabe, es la admisión del pacto de no suceder que contempla el artículo 41, a cuyo tenor, «serán válidos la renuncia o convenios que se estipulen en relación con los derechos hereditarios sobre la explotación familiar. Dichos actos —añade la norma— podrán condicionarse a que resulte efectiva la designación, como sucesor en la explotación, de una determinada persona»; del contraste entre renuncia y convenio, que reitera el artículo 21, parece deducirse que hay que distinguir la renuncia propiamente y el pacto entre legitimarios sobre la herencia del titular actual de la explotación que se plasma en el convenio. Si esto es así, la renuncia es, en rigor, un acto unilateral del renunciante, que no exige aceptación del causante, por virtud del cual el legitimario o heredero *ab intestato* abdican de su expectativa jurídica bien a favor del *de cuius*, bien en beneficio de otro sucesor presunto, mientras que el convenio exige, en cambio, el consentimiento del causante, que es lo normal en los Derechos forales, salvo en Navarra, donde la Ley 172, 2da. parte, de la Compilación lo exige sólo cuando la renuncia implique cesión de los derechos hereditarios a favor de tercero; el convenio no es, pues, un pacto de *hereditate tertii*, ya que el causante no es ajeno al mismo, pacto este último que el Proyecto, igual que los Derechos forales, no acepta en términos generales sino indirectamente en el supuesto del artículo 19.2, a que nos referimos en seguida. Tanto la renuncia como el convenio pueden ser, por su parte, totales o parciales, puros o condicionados y a título gratuito u oneroso, puesto que el Proyecto no establece limitación alguna al respecto; en particular, el pacto de no suceder puro no significa, en rigor, una excepción a los artículos 990 y 991 del Código Civil, como se ha creído erróneamente, por cuanto su objeto está constituido por una sucesión no abierta, que no es susceptible todavía de aceptación o repudio, aunque el pacto de no suceder condicionado sí puede representar una excepción al primero de estos preceptos en el sentido, que admite el artículo 41 del Proyecto, de quedar su eficacia subordinada a que la vocación hereditaria contractual se dirija a favor de determinada persona, pero no a otra condición diversa ni a una de signo negativo. Todo pacto de no suceder es, en cambio, una excepción puntal al artículo 816 del mismo Código, si bien hay que aplicar, lo mismo a la renuncia que al convenio, la obliga-

ción de colacionar lo recibido a cambio de la abdicación que dicho precepto contempla, salvo voluntad contraria del causante (53). Esto quiere decir, por consiguiente, que el Proyecto no se ha inspirado en este aspecto en la tendencia restrictiva que, en tema de pactos de renuncia, prevalece en los Derechos romanizados de Cataluña y Baleares que admiten, respectivamente, los pactos de sobrevivencia, de contento y la asignación o señalamiento *ex* artículo 134, conforme al artículo 145 de la Compilación catalana, y el pacto de definición de conformidad con el artículo 50 de la Compilación balear; antes bien, parece que el texto configura este pacto en los términos amplios que predominan en Aragón y Navarra, si bien creemos que no cabe aplicar por analogía en beneficio del renunciante la norma del artículo 106 de la Compilación aragonesa, dada la función del pacto de no suceder en orden a asegurar la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola a favor del heredero único, sino cuando los derechos que provengan de la sucesión intestada o testamentaria a su nombre no afecten la integridad de la misma (54).

En cuanto al régimen jurídico del pacto de suceder, el Proyecto determina que no puede acordarse libremente sino entre el titular actual de la explotación, por una parte, y la persona que reúna simultáneamente la condición de legitimario y de colaborador, por otra, siendo de resaltar que se da preferencia a esta última cualidad sobre la primera. En efecto, si no concurren ambas cualidades en un solo sujeto, el artículo 19.2 permite designar heredero contractual a un colaborador, con el consentimiento de los legitimarios, lo mismo en la hipótesis de que éstos no existan, según lo que dispone el apartado final de dicho precepto. Aparte del supuesto excepcional de pacto sucesorio sobre herencia de tercero que esta norma contempla, hay que llamar la atención acerca del criterio de preferencia que la misma mantiene a favor de la cualidad de colaborador por encima de la condición de legitimario. Lo que es sumamente significativo si recordamos que son legitimarios los parientes que menciona el artículo 807 del Código Civil, mientras que son colabora-

(53) En el sentido que criticamos opina, en cambio, LOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, citado, pág. 19 del texto original.

(54) Cfr. el texto de esta última disposición: «La renuncia a la legítima no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión intestada ni a los que le provengan de disposiciones testamentarias del causante». Sobre el pacto sucesorio en Aragón, LACRUZ: *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, cit., págs. 574 y ss.; SAPENA: «El pacto sucesorio en Alto Aragón», en *RDP*, 1954, págs. 201 y ss.; GARCÍA ARANGO: «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón», en *RCDI*, 1967, páginas 1291 y ss.; PELAYO HORE: *Op. cit.*, págs. 854 y ss.; últimamente, CRISTÓBAL MONTES: *La sucesión contractual aragonesa*, Zaragoza, 1978.

dores aquellos parientes que, conforme al artículo 6 del Proyecto sean mayores de edad o estén emancipados, tengan una experiencia profesional en la agricultura de dos años y se hayan dedicado a trabajar, como actividad principal, en la explotación familiar por igual plazo mínimo; en la vocación hereditaria contractual, predomina, por consiguiente, la profesionalidad y la dedicación sobre la relación simple de parentesco o de matrimonio, es decir, que el vínculo laboral de colaboración prevalece sobre el vínculo de familia.

En otro orden de cosas, hay que decir que, por aplicación de las reglas generales, el pacto sucesorio que examinamos es, a pesar de la falta de unipersonalidad del mismo, un acto personalísimo en el sentido de que el consentimiento del disponente ha de ser prestado de forma personal y de presente, no por representante, quien debe tener plena capacidad de obrar, y no sólo la de testar, mientras que al heredero le basta, en cambio, la capacidad para suceder, si es un legitimario; caso de tratarse de un colaborador será, por definición, plenamente capaz de contratar. Cuando el pacto sucesorio lo otorguen los esposos o cónyuges en capitulación matrimonial antenupcial o postnupcial, bien de forma voluntaria o bien por aplicación del artículo 20 del Proyecto, el consentimiento debe prestarse, si se trata de menores de edad, con la asistencia de las personas que menciona el artículo 46 del Código Civil por virtud de lo que disponen los artículos 1.318 y 1.329 del mismo Cuerpo legal (55). Por lo que se refiere a la forma del pacto, dice el artículo 21 del Proyecto que toda manifestación de voluntad contractual relativa a la transmisión *mortis causa* de la explotación debe constar en escritura pública; de aquí que, si el pacto se ha estipulado en capitulaciones matrimoniales, no quepa la forma especial prevista para éstas por el artículo 1.324 del Código Civil, aun cuando sería recomendable su admisión, dada la ruralidad presumible del acto, previa modificación de la cuantía máxima que fija este precepto. Es de señalar, por otra parte, que no rige para el pacto sucesorio el principio de unidad de acto que consagra el artículo 695 del Código Civil para el testamento abierto por cuanto el consentimiento del heredero puede otorgarse, según se infiere del propio artículo 21 del Proyecto, en instrumento separado, e igualmente solemne. Respecto al contenido, el pacto, a diferencia de lo que dispone el artículo 764 del Código Civil para todo testamento, debe necesariamente comprender la institución de heredero por la totalidad de la explotación agrícola de cuya sucesión se trate, incluso en el caso de que se acuerde entre cónyuges. Los efectos del pacto son los que marcan los artículos 22 y 23 del Proyecto; de acuerdo con el primero,

(55) Posibilidad que apuntan, en cuanto a la capacidad y a la forma, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 469.

el designado heredero queda obligado, desde el momento que consienta tal condición, a mantener la cualidad de colaborador hasta el momento de apertura de la sucesión verdadera obligación de hacer cuyo incumplimiento autoriza a los legitimarios del *de cuius* la impugnación del contrato, el cual será anulado en todo caso a no ser que el incumplimiento se justifique en razones de equidad. Varias son las observaciones que cabe hacer a este respecto. De una parte, notemos que la obligación que contrae el sucesor es de efecto inmediato y se desdobra en dos prestaciones de actividad diferentes, a saber: la de mantener la cualidad profesional de agricultor y la de continuar la dedicación, como actividad principal, a las labores de la explotación; por supuesto que no se trata de prestaciones de resultado, sino de mera actividad, cuyo tracto continuo admite por el índice de flexibilidad que implica la apelación a la equidad que hace la norma, interrupciones compatibles con el módulo de la principalidad que es exigible al heredero contractual en los términos del artículo 2.º del Proyecto, en cuanto titular potencial de una explotación familiar agraria. De otra parte, señalemos que la carga para el sucesor que esta obligación implica puede impulsar a postergar el consentimiento lo más posible, lo que retrasaría el momento inicial de la misma y las ventajas de presente inherentes a la sucesión contractual, sobre todo la certeza del titular actual de tener un sucesor y de asegurarse la convivencia y cooperación del mismo, tenderían a desaparecer. En fin, digamos que, si alguna vez se adujo en contra del pacto sucesorio que encubrían una compra de la herencia por el sucesor, hoy en día la situación, dado el éxodo rural, se ha invertido, y lo que el pacto sucesorio autoriza es, diríamos, la compra del sucesor, como lo pone de relieve la obligación que le impone la norma que comentamos; por eso es acertado el juego de la equidad que el artículo 22 del Proyecto permite (56). Determina el artículo 23, asimismo, los efectos inmedia-

(56) Sobre las prestaciones de tracto continuo y de mera actividad, nos remitimos a nuestro estudio «La regla *accessorium sequitur principale* y la prestación», en *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, págs. 7 y ss., especialmente 51 y ss., y allí referencias; acerca de los inconvenientes derivados de la regla de la unanimidad ha llamado la atención TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., pág. 355, los que no excluyen la mala fe del interesado en evitar el acuerdo; por último, PELAYO HORE: *Op. cit.*, págs. 827-828, se refiere a la disparidad de opiniones de LACRUZ y PALA MEDIANO, inclinándose el primero por la idea de cambio que late en el pacto sucesorio, mientras que el segundo rechaza la onerosidad del mismo, «cuando ante la posibilidad de la desagradable figura de la compraventa de la herencia la rechaza airadamente, imputando a quienes la supongan que ignoran lo que es el pacto sucesorio», y luego el autor, de acuerdo con una línea hasta cierto punto contrario al mismo, agrega: «Hubiese sido de desear que el ilustre tratadista (refiriéndose a este último) terminase de explicar en qué consiste» dicho pacto. Notemos, por otra parte, que la existencia de esta obligación pone de relieve que la vocación hereditaria contractual trasciende, en el texto actual del Proyecto, la pura institución de heredero; se aproxima, en efecto, hacia el es-

tos del pacto sucesorio por lo que respecta a la posición jurídica del instituyente, quien queda obligado a no realizar actos de disposición que afecten total o parcialmente los elementos que integran la explotación, sino a favor del instituido heredero del mismo; ordena el precepto, en efecto, que el titular actual no puede realizar actos de esta índole, lo mismo a título gratuito que a título oneroso, y, en caso de que lleve a cabo uno de esta última clase, reconoce al sucesor un derecho de tanteo y de retracto que le permiten la adquisición preferente del objeto segregado o de la parte de la explotación que el titular pretende enajenar, a no ser que la contraprestación que reciba la reinvierta en la misma explotación familiar agraria. Ante el silencio del texto prelegislativo, entendemos que la sanción por los actos de disposición a título gratuito ha de ser la nulidad absoluta por tratarse de un acto contrario a una norma prohibitiva, de conformidad con lo prevenido con carácter general por el artículo 6.º del Código Civil. El pacto sucesorio tiene, pues, efectos *inter vivos* que vinculan al causante al par que generan una cierta expectativa de derechos a favor del instituido, similar a la de los legitimarios, tutelada, frente a los actos gratuitos, con un poder de impugnación, y frente a los actos onerosos, con un derecho de preferente adquisición, lo que se aparta de las reglas generales tanto por lo que se refiere a la obligación de no disponer que el Proyecto impone al *de cuius* cuanto a las obligaciones y derechos que reconoce al instituido; sin embargo, hay que entender, de acuerdo con ellas, que éste no puede disponer de su derecho *inter vivos* sino con el consentimiento del titular actual de la explotación, aunque sí lo transmite *mortis causa* como cualquier otro derecho de índole patrimonial (57). Y ello porque el

quema de una sociedad familiar, pues no otra cosa significan los deberes de convivencia y de trabajar en utilidad de la explotación familiar agraria que la norma impone al sucesor designado en el pacto sucesorio, de forma similar al heredamiento catalán; en tan sentido, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., pág. 192, a propósito de una hipotética admisión de esta clase de sucesión en el campo del Derecho común, la que llega a recomendar *de lege ferenda*, como sabemos; asimismo, establece una obligación similar para el titular del derecho de labrar y poseer el artículo 87.2 de la Compilación gallega.

