

El derecho catalán de sucesiones en vísperas de la codificación*

Señor, ¿existe acaso la familia? Yo lo niego en una sociedad dónde al fallecimiento del padre ó de la madre se dividen los bienes, y se dice á cada uno de sus miembros que vayan por su camino. Redúcese, pues, la familia á una asociación temporal y fortuita que la muerte disuelve prontamente. Nuestras leyes no solo han destrozado las casas y las herencias, sino que también han interrumpido la perpetuidad de los ejemplos y de las tradiciones: solo veo escombros a mi alrededor.

Frase atribuida a «un escritor francés» y tomada de Joaquin Cadafalch, *La libertad de testar. Recopilación de varios escritos sobre la familia*, Barcelona, 1859.

Cáusame admiración el ver que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuído á las leyes de sucesión mayor influencia de la que tienen en las cosas humanas. Si bien es cierto que estas leyes pertenecen al orden civil, deberían, sin embargo, figurar al frente de todas las instituciones políticas.

Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, tomo I, capítulo 3.º

1. LA CONTROVERSIA EN EL RÉGIMEN DEL DERECHO DE SUCESIONES

El Proyecto de Código civil de 1851 se presentaba, en el orden del Derecho sucesorio, como una alternativa bien diversa a la tradicional catalana y, en

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología para los años 2004-2006, titulado «Els juristes i la construcció d'un sistema de dret privat. El cas de Catalunya (s. XII-XX)» Ref. BJU 2003-09552-C03-02, dirigido por el Dr. José Luis Linares de la Universitat de Girona.

general, como una alternativa a un conjunto de ordenamientos forales que se caracterizaban por el principio de la libertad de testar¹.

La entidad del conflicto (desde un clarificador punto de vista cuantitativo y según los cálculos de Pedro Nolasco Vives i Cebriá), era la siguiente²:

«Si comparamos la legislación castellana con la foral; supuesto que hay provincias en que el padre puede disponer de todo; que en Cataluña queda á libre disposición del padre un 75 por 100; y que en Castilla el padre solo tiene libre un quinto, el término medio sería de un 65 por 100. La comisión pues, concediendo al padre solo un tercio, ó sea, 33 por 100, ha concedido un 22 menos de lo que concede el término medio de las legislaciones modernas, y un 32 por 100 menos que el término medio entre la legislación foral y la legislación general del reino. ¿Qué motivo hay para tratar así á los padres en España? ¿Son por ventura aquí desnaturalizados los padres? Francamente, parece imposible que la comisión haya regateado tanto la facultad de los padres, cuando hay un solo hijo.»

Además, si la comparación se establecía con otros códigos europeos, la propuesta del Proyecto de 1851 resultaba, del mismo modo, especialmente radical.

Según los artículos 913 del Código francés y 961 del holandés, la legítima de los hijos y descendientes era de la mitad de los bienes quedando un hijo, dos terceras partes quedando dos, y tres cuartas partes quedando tres o más. Según los artículos 829 del código napolitano y 765 del austríaco, la legítima alcanzaba a la mitad de los bienes, cualquiera que fuese el número de hijos. Según el artículo 1480 de la Luisiana, la legítima era del tercio quedando un hijo, de la mitad quedando dos, y de dos tercios quedando tres o más. Según el artículo 719 del código sardo, era la legítima de un tercio quedando uno o dos hijos, y de la mitad quedando más. En el Código bávaro (art. 5, capítulo 3, libro 3), se establecía una legítima de un tercio habiendo hasta cuatro hijos, y de la mitad de cinco hijos en adelante. Finalmente, en el Código prusiano, en su artículo 392, título 2, parte 2, se establecía una legítima del tercio habiendo hasta dos hijos, la mitad habiendo tres o cuatro, y dos tercios quedando cinco o más.

El Proyecto de 1851, en su artículo 642 describía una legítima mucho más rígida y amplia que la contenida en cualquiera de los Códigos europeos referidos: Para el caso de que hubiere un solo hijo la legítima a la que éste tendría derecho alcanzaría los dos tercios de la herencia. En el caso de que el número de hijos fuese de dos o más, la legítima sería cuatro quintos de los bienes, el ochenta por ciento.

¹ Un estudio sobre los distintos sistemas forales al respecto lo hace en aquel tiempo Carlos FAGES DE PERRAMÓN: «De la sucesión por causa de muerte; fundamento de la facultad de testar; estudio comparado de los sistemas de sucesión vigentes en las varias provincias de España y juicio crítico de cada uno», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 40 (1872), pp. 343-363.

² Pedro NOLASCO VIVES I CEBRIÁ: «Observaciones sobre algunos artículos del Proyecto de Código civil de España que tienen mira a la cuota de la legítima y al modo de pagarla», Barcelona, 1862. El opúsculo se incorpora a la segunda edición de *Traducción al castellano de los Usatges y demás Derechos de Cataluña*, Barcelona, 1861-1867, tomo II, p. 274.

2. LAS IMPLICACIONES POLÍTICAS DEL RÉGIMEN SUCESORIO DE LA LEGÍTIMA

Desde luego, había aspectos políticos escondidos en la controversia: los que aludían a la circunstancia de que la libertad de testar solicitada, podía ser un expediente a través del cual cierta aristocracia pretendía mantener los vínculos y mayorazgos derogados por la legislación liberal de comienzos de siglo³; se habla en este sentido de un «feudalismo injertado» que aspiraba a pervivir a través de las posibilidades que permitía un régimen sucesorio con legítimas escuetas⁴.

Ello explicaría que, en Cataluña, algunos círculos liberales desarrollaran argumentos jurídicos en contra, paradójicamente, de la libertad de testar, destacando sus orígenes señoriales⁵; una paradoja (la de argumentar los liberales contra una manifestación jurídica de la libertad), que apenas se produciría en otras regiones del Estado, siendo especialmente característica de Cataluña.

Y es que la libertad de testar que se pretendía podía servir para mantener la posición preeminente de la antigua aristocracia en el nuevo orden constitucional. García Goyena lo pondría de manifiesto⁶:

«Además hay una razón política y de circunstancias especiales, para temer los abusos de la absoluta libertad, así en Castilla como en las provincias de Fueros. Los mayorazgos han sido abolidos recientemente y la vanidad frustrada por este lado, buscaría medios de satisfacción en la absoluta libertad, sacrificando los afectos de la sangre y las exigencias del orden ó derecho público.»

En este marco, algunos de los sectores nostálgicos del Antiguo Régimen habían salido al paso de estas acusaciones, y alegaban en su defensa las razones de un derecho absoluto de propiedad que debía respetarse, independientemente del uso que pudieran darle a la misma los legítimos propietarios. De esta forma los «hereus» pretendían también tener su lugar dentro de la contemporaneidad⁷ y terminaban coincidiendo, paradójicamente, con los liberales en la defensa de unos mismos principios, aunque desde bien distintas perspectivas.

³ Desarrolla mucho en estos aspectos Bartolomé CLAVERO: «Formación doctrinal contemporánea del Derecho catalán de sucesiones: la primogenitura de la libertad», en *La reforma de la Compilació: el sistema successori. III Jornades de Dret català a Tossa*, Barcelona, 1985, pp. 9-38.

⁴ Cfr. Joaquim CASANOVAS I FERRÁN: *Cuestión sobre los derechos de herencia en el Principado de Cataluña*, Sevilla, 1869.

⁵ FRANCISCO DE PAULA VIDAL: *Las legítimas de Cataluña. Memoria presentada al Gobierno de S.M. contra la costumbre catalana relativa a las sucesiones testamentarias*, Barcelona, 1855. FRANCISCO DE POU, *Memoria sobre la conveniencia y utilidad de la sucesión forzosa en la forma que se establece en el Proyecto de Código civil español*, Barcelona, 1857.

⁶ Florencio GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, tomo II, Apéndice, núm. 7, p. 332

⁷ Raimon ROIG I REY: «De la libertad de los padres en la distribución de sus bienes a favor de sus hijos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 14 (1859), pp. 419-428.

Cierta historiografía ha insistido mucho en la lógica política de este debate, olvidando, quizás en demasía, que esta controversia dilucidaba una cuestión de Derecho privado⁸. Estos autores afirmaban que el orden constitucional español del s. XIX, definido por el moderantismo, constituía un régimen político paradójico, habida cuenta que incorporaba y armonizaba al mismo tiempo elementos del Antiguo Régimen y del liberalismo político.

Desde ese punto de partida, intentaban comprender otras paradojas, una de ellas que fueran los Gobiernos de España los que impulsaran un Código civil que instauraba el sistema de legítimas rígido como fórmula para hacer inviable el mantenimiento de sistemas vinculados testamentarios; un Código que, al mismo tiempo, preveía unos Apéndices, esto es, un régimen de supervivencias y mantenimiento de instituciones jurídicas regionales, entre las que se encontraría el principio de libertad de testar, con las consecuencias políticas previsibles en relación con el mantenimiento de estructuras regionales vinculadas.

Independientemente de que los Gobiernos moderados optaran conscientemente o no por esta estrategia, sí fue cierto que se les intentó hacer ver lo conveniente de mantener un sistema de sucesiones libre desde los propios principios políticos del moderantismo:

«La institución de los senadores por derecho propio obedece a la necesidad de que esa clase que debe existir en toda monarquía bien organizada entre el rey y el pueblo, sea uno de los elementos del poder legislativo e intervenga en la formación de las leyes sin que esta intervención nazca de merced real o de voto popular; ahora bien, ¿puede existir esta clase con nuestro régimen hereditario? Claro es que no: se impone la necesidad de la libertad de testar, que debiera hacerse extensiva a todos los ciudadanos por exigirlo así la libertad civil»⁹.

Estos y otros reclamos no caerían en saco roto, dado que desde la sensibilidad de las estructuras sociales más vinculadas a la propiedad territorial, se llegará a afirmar durante el último tercio del s. XIX que en el proceso político de desamortización y desvinculación en general «se ha exagerado más de lo justo en los últimos tiempos». La afirmación la hacía, ni más ni menos que Cirilo Álvarez, Presidente del Tribunal Supremo, en su discurso de inauguración del curso judicial de 1877. Y es que, con la Restauración puesta en marcha, los sectores sociales más vinculados a la propiedad inmobiliaria tendrían,

⁸ Destaca a este respecto Bartolomé CLAVERO: *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pp. 8-9. El mismo, «Formación doctrinal contemporánea del Derecho catalán de sucesiones: la primogenitura de la libertad», p. 16.

⁹ JOSÉ DE LIÑÁN I EGUIZÁBAL: *Libertad de testar*, Madrid, 1883, pp. 75-77. En la misma línea, cfr. JOSÉ GARCÍA BARZANALLANA, en su discurso de contestación al de JUAN DE LA CONCHA CASTAÑEDA: «¿Convendría, para uniformar nuestra legislación, robustecer el poder paterno, mejorar la organización de la familia y, hasta dar solidez al derecho de propiedad, admitir y llevar a nuestras leyes el principio de libertad de testar?», en *Discursos de Recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, II, 1875-1881*, Madrid, 1884 (el discurso de García Barzanallana, pp. 457-477; el de Juan de la Concha, pp. 425-456).

en algunas regiones, una especial animadversión a un régimen de legítimas estricto que llegaría a calificarse de puro comunismo¹⁰.

Tradicionalmente se ha interpretado que la controversia decimonónica entre el Código civil y las legislaciones forales acabaría en tablas, en la medida en que los proyectados Apéndices se retrasarían indefinidamente, posibilitando el mantenimiento en su conjunto de las diversas legislaciones históricas del Estado. Pero atendidos estos datos y la personalidad política de los Gobiernos de la Restauración, pudieran no haber sido tanto unas «tablas», como un acuerdo si bien no expreso, sí perfectamente sobreentendido.

Tal y como expuso Gumersindo de Azcárate, tras la derogación del régimen señorial,

«dos principios podían afirmarse al destruir las vinculaciones: el de libertad de testar y el de las legítimas; la revolución en casi todas partes ha mantenido el segundo, no derivándole de la copropiedad de la familia como en otro tiempo se derivó, y con razón, sino más bien porque lo encontraba ya establecido, porque habría sido una transición demasiado brusca pasar de la vinculación a la libre testamentificación, por temor también a que se hiciera de ese derecho un uso tal que viniera a producir algunos de los inconvenientes de las vinculaciones, como ha sucedido y está sucediendo en la Gran Bretaña, y más que nada por una razón de carácter puramente utilitario, esto es, por temor al abuso en otro sentido de parte de los testadores o por desconfianza...»¹¹.

Las legítimas rígidas del Código serían una herramienta de transición, una fórmula hacia la libertad de testar que hiciera menos violento el camino, menos abrupta la transición desde las vinculaciones, aprovechando la tradición de las legítimas allá donde estuviera arraigada esa práctica. En los lugares en donde la práctica era ya la libertad de testar, independientemente de correrse el riesgo de que fuera utilizado ese derecho de manera abusiva, la conveniencia política y, quizás, la conveniencia legislativa aconsejarían no modificar el principio al que, de todas maneras, estaba encaminado todo el proceso.

En Cataluña, en todo caso, se sabrá justificar la paradójica confluencia de la libertad de testar con la institución del *hereu*. *La llibertat de testar i l'institució d'hereu*¹², se harán perfectamente compatibles mediante la consideración de que esa *llibertat*, principio fundamental del Derecho catalán, se llenaría de contenido a través de la práctica consuetudinaria del *hereu*, una práctica consuetudinaria que se defendía sólo en tanto siguiese siendo costum-

¹⁰ Por ejemplo, Hermenjildo ROJAS DE LA VEGA, *Medios para movilizar la propiedad inmueble: sus fundamentos y sus consecuencias económico-jurídicas*, Madrid, 1892, pp. 14 y 35-41, o Joaquín CADAFALCH I BUGUÑÀ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?*, Madrid, 1863, p. 67.

¹¹ Gumersindo DE AZCÁRATE: *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, Madrid, 1879-1883, II, pp. 283-284 y 378-379.

