

Más sobre el artículo 1.056,2 del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar

SUMARIO: I. Introducción.—II. La legítima prevista en el artículo que comentamos, ¿constituye una obligación *propter rem* que grava la explotación agrícola atribuida al mejorado?—III. La atribución de la explotación agrícola a uno solo de los hijos, disponiendo el testador se satisfaga la legítima a los demás en metálico, ¿constituye una disposición modal?—IV. En caso de incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas por parte del atributario de la explotación, ¿pueden los legitimarios promover el juicio de testamentaria? ¿Son aplicables en tal caso los artículos 1.062 y 401 a la nueva partición?—V. ¿Puede ejercitar el legitimario la acción hipotecaria sobre la explotación agrícola para garantizar la efectividad de su derecho?—VI. Acciones del legitimario frente al donatario de la explotación agrícola familiar atribuida según el artículo 1.056, 2.—VII. Conclusiones del anterior examen del precepto.—VIII. Inadecuación del precepto para el cumplimiento de la finalidad que persigue.—IX. La atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar y el moderno Derecho agrario.—X. La legislación de unidades mínimas de cultivo y la atribución de la explotación agrícola familiar por el padre testador.—XI. La atribución de la explotación agraria familiar en caso de sucesión en que no se haya hecho uso del artículo 1.056, 2.—XII. ¿Son nulas las atribuciones sucesorias contrarias a la Ley de unidades mínimas de cultivo?—XIII. Generalización del principio de la atribución sucesoria integral de la explotación agraria familiar. Su valor ejemplar para otros derechos sucesorios especiales y su inserción en el futuro Derecho civil de España.

I

INTRODUCCIÓN

El estudio del artículo 1.056,2 del Código civil parece constituir una de las preocupaciones clave de la moderna doctrina civilística.

Los especialistas en Derecho sucesorio del último decenio han dedicado una atención creciente a dicho precepto. Aun sin dedicarle estudios exclusivos, han tratado diversos aspectos de la vasta problemática de este casi ignorado precepto de nuestro viejo Código civil. DE LA CÁMARA ALVAREZ (1), GARCÍA BERNARDO LANDETA (2), BALLARÍN MARCIAL (3), VALLET DE GOYTISOLO (4), MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE (5) y Díez PICAZO (6). A una disposición íntimamente ligada con la que nos ocupa, como es el 829 del mismo cuerpo legal, había dedicado una espléndida monografía, LÓPEZ JACOISTE (7).

Los motivos de esta atención creciente, son dos: uno, de carácter dogmático, y otro, de carácter práctico.

La revolución científica que se ha producido en el estudio del Derecho sucesorio en los últimos años, hace que el precepto que comentamos constituya un banco de pruebas de las diversas teorías formuladas por los autores acerca de la naturaleza jurídica de la legítima.

Por otra parte, las necesidades prácticas que se plantean en la *praxis* de los profesionales del Derecho, hacen que los intérpretes

(1) *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, Publicaciones conmemorativas del Centenario de la Ley del Notariado, 1964, Sección tercera, Estudios Jurídicos Varios, vol. I, pág. 713.

(2) *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964.

(3) *Derecho agrario*, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1965, especialmente págs. 266 y 316 y sigs.

(4) *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil*, «Anuario de Derecho civil», enero-marzo de 1970, págs. 9 y sigs.

(5) *Variaciones sobre las legítimas*, «Revista de Derecho notarial», enero-marzo de 1969, págs. 165 y sigs.

(6) *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, en «Problemática jurídica actual de la empresa». Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1965, págs. 110 y sigs.

(7) *La mejora en cosa determinada*, Editorial «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1961.

intenten formular, en aras de los respetables intereses de la pequeña empresa familiar, una doctrina general acerca de los contados supuestos en que el Código civil permite el pago en metálico de la legítima de los llamados herederos forzosos.

Dentro de esta orientación, las exigencias de la moderna agricultura han dado origen al Derecho agrario. El precepto objeto de nuestro estudio tiende, por su inconsciente modernidad, a integrarse en este Derecho. De ahí el interés de los agraristas por el mismo.

Sin intentar refundir sistemáticamente nuestras opiniones, expresadas en nuestro estudio de 1963 (8), repensaremos algunos de los más importantes de los problemas tratados en el mismo, a la luz de los posteriores trabajos doctrinales.

II

LA LEGÍTIMA PREVISTA EN EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS. ¿CONSTITUYE UNA OBLIGACIÓN "PROPTER REM" QUE GRAVA LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA ATRIBUIDA AL MEJORADO?

LÓPEZ JACOISTE (9), con referencia al supuesto previsto en el artículo 829 del Código civil, tan íntimamente ligado con el precepto que comentamos, sostiene que "la obligación de abonar la diferencia en metálico a los demás interesados merece la calificación jurídica de obligación *propter rem*. La cosa cierta fue asignada por el testador a la finalidad de mejorar; el mejorado la recibe en este concepto, pero el exceso de valor por él percibido en la misma le impone obligaciones inseparables de la titularidad de la misma...".

La configuración *propter rem* despliega eficacia real tanto por el lado activo como por el pasivo, pero ofrece la particularidad de imponer un hacer positivo, que bien puede consistir en una obligación de dar.

(8) *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil*, «Anuario de Derecho civil», tomo XVI, fascículo II (abril-junio de 1963). Hay separata.

(9) Ob. cit., págs. 219 y sigs.

De esta obligación sólo se libera el mejorado renunciando a la percepción de la cosa como entidad señalada exclusivamente a su favor.

El incumplimiento de la obligación de abonar la diferencia en metálico, a virtud de la infraccionabilidad del condicionamiento legal bajo el que el mejorado adquiere la cosa, puede producir la resolución de su dominio sobre ella. Tal resolución puede tener lugar incluso con eficacia real, toda vez que la cosa queda adscrita en ciertos supuestos, por la naturaleza misma de los derechos de los interesados, y en todo caso por el propio sistema institucional a la efectividad de los desembolsos.

La teoría expuesta es sugestiva, y podría ser más o menos discutible desde el punto de vista dogmático, pero el autor no se limita a formular la naturaleza jurídica de la obligación del mejorado exenta de consecuencias prácticas, sino además estudia minuciosamente la morfología de tal supuesta obligación "*propter rem*", estableciendo sus efectos jurídicos.

Tal configuración de obligación *propter rem* es inaplicable al supuesto del artículo 1.056, 2.

En efecto, según BARBERO (10), "estas obligaciones *propter rem* no tienen diversa naturaleza, sino sólo diverso origen, y diversas vicisitudes: se dicen *reales* o *propter rem*, no porque no expresen también ellas el vínculo personal de un 'deudor'—uno o más pero determinados—*ad dandum vel faciendum vel praestandum*, sino porque tal vínculo nace en consecuencia de un 'derecho real' del deudor sobre un bien, y se transmite automáticamente de un sujeto a otro con la transmisión por cualquier título, incluso *inter vivos*, de aquel derecho real".

Por ello entiende el citado autor que la terminología de tal obligación es equívoca, y debía decidirse la doctrina a sustituirla.

Por tanto, estimamos correcta la calificación de *propter rem* a la obligación del mejorado del artículo 829 de pagar en dinero la legítima si con ello se quiere recalcar que la misma deriva de la atribución de la cosa al mejorado, como un hecho inescindible conexo al estatuto jurídico de la mejora. Pero no debe ocultarse al in-

(10) *Sistema istituzionale del Diritto Privato Italiano*, II, pág. 2, Unione Tipografica Editrice Torinese.

térprete que la *obligatio propter rem* no deja de ser una figura jurídica controvertida, cuyos perfiles y efectos jurídicos no son pacíficos en la doctrina.

Por supuesto, en ninguna de las típicas figuras de *obligatio propter rem* que regula nuestro Código—las obligaciones del copropietario del artículo 395, del dueño del predio dominante del artículo 544, del dueño de la finca dada a censo del artículo 1.625—, el incumplimiento de la obligación comporta la resolución de la titularidad que tiene el obligado sobre la cosa que genera tal obligación. Por el contrario, nuestro Código insiste en que el obligado sigue gravado y debe cumplir la prestación, a no ser que prefiera abandonar la cosa o el derecho. Efecto éste que no es resolutorio, sino abdicativo o extintivo, según los casos. No se legitima al titular del crédito en que la *obligatio* consiste para resolver la titularidad del obligado sobre la cosa.

Las obligaciones *propter rem* típicas son obligaciones periódicas o de tracto sucesivo: su duración es indefinida, prácticamente lo que dure la cosa. Mientras que la obligación del mejorado o del atributario de la explotación agrícola de satisfacer la legítima dineraria que respectivamente les compete, nace con la apertura de la sucesión, hecho irrepetible, y es de tracto único, sin aplazamiento ni fraccionamiento posible (art. 813).

Tampoco vemos claro que el mejorado o el atributario de la explotación agrícola puedan librarse de su deber legitimario abandonando la cosa en que la mejora consiste o la explotación agrícola al legitimario.

En los supuestos que hemos examinado de típicas obligaciones *propter rem*, es lógico que si la obligación es de tracto sucesivo, y la tenencia de la cosa o del derecho que genera la obligación su fundamento legitimador, quepa liberarse de la obligación abandonando la cosa o el derecho. Mal pueden deberse pensiones censales o gastos dimanantes de la titularidad de una servidumbre o de una cuota de copropiedad, si el obligado al tiempo de devengarse tales obligaciones ha roto todo contacto con la cosa.

Por otra parte, la renuncia en tales supuestos produce un acrecimiento *lato sensu* en el patrimonio del acreedor de la obligación.

Nada de esto puede aplicarse al débito legítimo que examinamos.

Aceptada la mejora o la atribución de la explotación agrícola, en virtud de la apertura de la sucesión, nace en el patrimonio del legítimo un crédito a obtener del mejorado o atributivo su *quantum* legítimo, y correlativamente, el mejorado o atributivo de la explotación vienen obligados a abonar tal crédito. Tal obligación no entraña innovación alguna en los principios que vedan al heredero aceptar la herencia libre de deudas (art. 661) o al legatario repudiar el legado oneroso una vez aceptado (arts. 889 y 997). La cosa objeto de la mejora o la explotación pasan al mejorado o atributivo, *cum onere suo*, sin que el Código prevea una excepción a los principios dichos y al artículo 1.256.

La compensación que veíamos concedía el Código civil a los interesados en que la genuina obligación *propter rem* se cumpliera, consistente en el acrecentamiento *lato sensu* de la cosa o derecho renunciados, tampoco es de aplicación al supuesto de la mejora ex artículos 829 y 1.056,2, cuando lo veda el precepto terminante, que creemos la Hacienda Pública aplicará con toda energía, del artículo 21 de la Ley del Patrimonio del Estado, aprobada por Decreto de 22 de mayo de 1963. Es difícil inferir un mejor derecho del legítimo para apropiarse de la explotación o de la mejora, frente a tal precepto.

También es cuestionable se aplique al caso de la obligación del mejorado o del atributivo de la explotación agrícola, una consecuencia del carácter de tracto sucesivo de las obligaciones *propter rem*, como es que la transferencia de la cosa que las genera, entraña la asunción de la obligación por el adquirente.

Por supuesto, creemos que es incompatible con tal solución la tesis que configura el derecho del legítimo en tanto no haya sido pagado, como una reserva latente, que repercute en la titularidad del atributivo de la explotación. Tal reserva, procedente según el artículo 806, afecta a los bienes al pago de las legítimas, aunque aquéllos hayan pasado a terceros. Pero en tal caso, el funcionamiento de la reserva como una *actio familiae erciscundae* veda pensar en que el tercer adquirente de la mejora o de la explotación es deudor personal de la legítima: debe soportar simplemente el efecto

real de la acción que hablamos, sin ser deudor personal, ni puede hablarse de débito personal con responsabilidad limitada a la cosa objeto de la mejora o a la explotación.