(57) La similitud del sucesor contractual con un legitimario la subrayan LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 470. Es de advertir, por otra parte, que el Proyecto viene a resolver en la forma indicada en el texto el problema de los efectos típicos derivados del pacto sucesorio antes de la apertura de la sucesión, acerca del que no hay plena conformidad de opiniones; así, mientras CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, entienden que «los pactos sucesorios no limitan la facultad de disponer de los contratantes, siempre y cuando las partes no actúen con abuso del derecho», ROCA SASTRE: *Estudios*, II, cit., pág. 366, matiza que el instituyente queda vinculado a no defraudar al sucesor, quien podría impugnar los actos fraudulentos, lo que acepta PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, pág. 458, y desarrollan LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 470, en el sentido indicado. Concuerdan estos autores, sin embargo, en lo que respecta a la indisponibilidad y a la

pacto sucesorio no impide celebrar otro entre las mismas partes, y presenta la misma eficacia derogatoria tácita que el artículo 739 del Código Civil reconoce al testamento posterior perfecto, sólo que la voluntad que se debe tener en cuenta para determinar lo revocado por incompatible no es la del testador, sino la común de las partes (58). Por eso, el artículo 24 del Proyecto determina que el pacto sucesorio puede ser revocado total o parcialmente, aunque este extremo no lo precisa, de forma bilateral por el acuerdo mutuo de los otorgantes, lo que no impide la posibilidad excepcional de extinción unilateral, que puede ser tanto forzosa como voluntaria. En efecto, extinción unilateral forzosa hay en los supuestos de que el instituido incumpla las obligaciones contraídas por el pacto, mantenga un comportamiento que dificulte la convivencia familiar o incurra en las causas de indignidad o de desheredación a que se refieren los artículos 756 y 852 del Código Civil, incluso en el caso de no ser un legitimario, conforme a la enumeración que ofrece el citado artículo 24, a la que habría que unir las causas de ingratitud que menciona, en tema de donaciones, el artículo 648 del mismo Código; y extinción unilateral voluntaria habría, asimismo, en caso de renuncia sobrevenida del sucesor, lo que le permite la admisión genérica de los pactos de no suceder que establece, como sabemos, el artículo 41 del Proyecto (59).

En fin, entendemos que el pacto sucesorio que nos ocupa constituye una modalidad de realizar de forma voluntaria la vocación hereditaria, pero que no agota el *iter* sucesorio; por consiguiente, muerto el titular actual de la explotación agrícola, se abre la sucesión y el designado heredero contractual debe aceptar expresa o tácitamente la herencia, pues en el pacto o al otorgar el consentimiento éste consintió la condición de heredero únicamente, pero no la herencia, y entre aquel momento cronológico y el momento de apertura de la sucesión puede haber transcurrido mucho tiempo y cambiado sustancialmente la consistencia de la explotación; asimismo, cabe, a nuestro modo de ver, la repudiación, el beneficio de inventario y el derecho a deliberar, con arreglo a las reglas generales que señalan los artículos 988 y siguientes del

transmisibilidad de la expectativa adquirida por el sucesor. Conviene advertir que por medio de esta última vía podría frustrarse la *ratio legis* del Proyecto.

(58) Señalan esta solución, que estimamos acertada en el marco del Proyecto, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 470.

(59) La norma relativa a la extinción unilateral por imposibilidad de convivir parece estar inspirada, ciertamente, en el citado artículo 87.3 de la Compilación gallega. Aunque en el cuadro del Derecho común entiendan LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 471, con razón, que la renuncia sobrevenida del sucesor es válida sólo si éste no ha concurrido al acto, hay que resaltar que la norma del artículo 41 del Proyecto, como decimos en el texto, da a entender lo contrario, esto es, que la cualidad de sucesor contractual es siempre renunciable.

Código Civil al respecto, ya que como se expresa LACRUZ, lo contrario no se infiere del sistema hereditario del Derecho común ni «tampoco podría deducirse inequívocamente de la presumible intención de los contratantes» (60). En cuanto a la participación y al pago de las legítimas rigen, en cambio, las reglas especiales que luego veremos.

6. Por ello, a falta de pacto sucesorio, o en defecto del mismo, por lo que respecta a la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola, establece el artículo 25 del Proyecto que la herencia se defiere a la persona designada en testamento por el titular actual, sucesor que, a diferencia de la vocación contractual, no requiere ser, en principio, ni legitimario ni colaborador; sólo si hay herederos forzosos a la apertura de la sucesión, determina el precepto citado que la validez de la disposición testamentaria queda subordinada a la *condictio iuris* de recaer el llamamiento en uno de ellos, caso de no haber sido excluido de la sucesión, total o parcialmente, por renuncia, convenio o desheredación. Quiere decir esto, por consiguiente, que la norma consagra un criterio de preferencia a favor del *status familiae*, inherente a la condición de legitimario, y que únicamente en defecto del mismo, la vocación testamentaria puede dirigirse a una persona ajena a dicho círculo, señaladamente, en beneficio de un colaborador. Por contraste con la preferencia marcada por el artículo 19 del Proyecto, en tema de pacto sucesorio, prevalece aquí, en cambio, la pura relación de familia sobre el nexo de colaboración, modificación de criterio sobre la que conviene llamar la atención, ya que parece infundada, toda vez que, siendo la vocación contractual y la vocación testamentaria ambas *ex voluntaria*, no hay razón alguna para distinguir y preferir, mientras que, en el segundo, la relación de familia sobre la laboral; por el contrario, probablemente la misma razón que justifica el predominio del vínculo de colaboración en la vocación contractual debería fundamentar idéntico predominio en la vocación testamentaria, puesto que en las dos tiene el titular actual la misma posibilidad de elegir al sucesor, criterio de preferencia que mantiene el texto prelegislativo, como veremos en su momento, en materia de vocación *ex lege*.

Ahora bien, como lo ha puesto de relieve TORRES GARCÍA recientemente en relación con el Derecho vigente, dentro del círculo de los

(60) Por el contrario, ROCA SASTRE: *Estudios*, II, cit., pág. 369, estima que no necesita el sucesor aceptar la herencia, ni cabe la repudiación ni el beneficio de inventario, lo que aceptan CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, pág. VI-3, página 311, porque entienden que el heredero «ya la aceptó (la herencia) al contratar»; duda, en cambio, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, pág. 461, quien admite, en este caso, el beneficio de inventario. Pero esto se debe, a juicio de LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 471, a un «mimetismo con los Derechos forales», razón por la que compartimos con estos autores el criterio mantenido en el texto.

legitimarios se ha de preferir, de acuerdo con las reglas generales, a los de mejor grado y a los legitimarios denominados principales sobre los subsidiarios; el llamamiento puede ser hecho a cualquier título, pero sus efectos serán siempre, según vimos, los inherentes a la institución de heredero a título universal, y la atribución de la explotación agrícola se puede imputar lo mismo a la parte de legítima, de mejora o de libre disposición, pudiendo adoptar el testador cualquiera de las fórmulas que admite, a este respecto, el Derecho común. De aquí que, si el testador se limita a designar en el testamento al sucesor en la titularidad de la explotación únicamente, entienda la mencionada autora con acierto, que tal testamento no es, en principio, anulable, por el juego de los artículos 814 y 815 del Código Civil, sino en la medida en que el testador no haya atribuido a los otros legitimarios bienes que cubran el contenido material de su respectiva cuota de legítima, es decir, cuando exista preterición propia; en tal caso, estos legitimarios omitidos pueden pedir el suplemento de legítima y la sucesión se rige, de acuerdo con lo que disponen los artículos 764 y 912.2 del mismo Código, por las reglas de la sucesión *ab intestato*, pero no las del Derecho general, común o foral, sino las que el propio Proyecto establece (61). Hay en materia testamentaria, pues, escasas modificaciones de las reglas generales sobre las que se yuxtapone la disciplina especial agraria que estudiamos, en términos no muy distintos a los que contempla hoy el artículo 35.2 de la Ley de reforma y desarrollo agrario; antes bien, las innovaciones del Proyecto en este aspecto atienden fundamentalmente a la forma del testamento, pues, además de las comunes y especiales *ex* artículo 676 del Código Civil, admite el testamento mancomunado y el testamento por comisario en la idea de potenciar, como sabemos, la fiducia sucesoria.

(61) Así, ampliamente, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, citado, págs. 350-353; acierta, además, la autora cuando afirma en pág. 354, siguiendo a CONDOMINES VALLS: «Formas de sucesión en la vida jurídica moderna», en *Estudios de Derecho sucesorio*, Barcelona, 1945, págs. 144 y ss., que «no hay preterición de los otros legitimarios no mencionados porque propiamente esta sucesión aunque se causa testamentariamente su naturaleza es la de una sucesión legal que concede al testador un *ius electionis* para que elija cuando sean varios a uno solo de los legitimarios como titular de la explotación»; aun cuando sabemos que no se trata, en rigor, de una sucesión legal, en sentido técnico, sino de una sucesión particular que se yuxtapone a la ordinaria del *de cuius*. Por ello prevalecen las normas del Proyecto concernientes a la sucesión *ab intestato*, como decimos en el texto, cuando hayan de aplicarse por consecuencia de la preterición; asimismo, la disciplina de los testamentos mancomunado y por comisario prevista por los artículos 26 y siguientes del Proyecto prevalece cuando se aplique en territorios regidos por Derecho foral, que regulen estas formas testamentarias de un modo diverso, en lo que se refiere a la sucesión en la titularidad de la explotación familiar agraria, como bien lo advierte LLOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, cit., pág. 42 del texto original.

7. En cuanto al testamento mancomunado, sabemos que el artículo 26.1 del Proyecto lo introduce como una de las modalidades que puede adoptar la vocación testamentaria «a fin de ordenar la sucesión —dice el precepto— en la explotación familiar agraria en su integridad», pero con dos limitaciones, a saber: de una parte, sólo puede ser acordado entre cónyuges y, de otra, necesariamente debe revestir la forma del testamento abierto; no cabe, pues, en capítulos matrimoniales, incluso postnupciales, bien que parece recomendable que pudieran instrumentarse ambos actos en la misma forma dada la conexión íntima que hay, presumiblemente, entre uno y otro. En punto a los contornos esenciales de la institución, recordemos que en el Derecho romano clásico, aunque destaca la particularidad de excepciones, por razones diversas, a la personalidad exclusiva del testamento, como explica Voci, señaladamente en la testamentifacción de la mujer y de los pupilos, no se admitió el llamado testamento conjuntivo, aquél que reúne dos o más disposiciones de personas distintas en un mismo acto, ni el testamento recíproco, aquél que contiene, además, instituciones mutuas, de lo que infiere el autor que esta forma testamentaria fue totalmente desconocida; son tardíos, en cambio, los supuestos excepcionales de instituciones recíprocas que la legislación imperial consideró válidos, tales como entre militares o entre cónyuges, pero el primer caso constituye, a juicio de Biondi, un pacto sucesorio y el segundo, «un testamento recíproco redactado solo *unuius chartae volumine*», de modo que el Derecho postclásico no llegó a configurar tales supuestos como verdaderos testamentos revocables unilateralmente sino más bien como pactos sucesorios irrevocables; lo mismo hay que advertir, en fin, en cuanto al Derecho justiniano, que ni siquiera recoge la constitución de Valentiniano III, del año 446, que contempla el caso del testamento bilateral de los cónyuges (62). Un criterio similar mantienen las *Partidas* al considerar que no deben valer, según dice la Ley 5.11.33, «pleyto o promission faziendo dos omes entresi que qualquier dellos que muriesse primero que el otro que fincasse que heredase todo lo suyo», lo que justifica el texto, muy gráficamente, en la conveniencia de evitar que uno pueda «trabajar la muerte» del otro; en la hipótesis de que se acordara un acto de esta índole, la norma determina que es siempre revocable en vida de los otorgantes, pero si no se ha revocado antes de la muerte de uno de ellos, el supérstite sucede al premuerto, en el único caso cuya validez admite, esto es, cuando lo «fiziessen dos caualleros

(62) La validez de los supuestos excepcionales aludidos en el texto viene reconocida, respectivamente, por una constitución de DIOCLECIANO, recogida en C. 2.3.19, y por otra de VALENTINIANO III en Nov. 21.1, pero no en C. Para esto, Voci: *Diritto ereditario romano*, II, cit., pág. 84, y BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., págs. 30-31.

entresi, queriendo entrar en batalla alguna, o en fazienda», forma medieval que adopta el texto al recoger el precedente del Derecho romano. Un germen de la figura que nos ocupa suele encontrarse en el pacto de hermandad previsto por el *Fuero Real*, 3.6.9, según el cual podían los cónyuges sin hijos hacer hermandad de sus bienes luego del primer año de matrimonio, mediante las formas de los testamentos comunes, al objeto de instituirse herederos universales recíprocamente, pacto que era ineficaz «si después que fizieren tal hermandad hubieren hijos de consuno»; pero lo cierto es que, como bien lo advierte BENITO GUTIÉRREZ, la norma no autoriza a los cónyuges verificar la hermandad «en un acto otorgado de mancomún», modalidad ésta introducida, a su juicio, por obra exclusiva de la práctica (63). Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código Civil entendió que cuando el acto implicaba imposibilidad de revocarlo de forma unilateral caía bajo la prohibición del pacto sucesorio; que, por el contrario, no había norma alguna que impusiera la irrevocabilidad, salvo el acuerdo expreso de los otorgantes; que era siempre revocable en vida de los mismos y, aunque una sentencia de 28 de febrero de 1862 declaró que era irrevocable después de la muerte de uno de ellos, se estimó que el sobreviviente podía variar las disposiciones atinentes a sus propios bienes, si bien estaba obligado a cumplir las condiciones impuestas por el premuerto, y que, en fin, la consignación de dos últimas voluntades en un mismo documento es un accidente que no supone un acto recíproco ni las despoja de la cualidad esencial de ser variables hasta la muerte de cualquiera de los testadores en la parte respectivamente dispuesta por cada uno (64). Así se explica que los autores del siglo pasado, impresionados por el ejemplo del Código Civil francés, fueran partidarios de suprimir esta forma testamentaria dual; GARCÍA GOYENA razona al respecto en estos términos: «Autorizado el testamento de hermandad, nacía la duda de si un esposo podía revocarlo en vida del otro sin su noticia y consentimiento; y sobre todo si podría hacerlo habiendo el otro muerto. En este segundo caso, permitir la revocación era violar la fe de la reciprocidad: declarar irrevocable el testamento era cambiar su naturaleza y convertir-

(63) Así, B. GUTIÉRREZ: *Códigos*, III, cit., pág. 171, criterio que mantiene CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, VI-2, 7.^a ed. revisada y ampliada por BASTISTA MONTERO-RÍOS, CASTÁN VÁZQUEZ y VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1973, pág. 135, siguiendo la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-1, 2.^a ed., Madrid, 1910, págs. 333 y ss.; pero no CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, página 299, nota 2, que asimilan al pacto de hermandad el testamento mancomunado.