¹² Cfr. el estudio del mismo título, de Agustí TRILLA I ALCOVER, publicado en Barcelona en 1886.

bre viva, dado que si se convirtiera en ley, se decía, el principio de libertad de testar quedaría abolido, regresándose a la práctica obsoleta y anacrónica de los mayorazgos¹³.

No obstante, conviene destacar la idea de que también habría en Cataluña numerosas voces a favor del establecimiento de un sistema rígido de legítimas¹⁴, tal y como quedaría de manifiesto, sin ir más lejos, en una *Representación a las Cortes al objeto de mejorar la suerte de Cataluña y reparar los males que a la misma está causando la ley que rige en ella sobre sucesiones testamentarias*¹⁵, o en la Memoria de D. Francisco de Paula Vidal, titulada *Memoria presentada al Gobierno de S. M. contra la costumbre catalana relativa a las sucesiones testamentarias*¹⁶. Llegándose, incluso, a solicitar autorización para constituir una sociedad que pretendía denominarse *Directorio de segundos con el objeto de promover ya de palabra ya por escrito la publicación del Código civil*¹⁷.

3. EL RÉGIMEN DE LAS LEGÍTIMAS Y EL CONCEPTO TRADICIONAL DE FAMILIA

Pero, independientemente de las razones políticas y el conflicto económico subsistente en relación con esta cuestión (que puede explicar en algún grado la acritud de la oposición a la codificación planteada desde Cataluña), lo cierto es que el Proyecto de Código de 1851, en sede de Derecho de sucesiones, implicaba un atentado contra el sentido tradicional de la familia catalana.

La oposición al Proyecto de 1851 no sería, en este punto, un mero movimiento de rentistas, de aristocracias nostálgicas y de juristas a su servicio, sino que implicaría, también, a todo el tradicionalismo catalán, cualquiera que fuese su extracción social y económica.

¹³ La Real Orden de 12 de junio de 1851 que publicaba el Proyecto de Código civil solicitaba a instituciones, corporaciones y tribunales de justicia la elaboración de observaciones en relación con el Proyecto. En el Ministerio de Justicia, Archivo de la Comisión General de Codificación, legajos de Organización, núm. 5, «Comunicaciones entre el Gobierno y la Comisión», 1849-1869, documento núm. 117, se encuentra el *Índice de los Tribunales, Corporaciones científicas, Prelados, funcionarios públicos y personas particulares cuyas observaciones sobre el proyecto del Código civil se remiten á la Comisión de Códigos con la Real Orden de 19 de octubre de 1853*. De este elenco de informes nos dio noticia por primera vez Salvador CODERCH (*La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985). El conjunto de los argumentos que el conjunto de las «Exposiciones» y «Observaciones» al Proyecto se hacen desde Cataluña al respecto de la libertad de testar, y siempre en su defensa, nos las esquematiza CODERCH: *La Compilación*, pp. 96-101.

¹⁴ Datos al respecto ofrece CODERCH: *La Compilación*, pp. 89-90.

¹⁵ Barcelona, 1858.

¹⁶ Barcelona, 1855.

Este sector llegaría a dejar oír su voz en la prestigiosa e influyente *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. XVI (1860), donde Francisco Pou publicaría un artículo titulado «De la sucesión forzosa».

¹⁷ Cfr. CODERCH: *La Compilación y su historia*, p. 129, nota 289.

Ello explica que este punto de fricción tuviera la característica de ser vivido con gran intensidad por la sociedad de la época, constituyendo mucho más que la emanación jurídica de un conflicto de intereses económicos y políticos. Y es que, en buena medida, se estaba haciendo referencia al nuevo modelo de familia de la sociedad española contemporánea¹⁸.

Un ejemplo de la viveza de este debate, que fue mucho más allá de los reducidos círculos jurídicos, lo constituyen los diez y seis artículos de prensa que publicaría Reinald i Rabassa en el *Diario de Barcelona*, entre junio y noviembre de 1852¹⁹, dedicados casi monográficamente a defender el régimen sucesorio tradicional de Cataluña, frente al sistema de legítimas castellano que pretendía imponerse con el Proyecto de Código civil de 1851.

Del mismo modo, podría atenderse al dato de que esta cuestión fue una de las debatidas en el Congreso de Jurisconsultos españoles de 1863, al efecto de la controversia sobre la codificación civil en España²⁰. Y resultará fácil comprender que proliferaran folletos como el titulado *Abajo las legítimas. Plaza a la libertad de testar*, por un lado, o como el titulado *No más hereus ni pubillas*, por otro²¹. Y es que, con palabras de Joaquín Costa, «en todo tiempo revistió esta cuestión excepcional importancia, y hoy más que nunca, porque en ella vienen a resolverse o con ella se enlazan, no por remotas relaciones, sino de una manera directa e inmediata, gravísimos problemas sociales que agitan hondamente á la opinión europea y remueven hasta los cimientos del orden social»²².

La familia era considerada por el tradicionalismo catalán como la institución básica del orden social. Reinald y Rabassa, en el segundo de sus diez y seis conocidos artículos publicados en el *Diario de Barcelona* con el título genérico «El Código civil en Proyecto», afirmaba: «el poder doméstico debe estar siempre en razón inversa del poder público; y cuanto debilitan a éste los límites que se le imponen en un gobierno libre, tanto debe dejarse más espedita y absoluta la autoridad de aquél». Y en el cuarto de la misma serie de artículos de prensa, comenzaba con la siguiente cita de Savigny: «la familia contiene el germen del Estado; y el Estado una vez formado tiene por elementos constitutivos las familias, no los individuos»²³.

¹⁸ Al respecto, cfr. Segismundo MORET Y Luis SILVELA: *La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863.

¹⁹ Se publican los días 17 y 28 de junio, 9 y 20 de julio, 5, 17 y 27 de agosto, 24 y 25 de septiembre, 8, 16 y 22 de octubre, 9, 19 y 23 de noviembre.

²⁰ Tomando la palabra, al efecto de la cuestión, uno de los más prestigiosos juristas catalanes, Francisco de Permanyer. Cfr. el resumen de sus conclusiones en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 23 (1863), pp. 285-287. Del mismo modo, Joaquín Costa destacaría que en el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza se habían dedicado «al tema de la sucesión de los bienes paternos mayor número de sesiones que a ningún otro». Joaquín COSTA: «La libertad de testar y las legítimas», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 60 (1882), p. 422.

²¹ El primero, publicado en 1873 en Madrid, lo firma León Bonel. El segundo se atribuye a Andrés Guimet.

²² COSTA: «La libertad de testar y las legítimas», p. 423.

²³ REINALD Y RABASSA: «El Código civil en Proyecto. Artículo II y IV», *Diario de Barcelona*, 28 de junio y 20 de julio de 1852.

Para el tradicionalismo catalán, la sociedad no se halla integrada por individuos aislados, sino que está estructurada en *organismos*, en corporaciones y estructuras que organizan a los seres humanos en torno a ideas y principios. Con palabras de Reinald y Rabassa:

«Ante todo pues, es necesario que exista la corporación, la idea, la sociedad; ó dejenera la reunión de individuos, si es que pueda existir sin estas circunstancias, ni aun instantáneamente en rebelión y viene á ser lo que son estos negros nubarrones que el viento disipa.»

Y si alguno de estos organismos que componen la sociedad resulta básico y esencial en cualquier orden social civilizado, ese es el *organismo familiar*, dado que «el principio según el que vive cada casa formará una atmósfera moral á la que no podrá sustraerse el padre, y levantará entidades, cuya existencia no podrá en manera alguna negar»²⁴.

Evidentemente, la familia de la que se hablaba era la tradicional catalana; una familia de corte patriarcal en la que el padre asumía en exclusiva todas las cargas matrimoniales²⁵, así como la patria potestad²⁶, constituyéndose en símbolo y guía de la unidad familiar.

La personalidad patriarcal del Derecho tradicional catalán se manifestaba muy significativamente en relación con el régimen jurídico de los peculios (esto es, el caudal o hacienda que el padre permitía a su hijo para su uso y comercio). La Constitución I.^a *De menors de 25 anys* establecía la necesidad de consentimiento paterno para que los hijos solteros pudieran establecer contratos, lo cual constituía una tutela especialmente gravosa cuando se trataba de personas que vivían de su propia industria y en casa propia. Pero es que el derecho de familia tradicional de Cataluña no consideraba la mayoría de edad como criterio de emancipación: en general, sólo la constitución de una familia propia, a través del matrimonio, era el cauce para alcanzar la plena capacidad de obrar. Una capacidad que, por lo tanto, sólo se habilitaba plenamente en la persona del padre de familia.

Esta concepción de la familia era argumento común de ese liberalismo europeo que miraba con temor los excesos de los jacobinos y, en general, los planteamientos extremos de la Revolución francesa. Sirva de ejemplo un autor

²⁴ REINALD Y RABASSA: «El Código civil en Proyecto. Artículo XIII», *Diario de Barcelona*, 22 de octubre de 1852.

²⁵ Cfr. Joan Pere FONTANELLA: *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus...*, Gerona, 1638, cláusula 6, glosa 1.^a, parte I, número 63; cláu. 6, glosa 2.^a, parte III, núm. 8. Tomás MIERES: *Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathaloniae*, Barcelona, 1533, collation 4.^a, cap. 12, núm. 11.

²⁶ Lluís DE PEGUERA: *Decissiones aureae in actu practico frequentes ex variis Sacri Regii Concilii Cathaloniae conclusionibus collectae*, Barcelona, 1605, cap. 97, núms. 3, 4 y 5. FONTANELLA: *De pactis nuptialibus tractatus*, cláusula 5, glosa 8.^a, parte XI, número 30. Tomás MIERES: *Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathaloniae*, collation 9.^a, cap. 12, núm. 29. Jaume CÀNCER: *Variarum resolutionum juris caesarei, Pontificii et municipalis Principatus Cathaloniae*, Barcelona, 1594-1598, parte III, cap. 1, núm. 214.

de la reputación de Frédéric Le Play (muy difundido en la Cataluña de mediados del s. XIX)²⁷:

«Conforme vayan adelantando las sociedades en el camino de la libertad, tan solo la religión y la autoridad paterna ejercen en este sentido la presión que antes solía ser de las atribuciones del soberano. Mas esta transformación social, si en el fondo no debilita el principio de autoridad, asegura al individuo un grande aumento de bienestar, puesto que a los medios de represión fundados en la ley o en la fuerza pública sustituye aquellos que son hijos de la conciencia y de las afecciones de la naturaleza.

La igualdad civil, con arreglo a los mismos principios, á proporción que se desarrolla en el Estado, debe restringirse en la familia.»

No se trataba, por lo tanto, de mantener vínculos ni estructuras aristocráticas propias del Antiguo Régimen en plena etapa constitucional. Se pretendía, y eso es lo importante, *mantener y proteger unas estructuras sociales que garantizaran la pervivencia de unos valores tradicionales que se presentaban como perfectamente compatibles con el orden liberal.*

La imposición del liberalismo político había tenido como primera consecuencia generar una enorme debilidad en el poder político. Pero el derrumbe del viejo Leviatán del Antiguo Régimen debía compensarse, en opinión de los círculos del liberalismo tradicional, con la salvaguarda de espacios sociales que garantizaran la educación en el respeto a la autoridad, así como en el hábito del trabajo. Y la familia estaba especialmente llamada a desempeñar esta función. Con palabras, de nuevo, de Le Play²⁸:

«La escuela revolucionaria se ha inclinado principalmente, y en cuanto le ha sido posible, a prescindir de la familia y poner siempre el Estado frente a frente del individuo, motivo por el cual se separa tal vez más de la tradición europea, cuando, bajo las inspiraciones de ésta, se considera el Municipio y el Estado como un conjunto de familias, y se juzga vedada, a excepción de algunos casos de absoluta necesidad, toda intervención en los asuntos de esas naturales corporaciones (...) Así, mientras en el Oriente y Norte, por ejemplo, se juzgan las familias por sí mismas y sin intervención extraña, de sus hijos, enfermos y viejos, observamos en nuestro país que todos los días se crean corporaciones religiosas ó filantrópicas con el objeto de socorrer, bajo diferentes aspectos, la familia en su falta de recursos.»

²⁷ En especial su trabajo, *Les Ouvriers européens: études sur les travaux, la vie domestique et la condition morale des populations ouvrières de l'Europe d'après les faits observés de 1829 à 1879*, publicado en 1855, y muy citado por los juristas catalanes de la época que defendían el mantenimiento de la libertad de testar en Cataluña. En concreto, uno de aquellos juristas, Joaquín de Cadafalch, publicó varios extractos de este libro, así como artículos de prensa de Le Play en un folleto titulado, *Necesidad de la libertad de testar. Recopilación de varios escritos e ideas sobre la materia*, Barcelona, 1859. De este folleto tomaremos las citas de Le Play, en concreto la que sigue, que pertenece a un artículo de este autor publicado en el diario *La Patrie*, en mayo de 1858. En la recopilación de Cadafalch, pp. 27-28.

²⁸ *Ibidem*, p. 32.

Desde luego, para Frédéric Le Play la raíz del mal estaba perfectamente clara:

«Hase de atribuir la causa principal que enerva la familia a ese ataque que dirige a las costumbres particulares el derecho a la herencia aplicado ciegamente por la ley y por agentes públicos, en lugar de regularlo el padre, según mejor entendiere convenir a los hijos, a los intereses de cada familia y a las leyes del amor.»

El sistema de las legítimas privaba al padre de familia de su derecho a disponer de los bienes familiares *mortis causa*, imponiéndole un reparto legal que lo convertía en mero usufructuario de sus propiedades, otorgando a sus descendientes un derecho sobre su propio patrimonio que debilitaba su autoridad y, por lo tanto, su capacidad de instrucción y de educación.

El derecho a las legítimas se entendía, desde este punto de vista, como la imposición legal de la liquidación del orden familiar, al dar lugar al reparto del patrimonio familiar a la muerte del padre de familia, con la consiguiente disgregación de sus miembros.