Por todo ello, consideramos que es inaplicable a la obligación del mejorado en cosa cierta y determinada del artículo 829, de abonar la legítima a los herederos forzosos, la calificación de obligación *propter rem*, en el sentido que le da LÓPEZ JACOISTE.

Con las debidas adaptaciones, las mismas consideraciones deben hacerse respecto a la obligación del atributario de la explotación en el supuesto del artículo 1.056,2.

III

LA ATRIBUCIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA A UNO SOLO DE LOS HIJOS, DISPONIENDO EL TESTADOR SE SATISFAGA LA LEGÍTIMA A LOS DEMÁS EN METÁLICO. ¿CONSTITUYE UNA DISPOSICIÓN MODAL?

VALLET DE GOYTISOLO (11) sostiene que la disposición que prevé el precepto que comentamos constituye una disposición modal. “Ya sea una institución—en el supuesto del artículo 1.056,2—o un legado—normalmente en los casos de los artículos 821 y 829—con el modo o carga de abonar la legítima a los demás interesados. La vieja definición de BARTOLO encaja perfectamente: *Modus est moderatio quaedam dispositione adiecta, aum qui honoratur, aggravans in tempus dispositiones perfectas*. Con la sola participación del que en este caso la carga tiene carácter legal y especiales garantías”.

Más adelante (12) sostiene que en estos casos *hay un modus testamentario expreso o implícitamente presupuesto por la Ley que grava al asignatario*”.

Las consecuencias de tal calificación derivan de su noción de *modus* testamentario, que “no suspende la disposición, sino que debe cumplirse después de recibida e incumplido da lugar a acción para exigir su cumplimiento o la revocación de la disposición se-

(11) Ob. cit., pág. 102.

(12) Ob. cit., pág. 109.

gún los casos. Lo primero resulta hoy del artículo 797,1 y lo segundo del artículo 797,2".

La calificación jurídica expuesta es sugestiva e interesante como todas las del maestro VALLET DE GOYTISOLO. Pero adolece de un inconveniente que de seguro no se le habrá escapado a su fina percepción: el régimen jurídico del modo testamentario no es incontrvertido ni en Derecho comparado ni todavía menos, en el nuestro (13).

Examinaremos algunos de los puntos más discutidos en la temática del modo, que son de utilidad a nuestro intento de clarificar la postura del atributario de la explotación agrícola frente a su deber de abonar las legítimas.

1. El beneficiario del modo ¿tiene acción directa para exigir el cumplimiento de la prestación en que el modo consiste?

En el Derecho alemán, el parágrafo 1.940 del B. G. B. niega que el beneficiario del modo pueda reclamar su cumplimiento. En tal sentido, ENNECERUS, KIPP y WOLF (14) sostienen que "tan pronto como existe alguien que pueda exigir para sí la prestación en interés propio existe un legado. En cambio se da el modo cuando efectivamente han de tener lugar prestaciones a un tercero, pero sin que éste deba tener por ello un derecho de crédito".

En Derecho italiano, por el contrario, pueden instar la ejecución del modo, todas las personas interesadas (art. 648 del Código civil).

En el francés, la jurisprudencia ha reconocido la legitimación del beneficiario de modo para instar su cumplimiento (15).

(13) Sobre el modo entre la bibliografía más reciente, ver: TORRALBA SORIANO, *El modo en Derecho civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1967; el Comentario de las sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965, en esta REVISTA, año XLIII (1967), enero-febrero, págs. 166 y sigs. de VALLET DE GOYTISOLO; Las Notas al «Derecho sucesorio», de JULIUS BINDER, de LACRUZ BERDEJO, edición de 1953, págs. 189 y siguientes; las Notas al Derecho de sucesiones de ENNECERUS, KIPP y WOLF, de ROCA SASTRE, edición de 1951, págs. 204 y sigs.; LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento*, «Anuario de Derecho civil», tomo XIX, fascículo III (julio-septiembre de 1966), páginas 575 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen II, El testamento. Su otorgamiento y contenido, págs. 324 y sigs.; y las cortas pero enjundiosas páginas que dedica al tema DÍEZ PICAZO en *Lecciones de Derecho civil*, IV, Derecho de sucesiones, 1967, págs. 365 y sigs.

(14) *Derecho de sucesiones*, II, pág. 200.

(15) LÓPEZ VILAS, Ob. cit., pág. 594.

En el nuevo Código civil portugués, aprobado por Decreto-ley 47.344, que entró en vigor en 1 de junio de 1967, su artículo 2.247 establece que en el caso de que el heredero o legatario no satisficiera los encargos—modos—, es lícito a cualquier interesado exigir su cumplimiento.

En nuestro Derecho la cuestión no es pacífica en la doctrina, pues los escasos preceptos legales que se refieren al modo permiten dispares interpretaciones.

Reconocen la existencia de tal acción por parte del directamente beneficiado con el modo, LACRUZ BERDEJO (16), LÓPEZ VILAS (17), TORRALBA SORIANO (18) y VALLET DE GOYTISOLO (19). Este último cita en apoyo de su tesis a MUCIUS SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE VALVERDE y PUIG PEÑA y sostiene que “privar de derecho al beneficiado por el modo meramente por una razón conceptual es una regresión histórica de más de mil setecientos años. Y es un conceptualismo sin otra razón que la de plantear una contraposición teórica simétrica, pero que nunca puede tener fuerza jurídica si no obedece a otras razones”.

Considerar que el modo sólo provoca una legitimación formal de ciertos sujetos para pedir en interés ajeno que se cumpla la voluntad del testador cree este autor es fruto de una equivocación provocada por las siguientes circunstancias: a) el prurito conceptualista de aislar químicamente puros el modo y el legado; b) el reflejo de los párrafos 1.940 y 2.194 del B. G. B. que tienen un concepto más restringido del modo, pero que no tiene correspondencia en nuestro Código civil ni corresponden a la tradición española; c) la circunstancia de que normalmente no existe posibilidad fáctica de que ningún beneficiario concreto pueda exigir el cumplimiento del modo.

Las razones de VALLET DE GOYTISOLO son de consideración, pero la doctrina no es de ningún modo unánime sobre este punto.

Ya ROCA SASTRE (20) rechazaba la posibilidad de que el benefi-

(16) Notas citadas, pág. 340.

(17) Ob. cit., pág. 510.

(18) Ob. cit., pág. 393.

(19) Comentario citado, pág. 167.

(20) Ob. cit., págs. 204 y sigs.

ciario del modo tuviera un derecho subjetivo para exigir el cumplimiento del mismo.

OSSORIO MORALES (21) había entendido que “si el beneficiado con el gravamen impuesto al heredero está facultado para exigir personalmente y en su propio interés el cumplimiento, entendemos que en realidad se tratará entonces de un legado”.

PUG BRUTAU (22) es de la misma opinión.

Ultimamente, Díez PICAZO (23) distingue el legado del modo afirmando: “la distinción será fácil, cuando el modo no tenga un beneficiario concreto y determinado. La diferencia radica en que en el modo hay un deber jurídico por parte del instituido *sub modo*, pero no hay un correlativo derecho subjetivo de otra persona para exigir su cumplimiento. Mientras que en el legado existe este correlativo derecho subjetivo”.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta distinción entre modo y legado, en sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965. Aunque es forzoso reconocer que tal distinción no constituye la *ratio decidendi* de los supuestos resueltos por el Tribunal, sino más bien es un simple *obiter dicta*.

Sin dar por resuelta la cuestión, que, como vemos, tiene a favor y en contra valiosas opiniones doctrinales, pasaremos a estudiar las restantes cuestiones del modo que afectan a nuestro estudio del artículo 1.056,2.

2. Cuando el modo consiste en la atribución de prestaciones pecuniarias a persona concreta y determinada ¿cómo se diferencia del legado?

En tales casos—uno de los cuales sería el previsto en el precepto que ha dado origen a este trabajo—parece que decae la principal distinción entre el modo y el legado.

LÓPEZ VILAS que vimos reconoce la legitimación del beneficiario del modo para exigir su cumplimiento, rechaza, sin embargo, como criterios distintivos del modo y el legado, el carácter principal o accesorio de la disposición, el objeto o contenido de la disposición, el carácter objetivo o personal de la institución, la naturaleza

(21) *Manual de Sucesión Testada*, pág. 231.

(22) *Ob. cit.*, pág. 330.

(23) *Ob. cit.*, pág. 366.

de la prestación en que el modo consiste, el fin perseguido por el testador, el grado de determinación o determinabilidad del beneficiario y la diferente estructura que presenta una y otra figura, así como la naturaleza del derecho que una y otra atribución otorgan a sus respectivos beneficiarios (24).

Concluye: “la distinción entre legados y disposiciones testamentarias modales resulta efectivamente muy problemática en algunos casos, visto que los pretendidos criterios de diferenciación que la doctrina cita y considera tradicionalmente como definitivos fallan y se desmoronan en muchos casos en los que la carga modal encierra y supone un beneficio patrimonial para el tercero beneficiario de la misma.

La solución en estos casos límites en que el legado y la carga modal se confunden, ha de ser la siempre problemática investigación e interpretación de la voluntad del testador, para tratar de ver en qué modo y forma ha querido aquél realizar su atribución, teniendo en cuenta siempre la regla interpretativa contenida en el artículo 797 de nuestro Código civil”.

Y en todo caso, y en vista de la pobreza de nuestro Código civil sobre disposiciones modales hechas en testamento... “creemos —dice— que en los aludidos casos dudosos se deberán tener en cuenta siempre, bien aplicándolos directamente o por analogía, las disposiciones que nuestro legislador dedica a los legados, salvando siempre el principio de la imposibilidad de pretender la resolución de la disposición principal por el no cumplimiento del gravamen” (25). Cita en su apoyo la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1965.

La opinión de LÓPEZ VILAS sigue el hilo del razonamiento de LACRUZ BERDEJO, quien, acogiendo el de JULIUS BINDER, cree que “cuando se duda si una liberalidad es legado o carga o si es carga o condición, hay que tener en cuenta que *modum non tam verba faciunt quam voluntas (Cujacio)*; en la duda entre el modo y el legado, acaso quepa... una *praesumptio facti* en favor de éste”. Ello porque como sostiene JULIUS BINDER, el legado es la forma juri-

(24) Ob. cit., págs. 600 y sigs.

(25) Ob. cit., págs. 612-614.

dica regular que verosíblemente ha de haber escogido el testador (26).

Sin embargo, VALLET DE GOYTISOLO (27) da un nuevo giro a la cuestión. “Y el modo puede tener un contenido muy diverso abarcando toda prestación que modalice sin condicionar una atribución principal y que puede consistir en hacer algo en beneficio del propio heredero, o legatario al que se le impone, del causante, o de su alma, o de terceras personas indeterminadas o determinadas, *y en este último caso supondrá un legado*. Es decir, el legado es visto como una atribución testamentaria a título singular y el modo inversamente como una carga impuesta a un heredero o a un legatario; pero con campos de diversa amplitud enfocados desde puntos de vista diferentes, pueden coincidir en algunas parcelas que queden situadas en el espacio, *en el cual se entrecruzan tangencialmente ambas figuras*” (los subrayados son nuestros).

Tal teoría le permite sostener acerca de la legítima del artículo que comentamos, que es un legado impuesto al atributario de la explotación. Porque “nuestra anterior afirmación de que el pago de las legítimas en dinero es un *modus* que grava al asignatario de la explotación, mejora o cosa legada, no es incompatible con que respecto al legitimario constituya un legado, ya que legado y modo puede coincidir y entrecruzarse tangencialmente en algunos supuestos” (28).