(64) *Vid.*, entre otras, las Sentencias de 21 de mayo de 1861, 26 de mayo de 1861, 20 de diciembre de 1866, 27 de febrero de 1868, 22 de abril de 1877, 17 de diciembre de 1881, 27 de marzo de 1888, 24 de junio de 1892 y 1 de marzo de 1905, además de la mencionada en el texto.

lo de acto de última voluntad en rigurosamente contractual. (...) Lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe o con la naturaleza de los testamentos, y que por otra parte daba lugar a sugerencias y violencias» (65). Prohibición que lleva a cabo de forma tajante el artículo 669 del Código civil, e incluso el artículo 733 impide testar mancomunadamente a los españoles en el extranjero, lo que fue acogido favorablemente, como se sabe, por la doctrina de la época, pues el testamento que nos ocupa era considerado inútil, fuente de abusos y litigios y, lo que es muy significativo, origen de desigualdad entre los herederos no siempre justificada, y hay que reconocer que, tal como lo concebía la jurisprudencia, ello era probablemente acertado (66). Esto no obstante, es bien sabido que el testamento mancomunado ha subsistido hasta nuestros días en los Derechos territoriales de Navarra y Aragón, lo mismo que en Cataluña, aunque no lo recoja la Compilación (67); en Navarra, de acuerdo con las leyes 199 a 204 de la Compilación, el testamento de hermandad puede ser acordado por dos o más personas, tengan o no relación de familia entre sí, y en cualquier forma menos la ológrafa, testamento que es revocable en vida de los otorgantes de forma conjunta o separada constando de un modo fehaciente el conocimiento de los mismos, pero no, por regla general, una vez que ha fallecido uno de ellos, mientras que en Aragón, según lo que disponen los artículos 94 a 98 de la Compilación, el testamento mancomunado sólo puede ser acordado entre cónyuges, en cualquier forma de testar hábil, entendiéndose que, salvo declaración en contrario, supone siempre una institución recíproca de heredero, testamento que sólo se puede revocar en vida de los otorgantes, bien de forma bilateral, bien

(65) Así, GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, Madrid, 1852, reimp., Barcelona, 1973, sub artículo 557, pág. 14, a cuyo tenor: «No pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo, o de un tercero», lo que mantiene el artículo 664 del Anteproyecto de 1882-1888 con una redacción similar al actual artículo 669 del Código Civil. A esta prohibición no es ajena la intervención del propio B. GUTIÉRREZ: *Códigos*, III, cit., pág. 172, para quien «hace bien el Proyecto al no darle cabida» al testamento mutuo. Es de señalar aquí que tampoco lo contempla el Proyecto de 1836, a diferencia de la regulación completa que da al testamento por comisario, según veremos en su momento.

(66) Así, por ejemplo, BURÓN: *Derecho civil español*, II, Valladolid, 1898, página 732; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-1, cit., pág. 334; MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, 6.ª ed. actualizada por MARÍN PÉREZ, Madrid, 1951, sub artículo 669, pág. 410. Es famosa la expresión de SILVELA en *Código Civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889*, Madrid, 1963, pág. 154, nota 276, según la cual uno de los aciertos del Código fue haber suprimido esta clase de testamento, que considera una «mezcla informe de disposición *mortis causa* y de contrato».

(67) Sobre este punto, LLOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, cit., págs. 27-28, con literatura.

de forma unilateral, modalidad esta última que no sólo se contrae a las disposiciones propias del que lo revoca sino que se extiende, además, a las disposiciones correspectivas con éstas, esto es, las que están unidas por un nexo de condicionamiento recíproco, al par que exige notificación al otro cónyuge dentro de ocho días, el cual pierde su eficacia por nulidad del matrimonio, o por separación de los cónyuges, en cuanto a las liberalidades recíprocas y a las disposiciones correspectivas que contenga (68). En definitiva, notas comunes que parecen caracterizar a la figura que nos ocupa son, a saber: de una parte, la existencia de instituciones cruzadas entre los otorgantes; de otra, la presencia de un vínculo de familia entre los mismos, señaladamente, entre cónyuges; en fin, una *relatio*, como dice LACRUZ, sustancial entre las disposiciones testamentarias, la que admite una graduación entre dos extremos, de simple correlatividad a la correspectividad de las mismas. Por el contrario, la mera unión formal de testamentos simultáneos contenidos en un mismo instrumento, aunque prohibida por el artículo 669 del Código Civil, no parece ser esencial al testamento mancomunado; asimismo, las disposiciones conjuntas en beneficio de un mismo tercero o de personas distintas, aunque están incluidas en la norma prohibitiva del precepto citado, no constituyen, en rigor, un testamento mancomunado sino un pacto sucesorio igualmente prohibido, como sabemos; en fin, el testamento mancomunado no parece exigir formas especiales (69).

(68) Para el testamento de hermandad navarro y el mancomunado aragonés, en general, CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op. cit.*, VI-2, págs. 160-162 y 156, y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, págs. 459-460 y 462-463; en particular, ISABAL: «Testamento mancomunado», en *EJE*, XXIX, págs. 755 y ss.; LORENTE SANZ: «El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés», en *Primera semana de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1942, citado por LLOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, citado, pág. 31 del texto original; ALONSO y LAMBÁN: *La fiducia sucesoria aragonesa*, Zaragoza, 1962; CASTÁN TOBEÑAS: «Aragón y su Derecho», en *RGLJ*, 1967, página 798; NAGORE YARNOZ: «Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho privado foral de Navarra», en *ADA*, 1968-1969, págs. 236 y ss.; MERINO y HERNÁNDEZ: «Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», en *RCDI*, 1974, págs. 47 y ss.; DOMÉNECH SALVADOR: «El testamento mancomunado en el Derecho civil aragonés», tesis inédita, Valencia, 1977, citada por LLOMBART BOSCH: *Op. cit.*, pág. 29, y DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 200 y ss. Determina el artículo 95 de la Compilación aragonesa, como se sabe, que la institución recíproca de heredero de los cónyuges produce los efectos típicos del pacto al más viviente, acerca del cual *vid.* CRISTÓBAL MONTES: «El pacto al más viviente en la Compilación del Derecho civil especial de Aragón», en *ADC*, 1980, págs. 389 y siguientes últimamente.

(69) *Vid.* LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 455, a propósito de la coincidencia formal de dos testamentos ológrafos escritos en una misma hoja de papel, sin conexión entre sí, caso en el que no hay, pues, un testamento mancomunado; también, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-2, 1.ª ed., cit., págs. 152 y ss., y CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op. cit.*, VI-2, págs. 135 y ss. Según lo expuesto,

Notemos que un concepto como éste, y sobre todo la disciplina de los Derechos forales, está en la base del artículo 26 del Proyecto, único que el texto dedica al testamento mancomunado. Por lo que se refiere a los sujetos, sólo lo admite, igual que en Aragón y a diferencia de Navarra, entre cónyuges, pero no pueden testar éstos mancomunadamente con terceros, pues se trataría más bien, como dijimos, de un pacto sucesorio; tampoco pueden hacerlo en beneficio de un tercero, aunque sea un colaborador de la explotación familiar agraria, por cuanto el testamento mancomunado exige, asimismo, una institución recíproca de heredero de los otorgantes, aparte de que el Proyecto predispone otro instrumento, el pacto sucesorio, a tal efecto. En cuanto a la forma, el precepto que comentamos determina que el testamento mancomunado debe hacerse de acuerdo con las solemnidades del testamento abierto, es decir, con arreglo a los artículos 679 y concordantes del Código Civil; esto quiere decir, a nuestro modo de ver, que el texto, igual que en Navarra y a diferencia de Aragón, rechaza la forma ológrafa, así como que se acuerde en capítulos matrimoniales, según vimos, lo que no parece que se justifique del todo, puesto que, como lo hemos visto, el testamento mancomunado no parece haber revestido nunca formalidades propias, sino las normales de los testamentos unipersonales. Respecto a los elementos objetivos, hay que entender que, en principio, el objeto puede ser sólo la explotación agrícola y el contenido, la designación de un cónyuge por el otro, y viceversa, como sucesor en la titularidad de la misma, si bien el texto habla en los términos amplios, que conocemos, de «ordenar la sucesión de la explotación familiar agraria en su integridad»; no es de compartir, por ello, una interpretación restrictiva según la cual este testamento mancomunado no puede contener disposiciones correspectivas ya que, debiendo contraerse a la explotación, no puede afectar bienes de los otorgantes ajenos a la misma (70). Antes bien, estimamos que el tenor literal del precepto que

hay que distinguir el testamento simultáneo, caracterizado por la mera unión formal de dos testamentos unidos en un mismo instrumento; el testamento coligado, recíproco, mutuo o mancomunado propiamente, que se caracteriza por la unión material de instituciones recíprocas y correlativas entre sí, y, por último, el testamento correspectivo, que se distingue del anterior porque la unión material de los dos testamentos que supone comprende disposiciones concausadas, se extiende a materias más amplias que la pura institución recíproca de heredero y ofrece una técnica de revocación unilateral más extensa; así, LOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, cit., páginas 28 y ss. del texto original, con matices algo diverso. Para la distinción de correlatividad y correspectividad nos remitimos a nuestros «Apuntes en tema de bilateralidad de las obligaciones», en *Sobre la estructura de la obligación*, cit., páginas 241 y ss., especialmente 253 y ss., y allí referencias.

(70) Se trata de la opinión que mantiene la misma LOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y del testamento mancomunado*, cit., pági-

estudiamos ofrece apoyo textual bastante para intentar una interpretación extensiva, acorde, por otra parte, con la finalidad de mantener la integridad de la explotación; en efecto, nada impide que las instituciones recíprocas sean, además, concausadas, como es propio de las disposiciones correspectivas, y que, al objeto de evitar que la integridad de la explotación se resienta, los cónyuges dispongan mancomunadamente de otros bienes, si los tienen, para impedir su fraccionamiento. Si esto es así, es de advertir que significa una alteración importante del principio de unipersonalidad del testamento, ya que introduce, por vía indirecta, una notable excepción a la norma general que consagra el artículo 667 del Código Civil. Por último, el testamento mancomunado puede ser revocado en vida de los otorgantes, y con las mismas formalidades con que se otorgó, por ambos cónyuges de común acuerdo, pero la muerte de uno de ellos, igual que en Aragón y Navarra y a diferencia del Derecho común antiguo, lo hace irrevocable; por excepción cabe la revocación unilateral, de acuerdo con el artículo 26.2, en caso de nulidad de matrimonio o de separación efectiva de los cónyuges, con arreglo a un criterio similar al del Derecho aragonés, sólo que la ineficacia no opera en el Proyecto *ipso iure* sino que depende de la voluntad de los otorgantes. Señalemos que la nulidad del matrimonio hay que entenderla referida a la disolución del mismo por causa distinta de la muerte, al objeto de abarcar el divorcio vincular; asimismo, la separación efectiva de los cónyuges no se contrae a la decretada judicialmente, sino que comprende la separación pactada y la simplemente fáctica. Por otra parte, destaquemos que la revocación unilateral se extiende, igual que en Navarra y a diferencia de Aragón, a todo el testamento, y que el Proyecto la configura como un acto unilateral recepticio, pues exige que se modifique a la otra parte, pero no el conocimiento fehaciente, como en Navarra, o presunto por el transcurso de ocho días, como en Aragón, según vimos. En lo demás, creemos que se puede aplicar por analogía al testamento mancomunado cuanto hemos dicho a propósito de los pactos sucesorios. Sin embargo, con-

nas 40-41 del texto original; no creemos, por otra parte, como afirma la autora, *op. cit.*, pág. 40, que el texto del artículo 26.1 del Proyecto admita el testamento mancomunado a favor de tercero, pues, de un lado, se trataría de un pacto sucesorio contemplado, como sabemos, por los artículos 19 y siguientes del propio Proyecto, y especialmente por el artículo 20; por otro lado, la institución conjunta a favor de tercero cae fuera de la estructura típica, como lo hemos visto, del testamento mancomunado, y está ligada sólo circunstancialmente a éste por la prohibición del artículo 669 del Código Civil; por último, porque lo esencial del testamento mancomunado, como también sabemos, es la institución recíproca de heredero, lo mismo correlativa que concausada, exclusivamente. No cabe, por tanto, un testamento de ambos cónyuges al objeto de designar conjuntamente al sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria, sino un pacto sucesorio de idéntico contenido.

viene apuntar que la institución a favor del cónyuge supérstite que éste siempre implica puede conducir en ciertos casos a que la sucesión en la titularidad de la explotación familiar agraria recaiga en persona ajena a la agricultura, pues el Proyecto no exige que el viudo o la viuda deban poseer la cualidad de colaborador, sino que el artículo 4.1, *in fine*, presume solamente que reúne los requisitos del artículo 2.º, esto es, la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos que definen la figura típica de la explotación familiar agraria, lo que en ocasiones puede ser una mera ficción.