Para un sector de liberales moderados (liberales absolutamente leales al orden constitucional), la única manera de mantener vivas las estructuras familiares, su fuerza patrimonial, su capacidad de protección sobre sus miembros y su capacidad de conservación de las tradiciones de que éstas eran custodios, consistía en establecer un sistema sucesorio que fuera capaz de conservar el conjunto de los principios, sentimientos y patrimonio de cada casa a través del sistema de la sustitución: el padre, a su muerte, era sustituido en el conjunto de todos sus poderes por uno de sus hijos, de manera que la familia se perpetuaba en la primogenitura. Con palabras de Reinald i Rabassa: «la idea es conservar las tradiciones, los sentimientos, la moralidad de la familia, que la casa *jacens*, obre moral y materialmente por medio de la madre y el heredero, cual cuando vivía su jefe»²⁹. Este autor dedicaría párrafos muy significativos al respecto de esta idea:

«La institución de los herederos en Cataluña arranca no del hombre, sino de un conjunto, la familia tiene por fin un conjunto todavía, el trabajo y el poder, la casa y la trabazón que la une, es aquella trabazón que tienen entre sí los sentimientos, y los principios cristianos, los principios que afirman, los sentimientos que resignan. El trabajador y el padre, el poder debe tener a sí unido y consigo mismo confundido otro trabajador, y otro padre, otro poder: es prudencia y necesidad, quizá también orgullo tenerlo y contemplarse, humedecidos los ojos, origen de una generación de intrépidos empresarios, de laboriosos agricultores, educados en las privaciones, y en el respeto a la autoridad: independientes por el trabajo y sociales por educación, fieros por índole y dóciles por los hábitos de sumisión que aprendieron en la familia: asociarse el padre en el gobierno de la familia a aquel de los hijos que llegará primero a compartir con él su trabajo y el sostenimiento de la familia: hé aquí

²⁹ REINALD Y RABASSA: «El Código civil en Proyecto. Artículo XIII», *Diario de Barcelona*, 22 de octubre de 1852.

el espíritu y la clase de la institución de los herederos en Cataluña. (...) Como en Roma la herencia no es la suma de unidades corporales o de valores, sino un lugar vacío, un todo moral, si así puede vertirse la noción de la herencia romana (...); este todo moral es el poder por naturaleza uno, es el trabajo cuya dirección ha de venir de una misma inteligencia y cuyas fuerzas convergen a un mismo punto racional y social, es el deber uno, indivisible, que por ambas cosas pesa sobre el que se llama heredero. Por esto es uno solo el heredero en Cataluña.»³⁰

El artículo 642 del Proyecto de Código civil de 1851, al imponer el necesario reparto del ochenta por ciento del patrimonio familiar entre los legitimarios, constituía un atentado gravísimo contra este concepto de familia y su sistema de pervivencia³¹.

Y es que el concepto social y económico catalán de familia exigían su correspondiente concepto jurídico de herencia en el que no cabía, desde luego, el régimen castellano de legítimas.

En Cataluña «la palabra herencia no tiene, como cree el vulgo, una significación limitada, sino muy variada y extensa: se refiere a cosas materiales y morales», es el conjunto al que el Derecho Romano denominaba *universum ius*:

«La herencia no sólo es la idea del goce, sinó tambien la del cargo y del deber. El que tras la muerte del autor de sus días, de un deudo, ó de un amigo, solo vé una casa, un trozo de tierra, una fábrica, un capital, etc., cabe desde luego sentar que no comprende la significación de la palabra herencia, es un alma materializada y dominada por el goce. (...) En las herencias hay obligaciones á cuyo cumplimiento puede uno ser compelido judicialmente; pero las hay también que pertenecen al órden moral y dependen de la buena conciencia del que lleva el título de sucesor. Contamos entre estas últimas las que el difunto no supo ó no pudo prever, por ejemplo, la asistencia que se debe á una madre, á un hermano, á un deudo, á un amigo, asistencia de que él no habría prescindido: contamos entre las mismas la conservación de las buenas tradiciones de la familia. Difícil es encontrar una familia, sea cual fuere su clase, que no tenga un objeto á que atender y una memoria que guardar. (...)

Todas esas cosas que indicamos, y otras muchas que podríamos exponer, se deducen de la palabra herencia. Forman juntas una unidad compacta y homogénea, que no se puede transmitir ni conservar, cuando la ley previene una imprudente y exagerada división. Sólo el hombre conocedor de su índole y circunstancias está en el caso de fijar con provecho el destino del haber hereditario; no la ciega y monótona voluntad de la ley.»³²

³⁰ REINALS Y RABASSA: «El Código civil en Proyecto. Artículo V», *Diario de Barcelona*, 5 de agosto de 1852.

³¹ El artículo, en concreto, decía lo siguiente: La legítima de los hijos y descendientes será de los cuatro quintos de los bienes. Quedando un solo hijo descendiente, será de los dos tercios. La de los padres y ascendientes será de los dos tercios, siendo aquéllos dos ó más; y de la mitad, siendo uno solo.

³² Joaquín CADAVALCH Y BUGUÑÁ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente? Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1862, pp. 69-70.

El conflicto entre el principio de libertad de testar y el derecho a las legítimas sucesorias implicaba, por lo tanto, mucho más que un mero fleco en el proceso de transición del Antiguo Régimen al orden constitucional. No se trataba, meramente, de una manifestación del proceso de desvinculación y desamortización de la propiedad inmobiliaria. En este conflicto se planteaba la forma del liberalismo político por venir, en cuanto presentaba la alternativa entre un Estado individualista o uno organicista.

4. LAS TRADICIONES JURÍDICAS ROMANA Y CASTELLANA

El polémico artículo 642 del Proyecto de Código Civil de 1851 seguía la tradición histórica del sistema de legítimas rígido castellano, que arrancaba del *Liber Iudiciorum*, y más específicamente de la ley 1.^a, del título V, del libro IV del Fuero Juzgo.

Allí se establecía como motivo para reformar la normativa de Derecho Romano al respecto la circunstancia de que:

«algunos son que biven sandiamiente, é despienden mal sus cosas, é dánlas á las personas estrannas, é tuéllenlas á los fijos é á los nietos sin razon, que estos non puedan aprovechar en el pueblo los que solien seer escusados de su trabajo por sus padres. Mas que el pueblo no pierda lo que non debe, ni los padres sean sin piadad á los fijos ó á los nietos cuemo non deven; por ende tollemos la ley antigua.»

Esta «ley antigua» que deroga el Fuero Juzgo (el Derecho Romano), al respecto de las legítimas componía un conjunto de normas que eran «generalmente consideradas como formando un intrincado laberinto»³³. Esquemáticamente, podemos afirmar que hasta el Imperio, el Derecho Romano otorgaba a los ciudadanos libertad absoluta de testar. No fue hasta los últimos tiempos de la República que se creó una opinión contraria a las personas que no tenían en cuenta en su testamento a sus hijos y más cercanos allegados (las personas que hubieran sido llamadas a la sucesión *ab intestato*), permitiendo que estos excluidos pudiesen plantear una queja ante los *Centunviris*, especie de Gran Jurado que conocía de cuestiones en relación con la propiedad y la herencia.

La jurisprudencia que establecieron los *Centunviris* fue la siguiente: partiendo de la premisa de que un espíritu sano nunca desheredaría sin motivo a un hijo o allegado, consideraban aquel testamento *inofficiosum*, esto es, como si hubiese sido hecho en un momento de demencia. En caso de que el allegado no fuese desheredado, sino simplemente llamado al testamento por una parte menor de lo que le hubiese correspondido *ab intestato*, sólo se admitía la que-

³³ Tomo la cita de un libro muy conocido por los estudiantes de Derecho catalanes de la segunda mitad del s. XIX. Carlos MAYNZ: *Curso de Derecho Romano, precedido de una introducción que contiene la Historia de la Legislación y de las Instituciones políticas de Roma*, Barcelona, 1892, tomo III, p. 403.

rela inofficiosi testamenti, y ello en el caso de que el querellante hubiera recibido menos de la cuarta parte de su expectativa legal.

La *querela inofficiosum testamenti* supuso un importante cambio en relación con la tradición jurídica existente, y es que suponía la anulación de un testamento perfectamente válido por motivos extra-normativos de índole moral. De hecho, esta *querela* no se consideraba *actio*, sino *accusatio*, dado que implicaba, o bien el reconocimiento de que el querellante era merecedor de la desheredación, o bien el reconocimiento de la infamia del testador y los herederos por él beneficiados.

En todo caso, importa destacar el hecho de que, por este procedimiento, quedaba vinculada una parte de la herencia, la cuarta parte, a ciertos allegados del testador, aquellos que le sucederían caso de morir éste intestado.

La ponderación de un cuarto de la masa hereditaria provenía de la Ley *Falcidia* del año 714³⁴, que limitaba la capacidad de legar en un máximo de las tres cuartas partes de todos los bienes, garantizándose para los herederos, al menos, la cuarta parte de la herencia. Este límite a los legados se haría extensivo a los fideicomisos y a las donaciones por causa de muerte y a las realizadas entre esposos³⁵; de ahí, y a través de la jurisprudencia antes referida, la cuarta parte pasó a constituir la tasa originaria de la reserva legítima (la *quarta Falcidia*).

Sabemos que era admitida la *querela inofficiosum testamenti* de los descendientes sin ningún límite, pero no así la de los colaterales, a los que ya avisara Ulpiano: *Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, quum obtinere spem non haberent*³⁶. A partir de Constantino, sólo se admitirían entre los colaterales a los hermanos y hermanas germanos y consanguíneos, y sólo en el caso de que la persona instituida pudiera ser calificada de indigna (*persona turpis*), quedando determinado, de esta manera, el conjunto de los «legitimarios»³⁷.

Justiniano reformó en varios aspectos esta situación. Sin ánimo de exponer el conjunto de la reforma justineana, tan sólo haremos referencia a alguno de sus aspectos. En concreto, mediante una Constitución del año 537 (Novela 18), modificó la cuantía de la legítima: si el número de hijos era de cuatro o menor, la legítima era de una tercera parte; en caso de ser más de cuatro el número de hijos, la legítima alcanzaría la mitad del patrimonio del causante.

En el año 542 Justiniano promulgaba la Novela 515, planteando la situación de la siguiente manera: en principio, era obligatorio instituir como herederos a los descendientes inmediatos, estableciéndose catorce hechos de ingratitud que permitían, excepcionalmente, la desheredación; debiéndoseles dejar en herencia, como mínimo, la legítima legalmente establecida (las mismas obligaciones quedaban instituidas para los descendientes, en relación con sus ascendientes directos).

³⁴ *Institutiones*, II, XXII.

³⁵ MAYNZ: *Curso de Derecho Romano*, III, p. 652-653.

³⁶ *Digesto*, V, II, 1.^a

³⁷ Cfr. MAYNZ: *Curso de Derecho Romano*, III, p. 408.

En este sentido, la ley 1.^a, del título V, del libro IV del Fuero Juzgo, «Que los fijos ni los nietos non deven seer desheredados», no podía decirse que atentara contra la tradición romano-justiniana; sí, aunque sólo técnicamente, contra la tradición anterior del Derecho Romano, en tanto el testamento que desheredaba al descendiente directo se consideraba jurídicamente correcto, pero se habilitaba una *accusatio* a la que antes hicimos referencia, para revocarlo.

La ruptura es más técnica, por lo tanto, que sustantiva, dado que, como acabamos de ver, la libertad de testar en el Derecho Romano era una libertad formal, en cuanto que el testamento no se cuestionaba técnicamente por la desheredación de los más cercanos allegados, pero existían vías eficaces para imponer la expectativa de estos allegados a partes importantes de la masa hereditaria.

El Fuero Juzgo, por un lado, impondría la necesidad de instituir herederos a los descendientes directos («el padre non puede desheredar los fijos ni los nietos por lieve culpa; mas puédelos ferir é castigar mientre que son en su poder»), salvo que se diesen causas específicas de desheredación («Mas si el fijo ó la fija, ó el nieto ó la nieta fiziere grand tuerto ó grand desondra al padre ó á la madre...»).

Por otro lado, el Fuero Juzgo aumentaba la parte de la herencia vinculada a los legitimarios hasta el ochenta por ciento, dejando, tan sólo, un quinto de su patrimonio a la libre disposición del causante («si quisiere dar á la iglesia ó á otros logares, de su buena puede la quinta parte»).

Esta opción por unas legítimas sucesorias tan amplias se haría tradicional en el Derecho castellano: pasa del Fuero Juzgo a la ley 1.^a, título V, libro IV Fuero Real, se mantiene mediante la ley 28 de Toro, siendo recopilada y llegando a convertirse en la ley 8.^a, título XX, libro X de la Novísima Recopilación, de donde pasaba al artículo 642 del Proyecto de Código civil de 1851³⁸.

Florencio García Goyena era el ponente encargado en la Comisión General de Codificación de toda la materia de herencias, de modo que sus *Concordancias* resultan, en este punto, especialmente relevantes.

Ante todo, él reconocía que si se llevaba a cabo un estudio comparativo entre la tradición castellana, por un lado, y la foral y general europea por otro en relación con la cuantía de las legítimas, resultaba indiscutible el hecho de que su legítima era «mucho menor que la nuestra actual; y por consiguiente fortifican la autoridad paterna»³⁹.

Pero ese presunto quebranto de la autoridad paterna quedaba superado por «la ingeniosa mejora del tercio, que remonta al Fuero Juzgo y no tiene original ni copia, al menos que yo sepa, en los Códigos antiguos y modernos»⁴⁰. Y es

³⁸ Al respecto del régimen sucesorio castellano en Partidas, cfr. Tomàs DE MONTAGUT: «El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes», *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXII, (1992), vol. 1, pp. 239-326

³⁹ GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 90.

⁴⁰ Para algunos autores catalanes la «originalidad» del sistema de las mejoras, el no encontrarse seguido por ningún Código antiguo ni moderno, sólo sería un indicio de su notoria inefica-

que, efectivamente, el procedimiento de la mejora, que ya se estipulaba en el Fuero Juzgo, habilitaba al padre de familia a «mejorar» hasta con un tercio de la cuantía de la legítima a unos herederos legítimos sobre otros, ofreciendo al padre una posibilidad de premiar o castigar, por vía patrimonial, el comportamiento de sus hijos.