Pero contra la opinión del maestro VALLET DE GOYTISOLO, entendemos es contradictorio afirmar que el supuesto de la legítima del precepto que comentamos es un legado desde el punto de vista del legitimario, y un modo desde el del atributario de la explotación.

La contemplación de una figura jurídica desde el punto de vista activo y pasivo no autoriza a calificarlo como figura jurídica diversa, lo que es una contradicción en los términos.

Aunque en principio los regímenes jurídicos del legado y del modo son diversos, nadie duda en aplicar analógicamente al “modus” algunas reglas de los legados, máxime cuando el modo sufre

(26) Ob. cit., pág. 342.

(27) «Comentario», citado pág. 167.

(28) «Contenido», citado pág. 113, nota 344.

una presunción de hecho contraria a su existencia, como afirmó LACRUZ BERDEJO.

Pero de la aplicación analógica de tales reglas no puede deducirse que los modos son a la vez legados según se contemple su aspecto pasivo o de atribución de un derecho subjetivo. La analogía supone la extensión de unas reglas de una figura jurídica a otra que es diversa, y que mantiene un núcleo irreductible de diversidad, con la que le presta sus reglas. La parcial semejanza permite la aplicación analógica, pero presupone la diversidad de las figuras.

El método analógico excluye por su naturaleza la sugestiva teoría de la tangencialidad de las figuras del modo y el legado. Porque si de los argumentos lógicos pasamos a las consecuencias jurídicas de una y otra tesis ¿sería compatible con la naturaleza del legado la resolución de la atribución de la explotación por incumplimiento del deber de satisfacer las legítimas? Según VALLET DE GOYTISOLO como examinaremos, tal consecuencia es ineludible en el modo, según una decantada tradición histórica.

Sin embargo, nuestro Código no permite, la resolución de la institución de heredero por el incumplimiento del deber de satisfacer los legados: los derechos de los legatarios son más que sólidos en sus aspectos material y registral y no precisan tal radical protección a menos que el testador la imponga expresamente en virtud del artículo 805. Pero tal supuesto no puede conjeturarse, sino inducirse expresa o tácitamente de la voluntad del testador porque de nuestro Derecho deben entenderse eliminadas las sustituciones fideicomisarias—y este es un supuesto muy similar a una sustitución fideicomisaria—conjeturales (arts. 783 y 785,1).

Para distinguir la figura del legado y del modo, en los casos de que la disposición testamentaria atribuya un derecho a prestaciones concretas a personas determinadas, se deberá realizar una cuidadosa interpretación de la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión (art. 675).

Si la investigación permite configurar la disposición como modal, partiendo de la voluntad de efectos prácticos del testador, y resolviendo primero los problemas cruciales del testamento—si el testador ha atribuido al beneficiario o no el derecho a resolver la disposición, por incumplimiento del beneficio, o si legitima o

no directamente al beneficiado para exigir su cumplimiento—, cabrá aplicar subsidiariamente al supuesto contemplando aquellas reglas de los legados que no choquen con esta voluntad.

Para interpretar la voluntad del testador, por supuesto, no será científicamente correcto la aplicación del método de la inversión propio de la jurisprudencia conceptual.

3. El incumplimiento del modo ¿origina una pretensión a la resolución de la disposición modal?

VALLET DE GOYTISOLO, favorable a tal opinión, cita en apoyo de su tesis a SÁNCHEZ ROMÁN, LACRUZ BERDEJO (29), ALBALADEJO (30) y PUIG PEÑA (31). Los argumentos a favor son: la dicción literal del artículo 797,2; el argumento analógico del artículo 647; los precedentes de nuestro Derecho histórico, pues el Proyecto del Código civil de 1851 recogió la doctrina tradicional sobre el modo en el que se articulaba una *reivindicatio utilis* para obtener la resolución de la disposición modal (GREGORIO LÓPEZ).

Sin embargo, ni en el Derecho comparado ni en nuestra doctrina es pacífica la cuestión.

El B. G. B. en su parágrafo 2.196 concede una acción de enriquecimiento injusto al beneficiado con la caducidad de la disposición modal, en tanto que dicha atribución hubiese de ser aplicada a la ejecución del modo.

El Código civil francés interpretado por la jurisprudencia parece reconocer la resolución de la atribución *sub modo*, caso de incumplimiento de éste.

Sin embargo, el Código italiano, en su artículo 648, establece que en caso de incumplimiento de la carga, la autoridad judicial puede pronunciar la resolución de la atribución testamentaria, si la resolución ha sido prevista por el testador, o si el incumplimiento de la carga ha constituido el solo motivo determinante de la disposición.

El artículo 2.248 del modernísimo Código civil portugués, dispone que cualquier interesado puede pedir también la resolución de

(29) Ob. cit., pág. 342.

(30) *Condición, término y modo*, «Revista de Derecho notarial», XVII-XVIII, págs. 92 y sigs.

(31) *Tratado de Derecho civil*, Vol. I, pág. 442.

la disposición testamentaria por el no cumplimiento del encargo, si el testador así lo hubiera determinado o si fuera lícito concluir del testamento que la disposición no habría sido mantenida sin el cumplimiento del encargo.

En nuestra patria, los autores se inclinan a no reconocer efectos resolutorios absolutos al incumplimiento del modo. Así Roca Sastre (32): ...“cuando el cumplimiento, realización o ejecución del modo no fuera posible debido a culpa o hecho propio del heredero o legatario gravado..., entonces hay que distinguir según el modo sea o no causal, entendiendo como modo causal aquel en que hay base para estimar que el testador no hubiera hecho la institución u ordenado el legado, de haber previsto en incumplimiento imputable del modo, por constituir éste el motivo decisivo o determinante de la institución o legado. Esta distinción está fundada en la naturaleza jurídica de las cosas, o sea, es de orden institucional. Pues bien, cuando el modo sea causal, su incumplimiento imputable resuelve o deja sin efecto la institución o legado, con efecto *in rem* y retroactivamente, por analogía de los artículos 647 y 651, apartado 2.º”.

TORRALBA SORIANO (33): “Entre la liberalidad y el modo no existe una relación de interdependencia, sino única y exclusivamente una subordinación del segundo a la primera y no viceversa. Por consiguiente, el incumplimiento del modo no es en principio causa suficiente para pedir la resolución de la disposición principal. De ahí se deriva que, no mediando fianza en virtud de la cual sea procedente la resolución, ésta sólo se puede admitir excepcionalmente y cuando existan causas que la justifiquen. En realidad estas causas no pueden consistir más que en que el gravamen haya sido motivo determinante de la disposición principal. En tal caso, la resolución encuentra su fundamento en la voluntad del testador, pues en la determinación de la misma el modo ha desempeñado un papel decisivo, de tal manera que, pensando en la realización del mismo se ha hecho la disposición principal, por ello es lógico que si no se cumple aquél, ésta no se resuelva... lo que sucede en estos casos es que la disposición, además de ser modal es también condicional.

(32) Ob. cit., págs. 209 y 210.

(33) Ob. cit., págs. 244 y 247.

En nuestro Derecho la resolución de la disposición principal por incumplimiento del modo se producirá cuando éste haya sido motivo determinante o cuando lo haya previsto el testador.”

DÍEZ PICAZO (34) sin inclinarse abiertamente por ninguna de las tesis aquí apuntadas, no deja de reconocer que en la doctrina se defiende la irrevocabilidad de la institución *sub modo*, porque si el cumplimiento es posible, no existe una opción entre pedir su restitución o su cumplimiento, sino hay que reclamar su cumplimiento, y si el cumplimiento es imposible por culpa del obligado, en estos casos hay que decidirse por la revocabilidad. Pero aún en estos casos, esta sanción de revocabilidad debe ser proporcional a la carga o modo.

Es, sin embargo, LÓPEZ VILAS, el más acérrimo adversario de la revocabilidad de la atribución testamentaria *sub modo* por incumplimiento de éste.

...“Creemos en cambio que en los supuestos de incumplimiento de aquella, las posibilidades de pedir la revocación o resolución de la disposición principal, han de admitirse en forma más restringida, debido precisamente al especial carácter de toda institución modal que le distingue de otras figuras afines y en este caso, concretamente de la condición y los legados propiamente dichos” (35).

Entiende que sólo en dos casos se puede pretender dicha resolución: cuando el testador la establece expresamente o cuando dicho modo, carga o gravamen supone precisamente la razón decisiva y determinante de la entera disposición.

Pero en ambos casos “estamos en realidad ante un modo desnaturalizado y que no es tal, aunque en la disposición se empleen los términos ‘modo’, ‘carga’ o ‘gravamen’”. Se trata por el contrario de dos ejemplos que entrañan una verdadera y propia condición, la cual, operando como tal, hace depender la efectividad de la disposición testamentaria del cumplimiento de aquélla.

Rechaza asimismo la aplicación analógica al modo testamentario del artículo 647, pues “en Derecho sucesorio el causante o testador, una vez desaparecido de este mundo no tiene posibilidades de reaparición para volver a considerar disposiciones o atribuciones ya

(34) Ob. cit., pág. 368.

(35) Ob. cit., pág. 609.

decididas. Dentro del marco de la autonomía de la voluntad tuvo todas aquellas posibilidades en el momento de dar vida a la disposición, momento en el cual pudo libremente decidir, gravar, condicionar o prever la resolución de tales atribuciones. Por eso decimos que la figura de la revocación, típica y características de los actos y negocios *inter vivos*, resulta un tanto extraña en los negocios *mortis causa*".

También PURG BRUTAU reconoce que el modo que actúa con carácter resolutorio debe asimilarse a la condición resolutoria (36).

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en su artículo 111, párrafo 4.º señala expresamente que "el incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a la resolución de aquélla, sin perjuicio de que en dicho supuesto pueda el testador gravarle de sustitución fideicomisaria o establecer otras prevenciones".

No cabe duda que para el legislador de la Compilación, tal regla es una consecuencia práctica del principio de abolengo romano *semel heres, semper heres*, consagrado en el propio artículo 111, párrafo 1.º.

Queda abierta la posibilidad de que el incumplimiento del *modus* origine el tránsito de los bienes atribuidos *sub modo* por vía de sustitución fideicomisaria, pero ello deberá establecerse expresamente en el testamento, y no deducirse por vía de conjeturas del mismo (arg. art. 165,1 de la Compilación).

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1969 califica de accesoria y modal determinada obligación impuesta a la heredera, por lo que la voluntad del testador no podría quedar supeditada a su cumplimiento. Esto es, niega el efecto resolutorio del incumplimiento del modo.

4. Aplicación de las soluciones apuntadas al supuesto de la legítima del artículo 1.056, párrafo 2.º: De todo lo expuesto se desprende nuestra oposición a la configuración de la atribución de la explicación agrícola en virtud de este artículo, como una disposición modal.

El testador—"el padre" en la dicción legal—tiene como fina-

(36) Ob. cit., pág. 332.

lidad esencial al hacer la atribución de la explotación, favorecer el interés de la familia. Su voluntad no es desheredar al hijo o hijos legitimarios, pero lo cierto es que infringe, materialmente hablando, el derecho al *quale* del legitimario. Sin embargo, su disposición no es inoficiosa, porque la Ley le permite disponer de la legítima de los herederos ordenando se satisfaga en metálico extrahereditario (37).

Sostener que en tal supuesto el fin del testador es que se cumpla la carga modal, o sea, el pago de la legítima en dinero, y que tal fin es el motivo determinante, en el sentido que al mismo atribuye ROCA SASTRE, de la atribución de la explotación agrícola, no nos parece fundado.