8. Algo más extensa es la disciplina del testamento por comisario que el Proyecto regula en los artículos 27 a 30, en el sentido de potenciar la fiducia sucesoria sobre la que descansa. Es bien sabido que el principio de personalidad del testamento arranca del Derecho romano en el que, como escribe BIONDI, «es el acto más personal que conoce el ordenamiento jurídico», pues no admitía siquiera la intervención de un *nuntius*, y los casos excepcionales de falta de personalidad conocidos en la época clásica, que hemos mencionado en el apartado anterior, parece ser que en tiempos de GAYO habían caído en total desuso pues, según este autor, el pupilo no podía testar ni aun con la autorización del tutor y la *auctoritas tutoris* a la que estaba sujeta la testamentifacción activa de la mujer, era una ficción, lo que no excluía, sin embargo, que el testamento pudiera ser escrito materialmente por mano ajena; como explica el mencionado romanista, «en tal caso la voluntad no se transmite sino que, más bien, se documenta por medio de un tercero. Pero la estricta manifestación de voluntad debe ser siempre personal, de lo que es distinta la documentación, que puede ser obra de otro» (71), lo que se relaciona no tanto con el supuesto de delegación de la voluntad testamentaria, que aquí nos interesa, sino más bien con el origen del testamento abierto otorgado ante Notario. Así lo entiende, en efecto, la *Partida* 6.3.31 al establecer que «declarar deue e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nome de aquel que estableciesse por heredero. Ca si el otorgasse poder a otro que lo estableciesse en su lugar, non valdria (...) porque el establecimiento del heredero o de las mandas, non deue ser puesto en alvedrio de otro», a no ser que el propio testador nombre la persona del heredero; y el *otrosí* está referido, precisamente, a la validez del testamento ante escribano y siete testigos. Con todo, la doctrina interpretó el texto a contrario, en el

(71) Para el punto, BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., págs. 26 y 27, aludiendo a GAYO, 2.113 y 1.115 *a*, respectivamente, y 49 y ss. y 54 y ss., para las formas testamentarias pretorias y postclásicas, refractarias, asimismo, al testamento por delegación, poder o comisario; igualmente, VOCI: *Diritto ereditario romano*. II, cit., págs. 79 y ss.

sentido de que podía tratarse por comisario en todo lo que no fuera la institución de heredero o la disposición de legados, y es que prevista esta forma testamentaria por el *Fuero real* 3.5.7, fue regulada extensa, bien que restrictivamente, por las *Leyes de Toro* 31 a 39 (72). Muy esquemáticamente, digamos que los autores del siglo pasado entendieron que el testamento por comisario se justificaba en los casos en que el testador no podía o no quería testar personalmente, pero no por incapacidad del mismo; las facultades del comisario podían ser generales, y el poder le bastaba para cumplir mandas, pagar deudas y distribuir la parte de libre disposición conforme a las reglas de la sucesión intestada, o bien especiales, las que eran indispensables para instituir heredero o desheredar a las personas que el testador debía nombrar *nominatim*, o para mejorar, nombrar tutor o designar sustituto, y tenía un plazo preestablecido para cumplir el encargo, que no podía ser prorrogado probablemente por el testador; vencido dicho plazo, si no lo había hecho, podían los herederos pedir la apertura de la sucesión intestada con la obligación de destinar un quinto de la herencia a favor del alma del testador. El nombramiento del comisario debía ser hecho con arreglo a las formas ordinarias de testar, y el testamento hecho por éste era irrevocable salvo autorización expresa del testador en contrario; caso de ser varios los comisarios debían actuar de común acuerdo, siendo dirimidos los empates, primero, por el alcalde y, luego, por el juez, intervención de terceros que, consagrada por la Ley 38 de Toro, irritó constantemente a la doctrina hasta el extremo de que TELLO, según recuerda BENITO GUTIÉRREZ, se admiraba de ella al considerarla, no sin cierta ironía, *singulare est, nec alibi legi* (73). Conforme con el ponderado juicio crítico de este último autor, decisivo, por otra parte, en la última fase de nuestra codificación, «apenas es defendible la institución del comisario, pues si se la examina bajo el punto de vista de la conveniencia, hacen muy dudosa su utilidad los fraudes y abusos que temía el legislador, peligro de cuya magnitud responde el suspicaz

(72) Así, LLAMAS Y MOLINA: *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.ª ed., Madrid, 1852; reimpr., Barcelona, 1974, págs. 290 y siguientes; modernamente, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, citado, págs. 525 y ss., y *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, citado, págs. 148-149, 160 y 237-238, nota 78.

(73) Para esto, entre otros, B. GUTIÉRREZ: *Códigos*, III, cit., págs. 212 y ss., especialmente 227-228; BURÓN: *Derecho civil español*, II, cit., págs. 720 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-1, cit., págs. 478 y ss.; MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, V, cit., sub artículo 670, págs. 416 y ss., y, en general, 233 y ss.; anteriormente, GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, 7.ª ed., Madrid, 1865, págs. 19 y ss., autor que omite el testamento mancomunado; en la literatura actual, CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op. cit.*, VI-2, págs. 139-142 y 144, para el Derecho transitorio.

espíritu de sus disposiciones; si se le examina bajo el aspecto de la justicia —añade—, le prestan escasa garantía esas mismas leyes, faltas de bondad absoluta, de las cuales podemos afirmar, bien que respetuosamente, que se ajustan poco a las prescripciones del derecho», y ello porque vulnera el principio de la voluntad inalienable e indivisible; «no decimos —concluye— que el testamento por comisario sea una iniquidad, pero instituciones hay más necesarias y más justas que este testamento», el que desaparece, como se sabe, del Código Civil (74). La prohibición del artículo 670 es, sin embargo, menos tajante que la anterior, pues, si bien proclama que el testamento es un acto personalísimo y proscribe, por tanto, toda disposición testamentaria dejada al arbitrio de un tercero, el siguiente artículo 671 admite, en cambio, la delegación de la facultad de distribuir y de concretar las asignaciones genéricas a favor de clases de personas determinables; con todo, la excepción más importante está constituida por el supuesto que, en tema de mejora, contempla el artículo 831, y por virtud del cual se puede pactar en capitulaciones matrimoniales que el cónyuge viudo, que no contraiga nuevas nupcias, distribuya discrecionalmente los bienes del premuerto entre los descendientes comunes de ambos (75). Es bien sa-

(74) Así, B. GUTIÉRREZ: *Códigos*, III, cit., págs. 229 y 230, literalmente. Como es sabido, el artículo 558 del Proyecto de 1851, de contenido sustancialmente igual que el 665 del Anteproyecto de 1882-1888 y del actual 670 del Código Civil, carece de justificación, fuentes o explicación por GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, cit., págs. 14-15, que se limita a transcribir el texto. Esto contrasta notablemente con la disciplina extensa y pormenorizada prevista por los artículos 2.229-2.237 del Proyecto de 1836, en términos que coinciden con lo expuesto en el texto; cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la codificación española*, IV. *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, II, Madrid, 1970, págs. 300-301.

(75) Para esto, CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op. cit.*, VI-2, páginas 142-143, y, en especial sobre el citado artículo 831, CASTÁN TOBEÑAS-VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. cit.*, págs. 565 y ss., autor este último que se ha ocupado extensamente del tema en *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, Madrid, 1954, y en *Contenido cualitativo de las legítimas de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 40 y ss.; de forma resumida, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., sub artículo 831, páginas 368 y ss.; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-2, págs. 158 y ss., y V-3, págs. 43 y ss., especialmente 65-68; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, págs. 457-459, y en el volumen II, págs. 43 y ss., especialmente 67-70. En particular, son de recordar los estudios de FUENMAYOR: «La intangibilidad de la legítima», en *ADC*, 1948, páginas 46 y ss., y «La mejora de labrar y poseer», en *Ibidem*, págs. 877 y ss.; GARCÍA GRANERO: «Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora», en *RDP*, 1949, págs. 805 y ss.; ALPAÑES: «La delegación de la facultad de mejorar», en *RGLJ*, 1953, págs. 273 y ss.; SECO CARO: *Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960; LÓPEZ JACOISTE: *La mejora en cosa determinada*, citado, págs. 82-84; DÍAZ-FUENTES: «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa. II. Sobre el artículo 831 del Código Civil», en *ADC*, 1965, páginas 877 y ss., y, últimamente, GARRIDO DE PALMA: «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», en *Estudios Roca Sastre*, III, cit., págs. 365 y ss.; también DE LOS MOZOS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVIII-

bido, también, que, a pesar de la supresión del Código, el testamento por comisario ha subsistido en todos los Derechos territoriales y está regulado hoy, aunque sin criterios uniformes, en las respectivas Compilaciones. Así, en Aragón, se distingue la fiducia sucesoria ordinaria y la colectiva; por la primera se puede nombrar fiduciario al cónyuge supérstite solamente con el encargo, según precisa el artículo 110 de la Compilación, de «que ordene la sucesión del causante entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado», encargo que el fiduciario puede cumplir de forma total, parcial o sucesiva, conforme al artículo 112, debiendo tenerse en cuenta la norma del artículo 111, a cuyo tenor: «La designación del fiduciario, así como los actos de éste en cumplimiento de su encargo, deberán constar en testamento o en escritura pública. Valdrá la última voluntad —agrega el precepto— cuando la ejecución del encargo se haga en testamento, y serán irrevocables los actos otorgados entre vivos», mientras que la segunda, regulada con cierta amplitud por los artículos 114 a 118 de la Compilación, permite designar dos o más fiduciarios dentro del círculo de parientes mencionado, del que no puede excluirse al cónyuge que permanezca viudo, con el encargo de «ordenar la sucesión de la casa», según dice el primer precepto citado, el cual debe cumplirse dentro del plazo señalado por el testador o, conforme al artículo 118, en el que fije el juez a petición de cualquier interesado. En Baleares, la Compilación regula la interesante figura del heredero distribuidor a quien puede el testador encomendar que, por acto entre vivos o de última voluntad, asigne bienes libremente o de acuerdo a sus instrucciones entre los parientes del primero o del segundo, quedando a salvo las legítimas, según determina el primer precepto que hemos indicado, siendo de destacar la norma del artículo 19 de acuerdo con la que «la asignación o distribución hecha por el distribuidor será revocable si se hace en acto de última voluntad, y no lo será si se realiza *inter vivos*». En Cataluña, los artículos 115, 178 y 270 a 272 de la Compilación contemplan supuestos de disposición testamentaria por otro, concernientes, respectivamente, a la institución de heredero por el cónyuge supérstite entre descendientes comunes, a la elección del fideicomisario delegada expresamente por el testador al fiduciario y a la distribución de los bienes reservables por el reservista. En Navarra, las leyes 281 a 288 y 289 a 295 de la Compilación contemplan dos supuestos distintos de fiducia sucesoria, la llamada fiduciacomisaria y la de los herederos de confian-

1. Madrid, 1978, *sub* artículos 1.315 y ss., págs. 20 y ss., autores estos dos últimos que ponen de relieve la virtualidad del precepto después de la reforma de 1975 que acoge, como es bien sabido, el principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales al par que admite las capitulaciones postnupciales.

za, que regulan extensa y pormenorizadamente, normas de entre las que destacamos la de la ley 287, primera parte, a cuyo tenor: «Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto». En Vizcaya, por último, la Compilación dedica al testamento por comisario los artículos 15 a 20 de conformidad con los que se puede nombrar comisario en testamento ante Notario o, si se trata de cónyuges, recíprocamente, en capitulaciones matrimoniales, al objeto de encomendar la designación de heredero o la simple distribución de bienes, encargo que se debe cumplir en el plazo señalado por el testador o si no lo hubiera señalado, según lo que dispone el artículo 19, «el plazo será de un año, contado desde la muerte del testador o, en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos» (76). De esta referencia necesariamente esquemática, resulta claro que el Proyecto se orienta más por la disciplina de los Derechos forales que por los viejos precedentes del Derecho común.