En este punto, además, el Proyecto de 1851 perfeccionaba la tradición, que no consideraba el supuesto del hijo único (en el que el padre no tendría la posibilidad de imponer su autoridad por medio de la posibilidad de la «mejora»). García Goyena nos explica que para este supuesto, la mejora «se ha sustituido, pues, por la facultad de disponer del tercio de todos los bienes a favor de extraños; el padre será así mas fuerte, y el hijo más sumiso»⁴¹.

La «mejora» que proponía el artículo 654 del Proyecto de 1851 no era la tradicional del Fuero Juzgo (un tercio del caudal de la legítima), sino «una doble porción de la legítima correspondiente a cada uno» de los legitimarios. Se calculaba, por lo tanto, mediante la ficción de considerar que había un legitimario más de los que de hecho existían, pudiendo repartir el causante esa porción con plena libertad entre los legitimarios. Daba lugar, por ejemplo, a que en el caso de ser los herederos forzosos dos hermanos, uno pudiera heredar hasta el doble que el otro.

El sistema castellano, por lo tanto, con las modificaciones que incorporaba el Proyecto de 1851, sí respetaba el principio de autoridad del padre de familia, mediante el procedimiento de su capacidad de mejorar a alguno de sus hijos. Una capacidad de mejora que «decrece cuanto mayor es el número de hijos, y esto parece muy equitativo»⁴². No obstante esta equidad que no se discute, habría que concluir (siendo coherente con los argumentos del propio García Goyena), que la autoridad del padre de familia disminuiría proporcionalmente al número de hijos que este tuviera.

Pero el problema que planteaba en Cataluña el sistema del Proyecto de 1851 no era tanto que constituyera una quiebra de la autoridad paterna (crítica que, ciertamente, podía cuestionarse mediante la referencia al sistema de las mejoras), sino que atentaba contra un concepto de familia tradicional que en Cataluña requería la conservación del grueso de su patrimonio en torno a un heredero concebido como sustituto del *pater* causante.

El necesario reparto del 80 por 100 de la herencia entre el conjunto de los hijos destrozaba el concepto de familia como unidad social permanente en el tiempo, incorporando unos valores de disgregación que resultaban totalmente innovadores en el orden jurídico de Cataluña.

Un ilustrativo ejemplo puesto tanto por Florencio García-Goyena como por el jurista catalán Cadafalch i Buguñà muestra muy a las claras que el deba-

cia. Cfr. CADAFALCH I BUGUÑÀ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias...?*, p. 145.

⁴¹ GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 91.

⁴² GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 102.

te de fondo sobre las legítimas sucesorias tenía como elemento esencial latente un concepto de familia que se entendía de manera muy distinta en Cataluña y en Castilla. El ejemplo aludido: una familia con una hacienda valorada en 15.000 duros y cuatro hijos.

García-Goyena partía de afirmar que a través del expediente técnico de la mejora el padre podía mantener su autoridad en la familia, incluso, con mayor contundencia que desde el principio de la libertad de testar, quedando garantizadas, además, a través de la imposición legal de las legítimas, las obligaciones para con los hijos.

Para probar esto ponía como ejemplo el supuesto de hecho antes enunciado, comparando los resultados de aplicarle los criterios legales castellano⁴³, por un lado, y del ordenamiento navarro por otro (que era el más radical de los forales en la observancia del principio de libertad de testar).

En opinión de García-Goyena, la situación de aquél de los cuatro hijos que recibiera en donación el grueso del patrimonio familiar no sería excesivamente halagüeña, habida cuenta que sobre los quince mil duros que heredara recaerían múltiples cargas: mantener a su padre y hermanos, «darles carrera, dotar y colocarlos en matrimonio, según el estado de la casa...»⁴⁴.

Al lado de esta situación, García-Goyena pinta la que resultaría de aplicar el régimen castellano y, aparentemente, el resultado sería mucho más favorable para todos:

«Yo apelo confiadamente al testimonio de todos mis paisanos (el autor era navarro), para que me digan si el donatario navarro, en el caso propuesto, queda tan beneficiado como quedará un castellano mejorado en el quinto y tercio. Éste, con las mejoras y su legítima, se llevará, *sin carga alguna*, 8750 duros de los 15000; y el contraste será más chocante cuanto mayor sea el número de hijos con el mismo capital, porque las mejoras importarán siempre la cantidad de siete mil duros.»⁴⁵

Lógicamente, el ejemplo que aporta García-Goyena incluía circunstancias implícitas que, cuando se hacen manifiestas sitúan en primer plano el verdadero debate que pretendía sustraer de la discusión. ¿Por qué el donatario navarro se ve gravado con las obligaciones familiares que tenía su padre y donador? ¿Y por qué motivo García-Goyena considera que el heredero castellano está

⁴³ En todo caso, García-Goyena aplicará sobre el supuesto de hecho que se pone de ejemplo la normativa tradicional castellana, que implicaba la posibilidad de una mejora de hasta un tercio de la legítima. No obstante, y como hemos ya advertido, el Proyecto de Código planteaba un criterio para calcular la legítima diferente, que la hacía disminuir conforme aumentaba el número de hijos.

⁴⁴ GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 330.

⁴⁵ *Ibidem*. La última afirmación de García-Goyena resulta cierta aplicando el sistema de mejoras tal y como venía estipulado en la tradición castellana. El tercio de la legítima y el quinto libre del conjunto del patrimonio familiar consistirán siempre en la misma cantidad. No será así con el sistema de mejora del Proyecto de 1851. En este sistema, la posibilidad de mejora es decreciente de forma proporcional al número de hijos.

libre de toda responsabilidad en relación con las vidas y carreras de sus hermanos? «Éste (dice García-Goyena), con las mejoras y su legítima, se llevará, *sin carga alguna*, 8750 duros de los 15000».

La razón implícita que no se manifiesta reside en que el heredero o donatario navarro es un *sustituto* del padre, prolongándose de esta manera su obra, *su familia*, como si siguiera en el mundo. Es indiferente a estos efectos que viva (en el ejemplo de García-Goyena vive, es un donante), o que muera.

La situación que se abre con el régimen castellano es radicalmente distinta. De entrada, la donación universal no sería ya posible. Y tras la muerte del causante, del padre de familia, se sobreentiende que muere también la propia familia tal y como se sostenía cuando él estaba en vida: el patrimonio se reparte y pese a que es posible que uno de los herederos se vea mucho más beneficiado que los demás a través del procedimiento de las mejoras (que sólo sirve para mantener la autoridad del padre en vida), el conjunto de las obligaciones familiares de carácter moral que el causante (padre de familia) tuviera para con sus hijos, se considera que no incumben ya al heredero más favorecido (el que recibe 8750 duros de los 15000), ya que se entiende que estas obligaciones morales quedan perfectamente cubiertas por las previsiones generales de la ley, por las legítimas (que en el ejemplo propuesto alcanzarían, poco más o menos, la cantidad de 2000 duros de los 15000, para cada uno de los restantes hermanos).

El jurista catalán Cadafalch i Buguñà, comentando el mencionado «ejemplo» de García-Goyena le reprochaba esto mismo que venimos diciendo:

«cómo puede resultar que el castellano mejorado, teniendo tres hermanos, reciba líquidos 8750 duros de los 15000 del indicado haber, cuando el navarro, donatario universal de igual valor, y también con tres hermanos, viene a recibir, según el Sr. García-Goyena, cumplidas aquellas cargas, poca cosa en limpio? Cómo y de qué manera se atienden las cargas, se sabe desde luego en el caso del donatario navarro. Pero, ¿cómo se atenderán en el caso del castellano mejorado? (...) ¿Cuán precaria no será, pues, la situación de los tres hermanos castellanos ante el mejorado! ¿Cuán preferible no será la de los tres hermanos navarros ante el donatario universal!»

Y añade

«Se comprenderá ahora fácilmente con cuanta oportunidad notamos que en las provincias forales la palabra herencia no sólo significa la idea del goce, sino también la del deber: que el heredero ó donatario universal no debe ser ni es considerado como la persona enriquecida por la suerte, sino como el continuador del padre, como representante de las ideas y sentimientos de la familia»⁴⁶.

La libertad de testar en las provincias forales era el soporte sobre el cual se levantaba una estructura familiar *permanente*, la cual constituía la mejor garan-

⁴⁶ CADAFALECH I BUGUÑÀ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?*, pp. 146-147.

tía del mantenimiento de los valores de unas formas de vida tradicionales que se sentían amenazadas en los convulsos años de mediados del s. XIX.

Por ello, la libertad de testar se entendía como la *libertad del padre de familia para disponer de ella y organizarla más allá de su propia muerte*. La libertad de testar partía, por lo tanto, de la existencia de un régimen jurídico patriarcal como el que existía en Cataluña. Sin ello, que se presumía, que se daba por descontado, no hubiera tenido sentido la lucha por el principio de libertad de testar.

El régimen sucesorio del Proyecto de 1851, en tanto que imponía un sistema legal y general de protección de los hijos a través de las legítimas, excluía al padre de esa función y limitaba enormemente su capacidad de disposición, al tiempo que ponía en marcha, como ya hemos dicho, un proceso de liquidación del patrimonio familiar y, por lo tanto, de la propia familia, la cual pasaría a desaparecer, como organismo patrimonial y social diferenciado, con ocasión de la muerte del causante.

Desde este punto de vista, es fácil comprender que para los planteamientos catalanes resultaran intolerables los juicios de testamentaría que, tan a menudo, tenían lugar tras la muerte del causante entre distintos miembros de una misma familia. Estos conflictos, derivados muchas veces de las diferentes valoraciones que se hacían acerca de las distintas unidades patrimoniales que componían el patrimonio familiar, venían a ser, a los ojos catalanes, algo así como una alegórica dramatización de la ruptura familiar que traería el nuevo régimen jurídico, algo así como la simbolización de la quiebra definitiva de los lazos entre los hermanos y la madre viuda que hubieran debido sostener a la familia unida sobre la conservación compacta del conjunto de su patrimonio.

El propio García-Goyena reconocía que en los territorios forales «se desconocen los autos de testamentarías, que forman en Castilla el patrimonio de los malos curiales, sobre la ruina y discordia de las familias»⁴⁷. Dado que, y como apuntaría Cadafalch i Buguñà, tras la muerte del padre de familia, cualquier coheredero, o mero legatario, «un cualquiera que a veces carece de derecho, o que a lo más debe percibir una mínima parte de la herencia, puede promover esa clase de juicios». El cuadro resultante resultaría, como dijimos, dramático:

«Penetran en su virtud en la casa de una familia que acaba de perder a uno de sus miembros y está en el llanto y la desolación un juez, un escribano, un alguazil, procuradores y otras personas que se dicen interesadas. Comiéntase a veces por una intervención que consiste en recoger ropas, alhajas y dinero, y en cerrar y sellar armarios, cómodas y piezas de la casa mortuoria. Principiase luego un inventario que dura días (...) Verificase más tarde el avalúo y finalmente la división de los bienes con diversas reclamaciones, que dan lugar en piezas separadas a costosos pleitos»⁴⁸.

⁴⁷ GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 329.

⁴⁸ CADAFAALCH I BUGUÑÀ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?*, p. 153.

En sentido similar, cfr. Juan DE DIOS TRÍAS: *Conferencias de Derecho civil catalán*, p. 31, nota 5.

Esta liquidación de las unidades familiares que tenía lugar al final de la vida de los padres de familia era lo que se trataba de evitar mediante la salvaguarda del principio de libertad de testar⁴⁹.

5. LA TRADICIÓN JURÍDICA CATALANA EN MATERIA DE DERECHO DE SUCESIONES

En Cataluña, entre los ss. XI y XIV rigieron simultáneamente tres sistemas sucesorios al respecto del régimen de las legítimas: la tradición visigoda, por un lado, la tradición romana, por otro, y la solución catalana en tercer lugar.

La tradición visigoda era observada, sobre todo, en la parte de Cervera y de Tarragona; la romana en el resto de Cataluña. A finales del s. XIII, en 1283, Pedro II inauguraba la tradición catalana, confirmando, a súplica de los prohombres de la ciudad de Barcelona, los privilegios y costumbres de dicha ciudad, entre los cuales se encontraba aquel que afirmaba: *Item quod haereditas defuncti dividatur in quindecim partes, et quod octo partes sunt legitima*⁵⁰.

En relación con la tradición visigoda, el nuevo criterio que se refrendaba como Derecho de Barcelona mantenía su misma proporción legitimaria, pero eliminando la obligatoriedad de la mejora y reconduciendo esa cuota del patrimonio familiar a la condición de *libre disposición*, con lo cual el testador adquiriría una mayor autoridad sobre sus bienes.

En esa misma línea de aumentar la libertad de testar se encontraría la Constitución aprobada por Alfonso II en las Cortes de Monblanch de 1333, que mandaba seguir la legislación romana (que, como se ha indicado, reducía la legítima a un tercio), en aquellos lugares donde se venía aplicando la tradición visigoda.

Esta medida sería el antecedente de la decisión de Pedro III quien, a petición de los concellers, los prohombres y la ciudad de Barcelona, modificó los privilegios del municipio en este punto, reduciendo la legítima a la cuarta parte de los bienes, sin contemplarse la posibilidad de mejora. Este será, en definitiva, el régimen catalán en esta materia, un régimen que se haría extensivo a todo

⁴⁹ En relación con lo mismo, cfr. Cándido Necedal, «Pueden separarse la moral privada y la moral política? ¿Debe conservarse la actual legislación castellana en materia de sucesiones testamentarias, ó sería de desear que se extendiese á todo el Reino la libertad de testar? ¿Es más propio para la conservación de las familias, para su moralización y bienestar, la viudedad de los cónyuges aragoneses, ó la institución castellana de los bienes parafernales», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 29 (1866), p. 272.