El verdadero motivo determinante de la atribución es el interés de la familia: de ahí dedujimos nosotros la posibilidad de la impugnación de la disposición testamentaria, caso de no existir tal motivo.

El testador puede posponer el interés del legitimario hasta el extremo de reducirlo a su legítima estricta, mejorando—incluso tácitamente, sostuvimos—al atributario de la explotación; puede incluso ordenar que su *pars reservata* se traduzca en dinero, aun cuando éste no figure en la herencia.

No hay animadversión alguna del testador hacia el legitimario o legitimarios, que para él son tan hijos como el mejorado. Nuestra experiencia nos confirma que el móvil determinante del testador ha sido, la imposibilidad de la explotación agrícola de satisfacer todas las cargas que el tránsito sucesorio comporta: gastos de enfermedad, entierro y funeral, impuestos sucesorios y legítimas.

Es excesivo decir que el pago de la legítima dineraria actúa como motivo determinante de la atribución de la explotación ex artículo 1.056,2. También lo es considerar que la referencia del precepto al interés de la familia, no tiene otro significado que el de aludir a los móviles determinantes de la disposición testamentaria sin que pueda atribuírsele mayor alcance (38).

DE LA CÁMARA (39), sostiene que “la abstracta alusión al interés

(37) *Estudio sobre el pago con metálico*, cit., pág. 876.

(38) *Estudio sobre el pago con metálico*, cit., pág. 964, nota 355.

(39) Id. id.

de la familia no parece suficiente base para impugnar una disposición testamentaria amparada en el 1.056,2, que no condicione la adjudicación de la explotación en el sentido expuesto, ni por sí sola puede fundar una acción contra el adjudicatario de la explotación por parte de sus hermanos tendente a obtener el reparto igualitario de la explotación o de su importe, si el adjudicatario cede, arrienda o enajena aquella”.

Con mayor razón afirmamos nosotros, el incumplimiento por parte del atributario de la explotación de su deber de satisfacer las legítimas, no debe dar lugar a la resolución de la mejora.

A ello se opone el artículo 743: serán ineficaces en todo o en parte, las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código.

Establecer la resolución de la mejora, fundándose en una discutible configuración de la obligación del atributario de satisfacer las legítimas como un modo, motivo determinante de la atribución, es contrario al principio que tan claramente establece este precepto.

Incluso si, con DE LA CÁMARA, entendemos que la resolución de la atribución y de la mejora que ella comporta, lleva aneja la resolución, parcial al menos, de la partición en que sustancialmente consiste la atribución que comentamos, tropezamos con lo que no es sino una aplicación del principio de la conservación del negocio jurídico: el de la conservación de la partición (40).

Principio éste que tiene especial aplicación en el caso de la partición practicada por el propio testador, que conforme al artículo 1.075 no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que aparezca y racionalmente se presuma haber sido otra la voluntad del testador. La lesión, por supuesto, no existe en el caso de que el atributario de la explotación se limite a incumplir su obligación de satisfacer las legítimas (41).

(40) «La partición puede estar afectada de diversos vicios o defectos que la hacen impugnable. Sin embargo, domina toda esta materia el principio de la conservación... La jurisprudencia ha hecho numerosas alusiones y aplicaciones del mismo, alegando los inconvenientes de la indivisión y de la provisionalidad, y razones de economía y de sosiego familiar para mantener las particiones ya realizadas en cuanto sea posible, y sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes...». (LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, Parte General, Librería Bosch, Barcelona, 1961, pág. 543).

(41) «La acción de rescisión está constreñida... a las hipótesis de lesión en sentido estricto, situación que no presenta analogía con la que aquí se contem-

La Compilación de Derecho civil especial de Galicia, en su artículo 87, al regular las causas por las que la mejora de labrar y poseer—trasunto foral del precepto que comentamos como tuvimos ocasión de estudiar en el anterior trabajo—quedará sin efecto, dispone como únicas y taxativas, el incumplimiento de las condiciones impuestas al establecer la mejora, el abandono total del cultivo de los bienes que la componen y la mala conducta personal del mejorado que haga imposible la convivencia familiar. Por ninguna parte aparece el incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas a los demás hijos, a menos que el testador—lo que jamás se nos ha presentado en nuestra larga aplicación del precepto—la haya elevado al carácter de condición resolutoria expresa de la mejora y de la atribución.

De todo lo dicho, concluimos que el incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas impuestas por el artículo 1.056,2 al atributivo, no da lugar a la resolución de la mejora y de la partición, a menos que el testador expresamente lo haya establecido, lo que estadísticamente será infrecuente.

IV

EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SATISFACER LAS LEGÍ-
TIMAS POR PARTE DEL ATRIBUTARIO DE LA EXPLOTACIÓN, ¿PUEDEN LOS
LEGITIMARIOS PROMOVER EL JUICIO DE TESTAMENTARIA? ¿SON APLICABLES
EN TAL CASO LOS ARTÍCULOS 1.062 Y 401 A LA NUEVA PARTICIÓN?

VALLET DE GOYTISOLO (42) sostiene que “obtenida la resolución de la disposición, pedido en juicio ordinario subsidiariamente el pago de la legítima en dinero ha de quedar despejada la posibilidad del ejercicio de la *actio familiae erciscundae* en juicio de testa-

pla, pues mientras en el caso de lesión la legítima aparentemente ha quedado pagada, en el supuesto del 1.056,2 y demás asimilables al mismo se manifiesta que la legítima no ha sido satisfecha en la misma adjudicación, sino tiene que serlo a través de un acto posterior (el pago por el adjudicatario). *Estudio sobre el pago con metálico*, citado, pág. 877.

(42) Contenido, pág. 110.

mentaría o en su caso de la *communi dividundo*, pero siempre con aplicación de lo previsto en los artículos 1.062 y 401 si la explotación “desmerece mucho con su caso de la *communi dividundo*, pero siempre con aplicación de lo previsto en los artículos 1.062 y 401 si la explotación “desmerece mucho con su división”, o “cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”.

Aun admitiendo que procede la resolución de la mejora por incumplimiento del deber de satisfacer las legítimas—lo que hemos rechazado en el apartado anterior—el ejercicio del juicio de testamentaria para reclamar la efectividad de la legítima, tiene el inconveniente, agudamente apuntado por MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE (43): la disconformidad del legitimario y del mejorado en el *quantum* a satisfacer al primero, dará lugar al sobreseimiento del juicio y a la apertura del ordinario declarativo. Pero como previamente habrá sido preciso resolver en un juicio ordinario la mejora—ya estudiamos en el anterior trabajo que la impugnación de la atribución ex artículo 1.056,2, no puede hacerse en el mismo juicio de testamentaria, sino en el declarativo ordinario, y así lo sostiene la jurisprudencia—el legitimario necesitará ¡tres pleitos! para obtener el pago de su legítima.

Uno para resolver la mejora y eventualmente pedir el pago de su cuota hereditaria; otro para ejercer en el juicio de testamentaria la *actio familiae erciscundae*; y un tercero, declarativo ordinario, en el caso, muy probable, de que se susciten entre el mejorado y el legitimario disparidades de criterio en orden a la formación de lotes o su valoración.

La falta de economía procesal es tal que en la práctica frustrará los derechos del legitimario.

Tampoco creemos que sean de aplicación los artículos 1.062 y 401 al caso de que se practique la nueva partición resultante de la resolución de la mejora. La unidad de la explotación agrícola sólo ha sido contemplada por el legislador en el caso de la atribución realizada por el testador en interés de la familia. No en una atribución de segundo grado practicada cuando el interés familiar ha sufrido mengua con el incumplimiento del deber legitimario.

(43) Ob. cit., págs. 204-205.

La legislación de unidades mínimas de cultivo, consciente de que el artículo 1.061, réplica del 832 del Código francés, en su antigua redacción, constituía una auténtica "máquina de partir tierras", y que la tierra es siempre físicamente divisible, ha tenido que dictar preceptos especiales para evitar la fragmentación indefinida de las fincas rústicas. Si hubiere creído que en el sistema individualista de nuestro Código cabía la posibilidad de configurar como cosa indivisible la tierra, hubiera holgado tal legislación.

Pero es que, aun entendiendo aplicable el precepto, el interés familiar no quedaría satisfecho, pues el mismo admite la entrada de la especulación—"venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños"—a petición de cualquier heredero: lógicamente, el mejorado que ha sufrido la resolución de la disposición testamentaria, y del que no deben presumirse las mejores intenciones hacia el legitimario. El destino de la explotación, según esta teoría, es pasar a manos extrañas y verse sustituido por un precio, obtenido en pública subasta, normalmente vil, como todo precio originado en tales condiciones, fuertemente disminuido por los gastos del procedimiento, a distribuir entre el mejorado y el legitimario.

Por supuesto que el mejorado puede allanarse, según la tesis que no admitimos, a la demanda resolutoria del legitimario, y obviarse el costoso despilfarro procesal que hemos apuntado. Pero en tal caso no hemos de olvidar que una de las causas de aplicación del precepto estudiado es la pequeñez de las explotaciones agrícolas para sostener el peso de los gastos que comporta el tránsito sucesorio.

Si, pues, se resuelve la mejora por incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas, y la explotación se atribuye al legitimario, su situación será la misma que la del ex mejorado, pero agravada.

Si el mejorado no pudo pagar legítimas cortas ¿podrá el legitimario pagar cuotas sucesorias igualitarias?:

Tampoco creemos que el artículo 401 contemple el supuesto de la indivisibilidad de una explotación agrícola, sino el de cosas corporales cuya división entraña su destrucción material.

V

¿PUEDE EJERCITAR EL LEGITIMARIO LA ACCIÓN HIPOTECARIA SOBRE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DE SU DERECHO?

Sostuvimos en nuestro anterior trabajo, de acuerdo con ROCA SASTRE y desarrollando su pensamiento, el derecho del legitimario de ejercer la acción hipotecaria, con los caracteres de una hipoteca solidaria.

Hicimos un esfuerzo conceptual para obviar los inconvenientes que la hipoteca solidaria tiene en nuestro Ordenamiento y que se concretan en los efectos disgregadores de la unidad de la explotación agrícola que consagra el artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

Llegamos a la conclusión de que lo precedente para evitar tales inconvenientes será articular la garantía del derecho del legitimario a la manera de una hipoteca conjunta (arg. art. 218 del Reglamento Hipotecario), solución, por otra parte, avalada por la Ley de Patrimonios Familiares de 15 de julio de 1952, artículos 16, 4 y 10.

Nuestra solución ha sido objetada. Como sostiene VALLET DE GOYTISOLO, citando a DE LA CÁMARA, no existen términos hábiles para construir en el Código civil el derecho de los legitimarios como realización de valor (44). Y MELÉNDEZ VALDÉS GOLPE (45) afirma agudamente que, en ningún caso, tendrá el legitimario garantía real alguna sobre los bienes hereditarios si no exige la constitución de hipoteca especial suficiente como la garantía de su derecho, y que ni el Código ni la Ley Hipotecaria ni ninguna otra Ley atribuyen expresamente al legitimario derecho a hipoteca legal, por lo que éste no puede pedir su constitución, ya que sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las Leyes con tal carácter (art. 158, 1, de la Ley Hipotecaria).

Sin embargo, el mismo autor (46) reconoce aplicable la garantía del artículo 15 de la Ley Hipotecaria al supuesto de la legítima que

(44) Contenido cit., pág. 106.

(45) Ob. cit., pág. 200.

(46) Ob. cit., págs. 206-208.

estudiamos. Y admite que tal garantía viene a representar una especie de hipoteca legal en que no hay que pedir la constitución de la hipoteca especial suficiente, ya que al inscribir los bienes hereditarios se hace constar ya la afección de los mismos.