En efecto, el artículo 27 del texto actual establece, como la mayoría de los ordenamientos territoriales, que el titular de la explotación puede nombrar comisario solamente a su cónyuge, sin que haya inconveniente para un nombramiento recíproco en testamento mancomunado, sobre todo en el supuesto de que se trate de un bien ganancial, por analogía con lo dispuesto en el artículo 20, que conocemos; el comisario recibe, sin embargo, el encargo único de designar al sucesor en la titularidad de la explotación, sin que pueda subdelegarlo, designación que debe recaer en uno de los descendientes comunes, si los hay, a no ser que el testador disponga en contrario. Observemos, de una parte, que se trata del tipo de testamento por comisario de institución de heredero, por lo que probablemente el delegado, como cualquier testador, puede elegir, además de la persona del sucesor, el título y la modalidad de la atribución, e incluso ordenar la sucesión del testador, como en Aragón, Navarra y Vizcaya, y no se limita a una simple distribución de bienes como el heredero distribuidor balear, dada la analogía evidente que hay entre el supuesto que examinamos y el artículo 26.1 del Proyecto, relativo al testamento mancomunado; de otra parte, la figura que nos ocupa, tal como la diseña el Proyecto, recuerda en importante medida

(76) Para un esquema de la disciplina del testamento por comisario en los Derechos forales, CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op. cit.*, VI-2, páginas 153 y ss. y 203 y ss.; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, I, págs. 459 y siguientes; DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 200 y ss.

la mejora que regulan los artículos 823 y siguientes del Código Civil, lo mismo que las legislaciones forales, y, señaladamente, el derecho de labrar y poseer que contemplan los artículos 84 a 87 de la Compilación gallega (77); en fin, tratándose de una modalidad de la vocación testamentaria en orden a la sucesión en la titularidad de la explotación, mantiene, como sabemos, el predominio del *status familiae* sobre el vínculo de colaboración, si bien la norma que estudiamos permite al testador, y no al comisario, disponer lo contrario, cuando lo lógico habría sido que esta facultad fuera inherente a la delegación y correspondiera a este último. En cuanto a la forma, dictamina el artículo 28 del Proyecto que el nombramiento del comisario debe ser hecho en testamento abierto, y que la designación del heredero por éste puede verificarse lo mismo en esta forma *mortis causa* o bien por acto *inter vivos* en escritura pública, forma de la que se deriva el efecto sustantivo de hacer irrevocable la designación practicada por el comisario, igual que en la generalidad de los Derechos forales, por lo que cabe calificar la designación hecha en escritura pública de un verdadero supuesto de pacto sucesorio. Por lo que se refiere al plazo, no marca el Proyecto un término definido para el cumplimiento del encargo sino que el artículo 29 consagra un criterio semejante al del Derecho vizcaíno; dispone, en efecto, que una vez alcanzada la mayoría de edad de todos los descendientes comunes o, en defecto de éstos, de los colaboradores de la explotación, puede cualquiera de ellos pedir al comisario que haga la designación dentro de un año. Asimismo, con un criterio similar al Derecho navarro, el mencionado precepto confiere un derecho de usufructo al comisario sobre la explotación mientras no practique la designación, lo que contrasta de forma palpable con el Derecho antiguo y se justifica, únicamente, por la fiducia sucesoria de índole familiar que, como sabemos, inspira la institución; entendemos, por ello, que este derecho de usufructo conlleva las mismas obligaciones que el artículo 17 del Proyecto impone al cónyuge viudo, analogía que se confirma por el artículo 30 del mismo texto, a cuyo tenor: «El cónyuge que contraiga nuevas nupcias perderá

(77) En particular, el régimen vizcaíno es representativo del tipo de testamento por comisario de institución, acerca del cual *vid.*, recientemente, CELAYA IBARRA en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXVI, Madrid, 1978, sub artículos 15 y ss. de la Compilación, págs. 151 y ss.; sobre la figura del heredero distribuidor balear, PASCUAL Y RUIZ: «La institución de heredero distributivo», en *RDP*, 1931, págs. 114 y ss.; PASCUAL Y GONZÁLEZ: *Derecho civil de Mallorca*, cit., págs. 277 y ss., y, últimamente, VERGER GARAU en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXXI-1, cit., sub artículos 18 y ss. de la Compilación, páginas 335 y ss.; sobre el derecho de labrar y poseer, FUENMAYOR: *La mejora de labrar y poseer*, cit., págs. 887 y ss., y SÁNCHEZ GARCÍA en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXXII, Madrid, 1979, sub artículos 84 y ss. de la Compilación, págs. 192 y ss., y allí otras referencias.

la cualidad de comisario, salvo disposición expresa del causante». Por último, notemos que el Proyecto no contempla la hipótesis de incumplimiento del encargo una vez vencido el año siguiente a la mayoría de edad de los descendientes o, en su caso, de los colaboradores, hipótesis en la que creemos que el poder se extingue *ipso facto* de modo que la designación extemporánea es nula, a no ser que haya el testador dispuesto otra cosa o que aquéllos no la impugnen; en caso contrario, como en el Derecho anterior al Código, la vocación hereditaria se rige por las reglas especiales de la sucesión intestada, solución que se parece, en términos generales, a la que acogen hoy el artículo 20 de la Compilación balear y la ley 288 de la Compilación navarra. Efectivamente, dispone el primero que, en tal caso y a falta de previsión expresa del testador, «se entenderán instituidos por partes iguales aquellos parientes del testador que, sobreviviendo a éste, fueren los más próximos en grado de entre los individual o genéricamente designados por él», y el segundo, asimismo, que, una vez que se ha frustrado la delación preferente por aplicación de la regla de la primogenitura, se abre la sucesión legal (78). Esta misma solución es, pues, la que debe regir el llamamiento del sucesor único en la titularidad de la explotación familiar agraria, la que encuentra confirmación en el texto del artículo 31 del Proyecto, que establece, como sabemos, la prelación escalonada de la vocación hereditaria contractual, testamentaria y legal.

9. En efecto, establece el artículo 31 precitado que, a falta de disposición voluntaria, bien contractual o bien testamentaria, o en defecto de la misma, por lo que a la explotación agrícola se refiere, de conformidad con el artículo 912.2 del Código Civil, el llamamiento del heredero único sucesor en la titularidad de la misma lo hace la ley (79). En este caso, la delación comprende, por supuesto, la explotación íntegra y la vocación se dirige a un heredero legítimo, no a un legitimario como dice con imprecisión el actual artículo 35.3 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, que a la vez ostente la cualidad de colaborador; si esta última cualidad no concurre en ningún heredero legítimo, determina el artículo 31.2 del Proyecto que la vocación se ofrece de forma provisional a aquél que se obligue a adquirirla en el plazo de un año a contar de la apertura de la sucesión o desde que alcance la mayoría de

(78) Se trata, como sabemos, de las reglas especiales de la sucesión intestada previstas por los artículos 31 y ss. del Proyecto, que son de aplicación preferente en cuanto a la sucesión en la titularidad de la explotación familiar agraria, lo mismo en territorios de Derecho común que en los regidos por Derecho foral.

(79) Mantiene el Proyecto en este punto, pues, la derogación de la regla *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus deccedere potest* que consagra el artículo 658.3 del Código Civil, lo mismo que los Derechos forales con excepción de Cataluña y Baleares, donde los artículos 97 y 7 de la respectiva Compilación conservan todavía el principio romano de incompatibilidad.

edad, según el nivel técnico que fije la Administración, lo mismo caso por caso que de acuerdo con un módulo general, extremo este último que el texto no aclara. Aparte de lo original que resulta esta vocación hereditaria provisional, hay que resaltar que en la sucesión *ab intestato* que estudiamos, igual que en la sucesión contractual y a diferencia de la testamentaria, tiene preferencia el vínculo laboral de colaboración sobre la simple relación de familia, lo que nos parece acertado y coherente con el marco teleológico de la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola. Con todo, si esta vocación hereditaria legal de aplicación preferente se frustra, el llamamiento debe seguir el camino marcado por la *successio gradum et ordinum* que fijan los artículos 921 a 923 del Código Civil, o el que sea aplicable por razón del territorio en cada caso, esto es, por las reglas que, inspiradas de forma más o menos directa por el principio real de troncalidad, sancionan los artículos 248 a 251 de la Compilación de Cataluña, en cuanto este último se refiere al causante impúber, 127 a 136 y 31 a 34 de las de Aragón y Vizcaya y leyes 300 a 307 de la de Navarra, a falta de descendientes legítimos, pero no los artículos 51 y 52 de la de Baleares, que se remiten en lo sustancial al Derecho común (80). Innovador se muestra el Proyecto, también, en el supuesto de que exista pluralidad de herederos legítimos, pues para la selección del sucesor en la titularidad de la explotación el artículo 13 del texto actual establece cuatro criterios escalonados, a saber: la proximidad de grado, la pretensión del interesado, la elección por mayoría simple y la antigüedad de la colaboración. Así, en la hipótesis de haber varios herederos legítimos que sean simultáneamente colaboradores, son preferentes, por aplicación de los artículos 913 y 915 del Código Civil, los de grado más próximo y, señaladamente, conforme al artículo 930 del mismo Código, los que forman la línea recta descendiente, pero, en lugar de procederse a la distribución por cabezas o por estirpes que contemplan los artículos 932 a 934 del Código, la explotación se defiende al heredero único que formule pretensión formal de suceder en la titularidad de la misma, por aplicación del segundo de los criterios mencionados, si son varios los herederos colaboradores que la pretenden, «la explotación se atribuirá —dice el texto— al que de entre ellos elijan por mayoría», esto es, con arreglo al tercero de los criterios mencionados. Se trata de una mayoría simple que representa una excepción notable a la regla de la unanimidad que consagra, en tema de partición, el artículo 1.059 del Código Civil, y, para las explotaciones familiares, el artículo 35.3 de la Ley de reforma

(80) Para esto, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, II, págs. 242 y ss. y 256 y ss., y CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 52 y ss. y 210 y siguientes, por todos.

y desarrollo agrario; innovación importante, pues, de una parte, permite superar los inconvenientes, graves, en ocasiones, que se derivan de dicha regla (81), y, de otra, aproxima el mecanismo de selección del heredero legal único al régimen de la comunidad ordinaria de bienes *ex* artículos 398 y 399 del Código Civil. Pero, a falta de acuerdo por mayoría simple, en lugar del recurso judicial subsidiario, que sería quizá recomendable, el Proyecto aplica el último de los criterios que hemos mencionado, el de la antigüedad de la colaboración en la explotación familiar agraria, y no el de la mayor edad o primogenitura que mantiene, como se sabe, el precepto citado de la ley agraria vigente; innovación que es también de interés por cuanto basa la preferencia sobre un factor de contribución efectiva, real o presunta, al patrimonio común del grupo familiar, y no sobre un elemento puramente cronológico, aun cuando menos discriminador y, por tanto, más igualitario nos parece el recurso judicial, que no sólo impera en el Derecho comparado, como vimos, sobre todo en Inglaterra e Italia, sino que tiene a su favor la analogía con la comunidad de bienes, y el viejo principio de política legislativa de no innovar más que lo indispensable. Por último, en la hipótesis de pluralidad de herederos legítimos no colaboradores, pero que se obliguen a adquirir la capacitación profesional en un año, rige la regla de la mayoría, sin preferencia por razón de la edad, lo que es lógico puesto que la antigüedad, que sustituye a la primogenitura, es inaplicable, por definición, en este caso. Cabe preguntarse si en la instancia de la mayoría pueden los herederos legítimos, colaboradores o no, acordar la continuación de la indivisión, ya que si la mayoría es bastante para designar al heredero único lo será probablemente, también, para adoptar un acuerdo de esta índole, el cual tiene, según lo hemos apuntado antes con carácter general, el único argumento en contra de no conducir a un titular único de la explotación, el que puede obtenerse, sin embargo, bien por la representación voluntaria que admite, como sabemos, el Derecho italiano, bien por la constitución de una sociedad civil *ex* artículo 1.667 del Código Civil, incluso mercantil con arreglo al artículo 1.670 del mismo, o de cualquier otra entidad que habilite el reconocimiento de personalidad jurídica, *v. gr.*: sociedad cooperativa o empresa de transformación agraria, lo mismo la instituyan los herederos que éstos se incorporen a una creada por terceros (82). En fin, notemos que la declaración de herederos *ab intestato* se puede

(81) Como bien lo advierte, según sabemos, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., pág. 355.

(82) Sobre la sociedad civil y estas figuras agrarias típicas, nos remitimos a nuestro trabajo *Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español*, cit., páginas 171 y ss. y 227 y ss.

hacer tanto por la vía judicial ordinaria cuanto por acta notarial de notoriedad, de conformidad con lo que dispone el artículo 32 del Proyecto.

Hay que advertir que, en el cuadro del Derecho común, la aplicación de estos criterios de selección del heredero único excluyen, por la naturaleza fáctica de los mismos, el juego del derecho de representación que establece el artículo 925 del Código Civil a favor de sus descendientes y parientes colaterales hasta el cuarto grado, de la misma manera que la atribución de la explotación indivisa a dicho heredero único impide, probablemente, el derecho de acrecer que regulan los artículos 981 y siguientes del mismo Código (83). Y ello porque esta disciplina de la vocación hereditaria se yuxtapone, como sabemos, a las reglas generales de la sucesión *mortis causa*, lo mismo contractual, testamentaria o legal; de aquí que sea acertado calificar la naturaleza jurídica del acto de adjudicación y selección entre los herederos legítimos, como hace TORRES GARCÍA en relación con el Derecho vigente, de participación contractual acordada por los mismos, dada la analogía que presenta con el artículo 1.058 del Código Civil (84), pero siempre subordinada a los criterios de preferencia que hemos estudiado. Lo que es importante por cuanto por esta vía puramente dogmática se acerca la posibilidad de la intervención judicial por virtud del siguiente artículo 1.059, bien que sujeta, asimismo, a los criterios de adjudicación preferente de la explotación agrícola. Por supuesto que no rige en esta partición la regla de la igualdad *in natura* que consagra el artículo 1.061, sino cuando el caudal relicto permita la atribución íntegra de la explotación al heredero único, o ésta admita división, según vimos, en los términos que establece el artículo 42 del Proyecto; antes bien, la disciplina sucesoria que nos ocupa constituye, en su esencia, un desarrollo de la excepción que contempla el artículo 1.062,1 del Código Civil, según la cual cabe la adjudicación de una cuota indivisible, o que dividida desmerezca, a una sola persona con la carga de pagar el exceso en dinero, carga que se desdobra, en nuestro caso, en el pago de los derechos legitimarios de los excluidos de la titularidad de la explotación, previa valoración de la misma, y en el deber de cuidado de los descendientes menores o incapacitados del *de cuius*, de conformidad con las disposiciones comunes

(83) Para esto, además de las obras generales, MARTÍNEZ CALCERRADA: *La representación en el Derecho sucesorio*, Pamplona, 1966, y ALBALADEJO GARCÍA: «El derecho de acrecer en caso de institución en partes desiguales», en *Estudios De Castro*, I, Madrid, 1976, págs. 1 y ss.; en nuestra literatura menos reciente, la conocida monografía de BELTRÁN DE HEREDIA (P.): *El derecho de acrecer (Negocios 'inter vivos' y 'mortis causa')*, Madrid, 1956.