⁵⁰ VIVES Y CEBRIÁ: *Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña*, tomo II, Barcelona, 1862, p. 268. A pesar de que Jaime I promulga una Constitución en Cortes de Barcelona de 1231, que no permitía la alegación de «leyes romanas ó godas, derechos y decretales (...) en causas seculares», sabemos por Tomás MIERES: *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*, Barcelona, 1553, colación 5.ª, cap. XXVIII, núm. 8, que la alegación del Derecho godo se mantuvo en seis supuestos, entre los cuales se encontraban las legítimas hereditarias.

el Principado mediante la Constitución aprobada por Felipe II en Cortes de Monzón de 1585⁵¹.

Este régimen jurídico tendría, además, otras características: en primer lugar, el padre podía instituir heredero a cualquiera de sus hijos, o, incluso, a un extraño, siempre y cuando respetara la legítima de un cuarto de los bienes correspondiente a su descendencia. De hecho, era plenamente libre para disponer de las tres cuartas partes del patrimonio familiar tanto *inter vivos*, como *mortis causa*⁵².

En coherencia con ello, y en segundo lugar, la legítima podía transmitirse por mero título de legado, o de cualquier otro modo, no siendo necesario que los hijos fueran herederos⁵³. Además, y en tercer lugar, el heredero podía escoger entre hacer efectiva la legítima tanto en dinero, como en patrimonio inmobiliario⁵⁴.

En cuarto lugar, se permitía a los padres prohibir la detracción de la cuarta trebeliánica a los herederos en primer lugar instituidos, pero se les exigía la declaración expresa de la prohibición⁵⁵.

En último lugar, en vida del padre los hijos no tenían ningún cauce jurídico para exigir su legítima, ni ésta podía ser embargada o ejecutada de ninguna manera, ni judicial ni de ninguna otra forma, por causa de actos civiles o criminales llevados a cabo por el hijo⁵⁶.

5.1 El hereu

Con anterioridad, hemos explicado por qué el principio de libertad de testar estaba en relación con un concepto de familia patriarcal que se quería mantener, una idea de familia que se perpetuaba mediante la sustitución del *pater* en la persona del heredero.

Para ello eran necesarias, en todo caso, dos circunstancias. En primer lugar, un régimen de legítimas muy ligero, que dejara liberado el grueso del patrimonio familiar para el ejercicio libre de testar (régimen que acabamos de ver cómo se construye en Cataluña). Y, en segundo lugar, una definición legal de heredero, de aquel que estaba llamado a mantener y continuar la estructura familiar del causante. Es aquí donde encuentra su sentido la figura del *hereu*.

«El primer principi fonamental que informa la successió testamentària de Catalunya, segons la legislació romana, que és la nostra, és el de la necessitat de la institució d'hereu. Sense institució d'hereu a Catalunya, salvant lo que

⁵¹ CYADC-1704, I, VI, 4, 2.^a Aquí utilizaremos la edición de las *Constitutions y Altres Drets de Catalunya, Compilats en virtut del capítol de Cort LXXXII, de las Corts per la S. C. y R. Majestat del rey Don Philip IV, Nostre Senyor celebradas en la ciutat de Barcelona, Any MDC-CII*, publicada en Barcelona en 1973. Citaremos mediante las siglas CYADC, señalando primero el año de edición, para distinguir esta Recopilación de las dos anteriores, y después el volumen, y seguidamente la indicación del libro, título y constitución de que se trate.

⁵² CYADC-1704, I, VI, 3, 1.^a; lib. VI, tit. 5.

⁵³ CYADC-1704, I, VI, 2, 2.^a

⁵⁴ CYADC-1704, I, VI, 5, 2.^a

⁵⁵ CYADC-1704, I, VI, 6, 1.^a

⁵⁶ CYADC-1704, I, IV, 18, 1.^a

veurem després respecte de les l·legislacions locals de Barcelona i de Tortosa, no hi ha testament, i, per tant, no hi pot haver successió testamentària.»

El principio lo afirmaba Joan Martí i Miralles, uno de los mejores juristas catalanes de la primera mitad del s. xx (quien fuera, entre otras cosas, miembro de la Comisión encargada de preparar la Codificación del Derecho civil catalán)⁵⁷.

La institución de heredero «junt amb el concepte de la universalitat de la successió de l'hereu, són, podriem dirne, els conceptes bàsics de tota la estructura successòria romana» y, por lo mismo, de Cataluña⁵⁸. Consecuencia lógica de estos dos principios sería el de incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada en el Derecho catalán de sucesiones⁵⁹.

No obstante, si acudimos a las *Constitutions* y *Altres Drets de Catalunya* no hallamos ninguna norma legal que exigiera o que regulara la institución del heredero. Aunque ello no quiere decir que no tuviera la norma absoluta vigencia; todo lo contrario: durante la Edad Moderna, en Cataluña los testamentos que no contenían la institución justificaban su validez haciendo referencia a algún privilegio local que les permitía testar sin instituir heredero⁶⁰, dando por entendida la vigencia de esta norma general.

El régimen jurídico de la institución de heredero en Cataluña procedía directamente del Derecho Romano y se había incorporado al Derecho catalán a través de la Recepción.

Los formularios notariales de la Edad Moderna dan cuenta de su vigencia; un buen ejemplo podría ser la obra realizada en 1694 por José Comes, *Viridarium artis notariatus sive tabelliorum viretum*⁶¹, que durante muchos años se constituiría como el único manual elemental de estudio de las instituciones catalanas⁶².

La doctrina catalana moderna recogerá bien claramente esta tradición. Pongamos, por ejemplo, la obra de Cáncer:

«*Observare etiam oportet, quod ad hoc ut praedicta conseruentur (...) est necesse, quod in testamento sit aliquis haeres institutus: nam si in testamento nulla est institutio, nihil scriptum valet.*»⁶³

⁵⁷ Joan MARTÍ I MIRALLES: *Principis del Dret Successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia*, Barcelona, 1925, p. 12.

⁵⁸ *Digesto*, XXVIII, V, 1-3 y 9-12.

⁵⁹ MARTÍ I MIRALLES: *Principis del Dret Successori*, pp. 28-36.

⁶⁰ Este sería el caso del testamento sacramental, propio de la ciudad de Barcelona, privilegio que se concedió más tarde a la ciudad de Girona; en las *costums* de Tortosa se permitía testar sin instituir heredero: costum 2.ª Rub. VI, «de ordinació de testaments» Lb. VI.

⁶¹ Se publica en dos volúmenes en Girona, en 1704 y 1706.

⁶² Gillem M.ª DE BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, Barcelona, 1918 (edición facsímil en la Colección Textos Jurídics Catalans, Barcelona, 1985), p. 423.

⁶³ I. CÁNCER: *Variarum resolutionum Iuris Caesarei, Pontificij & Municipalis Principatus Cathalauniae*, Barcelona, 1670, Pars Prima, capítulo IV, fragmento 55, p. 87.

O las *Decisiones* de Fontanella:

«*Mortua vxore duo vidit testator deficere in suo testamento, unum haeredis institutio, quae est testamenti caput (...) testamenti enim perfectio et substantia ab institutione haeredis pendet.*»⁶⁴

Y desde allí arraigaría con absoluta nitidez en el Derecho catalán contemporáneo. Ello puede contrastarse, fácilmente, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en donde podemos encontrar reconocido el principio de necesidad de la institución de heredero, sin el cual los testamentos son considerados nulos⁶⁵; la libertad en su designación que tienen los causantes⁶⁶; los principios acerca de la forma y determinación de la institución de heredero⁶⁷; o el refrendo de su carácter universal⁶⁸.

La diferencia con la tradición castellana sería evidente. El testamento en Cataluña debía resolver, necesariamente, la totalidad de las cuestiones de las que era responsable el causante, *en ese sentido, cabría decir que se estimulaba a los individuos a tomar decisiones en relación con el conjunto de su mundo familiar, esto es, el conjunto de derechos y obligaciones personales y patrimoniales que se habían ido articulando en torno a su patrimonio*⁶⁹.

La tradición castellana, por el contrario, no imponía la necesidad de esa decisión al testador, dado que no exigía la institución de heredero universal, haciendo, por lo mismo, compatible la sucesión testada y la intestada⁷⁰.

La imposición de esa responsabilidad que el Derecho catalán hacía recaer sobre el testador exigía, lógicamente, dotarlo de un alto régimen de libertad en la toma de decisiones (en último término, la libertad de testar es el gran principio inspirador del Derecho catalán de sucesiones), lo cual era coherente con un régimen de legítimas más laxo que el castellano.

En el fondo, en esto consistía la gran diferencia entre la tradición catalana y la que proponía el Código civil. El orden jurídico catalán confería al testamento una importancia enorme, imponiendo al causante la necesidad de responsabilizarse por el conjunto de sus relaciones jurídicas después de su muerte. El orden jurídico que proponía el Código permitía emplear el testamento para meras liberalidades, sin exigir del testador una toma plena de conciencia en relación con su posición en el mundo y el futuro, dado que hacía compatible la sucesión testada y la intestada.

⁶⁴ I. P. FONTANELLA: *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, 2 vols., 1668, II, dec. L, núm. 7 y 8.

⁶⁵ STS, 7 de octubre de 1890.

⁶⁶ STS, 18 de noviembre de 1872.

⁶⁷ STS, 18 de junio de 1857.

⁶⁸ STS, 7 de abril de 1864.

⁶⁹ La Escuela jurídica de Cervera aportará a la institución del heredero algún trabajo de altísimo mérito desde el humanismo jurídico: JOSÉ FINESTRES I DE MONTALVO: *Prelectiones cervarienses, sive commentarii academici ad titulum Pandectarum de liberis et postumis, cui subjungitur diatriba De postumis heredibus instituendis vel exheredantis, et ad titulum De acquirenda vel omittenda hereditate*, Cervera, 1750.

⁷⁰ Cfr. artículo 764 del Código de 1889, ó 627 del Proyecto de 1851.

5.2 El Derecho de sucesiones catalán convencional

La clase jurídica y política catalana defenderá su tradicional libertad de testar, manteniendo que ello suponía, esencialmente, *defender el Derecho de su sociedad a asumir la responsabilidad de su futuro desde sí misma*, al margen de los dictados legislativos del poder político. En relación con ello, se desarrolló en Cataluña un Derecho sucesorio de carácter *convencional* en torno a la institución de los *heredamientos*.

Los heredamientos eran capitulaciones matrimoniales que incluían la transmisión *mortis causa* del patrimonio familiar⁷¹. Frente al testamento, que en cualquier momento podía ser modificado por el testador, los heredamientos no podían deshacerse por la mera voluntad de quien lo otorgó, sino que exigían el concierto de las dos partes que lo habían capitulado (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1858), debiendo, en todo caso, respetarse la legítima testamentaria (en Cataluña un cuarto del patrimonio del causante) para, en su caso, poder testar (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1859).

Unas legítimas (las del Proyecto de 1851), que vinculaban a los herederos forzosos las cuatro quintas partes del patrimonio familiar, amenazaban con impedir esta arraigadísima costumbre catalana que, en la práctica, servía para perpetuar la unidad familiar en torno al *hereu*.

Esta costumbre hacía del Derecho sucesorio catalán un Derecho *convencional*, un Derecho entendido como producto de acuerdos asumidos en libertad no tanto por individuos, *sino por el órgano familiar*, dado que era ésa la unidad que se pretendía proteger y la que estaba, representada por el *paterfamilias*, en posición de tomar las decisiones.

Esta práctica constituía una excepción al principio de Derecho Romano *nulla est hereditas viventis*⁷², un *pactum de succedendo* que el Derecho Romano prohibía expresamente. Resulta evidente que la institución del heredamiento atentaba contra el principio romano de la libertad de testar, dado que una vez perfeccionado impedía a cada uno de los otorgantes disponer libremente de sus bienes *mortis causa* sin el consentimiento del otro.

Y no será la única institución que se origine en el Derecho catalán de familia de la Edad Media desde principios distintos o, incluso, contrarios al *ius commune*, dado que el Derecho privado catalán que se construye en aquellas centurias, si recurre habitualmente al Derecho Romano fue por la enorme calidad técnica y de respuesta de éste, no por existir una tendencia irracional o irrefrenable hacia la Recepción. La misma fuerza de la sociedad catalana que será capaz de desplazar el *Liber iudiciorum* e imponer unos *usatges* propios y más adecuados a sus estructuras sociales, desplazará al Derecho Romano cuan-

⁷¹ J. DE MORAGAS DE TAVERN: *L'Hereu*, Barcelona, 1888, pp. 54 ss. La práctica proviene de los propios *Usatges*. Cfr. *Usatge 76*, que autoriza el heredamiento a favor del hijo que contrae matrimonio, o el *79*, que autoriza el heredamiento otorgado por el hijo a favor del hijo que, a su vez, tendría.

⁷² *Digesto*, 18, 4, 1; 29, 2, 27

do, como en el caso de la institución de los heredamientos o del usufructo de viudedad, su estructura social familiar así lo exija⁷³.

Se observa ello claramente si atendemos al más remoto origen de esta práctica en Cataluña, que se encuentra reflejada legalmente en los *Usatges*. Brocà señala el *usatge* «Auctoritate et rogatu»⁷⁴ como precedente originario del heredamiento. En el texto se da cuenta de ser ésta una práctica habitual, entendiéndola como una «donación» («a qui o donara»), por la que se transmitía en vida a hijos o nietos «son castel o sa honor o alguna possessio». Pero se establece también el principio de irrevocabilidad de estos acuerdos, dado que solían hacerse, en muchos casos, *mortis causa* y quedaría abierta la posibilidad de su modificación en el testamento del causante. No obstante eso, el *usatge* dejaría claro que «d'aquí enant la sua volentat mudar no prà, si aquella donació sirà dreturera, ho nulla raó non o enbargue».

Y algo más, en relación con el Derecho visigodo contenido en el *Liber* y las legítimas en él dispuestas, se consideran estas «donaciones» hechas en vida como «mejora», esto es, pertenecientes a la parte de la legítima con la que podía el padre «mejorar» libremente a cualquiera de sus hijos: «en aquesta orde pusque lo pare o l'avi milorar son fil o sa fila, son net ho sa neta»⁷⁵.