En prueba de tal afirmación observa que la afección del artículo 15 se extingue, en todo caso, a los veinte años del fallecimiento del causante, que es el mismo de la acción hipotecaria, y no resulta ilógico que la Ley lo aplique a esta modalidad de garantía real introducida mediante el artículo 15.

No deja de notar que, si el derecho a percibir el valor de la legítima fuese verdaderamente un derecho real, parece que la Ley Hipotecaria no tendría que esforzarse en inventar una mención para acogerlo, porque tendría acceso al Registro a través de una inscripción.

Creemos que implícitamente la Ley Hipotecaria, en su artículo 15, rechaza el sistema de la *actio familiae erciscundae*, al regular una mención especial que se consigna en el Registro de la Propiedad al inscribir los bienes a nombre del atributario de la explotación.

Pues si la acción específica del legitimario fuera aquélla, debería constar en el Registro como una modalización o reserva autenticada de la inscripción de la explotación a nombre del mejorado, a manera de una condición resolutoria (arts. 23 de la Ley Hipotecaria, y 51, apartado 6.º, de su Reglamento), y no como una mención especial, que grava solidariamente todas las fincas a las que afecta, según el artículo 15 de la misma Ley.

El artículo 15 de la Ley Hipotecaria tiende a evitar la inseguridad del tráfico jurídico en los casos, no infrecuentes, en que se dilata el pago de las legítimas dinerarias del mejorado y en que el mismo tiene precisión de enajenar bienes inmuebles que integran la explotación, con el consiguiente peligro para el legitimario.

Mientras no surge un tercero protegido por la Ley Hipotecaria, el Registro de la Propiedad se declara incompetente, y remite el problema a la legislación civil.

Frente a terceros protegidos por dicha Ley, el artículo 15 de la misma limita, ¡aún más!, los derechos del legitimario. Se prevé un procedimiento especial de consignación forzosa del importe de la legítima y de sus intereses legales, sin necesidad de intervención

del legitimario transcurridos que hayan sido cinco años, con la consiguiente cancelación de la mención legitimaria.

También se reduce la duración de la protección del legitimario frente al tercero protegido por el Registro a veinte años, a contar desde el fallecimiento del causante, transcurridos los cuales caduca automáticamente la mención.

El artículo 15 deja sin resolver los casos en que la explotación agrícola no comporte la existencia de derechos inscribibles (47) o cuando el tercero a quien se ha enajenado la explotación no sea protegido por el Registro (legatario o donatario del mejorado).

VI

ACCIONES DEL LEGITIMARIO FRENTE AL DONATARIO DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA FAMILIAR ATRIBUIDA SEGÚN EL ARTÍCULO 1.056,2

En este supuesto, los preceptos de la donación protegen, en cierto modo, al legitimario.

Con un cierto esfuerzo conceptual, cabe sostener que el gravamen legitimario impagado debe ser considerado como una carga en el sentido del artículo 633 del Código civil. Y el incumplimiento de tal carga provoca el efecto resolutorio del artículo 647, *in rem*, y con eficacia retroactiva.

Este efecto resolutorio no significa contradicción con la crítica que antes hemos hecho a la resolución de la atribución hecha al mejorado por incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas. Ni es contrario a la economía procesal.

En efecto: no se ataca el título sucesorio del mejorado que dona la explotación, sino precisamente esta donación. El cauce procesal es, por tanto, el juicio declarativo ordinario. En el mismo se puede acumular la pertinente acción para reclamar el pago de las legítimas del mejorado, quien vuelve a ser propietario de la explotación.

El problema de la legitimación activa de legitimario para recla-

(47) Véase nuestro trabajo, págs. 388 y sigs. de la separata.

mar la resolución ex artículo 647 no creemos sea importante cuando la doctrina reconoce legitimación a todo interesado en el modo o carga, para ejercitar las acciones dimanantes del incumplimiento de aquél.

Con tal teoría no se infringe el principio de la conservación de las particiones, ni el de las disposiciones testamentarias, pues se ataca el título del donatario y no el del donante.

Claro que frente a esta construcción cabe objetar que la carga, en el sentido del artículo 633 del Código civil, es la que impone el donante por su propia voluntad y no la que le viene impuesta por la Ley, con lo que el efecto resolutorio del artículo 647 quedaría sin posible aplicación.

Este argumento, es también una objeción a la consideración de la obligación del mejorado de satisfacer las legítimas dinerarias, como un modo legal (48). Porque o se admite el modo legal con todas sus consecuencias, incluso con la obligación del atributario donante de respetarlo y consignarlo en la donación que otorga de la explotación, o no se admite en caso ninguno, considerando que el modo es una figura típicamente voluntaria, expresión de la libérrima voluntad del testador, e incompatible con un precedente deber legal de respetar la legítima.

Pero aun rechazando esta construcción apoyada en los artículos 633 y 647, no cabe duda de que el mejorado, en tanto no satisface el importe de las legítimas es deudor de las mismas. Si tiene bienes propios bastantes y no ha aceptado la herencia a beneficio de inventario, el legitimario puede reclamar la legítima y hacer traba en los bienes personales del mejorado.

Si—lo que ocurrirá con mucha frecuencia—el mejorado carece de otros bienes que la explotación, la enajenación de la explotación otorgará al legitimario la acción nacida del artículo 643.

Para algunos autores tal precepto consagra una acción pauliana especial a favor del acreedor del donante; para otros—y esto parece coincidir con el texto literal del precepto—simplemente sanciona una *asunción ex lege* de las deudas del donante—esto es, de las legítimas dinerarias—puesta a cargo del donatario (49).

(48) «Contenido», citado pág. 102.

(49) PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, tomo II, vol. II, pág. 88, nota 2.

VII

CONCLUSIONES DEL ANTERIOR EXAMEN DEL PRECEPTO

El estudio del precepto nos conduce a difíciles problemas, no pacíficos en la doctrina y apenas tratados por la jurisprudencia.

El *impasse* originado creemos debe resolverse pensando en que el precepto no tiene fácil encaje dentro del sistema legitimario del Código civil, respecto del cual constituye una clara anomalía, ni en la concepción liberal individualista de la propiedad de la tierra que él mismo consagra.

Según BALLARÍN (50) el individualismo del Código civil, su falta de sentido social, se ponen de relieve en la ausencia de normas eficaces para combatir los dos problemas agrarios que ya tenía planteada España para entonces: el del minifundio y el del latifundio. Aunque merece alabanza el Código precisamente por el párrafo 2.º del artículo 1.056, dicha norma hubiera sido muchísimo más eficaz de haberse aplicado a la sucesión intestada, permitiendo que cualquiera de los herederos solicitara la adjudicación de la unidad económica, pero respetuoso en extremo el legislador con la voluntad testamentaria, únicamente a ella le era posible tal atribución integral, con lo cual seguía fiel el Código a las ideas liberal individualistas. De ahí el poco alcance práctico de este precepto para detener el proceso desintegrador de las explotaciones agrícolas.

La inadecuación del sistema del Código civil para regular satisfactoriamente la rica problemática socioeconómica a que el precepto se aplica no debe hacernos desmayar en nuestra labor integradora de la norma en el sistema de los principios generales del Derecho. Las ideas "interés de la familia" e "indivisión de la explotación agrícola", no menos que el carácter privilegiado de la partición testamentaria, deben ser tenidas en cuenta por el intérprete, demasiado obsesionado—creemos—con la intangibilidad cualitativa de la legítima.

(50) Ob. cit., pág. 61.

DE LA CÁMARA (51) advierte con agudeza que el interés de la familia no es otro que procurar la conservación de la explotación dentro del grupo familiar para iniciar o seguir una línea de continuidad que peligraría gravemente si a la muerte del padre hubiese de ser adjudicada indivisa a todos los hijos.

Sin embargo, rechaza, como vimos, que tal interés tenga otro significado que el de aludir a los móviles determinantes de la disposición testamentaria, sin que pueda atribuirse mayor alcance. Rechaza asimismo la tesis de LACRUZ BERDEJO, según la que tal frase condiciona el ejercicio de la facultad concedida al ascendiente. Y sostiene que de haberse querido elevar tal interés familiar a la categoría de requisito legitimador de la disposición del padre, parece que debiera haberse exigido que de algún modo quedara garantizada la tutela de tal interés. Pero los términos en que está concebido el precepto y sobre todo la ausencia de ulterior desarrollo normativo, hacen prácticamente inviable el esfuerzo interpretativo que lleve a establecer un sistema de cargas y obligaciones a cuyo cumplimiento debiera quedar condicionada la mejora misma.

Tal brillante alegato del ilustre maestro contra el desarrollo integrador del precepto en un sistema más social de derechos y obligaciones por parte del mejorado y del legitimario nos obliga a dirigir nuestra investigación en otra dirección.

VIII

INADECUACIÓN DEL PRECEPTO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA FINALIDAD QUE PERSIGUE

De cuanto llevamos expuesto se deduce que el precepto que nos ocupa constituye un buen propósito—como tantos otros—de nuestro Código, que en su época constituyó un considerable avance sobre el estado anterior de la legislación, pero que no ha producido los resultados apetecidos.

(51) Ob. cit., pág. 964, nota 355.

La dogmática civilista no parece hallarse en vías de resolver, al menos en lo que se refiere a la explotación agraria, los graves problemas que su interpretación plantea.

Los principios de la intangibilidad cualitativa de la legítima, la primacía de la noción de la propiedad privada del suelo sobre la empresa agraria, el *numerus clausus* de los derechos reales, y de las hipotecas legales, la división igualitaria de la herencia entre los herederos y el principio individualista que consagran los artículos 1.061 y 1.062 del Código, agravan la situación—ya de por sí precaria en el orden económico—de la explotación agraria familiar.

El principal defecto del precepto consiste en haber pretendido por la vía de la voluntad del padre de familia dispuesto a hacer testamento particional—supuesto estadísticamente infrecuente—resolver un problema que sólo un planteamiento general y una extensión al supuesto de la sucesión intestada o de la testamentaria en que el testador no haya hecho la partición hubieran dado los frutos apetecidos.

Es curioso, no obstante, que la doctrina interprete progresivamente el precepto que comentamos para resolver los problemas que plantea la atribución sucesoria de la empresa industrial o comercial.

No sólo PUIG BRUTAU (52): también VALLET DE GOYTISOLO (53) y DE LA CÁMARA ALVAREZ (54) se insertan en esta corriente doctrinal.

VALLET DE GOYTISOLO, critica brillantemente la doctrina de la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1958 (55). Según él, el supuesto de la misma cabía en el artículo 1.056,2, pues las explotaciones industriales constituidas en forma societaria pueden conservar o perder su unión dentro de la familia

(52) *El testamento del empresario*, «Revista de Derecho privado», 1960.

(53) Contenido cit., pág. 86.

(54) Ob. cit., págs. 910 y sigs.

(55) En el supuesto de hecho resuelto por la sentencia de nuestro más alto Tribunal, la testadora, en uso del artículo 1.056,2 dispuso que la totalidad de las acciones en determinada sociedad, se adjudicarán por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes a aquellos de sus herederos que al tiempo de causarse la sucesión, fueran titulares en plena propiedad de acciones de la misma Sociedad. En su caso los adjudicatarios de las acciones abonarían en metálico a sus coherederos el exceso que les resultare de la adjudicación. Impugnada dicha cláusula, la Audiencia Territorial la declaró nula y el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, aunque por razones, que, según DE LA CÁMARA, «no resisten la más ligera crítica, dicho sea con todos los respetos que merece el Alto Tribunal».

según se mantenga o no en poder de ella un número de acciones o participaciones que sea suficiente para conservar la potestad de mando sobre ella. La empresa familiar, revestida de forma social, si los miembros de la familia pierden la potestad de mando se desintegra en una empresa realmente societaria, pero fuera del ámbito familiar. El artículo 1.056,2, no tanto tiende a conservar la unidad de la explotación—que no se perdería tampoco de ser vendida en pública subasta, conforme prevé el artículo 1.062—cuanto a conservarla dentro de la familia. La cortina jurídica de la forma social no debe hacernos perder de vista la realidad que recubre.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, por el contrario, cree que la solución adecuada al supuesto resuelto en esa sentencia la de la posibilidad general que tiene el testador de atribuir la legítima a unos hijos en metálico y a otros en bienes concretos, fuera de los supuestos excepcionales en que se recoge tal posibilidad por el Código civil.