(84) Así, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 356-358.

a las diversas clases de sucesión, *rectius*: vocación hereditaria, que recogen los artículos 33 y siguientes del Proyecto.

10. En cuanto a la valoración de la explotación familiar agraria, dos son las modalidades previstas por el mencionado artículo 33 del Proyecto, el común acuerdo y, en su defecto, el precio de mercado, cuya disciplina parece informada por el Derecho francés (85). En efecto, en el caso de la valoración convencional, los legitimarios y los herederos legítimos apartados de la titularidad de la explotación adquieren un derecho de reembolso, conforme el artículo 34 del texto actual, el cual presupone, de una parte, que la valoración acordada sea inferior al precio de mercado y, de otra, que la explotación sea ulteriormente enajenada, expropiada o abandonada por el adjudicatario o sus sucesores; tiene una duración de quince años a contar, no «desde la sucesión» como dice, de forma inexacta, el precepto, sino desde el momento en que se verifique la liquidación de la herencia, y su *quantum* es la diferencia que resulte entre el precio de mercado y al valor de adjudicación pactado, actualizado al momento de la enajenación, expropiación o abandono. Señalemos, de una parte, que este derecho de reembolso está potenciado por el Proyecto mediante los derechos de tanteo y retracto que, conforme al artículo 44.1, lo complementan, con la notable particularidad de que, si no se ejercitan, desembocan en un derecho de adquisición preferente a favor del Estado de conformidad con lo que dispone el artículo 45; derechos reales de adquisición que en nuestra opinión prevalecen, respecto a la explotación familiar agraria, sobre el retracto de coherederos previsto por el artículo 1.067 del Código Civil. De otra parte, tal derecho de reembolso debe entenderse sin perjuicio de la rescisión de la partición por virtud de la *laessio enormis* que, con carácter excepcional, admite el artículo 1.074 del mismo Código, hipótesis en la que el sucesor en la titularidad de la explotación debe optar entre indemnizar las diferencias o consentir una nueva partición, conforme al artículo 1.077, la que debe practicarse, en todo caso, con arreglo a los criterios de preferencia que hemos examinado. Por último, hay que tener en cuenta que la cuantía del reembolso, igual a la diferencia de las valoraciones, parece excesiva dado que una reducción de la misma podría servir de estímulo para acceder a la titularidad, razón probable por la que una reducción de esta naturaleza se prevé, por cierto, en el supuesto de valoración a precio de mercado, presumiblemente más alta que la convencional. En efecto, en caso de que la valoración se lleve a cabo conforme a este último criterio, determina

(85) Examina esta disciplina MONTOLIO HERNÁNDEZ: *Valoración de la explotación familiar agraria ante el fenómeno particional*, cit., págs. 9 y ss. del texto original, situándola en un marco amplio de Derecho comparado.

el artículo 36 del Proyecto una reducción cuya cuantía puede ser convencional, si se ha fijado en el «acuerdo familiar», o legal, tasada en el tres por ciento del valor de la explotación por cada año de colaboración del sucesor en la titularidad en la misma hasta un máximo de veinte años; la reducción presupone, por consiguiente, que la explotación se ha adjudicado a un colaborador, constituye una especie de premio a la continuidad de su dedicación a la misma y se configura como un elemento componente del salario diferido que ha de sumarse a las otras remuneraciones que dicho acuerdo fije y al derecho de crédito por las aportaciones de capital *ex* artículo 9.1 del Proyecto, que conocemos.

Una y otra modalidad de valoración inciden de una manera diversa en la extensión de las obligaciones que asume el sucesor en la titularidad de la explotación respecto al círculo de personas relacionadas con el causante que ha sido apartado de la misma. Ante todo, el sucesor debe retribuir en dinero, o en alguna otra forma que represente un valor patrimonial, a los colaboradores que continúen con su dedicación a la explotación familiar agraria objeto de la transmisión *mortis causa*; y además, debe prestar alimentos, cumplir el deber de cuidado y atender a la educación de los descendientes del causante menores de edad o incapacitados, de conformidad con el artículo 40 del mismo. Tales alimentos, que entendemos deben ser los alimentos civiles a los que se refiere el artículo 142 del Código Civil, en su nueva redacción, puesto que se trata de descendientes lo mismo de filiación matrimonial que extramatrimonial, son de cargo exclusivo del sucesor en la titularidad de la explotación, si la valoración de la misma se ha practicado de forma convencional, mientras que si se ha hecho con arreglo al precio de mercado, «los demás herederos habrán de contribuir a esta obligación en proporción a su participación en la herencia», como dice el citado artículo 40, si el resto del caudal hereditario excede de la cuarta parte del valor de la explotación calculado conforme a dicho precio. Notemos, de una parte, que estos alimentos tienen por objeto compensar de forma parcial la legítima de los apartados de la sucesión en la titularidad de la explotación sin llegar, como algún autor ha pensado, a sustituirla completamente (88); de otra parte, recuerdan claramente figuras similares de los Derechos forales, tales como los alimentos a

(86) Así, *de lege ferenda*, CASTÁN TOBEÑAS: *Familia y propiedad*, cit., páginas 79 y ss. y 82 y ss.; también, LACRUZ: *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, cit., pág. 574; en contra, por entender que el problema de las legítimas no consiste tanto en reducir el *quantum* como en la flexibilidad del sistema legitimario, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., págs. 538 y ss., y *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 154-155.

favor de los descendientes que queden sin mediación de persona capaz de heredar en la distribución de la legítima material que consagra el artículo 121 de la Compilación aragonesa, la convivencia y compañía en casa que mencionan los artículos 139 y 146 de la Compilación catalana y las rentas sisas o en saco que regulan los artículos 22, 24 y 26 de la Compilación gallega; en fin, la repercusión de esta obligación de alimentos civiles a los herederos excluidos de la titularidad de la explotación *ex* artículo 40 *in fine*, lo mismo que el juego de los derechos de reembolso a que alude el artículo 34 del Proyecto, ponen de relieve que la disciplina de la valoración privilegia la modalidad convencional de la misma (87). Esto último constituye un acierto, a nuestro modo de ver, por cuanto el precio de mercado, dada la rigidez inherente al mismo, no siempre podrá reflejar con exactitud la realidad de los rendimientos de la explotación, que es el factor determinante, en último término, del valor real de la misma; con toda razón parece que se lo tiene en cuenta en la práctica al realizar la tasación oficial que ordena el vigente artículo 35.4 de la Ley de reforma y desarrollo agrario (88).

11. Sabemos que la disciplina sucesoria que nos ocupa, en cuanto desarrollo de la norma excepcional del artículo 1.062,1 del Código Civil, según dijimos, aplica, en tema de legítimas, un mecanismo semejante al que contempla el artículo 1.056,2 del mismo Código al objeto de mantener en la transmisión *mortis causa* la explotación indivisa; por eso, la primera y principal obligación del sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria es, conforme al artículo 37 del Proyecto, «efectuar el pago del haber hereditario de sus coherederos», señaladamente las legítimas de los apartados de dicha titularidad; tal pago puede, además, aplazarse hasta diez años, contados, no desde que se verifique la liquidación, sino, como dice la misma disposición, desde la apertura de la sucesión, momento que marca, pues, la cuantía, caso en el que devenga el interés legal, y, si es preciso, puede hacerse con dinero extrahereditario, de acuerdo con el artículo 39; respecto a las legítimas, en fin, se reducen, como sabemos, según el artículo 38, «a la cuantía mínima que señale la legislación civil», si los bienes relictos ajenos a la explotación no existen o son insuficientes para cubrirlas en su totalidad. Son éstos los únicos datos que nos ofrece el Proyecto en cuanto

(87) En este sentido, MONTOLIO HERNÁNDEZ: *Valoración de la explotación familiar agraria ante el fenómeno particional*, cit., pág. 11, dice que la norma del artículo 33 del Proyecto «nos descubre que la vocación del proyecto es la de potenciar una valoración inferior a la de mercado —máxima entre las que pudieran pensarse— siempre, eso sí, que medie conformidad de los interesados».

(88) Así, RUBIO ROFFIGNAC: «Notas sobre la sucesión en las explotaciones del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario», comunicación presentada a las *III Jornadas* antes mencionadas, pendiente de publicación, pág. 19 del texto original.

al sistema legitimario, el que trastoca, igual que la legislación agraria en vigor, los principios generales del Derecho común; no podemos examinar aquí, ciertamente, todas las cuestiones que este sistema suscita, de modo que nos vamos a referir a la naturaleza jurídica de la legítima de los descendientes del causante conmutada en dinero, a la reducción de su aspecto cuantitativo y a la garantía que asegura el pago de la misma.

En cuanto a la naturaleza jurídica, recordemos que en el Código Civil, con ser la legítima una *pars bonorum*, se admite con carácter de excepción el pago de la misma en metálico, en lo que aquí nos interesa, en los supuestos de mejora en cosa cierta y determinada y de partición hecha por el testador que contemplan los artículos 829 y 1.056,2, que hemos mencionado antes, precisamente los supuestos que permiten, entre otros, la conservación de la unidad de la explotación en el tránsito sucesorio (89). En estos casos, como se sabe, la legítima cambia de naturaleza y se transforma en una *pars valoris bonorum*, pero no en el sentido que quiere ROCA SASTRE de un valor pecuniario asegurado con una garantía de trascendencia real, y que recogen los artículos 122 y 140 de la Compilación de Cataluña (90), sino que, como dice VALLET DE GOYTISOLO, que ha estudiado profundamente el tema entre nosotros, responde a la idea de una «*pars valoris*, en cuanto al contenido a que los legitimarios tienen derecho, pero su satisfacción está garantizada por la 'reserva' de la *pars bonorum* que primigeniamente les estaba asignada y de la cual aquélla es traducción dineraria»; se caracteriza, a juicio de este autorizado autor, por ser, pues, una *pars valoris*, que no

(89) *Vid.*, para el primero de estos preceptos, LÓPEZ JACOISTE: *La mejora en cosa determinada*, cit., págs. 253 y ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, cit., págs. 914 y ss., y, últimamente, VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 72 y ss., y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., sub artículo 829, págs. 342 y ss.; para el segundo, DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Op. cit.*, págs. 941 y ss.; FOSAR BENLLOCH: *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.506 del Código Civil*, cit., págs. 381 y siguientes, y el propio VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, págs. 87 y ss. Sobre la virtualidad de estos preceptos para conservar la integridad de la explotación en la transmisión *mortis causa* ha llamado la atención constantemente DE LOS MOZOS ya en *El mantenimiento de la unidad de la empresa agrícola en la transmisión 'mortis causa'*, cit., págs. 300 y ss.; *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., págs. 552 y siguientes, y *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 109 y ss.

(90) Así, ROCA SASTRE: «Naturaleza jurídica de la legítima», en *RDP*, 1944, páginas 202 y ss.; PUIG BRUTAU: *La legítima*, en ROCA SASTRE: *Estudios*, II, cit., páginas 152 y ss.; CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE: *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960, págs. 170 y ss., y los trabajos reunidos en el volumen *Estudios sobre la legítima catalana. Cátedra Durán i Bas*, Barcelona, 1973, en el que destaca el de VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de las legítimas en Cataluña antes y después de la Compilación*, págs. 81 y ss., con abundante bibliografía sobre la naturaleza y características de esta legítima.

es un mero crédito sino una especie de deuda de valor; por derivar de un acto dispositivo, y no meramente particional; por tener como título el de legado, de modo que el legitimario pagado en dinero es un legatario con todas las consecuencias que ello implica y, en cuanto tal legatario, es acreedor de un legado parciario que debe ser satisfecho en dinero, tiene facultad para instar la testamentaria, aun cuando esto se ha discutido, y es al propio tiempo un comunero del activo líquido de la herencia, si bien la comunidad hereditaria está, dada la compensación en dinero, en situación de latencia; en fin, por estar garantizada por la reserva de la *pars bonorum* que, en cuanto tal legitimario, potencialmente le corresponde (91). Notemos, ante todo, que la legítima que nos ocupa no es, como lo ha puesto de relieve TORRES GARCÍA al estudiar la sucesión en la titularidad de la explotación familiar *ex artículo 35 de la Ley de reforma y desarrollo agrario*, una *pars bonorum*, ya que, por una parte, no consiste ciertamente en una porción de bienes de la herencia y, de otra, está asegurada expresamente por una garantía de tipo real (92), la que no aparece de forma explícita, como sabemos, en el texto actual del Proyecto; antes bien, todas las características de la *pars valoris bonorum* que hemos mencionado sucintamente se pueden trasladar a la legítima de los descendientes excluidos de la titularidad de la explotación familiar agraria y conmutada en dinero, sobre todo porque la norma del artículo 39 precitado no es de *ius cogens*, en el sentido de que no impone el pago en metálico al sucesor sino que lo autoriza solamente, bien que desde otro punto de vista, como lo ha hecho notar GONZÁLEZ PALOMINO hace años, «el heredero no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo», una vez que acepta la titularidad que se le ofrece (93); analogía que es tanto más necesario resaltar cuanto que la garantía que asegura el pago de la legítima, si bien no está derogada, como sabemos, ha desaparecido del Proyecto en

(91) En tal sentido, en efecto, VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., pág. 115, literalmente, y 112 y ss., para los caracteres distintivos de la legítima conmutada en dinero; también, *Las legítimas*, I, cit., págs. 265 y ss., y esquemáticamente en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., loc. cit.