Será durante el s. XIII cuando comience a aparecer la denominación *heredamientos*, para designar esta costumbre. El nombre tendrá que ver con la circunstancia de ser, éstas, unas transmisiones patrimoniales que normalmente se llevaban a cabo por *herencia*, y que transmitían la *heredad* familiar.

En esta época, la *heredad* en cuestión excedía, la mayoría de las veces, la cuota de la «mejora». Pero eso entonces carecía ya de importancia, dado que el Derecho visigodo había sido desplazado en el mundo feudal por unos *usatges* que pretendían establecer un sistema sucesorio que mantuviera el conjunto del patrimonio familiar vinculado a la primogenitura.

También favorecerá a la consolidación de esta institución, paradójicamente, la creciente Recepción del Derecho Romano que se vive en Cataluña durante el s. XIII, y ello a pesar de los problemas de encaje que los heredamientos ocasionaban dentro del ordenamiento del *ius commune*.

La razón de ello estribaría en que esta donación *mortis causa* con cargo a la mejora se verá alterada en su configuración legal, en la medida en que el derecho sucesorio visigodo vaya siendo desplazado por un Derecho Romano

⁷³ El carácter indígena de los heredamientos, al margen de influencias procedentes del Derecho Romano o de Derechos germánicos, lo defiende Francisco GAS: «Pactos sucesorios», *Revista Jurídica de Cataluña* (1953), pp. 314-323.

⁷⁴ Guillem M.^a DE BROCÀ: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil*, p. 699.

⁷⁵ *Usatges de Barcelona. El Codi a mitjan segle XII. Establiment del text llatí i edició de la versió catalana del manuscrit del segle XIII de l'Arxiu de la Corona d'Aragó de Barcelona*, Barcelona, 1984, pp. 150-153.

La relación entre los heredamientos y la mejora la trae por primera vez Jesús LALINDE ABA-DÍA: «La problemática histórica del heredamiento», *Anuario de Historia del Derecho Español*, (1961), pp. 208 ss.

que aportaría una legítima reducida y un amplio margen de libre disposición ya no limitado al margen del tercio de mejora. En la medida en que esto vaya siendo así, estas donaciones a las que hacía referencia el *usatge* «Auctoritate et rogatu», no cabrían ser interpretadas como «mejora», y deberían apoyarse en sí mismas, en su fuerza como tradición consolidada en los *Usatges*.

Al lado de esta práctica, otra costumbre (que, como la primera, también atentaba contra importantes principios del Derecho Romano), pasará a formar parte del núcleo originario de los heredamientos. Se trata de la costumbre de «mejorar» indirectamente a algún hijo o descendiente a través de la esposa, mediante el expediente de donarle a ésta unos bienes con carácter fiduciario, esto es, para que los transmitiera a uno o varios de los hijos presentes o futuros del matrimonio, a su elección. La costumbre atentaba, evidéntísimamente contra la prohibición romana de la donación entre cónyuges⁷⁶, pero se impondrá con el tiempo, pasando a constituir, con la anterior costumbre mencionada, los dos troncos originarios de la institución del heredamiento⁷⁷.

Durante los ss. XIII y XIV se observa en Cataluña una importante decadencia del Derecho visigodo, contrastable en múltiples documentos, empezando por la disposición inicial de los *Usatges*, «Cum dominus», o por la glosa de Jaume de Montjuich al *usatge* 81, «Iuditia curiae», en donde se afirma literalmente: «Como no se usan las leyes godas más que en pocos casos...». Pero en esta misma etapa, también el Derecho Romano queda proscrito por Jaume I.

Es en esta circunstancia histórica donde los heredamientos encuentran un acoplamiento fácil y sencillo al ordenamiento catalán, a pesar de los problemas que su encaje podía suscitar tanto en la tradición romana como visigoda. El caso es que sabemos por la documentación que publica Hinojosa, que en el s. XIV el heredamiento se equiparaba en Cataluña a la institución de heredero, afectando a todos los bienes presentes y futuros del otorgante⁷⁸, apareciendo mencionada la institución en Constituciones, así la «A foragitar fraus»⁷⁹, y en la consideración de juristas de la talla de Tomás Mieres que, en relación con la mencionada Constitución, consideraba nulo todo instrumento hecho en perjuicio de heredamiento, prohibiendo a los notarios su aceptación⁸⁰.

Los problemas para esta institución vendrán más tarde, cuando el Derecho común pase a ser definitivamente parte constitutiva del Derecho catalán⁸¹. Problemas graves que lo serán para los autores del *mos italicus* en Cataluña, dado que la propia Audiencia en la que desarrollarían su labor como juristas comen-

⁷⁶ *Digesto*, 24, 1, 1.

⁷⁷ Jesús LALINDE ABADÍA: «Los pactos matrimoniales catalanes (Esquema histórico)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIII (1963), p. 205.

⁷⁸ Eduardo DE HINOJOSA Y NAVEROS: *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Madrid, 1905, pp. 153 y 154.

⁷⁹ CYADC-1704, I, lib. IV, tit. 30.

⁸⁰ Tomás MIERES: *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*, Barcelona, 1621, p. 330, colación 6.ª, núm. 1, 10 y 11.

⁸¹ Martín I, Cortes de Barcelona de 1409, cap. 9, y Felipe III, en Cortes de Barcelona de 1599, cap. 40. CYADC-1704, I, 1, 38, 2.ª, y I, 30, 1.ª, respectivamente.

zaría a plantear dificultades a las instituciones que no se adaptaran cómodamente al ordenamiento jurídico romano. Fontanella sería un ejemplo claro de esta circunstancia⁸².

La fórmula propuesta por los juristas catalanes del *mos italicus* para adecuar la tradición de los heredamientos al Derecho Romano será la siguiente: afirmar que los heredamientos no constituían un pacto sucesorio, sino una donación⁸³. En consecuencia de ello, la Audiencia de Cataluña exigiría al otorgante que se reservara una parte de sus bienes para testar⁸⁴. Con ello, se superaba la primera dificultad de encaje entre los heredamientos y la estructura del *ius commune*. Pero ahora quedaba el problema de cómo lograr que esta institución se mostrara coherente con el dibujo romano de la donación.

Para comenzar, el Derecho Romano se oponía a la posibilidad de realizar donaciones generales de todos los bienes (desde la *lex Cincia*, 204 a. de C. se prohíben las donaciones que superen cierta medida), lo que, por cierto, había dejado un claro reflejo en los Derechos locales catalanes más romanizados⁸⁵.

Estas dificultades comenzarían a superarse reinterpretando la institución del heredamiento mediante las siguientes claves: el heredamiento sería una donación que sólo afectaría a los bienes presentes, nunca a los futuros⁸⁶, por lo cual podría considerarse que la *donatio hereditatis* no sería válida en el Derecho catalán⁸⁷, y ello hasta el extremo de que un heredamiento que expresamente incluyera los bienes futuros pasaría a ser considerado nulo⁸⁸.

Para el supuesto de que se pretendieran incorporar al heredamiento todos los bienes presentes y futuros del donante, se superaría el impedimento tradicional del Derecho Romano mediante el mismo expediente, antes referido, de realizar una reserva para testar, de manera que la universalidad prohibida ya no fuera tal. Sin esta reserva, el heredamiento se presumiría hecho al respecto exclusivo de los bienes presentes y no de los futuros, dado que no puede presumirse donado lo que no pertenece al donante en el momento de otorgarse la

⁸² El autor nos da referencia de Sentencias de la Real Audiencia de Cataluña, con noticias de los problemas que se planteaban al respecto. Así, da cuenta de que algún doctor, por ejemplo, votaba en contra de la admisión de un heredamiento por implicar una donación universal, prohibida por el Derecho Romano. Cfr. Juan Pedro FONTANELLA: *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus*, t. I, Genevae, 1752, cláusula IV, glosa IX, pars. IV, núm. 4.

⁸³ Juan DE SOCARRATS: *Comentariis super Consuetud. Feud. Principatus Cathaloniae*, Lugduni, 1551, p. 252: «hereditationis, sive donationis». Del mismo modo, FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláusula IV, glosa IX, pars. IV, núm. 46.

Cáncer afirma que estos «donatarios» en ningún caso pueden ser tenidos por herederos, y ello hasta el extremo de recomendar a estos «donantes» que, al margen del heredamiento, instituyan como herederos a sus donatarios. CÁNCER: *Variae Resolutiones Iuris Caesarei. Pontificii, & Municipalis Principatus Cathaloniae. Pars Prima*, Venecia, 1643, cap. VIII, núm. 68.

⁸⁴ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núm. 121. Si la reserva se hacía sobre un bien determinado, se plantearía su inalienabilidad. CÁNCER: *Variae Resolutiones Iuris*, cap. VIII, núms. 74 y 209.

⁸⁵ El Derecho castellano también recogería este principio en la Ley 69 de las de Toro.

⁸⁶ CÁNCER: *Variae Resolutiones*, cap. VIII, núm. 130.

⁸⁷ CÁNCER: *Variae Resolutiones*, cap. VIII, núm. 132.

⁸⁸ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núms. 12-14.

donación⁸⁹. Por el contrario, hecha la reserva para testar, y caso de otorgarse el heredamiento con la palabra «heredito» o «dono hereditatem», la presunción era la contraria: el heredamiento afectaría a todos los bienes presentes y futuros del otorgante⁹⁰.

Se trataba de una interpretación forzada, violenta incluso, en opinión del propio Fontanella⁹¹, pero una interpretación necesaria en la medida en que la Audiencia de Cataluña imponía unos criterios procedentes del *ius commune* que no permitían a las tradiciones del Derecho catalán expresarse con la libertad con que lo habían venido haciendo durante la Baja Edad Media.

En todo caso, la institución del heredamiento se vería muy afectada por estas dificultades de encaje con la tradición del *ius commune*, dado que su necesaria adaptación a las exigencias romanísticas de un Derecho catalán moderno dominado por los juristas del *mos italicus*, daría lugar a que se desdibujaran los perfiles de la institución, generándose confusión y, como consecuencia, numerosos procesos judiciales⁹². La conclusión final nos la expondría Fontanella: *en su época la institución comenzaría a ser poco frecuente*⁹³.

5.3 El régimen catalán contemporáneo de la sucesión convencional

A pesar de la crisis de los heredamientos durante la Edad Moderna, la institución sería recuperada desde comienzos de la etapa contemporánea, pasando a ser considerados, en opinión de Guillem M de Brocà, como «la institución jurídica más típica de Cataluña»⁹⁴. Parece evidente que es necesaria una reflexión sobre los porqués y la autenticidad de esta consideración y *el auge decimonónico de la práctica de los heredamientos*.

Lo cierto es que a través de este procedimiento, que superará sus orígenes feudales, generalizándose como sistema de sucesión *mortis causa* en la sociedad catalana, se podrá determinar a un hijo como heredero; el cual sería nombrado con ocasión de su matrimonio, o en previsión de él, reservándose el padre un usufructo vitalicio de todos sus bienes que solía comprender tanto su vida como la de su esposa. Normalmente, el heredamiento dejaba libre una parte del patrimonio familiar que permitía al padre de familia poder testar, favorecer a los demás hijos, o realizar cualquier otra disposición.

El *hereu* no formaría un nuevo hogar, sino que continuaría en la casa del padre, quedando determinado ya en vida de aquél que sería su continuador.

⁸⁹ *Digesto*, XXXIV, II, 7.º FONTANELLA: *De Pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa 9, pars. 4.ª, núms. 45, 94 y 123; glosa 21, pars. II, núms. 23, 25 y 26; cláusula V, glosa 10, parte I, núm. 25; cláusula VII, glosa 2, parte I, núm. 44; CÁNCER: *Variae Resolutionis*, Parte I, cap. VIII, núm. 130; parte III, cap. VII, núm. 389.

⁹⁰ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. III, núm. 123.

⁹¹ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núms. 39-43.

⁹² Noticia de ello, en FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núm. 1.

⁹³ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núm. 1.

⁹⁴ BROCÀ: *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 699.

Toda la familia trabajaría, por lo tanto, para el único y común hogar que a todos daría su protección, y que perpetuaría la familia.

Este potencial del heredamiento es el que explicaría su nueva emergencia desde el s. XVIII, y durante la primera centuria de la Edad Contemporánea.

A lo largo de la Baja Edad Media se desarrolla en Cataluña la costumbre de establecer, en los pactos matrimoniales, todo un «orden normativo y, en cierta manera, programático»⁹⁵ que con base en los heredamientos organizaba todos los aspectos patrimoniales de la familia. De esta manera se designa al hereu, el cual queda comprometido (a través de la propia donación «*mortis causa*»), a un conjunto de obligaciones patrimoniales en relación, por ejemplo, con la dote de sus hermanas, con deberes financieros para con sus hermanos para que puedan constituir sus propias familias⁹⁶, o con la obligación de heredar a sus propios hijos⁹⁷.

De esta forma los heredamientos, desprovistos de su entorno estamental y vincular propio del Antiguo Régimen (y a pesar de la crisis por la que atravesarán como institución durante la Edad Moderna), encuentran un nuevo sentido jurídico en la contemporaneidad. En esta etapa, pasan a constituir, desde la estructura tradicional de los *pactos matrimoniales*, un sistema contractual y, por lo tanto, *liberal* de organizar patrimonialmente la unidad familiar con toda su plenitud y a lo largo del tiempo. Por ello, para el catalanismo, los heredamientos serán la herramienta jurídica mediante la cual sea posible adaptar al orden contemporáneo la familia tradicional catalana⁹⁸.

Se entiende así que a partir del s. XVIII esta institución empezara a adquirir en Cataluña una importancia renovada, dado que resultaba muy adecuada para un orden en plena transición a la modernidad: constituía una evidente manifestación, o bien de la libertad contractual, o bien de la libertad de testar, unas libertades que no dejaban de ser manifestaciones de un Derecho de propiedad que ya comenzaba a situarse en el centro del sistema jurídico.

El papel de los juristas de la Universidad de Cervera será, en este sentido, determinante, desde la divulgación y difusión más elemental de los conceptos readaptados a las nuevas necesidades⁹⁹, o desde la más rigurosa reelaboración académica de las categorías jurídicas¹⁰⁰.