Sea cual fuere, pues, el fundamento teórico, brillantemente esclarecido por nuestros autores, de la decisión de nuestro más alto Tribunal, lo cierto es que su fallo ha merecido el aplauso de nuestra doctrina, que lo ha interpretado en sentido progresivo.

Ello creemos puede conducir a un rezagamiento de un aspecto del Derecho civil, el que regula la sucesión de las explotaciones agrícolas, frente a la mayor libertad y elasticidad del *ius novum* que la jurisprudencia cautelar no vacilará en introducir para tutelar los intereses familiares de los empresarios, desarrollando la tesis progresiva de nuestro Tribunal Supremo, tan bien acogida por la doctrina.

Tal rezagamiento no es insalvable, pues obedece tal vez a un agotamiento momentáneo de los actuales principios del Derecho civil clásico, contenidos en nuestro Código decimonónico. Los principios son los que arriba hemos expuesto, y que al parecer cercan en un círculo de hierro el buen propósito del propio legislador de resolver de algún modo el problema originado por el tránsito sucesorio de la explotación agraria.

Urge, pues, un remozamiento de los principios del Código civil, que no son palabras intangibles pronunciadas por los muertos para

aplastar con una losa de plomo a los vivos: "el sábado ha sido hecho para el hombre y no el hombre para el sábado" (56).

Con Díez Picazo (57) diremos que: "Nuestro mundo es un mundo de transición hacia nuevas formas de vida, hacia nuevos sistemas de creencias y de convicciones y en esta etapa de transición y de cambio, el mundo está en crisis.

Nosotros habremos de pensar, por tanto, el Derecho civil de este tiempo de crisis. Porque, si queremos construir el Derecho civil con sentido rigurosamente actual, tenemos necesidad de pensar en el Derecho civil de tiempo de crisis. El Derecho civil decimonónico, que hemos heredado, que todavía cultivamos, cristalizado en esa obra gigantesca de los códigos civiles, es acaso una de las realizaciones más perfectas de nuestra civilización, pero es desgraciadamente arcaico..."

Un análisis atento nos permite descubrir una serie de tendencias modernas que pueden dejar marcado su sello en el próximo devenir histórico, y dar al traste con el concepto de Derecho civil: a) una excesiva patrimonialización; b) una excesiva administración y c) la disgregación del Derecho civil en una pluralidad de derechos especiales.

Frente a tales tendencias, hay que reaccionar vigorosamente, pero sobre todo "hay un quehacer que es el más necesario y urgente: revisar los principios jurídico-civiles, lo cual exige dilucidar cuáles de entre los principios clásicos de nuestra ciencia conservan vigencia actual y valor de organización y cuáles de las nuevas reglas han alcanzado aquel valor primario" (58).

"El reajuste del Derecho civil moderno exige también la actualización del Derecho civil, que es quizá una de nuestras más ingratas tareas... El Derecho civil tiene que estar a la altura de su tiempo. Recoger y dar cauce jurídico a estas nuevas condiciones vitales y a estas estructuras nuevas es una tarea penosa, que exige una persecución constante de la evolución social. El Derecho civil no puede ser ya el derecho de las antiguas formas de vida de las institu-

(56) San Marcos, 2, 27.

(57) *Parte General*, págs. 14-17.

(58) *Id.*, *id.*, pág. 22.

ciones tradicionales. Tiene que ser el derecho de las formas de vida del tiempo presente".

Debe perdonársenos la extensión de la cita considerando que condensa un auténtico programa de actuación del profesional del Derecho.

IX

LA ATRIBUCIÓN SUCESORIA UNITARIA DE LA EXPLOTACIÓN A FAMILIAR Y EL MODERNO DERECHO AGRARIO

La inadecuación ya apuntada de las actuales normas civiles para resolver la compleja problemática subyacente al tránsito sucesorio de la explotación agrícola familiar obliga a dirigir nuestra investigación hacia el Derecho agrario.

BALLARÍN (59) afirma que lo que no ha hecho hasta ahora la doctrina española ha sido examinar el problema de la propiedad desde el punto de vista de la empresa, comprobando las transformaciones que este tipo de organización productiva produce en el derecho subjetivo.

La noción de empresa agraria y la de explotación constituyen hoy la base en torno a la que se polarizan las normas jurídico agrarias, y en este sentido se puede hablar de la empresa como institución, centro productor y coordinador de normas.

Como conclusión del estudio del Derecho constitucional agrario español, entiende que se ha operado la sustitución del Derecho subjetivo de propiedad como centro del sistema, por la realidad institucional de la empresa (60).

Considera el autor como principio general del Derecho agrario español, el de protección máxima a la empresa agraria familiar, rentable basada, en cuanto sea posible, en la propiedad sobre la tierra cultivable (61).

(59) Ob. cit., pág. 165.

(60) Ob. cit., pág. 189.

(61) Ob. cit., pág. 310.

Son corolarios de este principio otros dos: el de la distribución de la propiedad y el del acceso a la propiedad en orden a crear explotaciones familiares (62).

Directamente relacionado con este gran pilar de nuestro Ordenamiento agrario, entiende existe otro principio: el de la dimensión mínima de las explotaciones agrarias, representado tal mínimo por la familiar (63).

Sin embargo, no deja de reconocer que el Derecho agrario español se ha quedado en la regulación de la indivisibilidad esencial de la unidad de explotación agrícola, sin llevar a establecer, con carácter general, para todas las unidades agrarias, un régimen sucesorio especial, que hubiera permitido formular otro principio: el de atribución integral. La Comisión de Agricultura de las Cortes, con motivo de la aprobación de la Ley de 14 de abril de 1962 sobre explotaciones familiares, se limitó a presentar una moción al Gobierno sobre este tema.

El artículo 12 de la Ley aprobatoria del Primer Plan de desarrollo Económico y Social, se refiere a las explotaciones agrarias para anunciar normas generales que impidan su división, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*.

Ya en nuestro trabajo enunciábamos (64) la existencia de un derecho sucesorio excepcional respecto de las empresas agrícolas concedidas por el Estado como consecuencia de su labor colonizadora: lotes familiares en las colonias agrícolas, creadas en virtud de la Ley de 23 de octubre de 1907, y reguladas por el Reglamento de 23 de octubre de 1918; las concesiones de parcelas otorgadas por el Instituto Nacional de Colonización que se rigen por el R. D. L. de 9 de marzo de 1928; los huertos familiares creados por el Decreto de 12 de mayo de 1950, así como los patrimonios familiares que regula la Ley de 15 de julio de 1952.

Sin embargo, no dejemos de reconocer la razón de BALLARÍN al afirmar la carencia de un derecho sucesorio especial aplicable a la generalidad de las explotaciones agrícolas familiares.

Los primeros indicios de una tal orientación, que refleja el ar-

(62) Ob. cit., pág. 311.

(63) Ob. cit., pág. 313.

(64) Ob. cit., págs. 390-391.

título 4.º de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, no han sido desenvueltos adecuadamente por la Ley de Explotaciones Agrarias Familiares, que por otra parte derogará la de Unidades Mínimas de Cultivo, cuando entre en vigor (art. 8.º de la Ley). Incomprensiblemente, el legislador no ha puesto en vigor aquella Ley.

El legislador agrario no cesa de tejer y destejer criterios agronómicos y jurídicos para regular la explotación agraria familiar.

En el momento actual preponderan las consideraciones técnico-agronómicas y se olvida la necesaria regulación jurídica de la base de la explotación agrícola: la tierra cultivable.

En muchos sectores de la opinión, o se entiende que la explotación agraria familiar es una reliquia del pasado (65) o bien se la dota de una extensión tan desmesurada que claramente se aprecia que la inmensa mayoría de nuestras explotaciones agrarias, que mal que bien, sustentan a millones de campesinos, no pueden calificarse de "familiares".

X

LA LEGISLACIÓN DE UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO Y LA ATRIBUCIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA FAMILIAR POR EL PADRE TESTADOR

Hoy por hoy, con todas las deficiencias que puede presentar dicha legislación y las contrapuestas interpretaciones doctrinales y aun legislativas a que ha dado lugar (66) está vigente y debe ser tenida en cuenta para formular el principio general del Derecho agrario español: el de la atribución integral de la explotación agrícola familiar.

(65) «En esencia, puede decirse que el paso por la pequeña propiedad familiar que ha constituido el modelo tradicional en los procesos de reforma agraria, carece hoy de sentido (LÓPEZ MUÑOZ, *Sobre la reforma agraria*, «Triunfo», de 27 de junio de 1970, pág. 7).

(66) Ofrecimos un resumen de la bibliografía de la legislación de unidades mínimas de cultivo, en nuestro trabajo *Juicio crítico de la legislación de mínimas unidades de cultivo*, separata de la «Revista de Estudios Agrosociales», publicada en 1957.

El artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo establece a indivisibilidad de las parcelas de cultivo de extensión igual o inferior a la unidad mínima. De tal principio general extrae un corolario su artículo 4.º: la partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2.º de esta Ley, aun en contra de lo dispuesto por el testador. A falta de voluntad expresa de éste o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos. Si todos estos manifestasen su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta. Cuando se trate de división motivada por herencia o donación a favor de herederos forzosos, no podrá el colindante ejercitar el derecho de preferente adquisición sin hacer previamente una notificación fehaciente acreditativa de dicho propósito. Durante el término de treinta días siguientes a la notificación podrán los interesados anular la división practicada o rectificarla ajustándola a los preceptos de la Ley. Trascurrido dicho término podrá el colindante ejercitar los derechos que le concede el artículo 3.º—derecho de adquisición preferente de la parcela ilegalmente dividida, por su justo precio—.

La Orden de 27 de mayo de 1958 regula la superficie de la Unidad Mínima de Cultivo para cada uno de los términos municipales de las distintas provincias españolas.

La legislación de unidades mínimas de cultivo tiene un grave defecto para nuestro propósito: pretende regular la unidad agronómica cuya extensión sea, en secano la suficiente para que las labores fundamentales, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en regadío la del huerto familiar. La Orden de 27 de mayo de 1958 regula unas extensiones de la unidad mínima de cultivo que en ningún caso exceden en secano de tres hectáreas y media y en regadío de media hectárea.

Tales superficies son demasiado modestas para constituir la base de una explotación agraria familiar, por lo que el legislador pensó en derogar tal legislación y sustituirla por la de las explotaciones agrícolas familiares indivisibles, que por definición permiten ocupar el trabajo de una familia campesina y dotarle de un nivel de vida digno.

Pese a ese gravísimo inconveniente, y a las modernas tendencias

agronómicas, de cara a una agricultura competitiva e integrada en Europa, que extienden a docenas de hectáreas en secano la extensión de la explotación agrícola familiar, debemos hoy por hoy tener en cuenta la legislación de unidades mínimas de cultivo, que rectamente aplicada, paliará algunos de los males que comporta el tránsito sucesorio de la explotación agrícola familiar.