(92) Vid. TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., pág. 361.

(93) Se trata de la conocida y acertada advertencia de GONZÁLEZ PALOMINO: «Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio. II. El acrecimiento en la mejora», en *AAMN*, 1950, págs. 517 y ss., literalmente 562, en nota, en contra de la «foralización rata y no consumada, por impotencia», de la legítima del Derecho común por la catalana, cuyo intento imputa el autor a ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, cit., págs. 185 y ss., trabajo este último que tiene este expresivo subtítulo: *Teoría de la 'debita pars valoris bonorum'*. La observación mencionada en el texto es compartida por autores tales como PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, pág. 527, y VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., pág. 93, pero ambos la refieren a la *op. cit.*, pág. 547, inexactamente.

su versión actual. Bien entendido que se trata de una analogía y no de una identidad; así, un matiz distinto que destaca es que la legítima que configura el texto que estudiamos, aunque es una *pars valoris*, no se actualiza momento a momento como es característico de las deudas de valor sino que, según vimos, su medida queda fijada a la apertura de la sucesión y su revalorización se verifica de acuerdo con un módulo también fijo, tasado, según el artículo 37 antes citado, en el interés legal, es decir, conforme con el mismo esquema de la *mora debitoris* que, en materia de obligaciones consistentes en una cantidad de dinero, sanciona el artículo 1.108 del Código Civil (94).

Por lo que se refiere a la reducción del *quantum* de la legítima, hay que decir que procede en la medida en que los bienes hereditarios distintos de la explotación familiar agraria sean insuficientes y, como sabemos, a la «cuantía mínima» que en cada caso corresponda según el Derecho civil aplicable por razón del territorio; en el Derecho común, tal cuantía mínima es la legítima estricta que marca el artículo 808 y concordantes del Código Civil, tal como lo establece de forma literal el actual artículo 35,4 de la Ley de reforma y desarrollo agrario que, según vimos, el Proyecto no deroga, la que alcanza colectivamente a un tercio del activo relicto, decrece a un cuarto en los Derechos romanizados de Cataluña y Baleares de conformidad con los artículos 129 y 41 de la respectiva Compilación, y puede llegar a ser puramente simbólica por la técnica de la distribución y atribución de la legítima individual de acuerdo con los artículos 119 de la Compilación de Ara-

(94) Los principales defensores de la legítima como cuota de valor entre nosotros son, como se sabe, ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, cit., páginas 202 y ss., y GARCÍA VALDECASAS: «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», en *RDP*, 1963, págs. 957 y ss., postura que es discutida extensa y documentadamente por VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 56 y ss. y 87 y ss., quien llega a la conclusión de que la legítima conmutada en dinero consiste cualitativamente en una *pars valoris*, pero está asegurada por la *pars bonorum* que materializa, en último término, a toda legítima en el Derecho común, puesto que el legitimario a quien se conmuta su derecho en dinero integra, como todo legitimario en dicho sistema, la comunidad hereditaria, según veremos en seguida; de momento, destaquemos que esta postura es similar a la mantenida por GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*, cit., págs. 560-561, donde puntualiza los cinco axiomas «que existen en Castilla» y que están en la base del régimen sucesorio del Código Civil, y es la que predomina en la doctrina; así, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, págs. 11 y ss., especialmente 31, siguiendo al propio ROCA SASTRE: *Notas*, citado, pág. 283, y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, II, págs. 16 y ss., especialmente 28-29, por todos. En fin, para las deudas de valor, en general, nos remitimos a nuestro estudio relativo a los «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», en *RCDI*, 1980, págs. 41 y ss., y con una extensión mayor en *Sobre la estructura de la obligación*, cit., págs. 137 y ss., especialmente 152 y ss. y 177 y ss., y ante la *mora solvendi*, 164-167.

gón, 23 y 62 de la de Vizcaya y Alava y ley 267 de la de Navarra (95). Si tiene algún significado la nueva redacción del precepto adoptada por el Proyecto, quiere decir, a nuestro modo de ver, 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. Si esto es así, quiere decir, también, que el Proyecto no hace una atribución *ex lege* de una mejora presunta, como deduce DE LOS MOZOS, con razón, en relación con la legislación vigente por analogía con el derecho de labrar y poseer en los términos del artículo 84 de la Compilación de Galicia, sino que la atribución de la explotación al favorecido puede imputarse lo mismo a título de legítima estricta, de legítima larga o de libre disposición, lo que depende, en definitiva, de la magnitud del caudal hereditario sin contar la explotación; aunque ésta es, de cara al sucesor en la titularidad, una verdadera *pars hereditatis*, no constituye, por esta misma razón, una delación legal de una *pars reservata* a su favor, como en ocasiones se ha afirmado (96). Y quiere decir, por último, que la cuantía de las legítimas individuales conmutadas en dinero puede aumentar por el juego de la computación, imputación y colación de donaciones previsto, para el Derecho común, por los artículos 818 y 819 del Código Civil, las que pueden haber favorecido probablemente al sucesor en la titularidad de la explotación que ha colaborado con el *de cuius* en la misma (97).

En relación con la garantía que asegura el pago de la legítima conmutada en metálico, digamos, ante todo, que en el supuesto de preterición impropia por omisión de un legitimario en el acto particional, tal acto no se rescinde sino que debe el sucesor en la titularidad de la explotación, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.080 del Código Civil, complementar la legítima omitida; asimismo, tiene razón TORRES

(95) Para el aspecto cuantitativo de la legítima colectiva e individual, y las variaciones que presenta en nuestro Derecho, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, I, cit., págs. 389 y ss.

(96) Así, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., pág. 548: «Caso en el que podríamos hablar de una asignación legal de la mejora», idea a la que alude en *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., pág. 96; asimismo, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, II, pág. 377, siguiendo a SAPENA: *En torno a la Ley del patrimonio familiar*, cit., págs. 723 y ss.; desarrolla esta idea TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 364-365. En cambio, mantiene la segunda opinión mencionada en el texto LUNA SERRANO: *Régimen de tierras en la Ley de reforma y desarrollo agrario*, cit., págs. 145-146.

(97) Para la determinación del *relictum* líquido y la computación del *donatum*, a que nos referimos en el texto, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, I, citado, págs. 391 y ss. y 453 y ss., y II, págs. 850 y ss.; para la computación y colación de donaciones, *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit., págs. 305 y ss.; también, DE LOS MOZOS: *La colación*, Madrid, 1965, especialmente págs. 123 y ss.

GARCÍA al entender que, si el legitimario no ha consentido dicho acto, no hay, en rigor, partición y puede el preterido impugnarla hasta tanto no se le pague la legítima, mientras que, si lo ha consentido, hay partición eficaz e inimpugnable, aunque el pago de la legítima se haya aplazado a un acto posterior (98), conclusión que resulta reforzada por el artículo 37 del Proyecto, el cual permite, como sabemos, posponer el pago de la legítima hasta diez años, supuesto, claro está, el consentimiento del favorecido y el o los legitimarios. En caso de incumplimiento de la obligación contraída por el sucesor en la titularidad de la explotación, estima acertadamente VALLET DE GOYTISOLO, en el campo del Derecho común, que la adjudicación a su favor caduca, pues, la obligación de pagar las legítimas constituye, a su juicio, un «modus testamentario, expreso o implícitamente presupuesto por la ley, que grava al asignatario», el que no suspende los efectos de la adjudicación sino que debe cumplirse una vez realizada, pudiendo el legitimario, en base al artículo 797 del Código Civil, pedir al sucesor el cumplimiento o, alternativamente, la revocación de la misma; en fin, señala el mismo autor que el legitimario puede, además, ejercitar la *actio familiae erciscundae* y, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.062,2 del mismo Código, exigir la subasta pública del bien adjudicado (99). *Modus* que está implícito, pues, en el citado artículo 37 y *actio* que no aparece modificada por el Proyecto y que, dada la analogía que sabemos existe entre el supuesto que examinamos y los artículos 829 y 1.056,2 del Código Civil, entendemos que es perfectamente aplicable al mismo, aunque esto contradiga la finalidad perseguida por el Proyecto, pues una de dos: o el sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria carece de la diligencia media que le es exigible para cumplir sus obligaciones o la explotación no produce los rendimientos suficientes para afrontarlas, y ambos casos no parecen merecedores de este tipo de protección (100). Notemos, por otra parte, que si bien el artículo 37 mencio-

(98) Así, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 370-371.

(99) Vid. VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 109-110.

(100) Bien advierte esto último DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., pág. 156, argumentando en contra de la reducción del *quantum* legitimario así: «Si se afirma que, en muchos casos, la explotación no dará para más (para pagar las legítimas de los legitimarios apartados de la titularidad), habrá que reconocer que no tiene mucho sentido el proteger la conservación de una explotación improductiva a la que quedaría atado el sucesor con la sobrecarga, más de una vez, de la subsistencia de otros descendientes». Para el problema de la garantía de la legítima conmutada en dinero en los supuestos análogos mencionados, respectivamente, LÓPEZ JACOISTE: *La mejora en cosa determinada*, cit., págs. 214 y ss., y DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con*

nado permite aplazar el pago de las legítimas, no parece autorizar el fraccionamiento de las mismas, y que el Proyecto no prevé, a diferencia del artículo 35,6 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, un sistema especial de créditos tendente a facilitar al sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria el pago de tales legítimas, omisión que contrasta con las tendencias que, como sabemos, prevalecen en el Derecho comparado y, señaladamente, con el Derecho francés, que exige al sucesor el pago de la mitad tan solo del haber hereditario de los coherederos dentro de diez años, y con el Derecho italiano, que establece, además, preferencia para la obtención de créditos con la finalidad indicada (101). En fin, asegura el pago de la legítima conmutada en metálico, por analogía con el artículo 839,2 del Código Civil, la afección de la explotación *ex* artículo 35.5 de la Ley aludida, que el Proyecto mantiene, como sabemos, por la vía indirecta de no incluir este precepto en la Disposición derogatoria, bien que resulta en parte modificado. En efecto, entiende TORRES GARCÍA, con acierto, que esta afección tiene en el texto original una doble proyección, a saber: que se paguen las legítimas en dinero hereditario o extrahereditario, perteneciente o no al adjudicatario, y que el pago tenga lugar en el momento de la partición; finalidad esta última que desaparece del Proyecto por cuanto el artículo 37 permite, según sabemos, aplazar hasta diez años el pago total de las mismas. Con todo, se trata en el texto actual, en lo fundamental, de una afección real que, de una parte, sujeta la explotación familiar agraria al pago de las legítimas de los no adjudicatarios y, de otra, obtiene plena eficacia y publicidad registral una vez que el título adquisitivo del sucesor en la titularidad de la misma acceda al Registro (102). Así resulta, en efecto, del mencionado artículo 35,5, a cuyo tenor: «Los bienes quedarán afectos al pago de las cantidades que deban ser abonadas en compensación del exceso por el adjudicatario, y si en el documento particional no se acreditara haber sido satisfechas, se hará constar la afección, por nota marginal, en el Registro

metálico de la legítima en el Código Civil, cit., págs. 861 y ss., en línea con la orientación que seguimos más adelante en el texto.

(101) *Vid.* para esto las referencias aludidas *sub* núm. 3 *supra*. Cuando el sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria sea un joven agricultor *ex* artículo 59 del Proyecto puede obtener auxilios y ayudas oficiales, que puede destinar al pago de las legítimas que adeuda, sólo en la medida en que dicho pago le permite acceder a la propiedad de la explotación, con arreglo a la letra *a* del mencionado precepto, pues no parecen aplicables a este caso las ayudas previstas por el artículo 60 del mismo, lo que se compagina mal con el régimen sucesorio uniforme e igual para cualquier titularidad de la explotación que examinamos.

(102) Así, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 371 y 370.

de la Propiedad»; esto es, una mención de las legítimas que no han sido pagadas al momento de la partición en la inscripción de los inmuebles hereditarios y un gravamen del mismo expresado por nota marginal son los dos medios de garantía que aseguran el pago de las legítimas conmutadas en dinero y adeudadas por el sucesor en la titularidad de la explotación, con arreglo a la misma técnica, aunque con matices distintos, que establece, con carácter general, el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, en sus apartados 1.º y 2.º, cuyo examen excede ciertamente el propósito de nuestro estudio (103). Cabe apuntar, sin embargo, que se trata de una garantía que ofrece una configuración muy especial toda vez que está revestida de una eficacia a la vez negativa y temporal; negativa porque produce efectos sólo respecto a los terceros hipotecarios *ex* artículo 34 de la última Ley citada, según determina el artículo 86 del Reglamento Hipotecario; y temporal porque caduca al cabo de cinco años de conformidad con la norma del artículo 35,5 que hemos transcrito. Bien es verdad que, en el Derecho común, esta eficacia se puede prolongar, como lo ha puesto de relieve Roca Sastre, hasta un término que puede llegar hasta veinte años por medio de la nota marginal que concreta la garantía respecto a inmuebles hereditarios determinados, pues lo que caduca a los cinco años, de acuerdo con el apartado 5.º, letra *a*, del artículo 15, es la mención de las legítimas en el cuerpo del asiento de inscripción principal, conforme con la técnica prevista por la letra *b* del mencionado apartado 5.º (104). Esta prórroga, no obstante, no se puede mantener, como lo ha hecho notar Torres García, frente al claro tenor literal del artículo 35,5 de la Ley de reforma y desarrollo agrario que consagra, como vimos, la caducidad lo mismo de la mención en el asiento de inscripción que de la nota marginal a los cinco años contados desde la fecha de ambas (105), de

(103) Para esto, DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, cit., págs. 878 y ss.; FOSAR BENLLOCH: *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil*, cit., págs. 418 y ss.; TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 372 y ss. Entre las obras generales, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, págs. 682 y ss., y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, II, págs. 137-139; desde la perspectiva del Derecho registral, Roca Sastre: *Derecho hipotecario*, III, cit., págs. 887 y ss., y, últimamente, Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, pág. 423; no se refieren a la expresión registral de las legítimas de forma expresa LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1977.