⁹⁵ LALINDE: «*Los pactos matrimoniales catalanes*», p. 223.

⁹⁶ Tanto esta dote femenina, como las donaciones debidas a los hermanos del hereu, podían ser incluídas en el heredamiento con cargo a los derechos legitimarios de sus beneficiarios, agotándose en ellas sus expectativas sucesorias.

⁹⁷ De la complejidad de las previsiones de los pactos matrimoniales da cuenta LALINDE, «*Los pactos matrimoniales catalanes*», pp. 221-246.

⁹⁸ Una reflexión sobre los principios jurídicos del catalanismo, su carácter anti-individualista y su teoría organicista que toma como base social la familia tradicional en torno a la figura y autoridad del padre de familia, puede confrontarse en mi trabajo, «La tradición jurídica catalana», *Anuario de Historia del Derecho Español*.

⁹⁹ PONCIO CABANÁCH Y MALART: *Satisfacción a las preguntas del padre de familias deseoso de evitar los pleytos que suelen seguirse de algunas dudas sobre el heredamiento del testamento a favor de los hijos*, Barcelona, 1788.

¹⁰⁰ JOSÉ FINESTRES I DE MONTALVO: *Prelectiones cervarienses, sive commentarii academici ad titulum Pandectarum de liberis et postumis, cui subjungitur diatriba De postumis heredibus*

La designación del hereu, por otra parte, podía llevarse a cabo de forma variada: se podía establecer un heredamiento a favor del hijo que se casa; o bien a favor de un hijo indeterminado de los que hipotéticamente se vayan a tener, reservándose el derecho de determinación directa, o bien se podía delegar esta competencia en la esposa o en la persona de algún pariente, sobre todo en el caso de que, por cualquier causa, el causante muriera sin haber llevado a cabo ninguna designación. Adquirían aquí sentido, también, los heredamientos fiduciarios.

En relación con esta última institución, el Derecho catalán histórico desarrollaría otra fórmula convencional sucesoria, la del *heredero de confianza*, costumbre que, sancionada por el propio Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de diciembre de 1860), tomaba la fisonomía siguiente: caso de fallecer el padre de familia intestado, la esposa adquiriría la función de dar a conocer y llevar a cabo en su día la voluntad del causante. Incluso fallecidos los dos cónyuges, podía convenirse que cumplieran esa función los familiares más cercanos. De esta manera, y sin faltar a los criterios y orientaciones que el padre de familia habría dado en su día, podían estos actualizarse y, de esta manera, garantizarse mejor sus objetivos.

El principio estaba claro: antes que los fríos criterios legales (sistema legítimo), debía aplicarse, siempre que fuera posible, la voluntad libre de cada familia, voluntad que estaba representada por el padre y que se expresaría, bien a través de su voluntad directamente manifestada en los pactos matrimoniales o testamento, o bien a través de aquellos que, por serle muy cercanos, conocieran sus criterios. *Era una clara manifestación de cómo el tradicionalismo catalán pretendía hacer residir los derechos y libertades del nuevo orden contemporáneo no tanto en el individuo, sino en un organismo social denominado familia, el cual se convertía en el eje de todo el sistema jurídico.*

Es lógico, en este sentido, que en época contemporánea se expresara la necesidad de que los heredamientos fueran otorgados en las capitulaciones matrimoniales¹⁰¹, tal y como exige la Compilación de 1960 (con excepción del estipulado a favor de los hijos habidos en el matrimonio); exigencia que no tiene ninguna raíz histórica, y que ahora se imponía como fórmula a través de la cual reforzar una familia que se pretendía consolidar como el núcleo social básico, la unidad titular de los derechos y libertades de un liberalismo tradicionalista catalán que, por organicista, antepone la estructura familiar al individuo.

Pero quedaba un importante aspecto por superar: las cuestiones puestas de manifiesto por la doctrina catalana moderna en relación con la institución, que terminaron por conducirla a una importante crisis jurisprudencial durante los ss. XVI y XVII, debían quedar resueltas ahora. *Ello era imprescindible para*

instituentis vel exheredantis, et ad titulum De acquirenda vel omittenda hereditate, Cervera, 1750; y *Prelectiones cervarienses, sive commentarii academici ad titulos pandectarum De inofficiose testamento ac De vulgari et pupillari substitutione*, Cervera, 1752.

¹⁰¹ STS, 27 de diciembre de 1899.

poder presentar los heredamientos como parte de una tradición jurídica catalana que había transcurrido sin fisuras hasta la contemporaneidad.

En primer lugar, y con ese objetivo, la doctrina jurídica catalana contemporánea comenzará por ignorar la existencia de la crisis que atravesara la institución durante la Edad Moderna¹⁰², afirmando que la tradición del heredamiento «conserva el carácter consuetudinario con que alboreó en los tiempos de la Reconquista», constituyendo la crisis doctrinal de la institución durante los ss. XVI y XVII un intrascendente producto de las «manías» de los juristas catalanes de aquella época¹⁰³, «romanistas en exceso»¹⁰⁴, y relativizándose mucho las, ahora «hipotéticas», contradicciones que la institución podía tener con el Derecho Romano¹⁰⁵.

El catalanismo jurídico contemporáneo (la Escuela Jurídica Catalana), parte del mantenimiento de una concepción del heredamiento basada en su naturaleza híbrida entre la donación y la institución hereditaria¹⁰⁶. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto es muy abundante¹⁰⁷.

Desde este punto de partida, los heredamientos pasarán a ser *uno de los pactos nupciales típicos habidos en las familias catalanas*. En el bien entendido que los capítulos matrimoniales constituyen «una de las costumbres jurídicas que más contribuyen á dar fisonomía especial á las costumbres generales

¹⁰² FRANCISCO MASPONS I ANGLASELL, en su influyente trabajo titulado *Nostre Dret Familiar segons els autors clàssics y les Sentències del Antich Suprem Tribunal de Catalunya*, Barcelona, 1907, ignora absolutamente las dificultades que los autores catalanes que continuamente cita ponen de manifiesto en sus obras, cuando pretenden encajar la institución del heredamiento en los moldes del Derecho Romano. Cfr. pp. 11-17. Del mismo modo, ANTONI M. BORRELL I SOLER en obra, *Dret civil vigent a Catalunya*, publicada por la Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat de Catalunya, tampoco hace referencia al asunto (cfr. vol. IV, publicado en Barcelona, 1923, pp.170-179); tampoco hacen referencia al asunto José Antonio ELÍAS y Esteban DE FERRATER: en su conocido *Manual de Derecho civil vigente en Cataluña, ó sea, Resumen ordenado de las disposiciones del derecho real posteriores al Decreto llamado de Nueva Planta y de las anteriores, así del Derecho municipal, como del canónico y romano aplicables á nuestras costumbres*, 2 vols., Barcelona, 1842.

¹⁰³ Ambas afirmaciones en BROÇÀ: *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 699.

¹⁰⁴ JOSÉ PELLA Y FORGAS: *El Código civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán Comparado con el Derecho Civil Español*, tomo III, Barcelona, 1918, p. 40.

¹⁰⁵ «Ahora bien, tratándose de una institución consuetudinaria, no podemos referirnos al Derecho Romano, por más de que se hallan indicios que permiten suponer que la sucesión por medio de pacto, prohibida por el antiguo derecho, era válida cuando se trataba de la sucesión de padres a hijos, y aun más que en la herencia se daba a los extraños por testamento y a los hijos por medio de pacto como resulta de una ley del Código (...). Por esto, con preferencia, deben estudiarse los comentaristas franceses y del norte de Italia, porque existiendo en estos países tal institución, ellos procuraron, en lo posible, amoldarla al Derecho Romano, por más que en éste se encontraban con dificultades insuperables como las de nulidad de los pactos sucesorios, la nulidad también de la donación de todos los bienes presentes y futuros». PELLA Y FORGAS: *El Código Civil de Cataluña*, tomo III, Barcelona, 1918, pp. 33 y 34.

¹⁰⁶ Siguiendo, en este supuesto, la tradición jurídica catalana moderna. Cfr. FONTANELLA: *Decisiones*, dec. 545.

¹⁰⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1872, 10 de enero 1873, 25 de febrero de 1882, 7 de mayo de 1896 y 3 de febrero de 1909.

de Cataluña». Más en concreto, en las capitulaciones matrimoniales se estipula «la posición futura de los padres, las aportaciones y recíprocas promesas de los esposos, la condición que se reserva a la viuda y a la madre, los derechos de los hijos que esperan, y aún a veces bien que en pura extralimitación, los de los hermanos del contrayente a quien se hace una donación universal. *Los capítulos matrimoniales son, en este sentido, la organización de los bienes familiares: son algo más que un contrato; son un régimen*»¹⁰⁸.

Uno de estos pactos son los denominados heredamientos, institución que tendrá como finalidad la organización y conservación del patrimonio familiar en el tiempo. En concreto, Durán i Bas destaca cuatro objetivos principales de la institución: primero, dotar de medios materiales a la nueva familia que forma el hijo; segundo, asociar al hijo a la obra de conservación y mejora del patrimonio conyugal; tercero, conservar la unidad del patrimonio familiar, y cuarto, «precaver a la prole que esperan tener los futuros consortes contra las asechanzas que, en caso de segundas nupcias de cualquiera de ellos, pueda emplear la persona que comparta con el sobreviviente el tálamo conyugal». Sumándose, habitualmente, el de proveer las necesidades del cónyuge viudo y el mantenimiento de su dignidad dentro de la familia a través del usufructo viudal¹⁰⁹.

Los problemas de encaje de la institución en relación con los moldes del Derecho Romano constituirán, ahora, cuestiones menores. Recordemos lo dicho al respecto de aquellos problemas en el anterior epígrafe:

En la Edad Moderna se cuestionaba la validez de un heredamiento que incluyese todos los bienes presentes y futuros del donante. Fontanella había partido del supuesto de que *donationem omnium bonorum presentium et futurorum, nullum est jus quod expresse prohibeat*¹¹⁰; del mismo modo, también mantuvo la afirmación de que esta donación a título de herencia de todos los bienes presentes y futuros, constituía una contravención del principio romano de no poderse transmitir la herencia mediante pacto o convención, por ser la libertad de testar un Derecho natural irrenunciable¹¹¹.

Haciendo un esfuerzo por encajar la institución del heredamiento en los moldes jurídico-romanos, la Audiencia de Cataluña y los juristas catalanes más relevantes de aquella época habían establecido el criterio de que si el heredamiento se otorgaba haciendo una reserva para testar, podía considerarse que no atentaba contra el principio romano de la libertad de testar, ni contra la prohibición de donación universal.

La situación será bien distinta en el s. XIX, pudiéndose afirmar que se produce un cambio de rumbo en la tradición jurídica al respecto de esta institución, de manera que se retoman sus perfiles más medievales.

¹⁰⁸ Manuel DURÁN I BAS: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, p. 47.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Cfr. FONTANELLA: *De Pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa 21, pars. 1.ª, núms. 10, 23 y 24.

¹¹¹ *Código*, II, IV, 34.ª; VIII, XXXIX, 4.ª; *Digesto*, XVII, II, F 52, núm. 9.

En recurso de casación que alegaba expresamente la doctrina de Joan Pere Fontanella, Lluís de Peguera e, incluso, el no tan lejano Vives i Cebrià, el Tribunal Supremo declara en Sentencia de 4 de mayo de 1859 que:

«la legislación vigente en Cataluña autoriza las donaciones entre vivos *sin más limitaciones que la de que no perjudiquen la legítima que el mismo derecho señala a los donadores, y que en aquel antiguo Principado es la cuarta parte de sus bienes*»¹¹².

Afirmando en relación con los autores alegados en la demanda que:

«las opiniones de los escritores que también se invocan en apoyo del recurso, sólo podrían calificarse como la doctrina de los Doctores de que habla la Constitución única, tit. 30, lib. 1.º de las de aquel Principado, cuando apareciese su uniformidad y la aplicación constante en los tribunales de aquel territorio».

La afirmación que se hace en el Tribunal Supremo en relación con la doctrina jurídica catalana deja bien claro que la jurisprudencia de la Audiencia de Barcelona había dejado de ser, al respecto de esta cuestión, la que había sido durante los ss. XVI y XVII, por lo que la alegación a los autores de esta etapa ya no tenía autoridad. Que había habido una ruptura en la tradición jurídica catalana en una cuestión tan central como ésta es algo, por consiguiente, indudable, hasta el extremo de ser indicado por el propio Tribunal Supremo a mediados del s. XIX.

En la medida en que se asume ser el heredamiento una institución hereditaria deberá matizarse su interpretación sobre la categoría de la *donatio omnium bonorum*, que, lógicamente, constituía un título singular de adquisición, y se considerará un título universal de adquirir (dado que puede incluir tanto los bienes presentes, sobre los que cabe singularizar, como los futuros sobre los que ello es imposible), convirtiendo al beneficiario no tanto en un donatario, sino en un *successor in omnium ius defuncti*¹¹³. En un primer momento, la única condición que se pediría para ello sería que el heredamiento contuviera una reserva para testar, si no sería considerado nulo¹¹⁴.

¹¹² En el mismo sentido, y al respecto de la autorización del Registro del instrumento público del heredamiento, cfr. la Resolución de 4 de febrero de 1917 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. (Transcrita en BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 706, nota 14). Esta misma Dirección General, ya en 1911, advertía al respecto de la exigencia de hacer una reserva para testar, que «no impone la necesidad de dicha reserva». Cfr. PELLA I FORGAS: *El Código Civil de Cataluña*, III, p. 59.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1896.

¹¹⁴ José Antonio ELÍAS y Esteban DE FERRATER: *Manual de Derecho civil vigente en Cataluña*, I, p. 291. BORRELL, *Dret civil vigent a Catalunya*, IV, p. 176. Guillem M.ª DE BROCA y Juan AMELL: *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente, o sea, exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado...* Barcelona, 1882, II, p. 202.