Cuando el padre testador, en interés de la familia, haya hecho uso de la facultad que le concede el artículo 1.056, párrafo 2.º, verá respetada su atribución, si se conforma con la legislación que hemos reseñado. La finalidad del testador y de la Ley van acordes, por definición, y no se plantea problema ninguno.

En el caso de que el atributario de la explotación agrícola incumpla el deber de satisfacer las legítimas dinerarias, aun en el supuesto de que admitamos la tesis de VALLET DE GOYTISOLO y abramos paso a la *actio familiae erciscundae* a favor del legitimario, no cabe duda de que dicha acción deberá armonizarse con los preceptos de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, de ineludible observancia para el juzgador. La unidad mínima de cultivo deberá ser respetada en todo caso en el juicio de testamentaria, en la formación de los lotes. La oposición del mejorado o del legitimario en la formación de los lotes nunca podrá tener como móvil—al menos confesado—el que los mismos se ajusten estrictamente a la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo. No podrán pretender uno y otro que la formación de los lotes vulnere la Ley de referencia. Cuando el juicio de testamentaria desemboque en juicio ordinario, por otra causa que no sea la expresada, el juez, ineludiblemente respetará la unidad mínima de cultivo al practicar la partición. La parcela será adjudicada por licitación entre los coherederos, y sólo si todos ellos manifestasen su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta (art. 4.º, 1.º, *in fine* de la Ley de 15 de julio de 1954).

Aun con todos los inconvenientes que para el interés familiar presente la venta en pública subasta y consiguiente reparto de precio de la unidad mínima indivisible entre los coherederos, la solución de la Ley es mucho más favorable que la que propugna para las cosas esencialmente indivisibles el artículo 1.062. En efecto, el artículo 4.º de la Ley especial obliga a todos los herederos a po-

nerse de acuerdo en que la finca se saque a pública subasta, evitando que la obstrucción de uno solo de ellos obligue a tan radical medida. La licitación entre los coherederos sin intervención de especuladores ajenos a la familia, no cabe duda que beneficia el interés familiar.

Si el adjudicatario de la explotación familiar incumple su deber de pago del precio, creemos debe repetirse la licitación hasta conseguir el pago efectivo.

En caso de que sostengamos la tesis de que el legitimario dispone de una hipoteca solidaria para hacer efectiva su legítima sobre la explotación agrícola, creemos que la legislación de unidades mínimas de cultivo impondrá un resultado similar al producido por la que llamábamos hipoteca conjunta en nuestro trabajo.

En efecto, aunque la legislación especial no contemple el caso de la ejecución hipotecaria, lo cierto es que sus principios generales bastan para evitar, al menos en parte, la fragmentación de la explotación familiar.

Si se compone de una sola finca en coto redondo, la ejecución hipotecaria no podrá dar lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo. La explotación habrá de enajenarse como un todo. En la práctica, en la actual coyuntura económica, casi siempre se adjudicará al legitimario en pago de su crédito, pues raramente se encontrarán postores para la finca, con lo que quedará a salvo el interés familiar, no menos que el agronómico del legislador.

Cabe que la explotación consiste en una pluralidad de fincas discontinuas. Sin embargo, si las mismas constituyen un todo orgánico, dándose algunos de los caracteres que el artículo 44 del Reglamento hipotecario establece para configurarlas como una sola finca registral, la ejecución hipotecaria no podrá recaer sobre unas y no sobre otras: todas, en su conjunto, deberán ser afectadas por ella.

Bastará, creemos, que el padre testador haya configurado tal unidad de explotación en su testamento, en interés de la familia, para que a tal acto fundacional de la explotación familiar haya de estarse, al menos *prima facie*, y mientras los interesados no

demuestren en juicio ordinario declarativo, lo absurdo de tal configuración.

XI

LA ATRIBUCIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA FAMILIAR EN CASO DE SUCESIÓN EN QUE NO SE HAYA HECHO USO DEL ARTÍCULO 1.056,2.

La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo admite la existencia de un convenio entre los coherederos, en defecto de lo dispuesto por el testador, para regular el destino de la parcela indivisible.

Tal convenio particional creemos no introduce innovación alguna en los principios de Derecho sucesorio. Regirán, por tanto, los requisitos de unanimidad en la partición y de plena capacidad de los coherederos.

En caso de que alguno de los coherederos no ostente la plena capacidad—menores de edad, sujetos a tutela, ausentes—creemos que el convenio podrá ser celebrado en su representación por los correspondientes representantes legales—padres titulares de la patria potestad, tutores, administradores de los bienes del ausente, defensores judiciales—sin más que la autorización o la aprobación judicial según los casos, o la autorización del Consejo de Familia.

En defecto de tal convenio la parcela será sacada a pública subasta en los términos que antes examinamos.

Cabe que en el convenio o en la licitación familiar o pública subasta, se haya segregado ilegalmente la unidad mínima de cultivo.

En tal caso, la infracción desencadena las sanciones específicas de la Ley: el derecho de adquisición preferente por los colindantes, de la parcela segregada.

Sólo que el párrafo 2.º del artículo 4.º de la Ley obliga a los colindantes, tratándose de división motivada por herencia o donación a favor de herederos forzosos, a hacer a los coherederos una notificación fehaciente acreditativa de dicho propósito.

Durante el término de treinta días siguientes a la notificación, podrán los interesados anular la división practicada o rectificarla, ajustándola a los preceptos de la Ley.

Creemos que la anulación de la partición significa su cancelación, retornando los bienes adjudicados en su totalidad a la renacida comunidad hereditaria.

La rectificación, por el contrario, supone el reconocimiento por el legislador del principio de la conservación de la partición. Mediante las oportunas compensaciones acerca de la legítima o de la cuota sucesoria, si la sucesión es intestada, los coherederos pueden ajustar la partición a los preceptos de la Ley especial, restaurando la unidad mínima indivisible, sin destruir el resto de las adjudicaciones de bienes ajenos a la explotación agrícola familiar.

En ambos casos, no sólo el tercero colindante podrá instar la anulación o rectificación de la partición ilegal: cualquiera de los coherederos que haya sido parte en la misma tendrá dicha facultad. No se le podrá objetar que está vinculado por sus propios actos, ya que los actos contra los que no puede irse válidamente son los válidos y no los nulos, según reiterada jurisprudencia. Y nula creemos es la partición ilegal.

XII

¿SON NULAS LAS ATRIBUCIONES SUCESORIAS CONTRARIAS A LA LEY DE UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO?

La mayor parte de la doctrina ha sostenido que la infracción de la unidad mínima de cultivo no provoca la nulidad de los actos jurídicos—segregación, división—contrarios a ella. Se basan para ello los autores en que si la Ley prevé un remedio específico—el de la adquisición preferente de la parcela ilegalmente segregada por el colindante—huelga la sanción de la nulidad: la Ley es *minus quam perfecta*.

Consecuente con dicha opinión doctrinal mayoritaria, el artículo 2.º del Decreto de 22 de septiembre de 1955 estableció que “los Notarios y Registradores de la Propiedad, al autorizar e inscribir documentos en los que se realicen segregaciones o divisiones que den lugar a fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, harán

constar en el título y en la inscripción, el derecho que asiste a los colindantes para adquirir dichas parcelas". Y el artículo 3.º privilegia los documentos notariales que se inscriben en el Registro de la Propiedad, pues reduce el plazo para el ejercicio del derecho de adquisición por el colindante, a un año, contado desde la fecha de la inscripción.

Tal precepto ha reducido, prácticamente a la inoperancia a la legislación de unidades mínimas de cultivo.

Sin embargo, tal modo de resolver una aguda duda que se suscitó a los autores y a los profesionales del Derecho sobre alcance de la Ley que comentamos, no es satisfactoria.

El hecho de que la Ley sancione con el derecho de adquisición preferente del colindante la infracción de la unidad mínima de cultivo no significa que el acto sea válido y la Ley *minus quam perfecta*: puede ser nulo y la Ley *plus quam perfecta*. El agudo mal del minifundio, que provoca daños sin cuento a la economía agraria e impide su despegue y obliga al Tesoro Público a realizar desembolsos ingentes para atender a la concentración parcelaria, merece una solución más radical que la propugnada por la doctrina mayoritaria. Aun con la interpretación que propugnamos, resulta modesta en sus objetivos la legislación de unidades mínimas de cultivo.

La solución del Decreto que comentamos es puramente formal: permite que los Notarios autoricen, y los Registradores de la Propiedad inscriban en los Registros a su cargo, escrituras públicas en que se creen unidades parcelarias inferiores a la mínima de cultivo. Pero no resuelve el problema, tan frecuente en la práctica, de las segregaciones o divisiones realizadas en documento privado o convenidas verbalmente.

Que es poco satisfactoria tal solución lo prueba el hecho de que por Orden conjunta de los Ministerios de Agricultura y Justicia de 24 de noviembre de 1955 se declaran inaplicables tales preceptos del Decreto de 22 de septiembre de 1955 a las zonas sujetas a concentración parcelaria.

No podía el legislador permitir que la contratación privada destruyera la obra concentradora realizada a costa de tantos sacrificios por el Tesoro Público.

Pero es que el propio Decreto no puede conculcar una norma de superior rango jerárquico. Las Leyes sólo se derogan por otras Leyes posteriores, y el artículo 2.º de la que comentamos dispone nítidamente que “la división de predios de extensión superior a la de la unidad mínima sólo será válida”... Creemos que con ello sanciona expresamente la nulidad de los actos de segregación o división ilegales.

La piedra de toque del problema está en la siguiente consideración: ¿puede un coheredero que ha concurrido a la partición hereditaria en que se vulnera la Ley de unidades mínimas de cultivo impugnar la partición sin incurrir en actos propios? ¿Podrá otro coheredero reconvenir su demanda, solicitando la declaración de validez de la partición fundándose en el Decreto de 14 de septiembre de 1955 y en el principio que vea ir contra los propios actos?

A nuestro juicio, no. Una solución meramente formal como la que brinda el citado Decreto de 1955 no puede servir de norma interpretativa al Juez que está rigidamente sometido a la Ley y no a la interpretación que dicta, para sus propios funcionarios—Notarios y Registradores—, el Ministerio de Justicia.

Tampoco resuelve el Decreto el caso de un testador que practique la partición de la explotación agrícola en testamento ológrafo, que debe protocolizarse, previa orden en tal sentido dictada por el Juez competente.

En la contienda que se promueva acerca de la validez del testamento, un coheredero puede alegar la infracción de la unidad mínima de cultivo, basándose en el artículo 4.º de la Ley: “La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2.º de la presente Ley, aun en contra de lo dispuesto por el testador”. Tampoco puede el Juez en tal caso separarse del texto de la Ley y apoyarse en el Decreto que no se refiere para nada a él.

No es argumento a nuestro juicio el que al Registro de la Propiedad sólo acceden títulos perfectamente válidos y eficaces, por lo que considerar inscribibles los actos contrarios a la Ley de unidades mínimas de cultivo es tanto como declararlos válidos y eficaces. Porque en el Reglamento Hipotecario, modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959, se admite la inscripción de actos ineficaces o impugnables, por evidentes razones prácticas (arts. 94

y 98, 3). Razones que no negamos puedan concurrir en los actos contrarios a la Ley de unidades mínimas de cultivo.

XIII

GENERALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA ATRIBUCIÓN SUCESORIA INTEGRAL DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA FAMILIAR: SU VALOR EJEMPLAR PARA OTROS DERECHOS SUCESORIOS ESPECIALES Y SU INSERCIÓN EN EL FUTURO DERECHO CIVIL GENERAL DE ESPAÑA

El Derecho agrario se halla a punto de formular un principio general: el de la atribución sucesoria integral de la explotación familiar. Dicho principio conciliará dos exigencias fundamentales: el mantenimiento de la unidad de la explotación, evitando el despedazamiento de la unidad de la explotación y el interés de los legitimarios, en obtener un *quantum* de la explotación, siquiera sea en metálico.