(104) Así, Roca Sastre: *Derecho hipotecario*, III, cit., págs. 906 y ss. y 913 y ss.

(105) En tal sentido, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., pág. 375, autora que concluye acertadamente, con respecto al Derecho actualmente en vigor, que: «Por ello, pasados esos cinco años frente al que adquiere la explotación agrícola familiar con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el legitimario no adjudicatario no podrá hacer valer su derecho, aun a pesar

modo que la afección real se extingue de forma definitiva y no se extiende al resto del plazo que autoriza, hasta diez años, el artículo 37 del Proyecto. Pero esto no quiere decir que los legitimarios queden desprotegidos durante este último tiempo, pues, entre las partes, los legitimarios pueden exigir el pago de las legítimas al sucesor en la titularidad de la explotación por el juego del *modus* y de la *actio familiae erciscundae* que conocemos, y hasta que este último satisfaga íntegros los derechos de aquéllos, ya que el Proyecto no autoriza otra reducción que la prevista, como sabemos, por el artículo 38, y además tienen a su favor los derechos de tanteo y de retracto que, por un plazo de quince años, les reconocen los artículos 44 y 34 del Proyecto, los que desempeñan, desde este punto de vista, una indudable función de garantía que asegura el pago de las legítimas, lo mismo ante el sucesor que frente a terceros adquirentes de la explotación, debiendo deducirse del precio del retracto la cuantía de las legítimas total o parcialmente insatisfechas al momento de la enajenación, expropiación o abandono. Problemática es, en fin, la naturaleza jurídica de la afección real que nos ocupa. Según el *status quaestionis* en el Derecho común, hay que decir, ante todo, que no se trata de una hipoteca unilateral tácita, como quiere ROCA SASTRE, pero no PUIG BRUTAU, ni de una hipoteca solidaria, como estima FOSAR BENLLOCH, pues carece de una acción real semejante a la que contempla el artículo 140 de la Compilación catalana (106); no hay, en rigor, hipoteca ninguna, ya que, según observa DE LA CÁMARA, «no existen términos hábiles para construir en el Có-

de que el legitimario mientras conserva la acción para reclamar su legítima puede dirigirse al adjudicatario para ser satisfecho en ella»; pero el texto que nos ocupa potencia la posición jurídica de los legitimarios no adjudicatarios de la explotación con el juego de los derechos de tanteo y de retracto los que les protegen, como sabemos, contra la enajenación gratuita u onerosa de la explotación familiar agraria por el sucesor en la titularidad de la misma, tanto voluntaria como forzosa.

(106) Vid. ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, cit., págs. 203 y 208, y *Derecho hipotecario*, III, cit., pág. 902: «Se tratará en el fondo —dice— de una especie de hipoteca constituida unilateralmente, pero inscrita por medio de nota marginal a favor de los legitimarios respectivos»; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, página 671, aunque no califica la naturaleza jurídica del gravamen que constituye la legítima, entiende que no impide la inscripción a favor del heredero único, porque, en este caso, «el legitimario no tiene derecho a una parte de los bienes de la herencia, por lo que el heredero no se halla en situación de condominio con los legitimarios en cuanto a los bienes que formen el activo líquido de la herencia»; FOSAR BENLLOCH: *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil*, cit., pág. 415, aunque precisa, en pág. 416, que prefiere «una hipoteca que podríamos llamar conjunta», la que, según explica en pág. 414, «actúa como una carga real». Para la acción real aludida en el texto, O'CALLAGHAN MUÑOZ: «La acción procesal del legitimario en el Derecho civil catalán de reclamación de legítima, antes de la aceptación por el heredero», en *Estudios sobre la legítima catalana*, loc. cit.

digo Civil, ni siquiera en la hipótesis del artículo 1.056,2, u otros similares, el derecho de los legitimarios como derecho de realización de valor», lo que es evidente, por otra parte, en el texto del Proyecto que no sólo no contiene una norma semejante al artículo 42,2 de la Ley de reforma y desarrollo agrario que, en tema de patrimonios familiares, establecía expresamente una hipoteca legal, sino que además la deroga (107). Se trata más bien, como estima LÓPEZ JACOISTE ante el supuesto del artículo 829 del Código Civil, de una «última obligación *propter rem*», de la que «sólo se liberará el mejorado renunciando a la percepción de la cosa como entidad señalada exclusivamente a su favor», obligación real destinada a materializar la reserva legal de una porción de bienes que el artículo 806 del Código Civil asegura, de forma actual o virtual, a todo legitimario, como afirma acertadamente VALLET DE GOYTISOLO al escribir que «la afección real de la reserva del artículo 806 presupone, aún en los casos que deban abonarse en metálico las demás legítimas, que la eficacia real del *modus*, que grava al asignatario de la explotación o de la cosa objeto de la mejora o el legado, puede mantenerse incluso respecto de terceros adquirentes registrales por el juego de la mención prevista en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria» (108), lo que resulta reforzado, en nuestro caso, como sabemos, por los derechos de tanteo y de retracto *ex* artículo 44 del Proyecto. En particular, aunque no creemos que la afección real que diseña de forma indirecta el texto prelegislativo que nos ocupa sea de signo iuspublicista, pensamos que sí puede ser considerada, como hace TORRES GARCÍA, «como un derecho real de garantía en cuanto que tiene las notas características de estos derechos, pues se dirige directamente a la cosa —la explotación agrícola familiar, en nuestro caso, la explotación familiar agraria— y es oponible *erga omnes*, incluido el adjudicatario titular de la explotación»; no hay razón, sin embargo, para entender que este derecho real «no es de garantía al modo civil» habida cuenta que no se traduce, en efecto, en una facultad de realización de valor, puesto que hay otros derechos reales de garantía, o de índole diversa que desempeñan idéntica función, que carecen de ella, *v. gr.*: los aludidos derechos de tanteo y de retracto, el pacto de retro,

(107) En tal sentido, DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, cit., pág. 876, literalmente. La norma del artículo 42.2 referida en el texto procede del artículo 16.4 de la Ley de patrimonios familiares de 1953, que ha examinado LUNA SERRANO: *La transmisión 'mortis causa' de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*, cit., páginas 535-536, últimamente.

(108) Como en el texto, en efecto, LÓPEZ JACOISTE: *La mejora en cosa determinada*, cit., pág. 219, y VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., pág. 110.

la *fiducia cum creditore* o, incluso, el derecho de retención (109). En definitiva, desde el punto de vista del legitimario, se trata, por consiguiente, de un derecho real que cumple una función de garantía en orden a asegurar el pago de las legítimas conmutadas en metálico, o la parte impagada de las mismas, y que tiene una forma peculiar de hacerse efectivo ante el sucesor en la titularidad de la explotación, y efectos frente a terceros, en los términos que hemos visto; desde el ángulo del adjudicatario de la explotación, presenta todas las características propias de una obligación real, según las ha precisado DE LOS MOZOS entre nosotros, a saber: «a) Se trata de una *relación obligacional*, que se caracteriza por su *vinculación con una cosa*. No puede existir por tanto fuera de las relaciones de derecho real. b) El nacimiento, la transmisión y la extinción de la obligación real, sigue al derecho real con una vinculación de *accesoriedad*. c) La obligación real forma parte del *contenido* del derecho real y su *eficacia* frente a los sucesores singulares del deudor, confiere estabilidad, con su dinámica, al contenido del derecho. Por eso, la publicidad registral tiene una función que cumplir cuando no se trata de obligaciones legales de naturaleza imperativa» (110). Y el derecho adquirido *mortis causa* por el sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria es de carácter real, incluso cuando se trate de una explotación arrendada, y la obligación de pagar las legítimas está vinculada *ex voluntate* a la titularidad que asume como un elemento inmaterial y accesorio a la explotación, y circula con ella, al par que modaliza el contenido del derecho sobre la misma, es oponible a terceros, como sabemos, y tiene acceso, asimismo, al Registro de la Propiedad.

12. Distinta es la configuración de la legítima del cónyuge viudo que establece el artículo 17 del Proyecto, cuyo contenido material consiste, como sabemos, en un derecho de usufructo vitalicio sobre la explotación familiar agraria, el que conlleva la obligación de sostenimiento de la familia, se extingue por incumplimiento de la misma y por contraer el viudo nuevas nupcias, atribución que puede ser dejada sin efecto por pacto sucesorio o testamento. La institución presenta analogías con los derechos del cónyuge viudo que regulan los artículos 834 y siguientes del Código Civil y con los usufructos viuales *ab*

(109) Vid. TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 372 y 376.

(110) Así, DE LOS MOZOS: «La obligación real, aproximación a su concepto», en *Estudios Roca Sastre*, III, cit., págs. 331 y ss., literalmente 355; para su distinción de las obligaciones *propter rem*, cargas reales y otras figuras afines, 342 y siguientes; también, Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, citado, págs. 51 y ss., con matizaciones algo diversas.

intestato que contemplan los artículos 250 de la Compilación catalana, 45 de la balear y 34 de la vizcaína, y guarda estrecho paralelismo con el derecho de viudedad y con el usufructo de fidelidad que regulan, respectivamente, los artículos 72 a 88 de la Compilación aragonesa y las leyes 253 a 266 de la navarra (111). Resaltemos que el Proyecto no exige que el cónyuge supérstite posea la cualidad de colaborador de la explotación relicta ni que exista una convivencia efectiva con el causante, por lo menos, a la fecha de su muerte (112), a lo que se debe, probablemente, que éste pueda no instituir el usufructo viudal. Su naturaleza no es, por consiguiente, la de una legítima que limite la libertad de testar ni, como en el Derecho común, una reserva *ex lege* a favor del cónyuge viudo (113); si el *de cuius* lo instituye, se trata de una institución a título particular que se rige, con carácter supletorio, por las reglas que, en tema de legado de cosa cierta y determinada de propiedad del testador, fija el artículo 881 del Código Civil, o, en su caso, por las de los Derechos territoriales que no sean incompatibles con las del mencionado artículo 17. Se fundamenta, igual que los usufructos de regencia de Aragón y Navarra, que hemos aludido, en la función meramente familiar que es inherente a los mismos, de justificación algo forzada en el cuadro de la disciplina que hemos examinado, si no se lo entrelaza con la fiducia sucesoria manifestada, principalmente, en el testamento por comisario (114), tal como lo hace, según vimos, el artículo 29 del Proyecto. Por eso, el usufructo viudal vitalicio a que nos referimos es conmutable en una renta de igual duración o en dinero, de conformidad con lo que dispone el artículo 839 del Código Civil; en lugar del acuerdo de los coherederos que esta disposición exige, hay que entender aquí, sin embargo, que la facultad de con-

(111) Para esto, VALLET DE GOYTISOLO: «Contenido cualitativo de la legítima viudal del Código Civil», en *RDP*, 1970, págs. 101 y ss., y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., sub artículos 834 y ss., págs. 408 y siguientes; para los Derechos forales, *Las legítimas*, I, cit., págs. 307 y ss.; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, II, cit., págs. 199 y ss. y 211 y siguientes; CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, pág. 224 y ss., 245 y siguientes, 256 y ss. y 261.

(112) Lo mismo que pasa en el Derecho vigente; ha llamado la atención sobre la inexistencia del requisito de convivencia y de subsistencia del matrimonio, LUNA SERRANO: *Régimen de tierras en la Ley de reforma y desarrollo agrario*, cit., página 143, en relación con el artículo 32.1 de la misma, lo que mantiene, como vemos, el Proyecto, mientras el supérstite no contraiga nuevas nupcias.

(113) En este sentido, el propio VALLET DE GOYTISOLO, obras y lugares citados en la nota 111 *supra*; asimismo, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, págs. 13 y 93 y ss., y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, II, cit., págs. 84 y ss., especialmente 86-88.

(114) Así, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 205-207.

mutar corresponde exclusivamente al sucesor en la titularidad de la explotación y que, por no ser una verdadera reserva legal a favor del cónyuge viudo, no afecta con carácter real a la misma (115). Lo que es coherente con la supresión de la legítima del cónyuge viudo que, en último término, parece proclamar el Proyecto.

CARLOS VALTIER FUENZALIDA,
Profesor adjunto de Derecho civil

(115) Para esto, DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, cit., págs. 970 y ss., y VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima viudal del Código Civil*, cit., págs. 107 y ss., especialmente 117; en particular, MEZQUITA DEL CACHO: «Conmutación del usufructo viudal común (Análisis del artículo 839 del Código Civil)», en *RDN*, 1957, páginas 241 y ss., y «La cuota viudal tras la reforma (Nota crítica)», en *RGLJ*, 1959, páginas 107 y ss., y GULLÓN BALLESTEROS: «El párrafo tercero del artículo 820 del Código Civil», en *ADC*, 1961, págs. 888 y ss., y «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», en *Ibidem*, 1964, págs. 583 y ss.