No obstante, esta condición pronto sería considerada innecesaria, tanto por la doctrina catalana, como por su propia jurisprudencia¹¹⁵. Con palabras de Pella i Forgas: «Afortunadamente, la opinión de no ser necesaria la reserva para testar va abriéndose paso, apartando la vieja rutina que quería apoyarse en leyes romanas referentes a la nulidad de los pactos sucesorios, y aun en la costumbre catalana»¹¹⁶. El criterio que se va a imponer será el de no exigir ninguna reserva para testar, simplemente el heredamiento deberá hacerse sin perjuicio de la legítima correspondiente a los demás descendientes.

*Y ello por una razón: independientemente de que el heredamiento se construya sobre la categoría de la donación, sirve para instituir a un heredero que «sustituya» al padre de familia en el conjunto de obligaciones que tiene como tal, de forma que la familia se perpetúe en el tiempo*¹¹⁷.

Ello tiene una implicación evidente, la de que en el hipotético testamento que hiciera el donante en relación con la reserva de testar que pudiese contener el heredamiento, no se podrá instituir un heredero universal que cumpla una función ya encomendada al donatario mediante el heredamiento. «El heredero particular, o sea en cosa cierta y determinada, cual es la reserva de los padres para testar, es un legatario»¹¹⁸.

Además de ello, los bienes comprendidos en el heredamiento se considerarán especialmente protegidos en relación con las cargas que podrían corresponderle al donatario de asumir éste, también, la condición de heredero. En concreto, el donatario que fuera instituido heredero no respondería, con cargo a la masa patrimonial del heredamiento, por ninguna deuda que el testador hubiere contraído en fecha posterior a la de constitución del heredamiento, simplemente con que aceptara la herencia a beneficio de inventario¹¹⁹.

Se llegaba, con ello, mucho más lejos que la doctrina moderna catalana, dado que si bien estos juristas mantenía igualmente esta afirmación, lo hacían en el sobrentendido de que constituía una necesidad del heredamiento ser establecido con reserva para testar, de manera que la masa de la herencia, una

¹¹⁵ El propio BROCÀ, que en sus *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente* se había pronunciado por la necesidad de la reserva, reconoce años después en su *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 705, que «la moderna jurisprudencia tiende a no considerar la reserva para testar como requisito para la validez del expresado heredamiento».

¹¹⁶ PELLA I FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, III, p. 59.

¹¹⁷ «... el heredero por heredamiento no es un simple donatario, sino un sucesor universal continuador de la personalidad de sus padres». PELLA I FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, III, p. 79. El autor, a pesar afirmar que, dado que el heredamiento es una institución consuetudinaria catalana y, por lo tanto, no le afectarían posibles contradicciones con la tradición del Derecho Romano, encuentra doctrina catalana de la Edad Moderna y jurisprudencia de la Audiencia de Cataluña del s. XVII para sustentar su opinión; en concreto, cita a TRISTANY, *Sacri supremi regii Senatus. Cathalonie decisiones*, Barcelona, 1688, dec. 60, en donde se declaraba que el donatario universal se encontraba en el lugar del heredero que podía, por lo tanto, ejercitar sus acciones. Ello habría quedado sancionado por el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de junio de 1899.

¹¹⁸ PELLA I FORGAS: *Código civil de Cataluña*, III, p. 84.

¹¹⁹ BROCÀ: *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 702.

cantidad menor, siempre estaría clara e indudablemente diferenciada del conjunto del patrimonio contenido en el heredamiento¹²⁰.

Es evidente que la configuración contemporánea que se hace en Cataluña de esta institución pretende proteger la masa patrimonial vinculada a la familia, que está organizada por el conjunto de unos pactos nupciales y capítulos matrimoniales que constituyen la plasmación del ideal de libertad del tradicionalismo catalán, puesto que desde la autoridad que el mismo Derecho concede al padre de familia, podrá éste en las capitulaciones matrimoniales organizar, mediante el heredamiento, el conjunto del patrimonio familiar, asegurando la supervivencia de su familia más allá de su propia vida, y ello, precisamente, porque mediante esta institución la masa patrimonial familiar queda perfectamente protegida con relación a cualquier actividad dañina o gravosa que contra ella pudiera llevarse a cabo con posterioridad a los pactos nupciales¹²¹.

Este es el nuevo perfil que se pretende dar a la institución en época contemporánea. Durán i Bas constituye el mejor ejemplo de ello:

«Si el padre donador, no habiendo hecho el heredamiento con esta reserva, enajena los bienes en él comprendidos, pueden los hijos instar la revocación de estas enajenaciones, así como pueden oponerse, en las ejecuciones contra el padre, al embargo de dichos bienes, a no ser por deudas contraídas antes de la otorgación del heredamiento; y aún pueden hacer la oposición a ellas, si no constan en el Registro de la Propiedad. *No parece ser de esta opinión Fontanella; pero de él disentimos, porque la donación entre vivos, cuando es pura, transmite desde luego el dominio de los bienes, aunque el donador se reserve el usufructo. Sin la reserva de gravar no pueden imponerse, hecho el heredamiento, sustituciones, hipotecas, etc.*»¹²²

Todo ello podría implicar una rígida «vinculación» de los bienes comprendidos en el heredamiento que hubiera perjudicado al mercado inmobiliario catalán en un momento en el que, a mediados del s. XIX, lo que se pretendía no era otra cosa que liberalizarlo. La solución que se adopta al respecto desde la Escuela Jurídica Catalana sería la siguiente:

En contra de la tradición jurídica catalana, se establecerá ahora que en el heredamiento simple o absoluto, cuando no se establezca expresamente la universalidad del mismo, se deberá entender que sólo atañe a los bienes presentes, quedando los futuros del causante a su entera libre disposición¹²³. Con palabras

¹²⁰ CÁNCER: *Variae Resolutionis*, Parte 3, cap. 2, núms. 171 ss. FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa 5, núm. 56.

¹²¹ Tal y como establece la Constitución 1.ª, tit. IX, lib. VIII de las de Cataluña, o una abundante jurisprudencia: Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1865, 26 de diciembre de 1876, 22 de junio de 1886.

¹²² DURÁN I BAS: *Memoria*, p. 98.

¹²³ Tal y como afirmamos más arriba, Fontanella considera que si no se estipula expresamente lo contrario y se hace reserva para testar, el heredamiento incluye los bienes presentes y futuros. Cfr. *De pactis nuptialibus*, cl. IV, gl. IX, par. IV, núms. 39 y 42. El planteamiento contemporáneo en DURÁN I BAS: *Memoria*, p. 100.

de Borrell: «Quan un heretament no concreta els béns que comprèn, s'entén limitat als presents, únics que té el donador»¹²⁴. La presunción adquiriría importancia, en la medida en que el derecho catalán contemporáneo superara la exigencia de la reserva para testar, dado que ésta constituía un indicio evidente de que el heredamiento incluía bienes presentes y futuros¹²⁵.

Para el caso de que se otorgara el heredamiento en relación con todos los bienes del causante, presentes y futuros, se dirá que «se entienden comprendidos en él así los bienes existentes como los que se adquieran, mas con una importante diferencia. Los presentes pasan desde luego al dominio del donatario; pero por futuros no se entienden sino los que, adquiridos con posterioridad al heredamiento, subsisten al tiempo del fallecimiento del que lo hizo, que es lo mismo que decir que el donador puede disponer libremente de ellos por acto inter vivos hasta el preciso instante de su muerte»¹²⁶.

6. PARADOJAS DE UN CONFLICTO

Ya hemos hecho alusión a la idea de que la libertad de testar, unida a la institución del heredero y al principio de universalidad de la sucesión, daba lugar a un concepto de familia entendida como unidad social básica y permanente, sobre la base de que el heredero *sustituía* al anterior padre de familia en el conjunto de sus relaciones jurídicas, lo sustituía en su posición en el mundo.

A mediados del s. XIX, la libertad de testar se defendía pensando que era el cauce a través del cual los padres de familia podían asegurar la permanencia del orden patrimonial y espiritual familiar más allá de su propia vida, dando lugar a un concepto de familia capaz de garantizar la conservación de los valores y las estructuras económicas y sociales tradicionales en el tiempo.

Frente a ello, el modelo propuesto por el Proyecto de Código de 1851 derribaba el conjunto de la arquitectura del Derecho sucesorio de Cataluña, dado que conducía necesariamente a un *reparto* entre los herederos forzosos de los bienes familiares; un reparto que, como ya hemos dicho con anterioridad, se interpretaba desde la sensibilidad catalana como un proceso de *liquidación* familiar.

«En vano buscarán los que no estén avezados a nuestros hábitos, en la generalidad de los casos, esa invasión de curiales para inventariar, valorar y repartir el pobre y rico haber; en vano esas tristísimas, para nosotros impías, almonedas.»¹²⁷

¹²⁴ BORRELL: *Dret civil vigent a Catalunya*, IV, p. 176.

¹²⁵ «l'heretament que conté reserva per testar s'entén donació d'herència, és a dir, que comprèn els béns presents i futurs o, almenys, els que després adquireixi el donador, car, altrament, la tal reserva no tindria raó d'ésser.» BORRELL: *Dret civil vigent a Catalunya*, IV, p. 176.

¹²⁶ DURÁN I BAS: *Memoria*, p. 100.

¹²⁷ MORA GAS: *L'Hereu*, p. 9.

El propio Florencio García-Goyena reconocía las ventajas de este Derecho sucesorio convencional de Cataluña:

«Convendría tener a la vista cualesquiera contratos matrimoniales de los que allí se otorgan: ellos son un verdadero pacto de alianza entre dos familias: se prevén todos los casos, se consultan todos los intereses de donadores, donatarios y de los hermanos de éstos: ningún casado muere allí intestado, pues se pacta que disponga de sus bienes el cónyuge sobreviviente, y a falta de ambos, dos parientes los más cercanos de parte de padre y madre. Así se estrechan los vínculos entre dos familias (...) y se desconocen los autos de testamentarías, que forman en Castilla el patrimonio de los malos curiales sobre la ruina y discordia de las familias.»¹²⁸.

Pero no obstante ello, los autores del Proyecto de 1851 tenían muy presente el riesgo de posibilitar el mantenimiento de vínculos y amortizaciones tradicionales. Dirá Florencio García-Goyena:

«Escusado es advertir que por la base no queda escluida la sustitución conocida en el derecho con el nombre de *vulgar*, para el caso de que el instituido en primer grado no quiera o no pueda ser heredero: en este caso no se verifica sino una primera transmisión de la propiedad.

Se trata sólo de las transmisiones sucesivas o sustituciones en grados ulteriores, y cuando el primer llamado entró en el dominio, posesión y goce de los bienes.

Por descontado las sustituciones perpetuas, conocidas con el nombre de fideicomisos y mayorazgos están abolidas y a la verdad no es este el tiempo en que pueda tratarse seriamente de renovarlas.»¹²⁹

Tomando como base la legislación desvinculadora de 1820, y en relación con las «instituciones perpetuas de esta especie», Florencio García-Goyena afirmaría que «la Sección va más lejos, pues pretende que se prohíban todos, aun los reducidos o que se limiten a un solo grado o generación». Los motivos serían evidentes: «además de los perjuicios económicos que esto acarrearía, en el entretanto, podrían por un medio indirecto hacerse perpetuos con solo renovarlos el último llamado»¹³⁰.

Y ese objetivo les haría combatir, sin pretenderlo expresamente, una propuesta foral como la catalana, la cual en ningún caso tenía como finalidad el mantenimiento de estructuras propias del Antiguo Régimen, sino proponer una fórmula propia de liberalismo, elaborada desde una concepción orgánica y tradicional de la sociedad.

No obstante y paradójicamente, al pasar el tiempo y culminarse definitivamente la transición al orden constitucional en España, la libertad de testar que se había mantenido en ciertos territorios del Estado, como Cataluña, podrá

¹²⁸ GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios*, tomo III, pp. 328 y 329.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 323 y 324.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 324.

desasirse de esa función tradicionalista, para pasar a cumplir una única función, la propia del principio de libertad de disposición en un régimen liberal democrático. De esta forma, llegaríamos a una curiosa paradoja, que destacarían Segismundo Moret y Luis Silvela, y es que siendo el resultado final del proceso histórico en España al final del s. XIX el de un Código con fuertes restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, conviviendo con unos derechos forales que mantenían el principio de libertad de testar, «con la legislación hoy subsistente en este punto en los cuatro territorios forales, han podido desarrollar quizás mejor que en Castilla las consecuencias del régimen liberal»¹³¹.

Nueva paradoja será también que en Cataluña, al tiempo que se mantenía frente al Código el principio de la libertad de testar, se conservara también un derecho sucesorio convencional que, evidentemente, en tanto daba lugar a pactos irrevocables, coartaba la libertad de hacer testamento.

En cualquier caso, tampoco este derecho sucesorio convencional catalán tendría acomodo en el Código Civil español. En su artículo 658 éste establecería que la sucesión *mortis causa* se debía articular, necesariamente, o mediante la ley o mediante el testamento, prohibiendo expresamente la donación de bienes futuros en su artículo 635 y la celebración de contratos sobre la futura herencia en su artículo 1271. El Código civil español, por lo tanto, abolía cualquier fórmula de sucesión convencional.

Desde Cataluña, la regulación del Código contra los heredamientos se interpretaría, de nuevo, como un atentado contra la libertad, esta vez la libertad de contratar¹³².

Esta defensa aparentemente contradictoria que se hace en Cataluña tanto del principio de libertad de testar como de la tradición jurídica de los heredamientos (bien particular expresión de la libertad de contratar), sólo se comprende si se parte de la base de que no se pretendía recabar libertades y derechos para ciudadanos, sino para el que se consideraba organismo básico de la sociedad en el proyecto liberal del catalanismo: la familia. Desde este punto de vista, no habría contradicción, sino una profunda coherencia en la oposición del catalanismo jurídico a un proceso codificador como el español, dado que, por un lado, prohibía la sucesión convencional y, por otro, limitaba la tradicional libertad de testar catalana a través de un régimen riguroso de legítimas.

JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS

¹³¹ Segismundo MORET Y LUIS SILVELA: *La familia foral y la familia castellana*, p. 177.

¹³² PELLA I FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, III, p. 48.