Los usos y costumbres agrarias, fundamentales como fuente del Derecho agrario, permitirán una dulcificación del rigor de este derecho del legitimario, inducida de la concreta situación de las partes. Nadie niega que el legitimario, mientras una Ley especial, como la de Patrimonios Familiares, no establezca lo contrario, tiene un derecho estricto a obtener su *quantum* en metálico, sin aplazamientos ni fraccionamientos. Pero si el mismo vive en la explotación familiar y es mantenido por el mejorado, prestando acaso trabajo a su favor, no podrá, a nuestro juicio, reclamar intereses de su crédito legitimario que se compensarán con los frutos consumidos por el legitimario y la manutención recibida. Tendrá derecho, eso sí, a obtener una congrua compensación por el trabajo prestado, por el principio que veda el enriquecimiento injusto del mejorado. Pero esta compensación, salvo que obedezca a un trabajo dependiente, de las características que regula el artículo 1.º de la Ley de Contratos de Trabajo, no podrá reclamarse por la vía de la jurisdicción laboral. Se entenderá, dada la concreta situación de las partes, que

se trata de un trabajo prestado con carácter familiar [art. 2.º, a), de dicha Ley].

Si al legitimario esta relación de convivencia con el mejorado le ha permitido creer con fundamento que no le reclamará de modo perentorio la legítima, la buena fe exigirá que se le conceda un plazo prudencial para satisfacerla (arg. art. 1.128).

La penuria económica en que se desenvuelve hoy día la mayor parte de las explotaciones agrícolas pequeñas y medias permitirá calificar de mora *debitoris* el impago de la legítima, por mucho tiempo que haya transcurrido desde la apertura de la sucesión, a partir del requerimiento de pago que realice el legitimario. Sólo en casos muy calificados deberá hablarse de incumplimiento propiamente dicho, con las consecuencias que anteriormente hemos estudiado, según la doctrina de los diversos autores.

Todas estas reglas modalizadoras del deber del mejorado—o en términos más generales, del atributario de la explotación agrícola *ope successionis*—se deducen de la concreta situación de las partes, del principio de la buena fe y de la costumbre del lugar, inspirada en los fecundos principios de Derecho agrario.

La consagración del principio general del Derecho objeto de este epígrafe, su positivación en el cuadro de los principios del Derecho agrario, creemos que es cuestión de poco tiempo, aun cuando no se promulgue la Ley especial que estuvo en la mente de la citada Comisión de las Cortes, y que previó la Ley aprobadora del Primer Plan de Desarrollo Económico y Social. Porque la característica de los principios generales del Derecho consiste en que no necesitan ser sancionados expresamente por el legislador con una formulación positiva precisa, para que desplieguen sus importantísimos efectos.

La aceleración del ritmo de la Historia—se ha dicho que diez años del siglo xx equivalen a un siglo de los anteriores a éste—, la fuerza de la opinión pública de los agricultores, expresada por medio de sus cauces democrático-orgánicos de expresión, la necesidad apremiante de robustecer la empresa agrícola familiar, cara a la agricultura del Mercado Común Europeo, en la que hemos de integrarnos si queremos sobrevivir, pueden obligar a reconocer en breve plazo tal principio general de Derecho.

No se olvide el importantísimo precedente que para la consagración de tal principio constituyen las normas sucesorias de nuestros Derechos “especiales”—antes forales—, verdaderos Derechos agrarios *avant la lettre*.

Tal principio general del Derecho se alinearía, con los que magistramente ha estudiado BALLARÍN MARCIAL, en el seno del Derecho agrario, Derecho especial segregado de los troncos del Derecho civil y del Derecho administrativo. Pero siguiendo una dialéctica jurídica milenaria—ejemplo clásico sería el Derecho mercantil—el principio que estudiamos tiene un valor de ejemplaridad para el resto del ordenamiento civil, más rezagado y puede por su fecundidad en consecuencias prácticas, orientar a otros Derechos especiales en trance de creación.

Así BALLARÍN (67) afirma que “por ninguna parte observamos Leyes que se dirijan a crear empresas artesanas o comerciales de dimensión familiar, y a proteger su conservación en el tiempo... Sin ignorar la protección al artesanado, teniendo en cuenta las analogías que el caso presenta con el de la empresa familiar agraria..., el caso es que la protección a la empresa familiar agraria se ha convertido en el eje fundamental de la política agraria española, sin que pueda decirse lo mismo de la familia artesana o la familia comerciante. Son importantes en España este tipo de empresas, pero resulta obvio que no hay una política dirigida a basar las estructuras de nuestro comercio e industria en la explotación familiar.

Cierto es que algunas normas de Derecho sucesorio agrario, como las de atribución integral de la explotación a un heredero, tienden a adquirir valor general (cita el autor el art. 1.056), pero la verdad es que en Derecho español, ni siquiera en este punto concreto puede apreciarse una generalización”.

Discrepando en parte de la opinión de nuestro querido compañero, entendemos que las conclusiones a que hemos llegado en orden a la conservación sucesoria en la explotación agrícola familiar, pueden ser traspasadas, con las debidas adaptaciones, a la pequeña empresa familiar industrial, comercial, artesana, pesquera, del transporte, etc. (68).

(67) Ob. cit., pág. 362.

(68) Un documento político de tanta trascendencia para el futuro de Francia—y, por tanto, de Europa Occidental—como es *El desafío radical*, de

No podemos menos de traer a colación las documentadísimas y agudas opiniones de DE LA CÁMARA y VALLET DE GOYTISOLO comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1958. La doctrina no puede ser más favorable a soluciones progresistas en materia de la atribución sucesoria de la explotación comercial e industrial.

DÍEZ PICAZO (69) señala que “cabe observar que el móvil que impulsa al padre testador según la letra del artículo 1.056 es el interés de la familia. Podría seguirse de ello que toda la familia debe estar interesada en la indivisión del establecimiento. De donde se seguiría que el precepto lo único que viene a permitir es el apartamiento de alguno o algunos de los legitimarios—las ovejas negras, por decirlo así—, pero que debe predominar siempre el interés general de la familia. Tampoco creo que esta interpretación deba mantenerse. A mi juicio, la clave del artículo tenemos que ligarla con el interés de la conservación de la empresa: ‘conservar’ es la palabra que precisamente utiliza el texto legal.

Se sigue de ahí que puede el padre adjudicar la empresa a uno solo de los hijos legitimarios pura y simplemente para conservar el negocio“.

El mismo autor, partiendo de su tesis, según la que la legítima es en nuestro Derecho de naturaleza familiar que consiste en recibir del causante una determinada atribución patrimonial, cuya medida es una cuota de valor de la herencia, y que es indiferente el título a través del que el causante realice la atribución, entiende que el ámbito del artículo 1.056 se amplía extraordinariamente, pues puede sostenerse que en todo caso, y sin atenerse estrictamente al artículo 1.056, puede el empresario testador nombrar heredero a uno solo de sus hijos, disponiendo legados de dinero o de otros bienes en favor de los demás.

JEAN JACQUES SERVAN SCHREIBER, que compromete al partido radical en su espíritu, y en el conjunto de sus proposiciones, sostiene que «la inmensa mayoría de la población se verá entera y definitivamente liberada de todo temor a los impuestos sucesorios; el régimen fiscal y civil de las sucesiones se establecerá de manera que el hijo que suceda al padre en la agricultura, el comercio y la artesanía, quede garantizado contra los riesgos de una división antieconómica de la propiedad familiar» (Plaza Janés, Editores, 1970, pág. 103).

(69) *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, en «Problema jurídica actual de la empresa». Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1965, pág. 1.125.

Pero reconoce que si el heredero para pagar las legítimas no aporta dinero de su propio peculio, deben venderse bienes de la herencia para satisfacer los legados, y esta venta de bienes, irremediable en la situación descrita, pone evidentemente en peligro la conservación de la empresa.

Para los casos de división de la comunidad hereditaria en la que existe una empresa mercantil, no ve otra solución que considerar la empresa en los negocios divisorios como un bien indivisible, y poner entonces en marcha el artículo 1.062 del Código civil. Considera como un mal menor la venta en pública subasta de la empresa que su desaparición por la vía de las adjudicaciones parciales.

Se nos dirá que todos estos autores, evidentemente favorables a la atribución sucesoria integral de la pequeña empresa familiar comercial o industrial, lo único que hacen es aplicar el sentido del artículo 1.056,2, a las necesidades peculiares que plantean las mismas, y que para ello no hace falta que un hipotético principio de Derecho agrario refuerce sus construcciones doctrinales.

Pero tales construcciones no dejan de ser eso: construcciones, siquiera estén avaladas por la altísima calificación doctrinal de sus autores. Estos no dejan de señalar las lagunas e insuficiencias de las mismas. La doctrina de la "desestimación del velo de la Sociedad Anónima", difícilmente puede extenderse al caso de la empresa familiar cuya articulación a través de una Sociedad Anónima obedece a la lícita conveniencia de prevalerse de la responsabilidad limitada que tal forma social comporta. Cuando no hay abuso de la figura social—lo que creemos es el caso de las empresas familiares, que revisten la forma de Sociedades Anónimas—, no creemos deba desestimarse o descorrerse el velo de la anónima y apreciar la realidad subyacente que encubre. Porque la realidad es por definición la misma que reflejan los libros del Registro Mercantil: un reducido número de socios que controlan la empresa social.

Por todo ello creemos que cuando, en un no lejano día, el principio general de la atribución sucesoria integral de la explotación agrícola familiar quede recibido en nuestro Derecho agrario, constituirá un principio ejemplar que podrá extenderse por analogía *turis* a los ordenamientos sucesorios más rezagados que regulan la atribución sucesoria de la empresa artesana, industrial y comercial.

Con posterioridad, podrá insertarse como un genuino principio general del Derecho sucesorio, en el seno de un Derecho civil general, a la altura de su momento histórico, y preñado de promesas para el porvenir del siglo XXI, en el que se habrán refundido los Derechos especiales, entre ellos, los antiguos forales.

Se habrá consumado el ciclo del progreso del Derecho civil que luminosamente expone ASCARELLI: "Un sistema normativo especial se crea, en la periferia del Derecho común, para dar albergue a nuevas normas, a un *novum ius* que aparece todavía contra *tenorem rationis* de la organización tradicional, pero que es exigido por las nuevas necesidades y nuevas realidades. El sistema especial penetra en el Derecho común y se confunde con él cuando las nuevas reglas han devenido ya principios generales" (70).

Este reajuste del Derecho civil, insertando en el mismo los principios generales del Derecho agrario que merezcan esta generalización, llevará, como apunta Díez Pícazo (71), "a la recuperación de la unidad perdida, superando la atomización de los Derechos especiales. Se equivocará quien piense que decir esto equivale a predicar una simple refundición de los Derechos especiales en el Derecho común: La labor es más honda: exige una delicada tamización que permita separar aquello que en los *nova iura* hay descubrimiento de nuevos principios organizadores, y de aquello otro que tiene un valor ocasional y transitorio".

La labor del intérprete, empleando los más modernos medios de prospección social, trabajando en equipo en el seno de las corporaciones profesionales, en contacto íntimo con las organizaciones representativas de los afectados por los problemas que hemos enunciado, será fecunda e imprescindible para alumbrar el nuevo Derecho civil, que precisa, inexcusablemente, la gran sociedad española, insertada en la europea occidental, y en la familia humana, que ya aparece en el horizonte del año 2000.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH,
Notario de Huelva.

(70) Cita, en Díez-Pícazo, *Parte General*, pág. 12.

(71) *Parte General*, citada, pág. 22.